

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DOCTORADO
“ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL”



TESIS DOCTORAL

**LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA REMOTA COMO EL NUEVO
PARADIGMA DE LA EJECUCIÓN PENAL
(VISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y POSIBLE
IMPLEMENTACIÓN EN VENEZUELA)**

ALLEN ELY PEÑA RANGEL
DOCTORANDO

PROF. DR. IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE
PROF. DR. JULIO FERNÁNDEZ GARCÍA
DIRECTORES

SALAMANCA, 2022

AGRADECIMIENTOS

A la memoria de mi esposa Yenny del Carmen Arias de Peña, quien me acompañó y me incentivó en la difícil tarea de elaboración de la tesis. Quien, ahora desde el cielo celebra este logro de los dos.

A la atenta y desinteresada dirección de mi maestro D. Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, quien siempre tuvo consejos y sugerencias para abordar la elaboración de la misma, facilitándome material bibliográfico y, quien, con sus ilustres diálogos y acertadas discusiones me orientó en el arduo camino de su terminación.

A la oportuna e invaluable supervisión de mi maestro D. Dr. Julio Fernández García, quien siempre me brindó sus consejos, observaciones y asesoría como penitenciario y especialista en la materia, brindándome material, puntos de vista críticos que en definitiva moldearon el producto final.

A los profesores D. Dr. Rodrigo Rivera Morales y D. Dr. Lorenzo Bujosa Vadell, quienes me brindaron su consejo y comentarios sobre el objeto de mi investigación.

A mis hijas, Allyson y Anie quienes son el motivo principal de mi superación.

A mis padres y hermanos que siempre me han brindado con su ejemplo, el valor de la constancia.

A toda la comunidad universitaria salmantina, que desde sus espacios pude consolidar esta meta, en especial, a todo el personal de la Biblioteca Francisco de Vitoria, quienes me brindaron su apoyo, en la investigación desde sus instalaciones; particular agradecimiento, a Don Leoncio de la Viuda Suárez, quien siempre y en los días más difíciles se acercó para enseñarme el valor de una palabra y una sonrisa calurosa.

A quien siempre me apoyo, en los días más difíciles de la enfermedad de mi esposa, con una mano amiga y sinceros consejos de hermano, Alejandro Amaral Gómez.

Al programa de Estado de Derecho y Gobernanza Global, al que pertenezco y me brindo la oportunidad de formarme.

Gracias.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ATC Auto del Tribunal Constitucional (España)

BOE Boletín Oficial del Estado (España)

BT-R *Behavior Transmitter- Reinforcer*

CADH Convención Americana de Derechos Humanos

CE Constitución Española de 1978

CGPJ Consejo General del Poder Judicial (España)

CIS Centro de Inserción Social (España)

CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CorteIDH Corte Interamericana de Derechos Humanos

COPP Código Orgánico Procesal Penal (Venezuela)

CP Código Penal

CRBV Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

DGIP Dirección General de Instituciones Penitenciarias (España)

EE.UU Estados Unidos de América

GPS *Global Positioning System*

HRW *Human Rights Watch*

IA Inteligencia Artificial

IoT *Internet of Things*

IIPP Instituciones Penitenciarias (España)

ILANUD Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la
Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Costa Rica)

INPE Instituto Nacional Penitenciario (Perú)

INPEC Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Colombia)

JVP Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (España)

LECRIM Ley de Enjuiciamiento Criminal (España)

LO Ley Orgánica

LOGP Ley Orgánica General Penitenciaria (España)

LOVG Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género (España)

OVP Observatorio Venezolano de Prisiones

PIT Programa Individualizado de Tratamiento (España)

RD Real Decreto

RF Radio Frecuencia

RM Reglas Mínimas

RP Reglamento Penitenciario (España)

RPE Reglas Penitenciarias Europeas

SGIP Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (España)

STC Sentencia del Tribunal Constitucional (España)

STS Sentencia del Tribunal Supremo (España)

TC Tribunal Constitucional (España)

TIC Tecnologías de la Información y la Comunicación

TS Tribunal Supremo (España)

UE Unión Europea

VE Vigilancia Electrónica

VV Verificación por voz

WEB *World Wide Web*

Como afirmó Alvin Toffler “*somos la última generación de una antigua civilización y la primera de una nueva civilización*”. Vid. Toffler, A. y H., *Creating a new Civilization*. Turner Publishing Inc., Atlanta 1994, p. 21.

INTRODUCCIÓN.....1

Capítulo I

**HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UN NUEVO PARADIGMA:
EL CONTROL TELEMÁTICO
PRESUPUESTOS Y JUSTIFICACIONES**

1. Consideraciones previas.....7

2. La prisión una mirada histórica.....10

3. Origen y evolución de la vigilancia electrónica

 3.1. Antecedentes: Bentham y el panóptico.....22

 3.2. Aparición: una invención conductista.....26

 3.3. Primera manifestación judicial.....30

4. Vigilancia electrónica: presupuestos

 4.1. Aproximación terminológica.....34

 4.2. Precisión conceptual.....36

 4.3. Naturaleza jurídica40

 4.4. Tipos.....42

 4.5. Versatilidad de los medios de control.....44

5. Metamorfosis de la pena de prisión: idoneidad de su reemplazo.....46

 5.1. Primera fase: amenaza.....47

 5.2. Segunda fase: imposición.....48

 5.3. Tercera fase: ejecución.....48

6. La Cárcel como problema	
6.1. Formulación preliminar.....	51
6.2. La Cárcel: ¡Un Instrumento Ineficaz!.....	53
6.3. ¿La Cárcel corrompe?.....	54
6.4. ¿La Cárcel es compatible con el principio de resocialización?.....	56
7. Racionalidad de medios	
7.1. Planteamiento central.....	59
7.2. Justificación y utilidad.....	62
8. Fines de la Pena en el Siglo XXI	
8.1. Planteamiento preliminar.....	63
8.2. La Resocialización: ¡Un desafío!.....	67
8.3. La Pena como exigencia de orden social.....	71
8.4. Hacia una política criminal más humana e inclusiva.....	73
9. Sinopsis.....	78

Capítulo II

FUNDAMENTOS DE LA VIGILANCIA TELEMÁTICA. CONVERGENCIA TECNOLÓGICA. EXPECTATIVAS.

1. Advertencia preliminar.....	84
2. La Vigilancia electrónica una herramienta de control.....	87
2.1. Principio ético.....	91
2.2. El control como filosofía.....	93
3. El papel de las nuevas tecnologías en el sistema penitenciario	
3.1. Formulación general.....	96
3.2. TIC y derecho penitenciario.....	102
3.3. IA y la cárcel electrónica.....	105
3.3.1. IA: eficacia y efectividad.....	114
3.3.2. IA: expectativas de futuro.....	117
3.3.3. IA: ejecución penal.....	118

4. Mecanismos de disuasión en el control telemático: ¿Una posibilidad?.....	127
5. ¿Es posible que estemos a las puertas de la desaparición de la cárcel?.....	129
6. Nuevos escenarios.....	135
7. Sinopsis.....	145

Capítulo III

CONTROL TELEMÁTICO Y BIOMÉTRICO REGULACIÓN: CASO ESPAÑOL

1. Consideraciones previas.....	150
2. El tercer grado con control telemático.....	153
2.1. Régimen jurídico aplicable.....	155
2.1.1. Constitución española, 1978.....	157
2.1.2. Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979.....	165
2.1.3. Reglamento Penitenciario, 1996.....	171
2.1.4. Instrucción 8/2019, de 23 de abril.....	173
2.2. El tercer grado con control telemático y el principio de legalidad.....	181
2.3. Debate constitucional: tercer grado telemático.....	186
2.4. Normativa internacional	
2.4.1. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.....	192
2.4.2. Reglas penitenciarias europeas.....	199
3. Control telemático: latente amenaza a los derechos fundamentales	
3.1. Nota introductoria.....	204
3.2. Derecho a la intimidad: posible afectación.....	205
3.3. La prohibición de penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes.....	209
4. Otras modalidades de control telemático	
4.1. La localización permanente.....	209
4.2. Los permisos de salida y la vigilancia telemática.....	218
4.3 El control electrónico en el ámbito de la violencia doméstica y de género.....	223
5. Sinopsis.....	230

Capítulo IV

**LA CUESTIÓN CARCELARIA EN VENEZUELA:
¿ES LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA UNA ALTERNATIVA FACTIBLE Y
NECESARIA!**

1. Planteamiento preliminar	
1.1. Estado actual de la cuestión penitenciaria.....	235
1.2. El deplorable estado de la infraestructura carcelaria.....	240
1.3. La violencia carcelaria.....	243
1.4. El retardo procesal.....	246
1.5. El hacinamiento.....	249
2. La extrema perversión del sistema	
2.1. Las pésimas condiciones de vida en las cárceles venezolanas.....	253
2.2. La ausencia de una política penitenciaria seria.....	254
2.2.1. Oscurantismo e inexistencia de información fidedigna oficial.....	256
2.2.2. Desacato a las sentencias y resoluciones del Sistema IDH.....	258
2.2.3. Corrupción carcelaria.....	260
2.3. Balance.....	260
3. En busca de respuestas	
3.1. El encarcelamiento como la respuesta más ordinaria y recurrente.....	263
3.2. La ausencia de voluntad política para lograr generar un cambio.....	265
4. La necesidad de un nuevo catálogo de penas.....	271
4.1. La vigilancia electrónica como alternativa al encarcelamiento preventivo.....	276
4.2. Argumentos que pueden condicionar o favorecer su adopción	
4.2.1. En contra.....	279
4.2.2. A favor.....	280
4.3. Motivos que pueden perseguirse con su introducción.....	281
5. La vigilancia electrónica: factibilidad jurídica de su implementación	
5.1. Viabilidad de acuerdo a la normativa internacional.....	282
5.2. Encaje constitucional.....	285

5.3. Base legal y propuesta de incorporación.....	288
6. La vigilancia electrónica en América Latina: visión panorámica.....	308
6.1. Argentina.....	309
6.2. Colombia.....	310
6.3. Brasil.....	313
6.4. Chile.....	314
6.5. Perú.....	316
6.6. Costa Rica.....	318
7. Características comunes de la vigilancia electrónica en la región.....	321
8. Sinopsis.....	322

Capítulo V

A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

1. ¿Cuál es el resultado?.....	327
2. Conclusiones.....	352
3. Recomendaciones.....	357
REFERENCIAS.....	360

INTRODUCCIÓN

Las tecnologías de la comunicación y la información juegan desde hace tiempo un papel determinante en las sociedades contemporáneas; el internet es quizás el fenómeno que mejor evidencia la importancia del componente tecnológico en el mundo de hoy. La introducción de la red de redes materializó definitivamente un salto gigantesco en los procesos de comunicación e información¹, potenciando así, un conjunto de fenómenos, que se sirvieron de esta plataforma, para impulsar los principales cambios de las últimas décadas: comercio electrónico, control y vigilancia telemática, globalización, comunicaciones, entre otros².

El desarrollo de todos los ámbitos de la vida humana a raíz de los avances tecnológicos en el último cuarto del pasado siglo, ha supuesto, sin ningún género de dudas, un crecimiento exponencial de técnicas, mecanismos y herramientas electrónicas que hoy gobiernan las principales políticas públicas de los estados más desarrollados del planeta. Encaminados a construir y consolidar la completa transición al *homo digitalis*³.

Producto de este crecimiento, los estados han buscado solucionar los graves problemas que enfrentan, con la intervención del componente tecnológico. Es así como, con el objeto

¹ Conviene subrayar que la web acaba de cumplir 32 años, pues da sus primeros pasos en 1989, y en agosto de 1991 es accesible el internet públicamente. A partir de esta fecha las tecnologías de la información y las comunicaciones van a formar parte esencial de nuestras vidas, convirtiéndose en un instrumento imprescindible de las sociedades modernas. Sobre el origen y evolución de la internet, puede verse por todos, a CREMADES, J.: *El Paraíso Digital*, Madrid: Plaza & Janés, 2001, pp. 36 – 38.

² Como lo confirma BARROS LEAL, C.: *La vigilancia electrónica a distancia. Instrumento de control y alternativa a la prisión en América Latina*. México: Porrúa/ Ilanud/Cela, 2010, p. 117. Quien en este sentido afirma: «El avance de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) que nos condujo, de la mano a los postulados utilitaristas, hacia la vigilancia electrónica de infractores, es un proceso insalvable e irreversible, como la propia ciencia y la evolución de la sociedad, cuyo ciclo fue impulsado por el Internet y ha de generar inevitablemente, en la presente centuria, profundos cambios, más allá de los lindes de nuestra imaginación».

³ «Para Marshall McLuhan se trata de ‘la aldea global’, para Alvin Toffler es una ‘sociedad posindustrial’ que surge de ‘la tercera ola’ (las dos anteriores fueron la de la revolución agrícola y la industrial), es ‘la sociedad red’ para Manuel Castells, ‘la sociedad telemática’ para Alain Minc, ‘Telépolis’ para Javier Echeverría, la ‘sociedad digital’ o el paso ‘del Homo Sapiens al Homo Digital’ para Jaime Terceiro, es en buena medida la ‘sociedad opulenta’ de John Galbraith, y se asocia con la ‘gran ruptura’ que analiza Francis Fukuyama; muchos autores se han referido a ella también como ‘la sociedad del conocimiento’». (BALLESTEROS, 2002, pp. 51-52).

de superar la crisis penitenciaria, evidenciada a raíz del fenómeno de la imparable masificación de los establecimientos penitenciarios, de la superpoblación y de la perjudicial y no siempre bien ponderada desocialización que en esos espacios se generaba y aún se genera; fenómeno que permitió que se plantearan la búsqueda de soluciones y reacciones, como una respuesta distinta, es decir, una opción más eficaz y coherente con los cometidos que históricamente le han sido asignados a la prisión.

Con el objeto de ofrecer tal opción, los estados se han planteado como principal premisa hallar una institución penológica diferente, que sirva a los mismos propósitos, sólo que, descartando y prescindiendo del ingreso en el centro penitenciario, como consecuencia de la privación de la libertad, en el marco de un proceso penal. Es a raíz de esta búsqueda que en los EUA se crean los modernos sistemas de vigilancia electrónica a distancia a partir de la década de los sesenta. Descubrimiento que permite dos décadas más tarde que, en el estado de Florida se implementaran los primeros programas de monitorización y seguimiento de penados, para a partir de tal experiencia exitosa se expandiese a los principales sistemas penitenciarios de Europa, América, Asia, Oceanía e incluso África.

El advenimiento de la vigilancia electrónica, y todo lo que ella conlleva, ha sido un acontecimiento sin precedentes en la historia del derecho penitenciario. En este sentido, lo que comenzó como una curiosidad de un juez norteamericano inconforme con las herramientas que le brindaba el sistema de aquella época, hoy, es una abrumadora realidad, que ha comenzado a encaminarse en una senda que altera radicalmente los principales presupuestos de la prisión física o tradicional. Al punto que, no pocas voces -autorizadas como las de Roxin o Zaffaroni- predicen que nos acercamos a despedir la permanente hegemonía de la principal sanción de nuestro tiempo: la prisión.

Aunque ya lo estamos viviendo, aun este instrumento tecnológico no ha logrado arrinconar el uso y abuso de la prisión. Todavía seguimos anclados en los tradicionales esquemas carcelarios, a pesar de las ventajas que más allá de toda ponderación utilitarista representa la incorporación del control telemático. No obstante, examinando la tendencia al uso cada vez más acelerado e intensificado, de estos sistemas de vigilancia electrónica, parece lógico presagiar que en un futuro próximo este tipo de tecnología se convertirá en la forma más regular y cotidiana de ejercicio del control social institucionalizado. Como acertadamente afirma Zaffaroni (2014: 14): *Las rejas serán sustituidas por chips.*

El flujo e intercambio de información en tiempo real hace que no tenga sentido privar físicamente en un establecimiento cerrado a quien puede ser razonablemente monitorizado en la sociedad abierta, con garantías y seguridad. A un menor coste social y humano. Estos sistemas de control electrónico permiten una más visible y materializable gradualidad de las penas. A partir de su adopción se ha reavivado el interés por la búsqueda e implementación de las penas y medidas alternativas a la prisión.

En este sentido, el control telemático de penados o procesados, acredita con sobrada evidencia que la cárcel representa una carga muy gravosa para los estados, quienes se ven desbordados al asumir los elevados costes que representa el mantenimiento del sistema en su conjunto: infraestructura, contratación de personal calificado, formación, asistencia, logística, manutención, etc.; además, por su grave y perenne problemática dirigida a amplificar la masificación o hiperinflación carcelaria, que en lugar de solucionar, agrava considerablemente la razón por la que se aplica y, por supuesto, su nula y evidente correspondencia en alcanzar sus cometidos.

Todo este panorama ha hecho que se concentren esfuerzos en la búsqueda de soluciones alternativas cada vez más eficaces, humanas y menos aflictivas, previas o complementarias, hasta que definitivamente se alcance a convertir a la prisión o al encierro en un instrumento de ultima ratio. Este movimiento que surgiera hace más de cuatro décadas ha ido modelando importantes transformaciones que afectan la manera como era y será vista la prisión. Ya no será posible seguir manteniendo un discurso disociado totalmente con la *praxis*, que insiste en que es posible resocializar o rehabilitar al delincuente desde la prisión, lo que se ha tornado como una profunda contradicción.

La posible superación de este conflicto comienza a visualizarse, ya tenemos la tecnología necesaria para hacer que esto suceda de una manera menos traumática en comparación con la cárcel. Y en relación a este cambio de paradigma, la mejora de los sistemas de vigilancia electrónica, será sin duda el reto al que nos enfrentemos. El desarrollo y evolución de los sistemas de control telemático representará una opción cada vez más demandante; pero, más importante aún, cada vez más preferida por los internos a los que se les ofrece esta posibilidad. En este sentido, ningún estado que haya recurrido a estos dispositivos, ha descartado su aplicación y natural progresión; todo lo contrario, todos han multiplicado su radio de acción y aplicación.

El principal objetivo de este trabajo es llevar a cabo un análisis crítico del nacimiento, evolución e implementación de los sistemas de vigilancia electrónica y su significación como alternativa a la prisión. Partiendo de este propósito se evaluará la experiencia española, en la incorporación de esta medida en su sistema penitenciario, examinando la vía escogida para hacerlo, la regulación, los requisitos de procedencia y revocación, alcance y fines asumidos con su adopción, con el objeto de examinar la viabilidad y factibilidad de su implementación en Venezuela. Factibilidad que se nutre, principalmente, de evaluar la experiencia de la introducción e implementación de estos dispositivos electrónicos en América Latina. Como marco cultural referente, que responde a una visión común de respuesta a la problemática carcelaria en la región.

Una vez identificado el principal objetivo del trabajo, su contenido puede sintetizarse de la siguiente manera. En el primer capítulo se define el objeto de estudio, esto es, el recorrido histórico hacia la consolidación de un nuevo paradigma: el control telemático, los presupuestos y algunas justificaciones de la irrupción de esta innovación tecnológica. Se inicia con una visión histórica de la prisión, a través de la cual, se analiza el recorrido de la institución carcelaria como pena principal desde su nacimiento hasta la actualidad. Examinando las distintas concepciones que sobre la prisión se han dado a lo largo de la historia, para determinar cuál fue el argumento utilizado para que operara el cambio de paradigma en aquella época. Esto es: el espíritu humanizador que provocó ese cambio de paradigma. Se describe a continuación la evolución, aparición e implementación de los sistemas de vigilancia electrónica, los principales presupuestos de los dispositivos de control, para luego, valorar la metamorfosis de la prisión, en sus distintas fases, con el objeto de verificar la idoneidad de su gradual reemplazo por la aplicación de las nuevas tecnologías (dispositivos electrónicos) como posible sustitutivos a la prisión. Es así, como surge la necesidad de problematizar la cárcel como principal fórmula de castigo, de nuestro sistema represivo contemporáneo, sus incoherencias y contradicciones, lo que permitirá iniciar una senda para trascender el fenómeno hegemónico de la prisión. Propósito que sólo pudiera iniciarse si, en ese camino, aplicamos una racionalidad de medios en la aplicación y debida graduación de la reacción penal.

En el segundo capítulo, se describe los fundamentos, la convergencia tecnológica y las expectativas de la vigilancia telemática en el sistema penitenciario, esto es, el uso de la vigilancia electrónica como una herramienta de control, la necesidad de reforzar y dotar

su implementación de un sólido principio ético, con el objeto de limitar el uso del control como filosofía de los dispositivos electrónicos. Se describe el papel que jugaran las nuevas tecnologías en el sistema penitenciario, es decir, las TIC y la IA en el sistema penitenciario de nuestro tiempo, los nuevos escenarios de la ejecución penal y la aplicación de las nuevas tecnologías. Partiendo de esta visión, se describe el empleo de los elementos disuasivos físicos en el control electrónico como una posibilidad real, con lo cual, surge la necesidad de limitar su radio de acción a través de la incardinación de una férrea amalgama ética en su disposición. A continuación, se plantea si: ¿Es posible que estemos a las puertas de la desaparición de la cárcel? Pregunta que nos planteamos partiendo del conocido poder transformador de la tecnología. Finalmente, se describen los nuevos escenarios de la monitorización telemática.

En esta misma línea, en el capítulo tercero se analiza la vigilancia electrónica y su regulación en el modelo español. Se describe la vía legislativa utilizada para su incorporación a su ordenamiento jurídico, esto es, el régimen jurídico aplicable, la ponderación con el principio de legalidad, a raíz de la cual, se plantea una discusión constitucional del modelo adoptado, se pasa a la evaluación de la normativa internacional. A continuación, se examina su uso incorrecto e ilimitado como una amenaza latente a los derechos fundamentales, lo que plantea la necesidad de su acotamiento legal. Por último, se describen las distintas modalidades que han surgido en la experiencia española a partir del tercer grado telemático, lo que evidencia su imparable tendencia a incursionar en nuevos e innovadores escenarios.

En el cuarto capítulo, se describe y aborda la cuestión carcelaria en Venezuela. Por un lado, se hace un recuento del estado actual de la cuestión carcelaria en este país caribeño, con el objeto de evidenciar los principales problemas a atacar, si queremos, -siguiendo la perspectiva de ELÍAS CARRANZA- ser eficaces con la lucha y transformación de esa realidad. En base a lo cual, se plantea la búsqueda de respuestas, la necesidad de un nuevo catálogo de penas en el ordenamiento venezolano, para así, entrar a examinar la factibilidad de la implementación de la vigilancia electrónica en Venezuela: argumentos que pueden condicionar o favorecer su adopción; motivos que pudieran perseguirse con su implementación; viabilidad de acuerdo a la normativa internacional, constitucional y legal; para luego, proponer una iniciativa que pretende implementar la vigilancia telemática en nuestro país. Finalmente, se analiza la regulación de la vigilancia

electrónica en América Latina, o sea, la forma en que estos avances tecnológicos han sido implementados en la región, lo que obedece a examinar un marco cultural referencial común, esto es: motivos que generaron su implementación; principales obstáculos que surgieron en la gestión de los países de nuestro entorno; examen de las distintas racionalidades asumidas desde la perspectiva local y regional, en otras palabras: principales tendencias, variedad de escenarios, progreso e implementación en la región; asimismo, las distintas modalidades que han sido adoptadas para su incorporación; características comunes que llevaron a su adopción, con el ánimo de ponderar las experiencias más exitosas de la región que puedan servir de plataforma para la definitiva implementación de los sistemas de vigilancia electrónica en Venezuela.

Desde el comienzo de la exposición, se podrá captar la intención general que se pretende con la investigación. Para ello, hay dos cosas que pueden servir a su lectura. Por un lado, las introducciones con las que se inicia cada capítulo del trabajo, en las que se ofrecen una breve información sobre lo que nos proponemos desarrollar en el curso de la investigación, a partir de esa visión introductoria se captará la idea que se espera desarrollar en cada capítulo. Y por otro lado, las sinopsis o resúmenes que se ofrecen al final de cada capítulo, como extracto del texto, las cuales pueden leerse sucesivamente, con el objeto de alcanzar una visión de conjunto o impresión global del trabajo. No obstante, y a pesar del uso de esa metodología hemos querido finalizar con un quinto y último capítulo, a modo de reflexión final, en aras de alcanzar una mejor disposición en la exposición, solo para destacar las principales cuestiones surgidas como consecuencia de los resultados de la investigación, a modo de elementos focales que han de ser especialmente ponderados para futuras investigaciones, para luego cerrar con las conclusiones. Finalmente, conviene subrayar las palabras expresadas por el maestro recientemente fallecido SANTIAGO MIR PUIG, cuando afirmo: «el jurista debe hacer suyas las aspiraciones de su tiempo histórico, aunque ello signifique adelantarse al derecho positivo, precisamente facilitar la adaptación del derecho positivo a la evolución de las ideas sociales». (MIR PUIG, 2003: p. XIV)⁴.

⁴ Cfr. MIR PUIG, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*. 2ª ed. B de F Ltda. Montevideo.

***HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UN NUEVO PARADIGMA:
EL CONTROL TELEMÁTICO
PRESUPUESTOS Y JUSTIFICACIONES***

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El uso de las nuevas tecnologías en los sistemas penitenciarios es una tendencia propia de la sociedad de la información y de la comunicación. Esto es: de la sociedad digital. La evolución de la tecnología desde mediados del siglo pasado, ha supuesto, el diseño de políticas públicas orientadas a incorporar herramientas innovadoras que buscan transformar los sistemas de cumplimiento y ejecución de las penas y medidas de privación de libertad. En este sentido, con la irrupción de las nuevas tecnologías en el ámbito penitenciario, se ha buscado modernizar los sistemas de justicia penal, anclados en los tradicionales esquemas de la prisión física o tradicional. Es decir, modernizar las respuestas penales, a través del uso de dispositivos telemáticos de control y cumplimiento de penas.

Este cambio de paradigma, se ha debido en parte, por el revelador fracaso de la prisión, en alcanzar las metas propuestas en los programas prisionales de los ordenamientos jurídicos de las principales potencias del orbe. Convencidos de la necesidad de búsqueda de nuevas e innovadoras alternativas a la prisión, menos desocializantes, en el marco de revolución tecnológica, que, ha supuesto, el nacimiento de los sistemas de vigilancia electrónica, se ha iniciado un camino, a partir de la década de los 80's del siglo pasado, en el que se adoptaron los sistemas de control telemático -pulseras y brazaletes electrónicos- como medida tecnológica que ha pretendido, sin duda, evitar los efectos perjudiciales del encierro.

Lo dicho pone de manifiesto, la necesidad de iniciar este trabajo, con una mirada histórica a la prisión como castigo, para comprender el proceso evolutivo que permitió el nacimiento de la pena de privación de libertad como auténtica pena del Derecho penal. Con el objeto de descubrir cuál era el papel asignado a lo largo de la historia antes de que

la misma se constituyera como el eje principal de los sistemas represivos de nuestro tiempo. Lo que, por consiguiente, permitirá descubrir el argumento fundamental, mediante el cual, se germinó el cambio de paradigma a finales del siglo XVIII; argumento utilizado para sustituir el protagonismo y hegemonía de la principal sanción existente en aquella época de la historia: la pena de muerte. Asimismo, identificar el viejo y perenne devenir de los fracasos que han acompañado a la prisión desde su nacimiento. Posibilitando, en consecuencia, el examen de las bases que han permitido la creación de la vigilancia electrónica y, por consiguiente, su entrada en los sistemas de justicia penal de nuestro tiempo.

De acuerdo a este camino, es posible identificar tres fases en el desarrollo y evolución de los sistemas de control telemático; esto es: el origen de la vigilancia electrónica, punto que desarrollaremos, de la siguiente manera: primero, identificando el primer antecedente de los sistemas de control electrónico, al que hemos encontrado en Bentham y la filosofía utilitarista. En el panóptico de este filósofo y pensador pragmático inglés, quien esboza una original concepción arquitectónica de la cárcel mediante la cual se inició la filosofía del control y de la vigilancia, como técnica utilitarista de coacción psicológica adoptada por los modernos sistemas de control electrónico (Garland, 2005).

Una vez identificado el antecedente más remoto de esta tecnología, como segundo estadio, en la evolución del control telemático, se tratará la aparición de la vigilancia electrónica nacida como una invención conductista, etapa en la que propiamente se descubre el control telemático a distancia en el ámbito penitenciario. Para luego, identificar la primera manifestación judicial que implementó el control telemático en la justicia penal, etapa a partir de la cual, se dio plena carta de naturaleza a los sistemas de vigilancia electrónica, lo que ha permitido el indetenible avance hacia la consolidación de esta técnica en los principales sistemas penitenciarios del mundo. Tendencia que en la actualidad se muestra imparable, incluso en países de medianos y bajos ingresos, como por ejemplo: América Latina.

Llegados a este punto, a modo de introducción de los sistemas de vigilancia electrónica, desarrollaremos los principales presupuestos de la medida, con el objeto de intentar aportar claridad en el manejo técnico de los dispositivos telemáticos: aproximación terminológica, precisión conceptual, naturaleza jurídica de los sistemas de control

telemático, tipos y versatilidad de medios, esto es, la flexibilidad con la que la vigilancia electrónica puede ser empleada en el curso de un proceso penal, o, en la ejecución de la pena.

Ahora bien, dado que el control telemático se ha erigido como una alternativa o sustitutivo de la prisión, es necesario, conocer el recorrido o el camino por el cual se materializa la pena de privación de libertad, a la que intenta sustituir, —o mejor dicho—, reducir al mínimo imprescindible, con el objeto de identificar las distintas etapas por las que recurre la pena de prisión. Lo que nos permitirá desarrollar tres fases de la pena: una primera fase (amenaza) en la que se persigue una finalidad específica, de intimidación o advertencia, principalmente, la prevención general negativa; una segunda fase (imposición) en la que predomina una finalidad retributiva; y una tercera, fase (ejecución) en la que se persigue la prevención especial positiva, esto es, la reinserción social del condenado.

Identificada estas tres etapas de la pena de prisión, se podrá contextualizar el por qué los sistemas de control telemático, representan una opción custodial y reinsertadora más idónea, humana y efectiva, es decir, eficaz para reemplazar esta medida. Gradualmente, menos aflictiva. Fundamentalmente, en tanto y en cuanto, fomenta y potencia la reincorporación del condenado en la sociedad, al mantener, consolidar y posibilitar los vínculos con el exterior, dado, por supuesto, el escenario en donde se cumplirá esta nueva sanción. Esto es, en la sociedad a la que pertenece quien resulte monitorizado, lo que sin duda, garantiza una reintegración más efectiva y eficiente, en términos prácticos.

Con el objeto de buscar una justificación argumental del por qué y para qué es necesaria la implementación de los sistemas de vigilancia electrónica, se desarrolla el siguiente punto, esto es, la cárcel como problema, por lo tanto, se busca en este apartado significar que la cárcel en lugar de ser una solución, es: un grave problema. Para desarrollar la problematización de la cárcel, se parte de cuatro subpuntos: una formulación preliminar como nota introductoria del punto, luego, la cárcel como un instrumento ineficaz, o sea, si la misma se corresponde con las metas propuestas legislativamente para su nacimiento; de seguidas, se planteará el problema del efecto del contagio criminal, en: ¿la cárcel corrompe?; para, finalmente, preguntarnos si: ¿la cárcel es compatible con el principio de resocialización? Desarrollado este punto, nos permitirá obtener una panorámica más acabada del por qué es necesario superar la hegemonía de la prisión, partiendo, claro está,

desde la perspectiva, de que sólo puede ser superada la prisión si la problematizamos.

Siguiendo esta misma línea y, por tanto, una vez problematizada la cárcel, tocaremos a continuación el punto de la racionalidad de medios, en virtud de la maleabilidad de los sistemas de control telemático, en la medida en que permiten racionalmente cumplir con las metas propuestas con la prisión, prescindiendo del encierro, y por consiguiente, de sus efectos perjudiciales.

Finalmente, intentaremos desarrollar como último punto de este primer capítulo, los fines de la pena en el siglo XXI, para así concluir con una sinopsis final del capítulo.

2. LA PRISIÓN: UNA MIRADA HISTÓRICA

La pena de prisión es una invención del hombre que no tiene una larga historia. Tal como afirma TÉLLEZ AGUILERA «la pena privativa de libertad no es una constante histórica en el derecho penal de los pueblos»⁵. No fue, sino, hasta finales del siglo XVIII en que la prisión nace como castigo. Es decir, en que esta pena comenzó a perseguir como finalidad la privación de la libertad, en sí misma. Si bien, antes de este periodo podían encontrarse contadas manifestaciones del encierro de delincuentes⁶; las mismas en su mayoría, descansaban sobre la idea de retención y custodia.

En este sentido, la prisión era —como escribe GARRIDO GUZMÁN—la antecámara para poder asegurar los suplicios del condenado, es decir: la pena capital (muerte), penas corporales e infamantes⁷. En efecto, las penas que se imponían consistían fundamentalmente en penas corporales tales como azotes, todo tipo de torturas, suplicios, mutilaciones y, por supuesto, la pena preminente: la pena capital o la muerte⁸. Por consiguiente, a lo largo de la historia la privación de libertad, o mejor dicho, del encierro, era una medida utilizada para asegurar la sujeción y guarda del reo hasta su juzgamiento. Su única función en el Derecho penal era preservar a los presos físicamente hasta que le

⁵ Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los Sistemas Penitenciarios y sus Prisiones*, Edisofer, Madrid, 1998, p. 24.

⁶ Como por ejemplo el *ergastulum* o prisión para esclavos en el Derecho Romano, cuyo cumplimiento y ejecución se materializaba en la casa del amo. Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Derecho penitenciario*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 95.

⁷ Cfr. GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual de ciencia penitenciaria*, Madrid, Edersa, 1983; p. 10.

⁸ Cfr. VON HENTING, H.: *La pena. Las formas modernas de aparición*, Tomo II, Espasa- Calpe, Madrid, 1968, pp. 186 y ss.

fuera impuesta la pena de muerte, o, las penas corporales e infamantes. O sea, era un instrumento, exclusivamente, de custodia, sin ninguna finalidad añadida.

En este sentido, la privación de libertad, había sido establecida, -como regla general-, como una medida cautelar de custodia o procesal, salvo contadas excepciones. Con lo cual, la prisión era un recurso *ad custudiam* y no *ad poenam*, como se evidencia del antiguo Derecho Romano, mediante el cual, ya Ulpiano en el Digesto, señalaba en sus clásicas palabras que: “*carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*”⁹.

Ahora bien: esta expresión del jurisconsulto romano, sería plasmada siglos después en el Código de las Siete Partidas por Alfonso X de Castilla (el Sabio), quien dictaminó: “*ca la cárcel debe ser para guardar los presos e non para facerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ella [...] ca la cárcel non es dada para escarmentar los yerros, más para quedar los presos tan solamente en ella hasta que sean juzgados*”¹⁰. Recordemos que este Código era una norma del siglo XIII, sin embargo, esta idea de la prisión custodia va a acompañar la prisión por varios siglos, perdurando durante un largo periodo de tiempo.

A partir del siglo XVI, Europa va a travesar por una época convulsa, producto de las guerras, los problemas de la agricultura y la crisis feudal. Este periodo va a estar determinado por situaciones de hambrunas que dan lugar a la multiplicación de numerosos delincuentes: hurtadores, mendigos, vagabundos y prostitutas, quienes se dedicaban a cometer pequeños delitos, como hurtos o robos, para satisfacer las necesidades que sufrían. Esta situación de calamidad va a suponer un punto de inflexión en la aplicación de la cárcel custodia, toda vez que no se podía ejecutar a todos los pequeños delincuentes, es decir, a la multitud que se encontraban entre las rejas durante aquella época, lo que origina que se comience a implementar excepciones, a aquella concepción original.

Tales excepciones, fundamentalmente se concentraron en tres clases de prisión que fueron

⁹ Vid. ampliamente, en relación a la función que se le asignaba al encierro en aquella época, por todos, a PAVÓN TORREJÓN, P.: *La cárcel y el encarcelamiento en el mundo romano*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2003, *passim*.

¹⁰ Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los Sistemas Penitenciarios... op. cit.*, p. 31.

aplicadas como cumplimiento de un castigo, y ya no, como mera retención o custodia, en consecuencia pueden mencionarse las siguientes: a) La prisión canónica, en que la celda era el lugar de encierro monacal, que se instauró bajo el razonamiento de que la oración y el arrepentimiento, afloraban con el encierro, como una forma de recogimiento eclesiástica que contribuía a la corrección de los sacerdotes o religiosos infractores con el objeto de que, a través de la penitencia, se arrepintiesen y reconciasen con Dios¹¹; b) la prisión de estado, que era regularmente utilizada en contra de los enemigos políticos del poder real, quienes se les privaba de libertad, porque en su contra no era conveniente aplicar la pena de muerte. Ejemplos de estas prisiones lo fueron: la Torre de Londres y la Bastilla de París¹², entre otras de sus más conocidas manifestaciones; y finalmente, c) la prisión por deudas, en las que el acreedor podía retener al deudor hasta el cumplimiento y satisfacción de la misma¹³. Manifestaciones que podían tener como propósito la detención temporal o perpetua.

Entrada la segunda mitad del siglo XVI, bajo el influjo de las ideas religiosas de la reforma protestante, se buscó cambiar la concepción de la prisión custodia, a través de la implementación de un fin utilitarista de la pena, esto es, de un fin orientado a reeducar y reformar a los reos mediante la prisión. Surgen entonces, bajo estas ideas las casas de corrección o de trabajos forzados las “*Workhouses*”, las cuales pueden calificarse como los primeros establecimientos organizados a los que se dota de un sistema regimental y laboral, destinados a la corrección de vagos, mendigos, vagabundos, prostitutas, pequeños hurtadores, quienes requerían una orientación por su conducta desviada¹⁴. Corrección que se perseguía exclusivamente a través del trabajo forzado, el cual era desarrollado bajo una triple función: «como amenaza, como terapia rehabilitadora y como fuente de sustento»¹⁵.

Según opinión de GARCÍA VALDÉS, constituyeron «el verdadero antecedente y origen directo de la idea tardía de reacción social carcelaria moderna»¹⁶. Es este cambio supuso la evolución humanitaria de las penas, mediante el cual se superó el carácter hegemónico

¹¹ Vid. VON HENTING, H.: *La pena... op. cit.*, pp. 200 y ss.

¹² *Ibid.*, p. 201.

¹³ Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios... ob. cit.*, p. 28.

¹⁴ Vid. SANZ DELGADO, E.: *Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria*, Edisofer, Madrid, 2000, p. 47.

¹⁵ *Ibid.*, p. 50.

¹⁶ Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Temas Derecho penal (penología parte especial. Proyectos de reforma)*, Serv. Publicaciones Universidad Complutense/Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, p. 99.

de la pena principal de aquella época, cuyo testigo se le endilgaba a la pena de muerte o de eliminación física, para que el mismo pasara a la pena privativa de libertad, que va a experimentar a partir de ese momento, la centralidad de las penas.

Así, surge la primera casa de corrección en *Bridewell*, Londres, en el año 1557. Como una petición del clero inglés, por los altos índices de mendacidad que para ese momento se evidenciaba en las calles de la capital londinense. Petición que resulta escuchada por el Rey, quien permite usar ese castillo, para acoger a los pequeños delincuentes con el objeto de reformarlos¹⁷. Reforma que se implementó a través de un régimen disciplinario inspirado en el trabajo forzado, que tendría como base los castigos físicos, contando, además, con normas y códigos internos para la organización y funcionamiento del centro. Idea que se extendió a otras ciudades inglesas, para luego resultar acogida en varias regiones del viejo continente, debido a la necesidad de mano de obra barata.

Es así como a finales del siglo XVI, y principios del XVII, se implementan las primeras casas de corrección en Ámsterdam. En 1595 se funda la casa de corrección para varones identificada como “*Rasphuis*”, o raspado de madera tropicales de gran dureza¹⁸. Un año más tarde, en 1596 se instaura la “*Spinhuis*” o casa de hilado para mujeres, que consistía en hilar lana, terciopelo o raspar tejidos¹⁹. Ambas resultaron ser una de las manifestaciones más importantes de la época. Es a partir de ese momento histórico en que las casas de corrección holandesas, van a instaurar como forma de corrección del delincuente, al trabajo, el cual va a formar parte del régimen penitenciario hasta la actualidad. Modalidad que llegaría a España tiempo después.

En España, por su parte, con diferentes matices, la cárcel también se concebía como un lugar custodia, hasta finales del siglo XVII²⁰. Al igual que el resto de Europa se aplicaron como excepción a la cárcel custodia: la prisión canónica, la prisión de estado y la prisión por deudas. A lo largo de su historia se aplicaron la pena de galeras, la pena en las minas de Almadén, posteriormente surgen los presidios y la pena de deportación.

¹⁷ Vid. MELOSSI, D. y PAVARINI, M.: *Cárcel y fabrica los orígenes del sistema penitenciario siglos (xvi-xix)*., Siglo XXI, México, 1980, pp. 29 y ss.

¹⁸ Vid. VON HENTING, H.: *La pena... op. cit.*, p. 214.

¹⁹ *Ibid.*, p. 215.

²⁰ Vid. CUELLO CALON, E.: *La moderna penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas)*., Bosch, Barcelona, 1958, p. 355.

La pena de galeras, se trataba de embarcaciones de guerra de vela y remo, para las cuales se utilizaría a los reos para mover las embarcaciones a base de remos, como cárcel flotante, en ocasiones esta pena sustituía la pena de muerte o se utilizaba como pena principal²¹. El trabajo forzado de remo era muy duro y se cumplía bajo condiciones infrahumanas, es decir, bajo condiciones higiénicas y de alimentación bastante precarias, a las cuales había que agregarle los castigos corporales que se infligían a los condenados. Su duración podía alcanzar hasta los diez años. La esencia de esta pena era el trabajo forzado, esto es, la obligación de remar en los galeotes que se imponía a los condenados, más que la propia privación de libertad, con un carácter significativamente utilitario y militar al servicio del reino español. Su primera manifestación surge a partir de la Real Cédula de 14 de noviembre de 1502, por los reyes católicos, estableciendo la misma como una pena alternativa a la pena de muerte²². Pena que resulta abolida por Fernando VI, en 1748, luego restablecida por Carlos III en 1784, para ser definitivamente abolida en 1803.

Según LEGANÉS GÓMEZ (2005), la primera casa de corrección surge en España en el siglo XVII, concretamente en el año 1608 en Madrid, la cual era destinada para encerrar a las mujeres que no podían ser condenadas a la pena de galeras, expandiéndose posteriormente por todo el territorio peninsular²³. No obstante, la idea de corrección en si llega a España más tarde, en el siglo XVIII, pues ya no se trataba de un establecimiento penitenciario con un fin utilitario en beneficio del estado²⁴.

Ahora bien, con el transcurso del tiempo lo verdaderamente sustancial es que va a cambiar la concepción del encierro, de un lugar destinado inicialmente al encierro como custodia, donde el reo padecía un sinfín de calamidades, a un lugar donde se pasaba a cumplir una pena con un componente orientado hacia la recuperación social del delincuente. Y, es a partir de esa evolución que va a experimentar la prisión, como una necesidad social, lo que va a cambiar tanto la función como la forma de su concepción (GARCÍA VALDÉS, 1989). Influencia esta que va a estar fuertemente determinada por el modelo de Estado o

²¹ Sobre este punto, puede verse en extenso a GARCÍA VALDÉS, C.: «Derecho penitenciario militar: una aproximación histórica», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXIX, Fascículo III, septiembre-diciembre*, Madrid, 1986; pp. 771 y ss. Asimismo a SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Edisofer, Madrid, 2003.

²² Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, 2ª ed., Madrid, 1992; p. 390.

²³ Vid. LEGANÉS GÓMEZ, S.: *La evolución de la Clasificación Penitenciaria*, Madrid, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 2005; p. 22 y ss.

²⁴ Vid. SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo penitenciario... op. cit.*, p. 149.

sociedad en la que se incardinó como castigo.

La sanción preferente era en aquella época la pena de muerte, en sus distintas modalidades las cuales eran aplicadas con inusitada crueldad, hasta que a finales del siglo XVIII, periodo en el cual surge un movimiento ideológico que comienza a criticar la eficacia de esta pena, principalmente, por los elevados índices de criminalidad que invadieron el continente europeo a finales del siglo XVII y comienzos del siglo XVIII. Es en este preciso momento en que puede afirmarse nace la pena de prisión, como auténtica respuesta del Derecho penal al delito. Consolidándose a partir del siglo XVIII, tal y como afirma DURKHEIM, como la sanción básica del sistema represivo²⁵. Jerarquía esta, que se va a perdurar hasta nuestros días.

Del fracaso de la pena de muerte, fundamentalmente, de su incapacidad para contener la criminalidad, surge y se fortalece una nueva modalidad de pena: la prisión; que resulta calificada por VON HENTIG como el nuevo invento social²⁶ que puso fin a la centralidad y protagonismo de la pena de muerte. Nace así la pena privativa de libertad, con el propósito de convertirse en un instrumento más eficaz y eficiente contra la criminalidad. Es decir, un método de castigo mejor, que funda su esencia intimidatoria en encerrar al delincuente apartándole de la sociedad. Con lo cual, se garantizaba que los delincuentes sometidos a esta pena no volvieran a cometer nuevos delitos, por lo menos, durante el periodo en el que permanecían encerrados en las mazmorras o presidios de la época, en la que se llegó a materializar como la principal sanción del sistema represivo.

Este cambio obedecido a distintas causas que motivaron la transformación de la prisión custodia en la pena de prisión, tal y como la conocemos hoy. Como afirma GARCÍA VALDÉS²⁷, se debieron a: i) razones de política criminal, dada las condiciones que generaron el desplazamiento de grandes masas de población, lo que obligo a hacer uso del encierro; ii) penológicas, fundamentalmente el descrédito de la pena capital; iii) socioeconómicas, mano de obra barata, lo que asocia FOUCAULT con el nacimiento del capitalismo; iv) religiosas, las más discutidas.

²⁵ Cfr. DURKHEIM, E.: «Dos leyes de la evolución penal», en *R.E.P.*, Nro. 190, Madrid, 1970; p. 641.

²⁶ VON HENTIG, H.: *La pena...* op. cit., p. 185. También véase GARCÍA VALDÉS, C.: «El nacimiento de la pena privativa de la libertad», en *Cuadernos de Política Criminal*, Nro. 1, Madrid, 1977; p. 23 y ss.

²⁷ Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: «El nacimiento de la pena privativa de libertad»... op. cit., p. 37.

No cabe duda, que el surgimiento de la prisión como pena se debe a un intento por humanizar los rigores y suplicios a los que eran sometidos los delincuentes como paso previo a su extinción física. De manera que la aparición de la pena de prisión se debe al esfuerzo por humanizar la reacción penal que la precedió, esto es, la pena de muerte. Aspecto este que destaca FOUCAULT (2005: 233) cuando afirma que: «La prisión, pieza esencial en el arsenal punitivo, marca seguramente un momento importante en la historia de la justicia penal: su acceso a la humanidad». Movimiento reformador que nace a partir de las ideas de la ilustración, lo que hizo germinar la simiente del cambio.

Esta influencia reformadora que nace en contra del rigorismo de aquellas penas de la época, parte de las críticas de un conjunto de pensadores, -filósofos y juristas que alzaron sus voces en contra de ese régimen punitivo excesivamente cruel y despiadado-, cuya primera influencia va a estar distinguida por la figura relevante del italiano Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria (1734- 1794), iniciador de la escuela clásica del derecho penal, quien en su obra *Dei Delitti e Delle Pene* (1794), se va a encargar de subrayar que lo que importa no es la dureza de las penas sino la certeza de su imposición, que las penas no sólo debían servir para intimidar o disuadir, sino también para prevenir el crimen y recuperar el infractor, logrando así que este no vuelva a cometer delitos. Lo que constituye un anticipo a todo el Derecho penal moderno en el que denuncia la crueldad de las penas, la necesidad de establecer la proporcionalidad entre los delitos y las sanciones y, en efecto, la obligación de implementar un marco de garantías penales²⁸.

Otra de estas figuras relevantes va a estar determinada por el inglés John Howard (1726-1790)²⁹, filántropo de quien se afirmara que es «el verdadero apóstol de la Reforma penitenciaria en Europa». Este filósofo y pensador inglés, se va a interesar por la situación penitenciaria, mediante su propia experiencia vital, pues resulta apresado por un buque de guerra portugués, lo que le permite conocer los rigores y pésimas condiciones de la

²⁸Vid. en extenso, las acertadas afirmaciones hechas sobre este jurista milanés, quien encabezó el proceso renovador del “siglo de la luz”, del que sin duda fuera su mejor exponente, a GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: *Introducción histórica de las prisiones*, UNED, Madrid, 2008, pp. 11-12. Disponible en [file:///C:/Users/34621/Downloads/INTRODUCCION_HISTORIA_DE_LAS_PRISIONES_A.pdf] Consulta [Noviembre, 2020].

²⁹ Sobre la vida de John Howard, véase en extenso, por todos, a GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: «Crónica de la vida de John Howard, alma mater del derecho penitenciario», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo LVIII, Fascículo I, Enero – abril 2005, pp. 95- 170.

prisión, a través de tal experiencia decide viajar y visitar las prisiones europeas, con el fin de conocer *in loco* las condiciones de estas. Como resultado de estos viajes, en 1777 publica su obra “*The state of prisons of England and Wales*”, en la que se dedica a describir el funesto estado de las prisiones de la época en Europa, las cuales había ido visitando personalmente, lo que finalmente le cobraría su vida, por contraer en uno de sus viajes y visitas la fiebre carcelaria. Defiende a través de su obra la reforma del sistema penitenciario, exigiendo que en las cárceles se debería implementar las siguientes condiciones: a) cárceles higiénicas, para evitar enfermedades y epidemias; b) separación de los reclusos; c) incentivar el trabajo y la instrucción de los reos; d) la adopción del sistema celular, para evitar la promiscuidad y la corrupción moral de los presos; e) que se estableciera un sistema institucional permanente de supervisión de los recintos carcelarios³⁰. Su obra tuvo una gran difusión y despertó un gran interés, sirviendo sus ideas de inspiración para la creación y diseño de los sistemas penitenciarios posteriores³¹. En síntesis, será el pionero de la reforma penitenciaria en Europa.

Finalmente, Jeremy Bentham (1748- 1832), gran jurisconsulto y pensador inglés, creador de la corriente utilitarista de las penas, que publica en 1802 su obra “Tratado de legislación civil y penal”, en el que se propuso atacar uno de los principales problemas de su época, esto es, la forma inadecuada como se cumplían las penas en los establecimientos, lo que le lleva a diseñar su famosa propuesta arquitectónica a la que decide denominar Panóptico, cuya idea central era guardar a los presos con seguridad y economía, para ello, plantea una prisión de planta cilíndrica, en cuya parte central se pueden divisar todas las celdas. Modelo que ha servido de inspiración para las modernas y actuales prisiones³². Sobre este pensador profundizaremos infra.

Por su parte, en el caso español, los reformadores y precursores del penitenciarismo, surgen a partir del siglo XVI, en el que es necesario -siguiendo a CERVELLÓ DONDERIS- destacar la influencia de quienes se encargaron de denunciar el abuso y condiciones de cumplimiento de las penas de aquella época, llegando incluso a proponer como debería

³⁰ Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: «Crónica de la vida de John Howard, alma mater del derecho penitenciario»... op. cit., pp. 132 y 133.

³¹ Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: *Introducción histórica de las prisiones*... op. cit., pp. 13-15.

³² Vid. ampliamente, a GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Introducción histórica de las prisiones*... op. cit., pp. 16-17.

ser el trato que había de dispensarse a los presos, de entre los cuales destacan: Bernardino de Sandoval, autor de la obra *“Del cuidado que se debe tener con los presos”*, publicada en 1564. Cerdán de Tallada, que publica en 1574 su obra *“Visita de la cárcel y de los presos”*. Y, Cristóbal de Chaves, que escribe en 1585, su obra *“Relación de la cárcel de Sevilla”*. Posteriormente, en el siglo XVIII, destaca en el escenario español también la proverbial figura de Manuel de Lardizábal (1739- 1820), que escribe en 1782 su obra *“Discurso sobre las penas”*, mediante la cual difunde las ideas de la Ilustración, critica la desproporcionalidad de las penas de presidios y arsenales, por resultar estas: perniciosas, inútiles y vejatorias. Convirtiéndose en la primera referencia doctrinal de trascendencia, respecto al fin corrector de las penas privativas de libertad.

De la evolución de todos aquellos pensadores y reformadores, van a surgir las primeras manifestaciones históricas de los sistemas penitenciarios, que bajo un examen panorámico de las prisiones de la Edad Moderna (siglos XVII a XIX), pueden sintetizarse en dos clases: los no progresivos y los progresivos. En relación a los primeros, surgen: a) sistema filadélfico o pensilvánico, que nace a finales del siglo XVIII, como reacción a los problemas de hacinamiento y promiscuidad que presentaban las cárceles americanas, instaurándose un sistema basado en el aislamiento total, diurno y nocturno, lo que se conoce como sistema celular, prácticamente en absoluta ociosidad, solo era permitido la lectura de la Biblia, en el que se prohíbe el diálogo entre internos y las visitas; b) el auburniano, nace en la ciudad de Auburn perteneciente al estado de Nueva York, a principios del siglo XIX, se mantiene el aislamiento nocturno, con la novedad de que se incorpora el trabajo diurno, la vida en común durante el día, bajo la regla de absoluto silencio, que era mantenida mediante una disciplina severa a base de duros castigos corporales. Sistemas que fueron perdiendo vigencia por la rigidez de su ejecución.

Estas dos primeras manifestaciones, fueron sucedidas por los sistemas progresivos, de entre los cuales se destacan principalmente: a) el sistema del coronel Manuel Montesinos y Molina (1796- 1862), quien lo implantó en el presidio de San Agustín en Valencia. Cabe destacar que este sistema estaba inspirado en una idea reformista y humanista que centraba su propósito en la persona del preso y no en el delito, dirigido a dignificar la vida en prisión de los presos, caracterizado por ser un sistema gradual, redentor y progresivo, que se cumplía en tres etapas: la de los hierros, del trabajo y la de la libertad intermedia; b) el de Alexander Maconochie, que lo implementa en 1840 en la Isla de Norfolk, actual

Australia, quien pensaba que el primer propósito de la prisión debía ser la reforma de los presos y luego prepararlos para la vida en sociedad. Idea que lo lleva a implementar su sistema de marcas o puntos, compuesto en tres etapas: la prueba, consistente en el aislamiento absoluto por 24 horas; el aislamiento nocturno y al trabajo común durante el día, en silencio; y finalmente, la libertad condicional; c) el de Walter Crofton, en Irlanda, también sistema de marcas, con cuatro etapas: aislamiento celular diurno y nocturno; aislamiento nocturno y trabajo en conjunto diurno bajo silencio; el periodo intermedio de auto control; y por último, la libertad condicional; y e) el sistema reformativo o reformativo de Elmira en 1876, sistema para jóvenes que se basó en el ejercicio físico, la instrucción, la progresión en grados y la sentencia indeterminada hasta la reforma del joven interno.

Al elegir la prisión como principal método de castigo se pretendió desde el inicio instituir un instrumento disuasivo más eficaz, que permitiera servir como un poderoso medio de disuasión contra la criminalidad. No obstante, a lo largo de la historia la pena privativa de libertad se ha mostrado absolutamente ineficaz; en efecto, es la propia historia de la prisión la que se ha encargado de demostrar la inutilidad de la misma, para servir a los objetivos por las que fue y ha sido erigida como castigo.

Desde su nacimiento, aparece la sensación de fracaso³³. Es por ello, que cuando se apelaba a la prisión, ayer como hoy, la cárcel poco intimidaba, pero, también y más importante, tampoco corregía. Incluso, con ella se fomentaba el contagio criminal y, en consecuencia, la reincidencia; es decir, se producía y produce el efecto contrario, esto es, se envilece y corrompe a quien ella ingresaba.

Todo ello, se ha debido en gran medida, por las pésimas condiciones de vida a las que a lo largo de la historia se ha sometido a los privados de libertad. De los rigores y sufrimiento que ha supuesto la ejecución de la pena de prisión, en sí misma. Es así, como la mera custodia mecánica y el encierro posterior orientado a un fin utilitarista han generado los efectos desocializantes que multiplican la criminalidad, en lugar de

³³ Como escribe FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar*. Madrid: Siglo XXI, 2005; p. 236: «(...) el movimiento para reformar las prisiones, para controlar su funcionamiento, no es un fenómeno tardío. No parece siquiera haber nacido de una comprobación del fracaso debidamente establecido. La reforma de la prisión es casi contemporánea a la prisión misma. Es como su programa».

contenerla. Son innumerables las voces que se han levantado en oposición a la pena de prisión, por convertirse en un claro factor criminógeno.

Este fracaso histórico universal originó la búsqueda de nuevos métodos alternativos o sustitutivos a la prisión. Este descredito se ha debido en gran medida a la imposibilidad de crear hombres libres, dentro de la prisión. Es decir, poniendo en tela juicio el fundamento último de la pena de prisión. Como afirman COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN³⁴, las penas privativas de libertad, tal y como se hallan configuradas en el presente, no son adecuadas para servir como último recurso del Derecho penal en su función de proteger el orden jurídico, o mejor dicho, los intereses básicos jurídicamente tutelados de la sociedad. Porque, por una parte, no los protegen eficazmente y, de otra parte, ocasionan un daño exorbitante a quien las sufre.

En efecto, las prisiones contemporáneas por muy civilizadas que parezcan y, puedan llegar a serlo; seguirán siendo, -por siempre y para siempre-: una institución total, que encierran un ambiente profundamente artificial, psicológicamente perturbador y altamente alienante-desocializante, en fin, una escuela de envilecimiento humano, que, en lugar de recomponer la ecuación que genera el delito, la profundiza y exagera, a pesar de todos los esfuerzos que desde su nacimiento han pretendido humanizarla. Porque como afirma ELÍAS NEUMAN (1997: 34), *el Estado se adueña de la vida del recluso*, lo anula y convierte en ser profundamente asocial: criminal.

Como señala pertinentemente CRISTINA RODRÍGUEZ YAGÜE (2021: 1116), cuando afirma que:

...los argumentos esgrimidos contra la pena de muerte en ese todavía no concluido camino hacia su abolición universal en tanto pena cruel y contraria al principio de humanidad pueden ser extendidos no solo a otras penas, como las corporales, sino también a la nacida como sustitutivo natural de aquella, como es el caso de la pena de prisión, pero que, ejecutada de manera incorrecta, puede suponer igualmente un castigo contrario a la dignidad del hombre y convertirse igualmente en una pena cruel.

³⁴ Vid. COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, I. Valencia: Tirant lo Blanch, 1980; p. 46.

Así, acertadamente subraya BARROS LEAL (2010: 13):

Todo esto se da pese al *status* jurídico del recluso, en oposición a las normas, principios y estándares que deberían regir la ejecución de la pena, en el ámbito nacional (constituciones, leyes, reglamentos) e internacional (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes y su Protocolo Facultativo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana sobre Derechos Humanos-Pacto de San José; Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Privación; Reglas Mínimas de la Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos; y Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos), los cuales, por su distanciamiento con la *praxis*, revelan a grandes rasgos, un estrepitoso fiasco, de modo particular en las propuestas correccionales, bandera que sigue enarbolada por los heraldos de un eterno nuevo tiempo penitenciario.

En igual sentido, escribe Neuman (2001: 159):

La cárcel, por más nueva y con más elementos tecnotronics a la mano de que disponga, ha tomado en esta última década el carácter de metástasis social: depósito y guarda de personas a las que hay que quebrarles la individualidad y, si así fuera, cementarles la vida o dejar que ellas celebren el necrófilo ritual de los homicidios.

En síntesis, es este fracaso y la profunda crisis en la que ha devenido la prisión, la que ha permitido enfocar esfuerzos tendentes en hallar la fórmula que pueda sustituir la centralidad y protagonismo de la privación de libertad, como eje central de los sistemas represivos de nuestro tiempo.

En la búsqueda de este instrumento práctico, que, permita reducir al mínimo imprescindible el recurso a la prisión, ha entrado, con paso firme e imparable la tecnología, apelando a su incuestionable poder transformador³⁵. Y, es este el papel que desde su nacimiento pretende asignársele a la vigilancia electrónica.

³⁵ Sobre el poder de transformación de la tecnología véase: AGUADERO FERNÁNDEZ 1997, p. 43. El autor afirma: «El factor multiplicador de una tecnología es el potencial de transformación que conlleva la aplicación de la misma. Dicho de otra forma: es el número de veces que una tecnología determinada es capaz de mejorar el proceso o la función a la que se aplica. Por ejemplo: el automóvil se inventó cuando se trató de encontrar una forma más rápida de trasladarse de un lugar a otro».

A continuación será desarrollada la idea del origen y evolución de los sistemas de vigilancia telemática; y esta última, no puede ser entendida en toda su extensión, si antes, no conocemos en apretada síntesis la dimensión histórica de la prisión.

3. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA

3.1. Antecedente: Bentham y el panóptico

JEREMY BENTHAM (1748 – 1832) representa el antecedente más remoto de la monitorización o de la visualización como técnica de control; este filósofo inglés, fundador del utilitarismo y gran reformador de su época, será el primero en proponer un modelo basado en el principio nuclear de esta escuela del pensamiento británica en la que se propugnó la mayor felicidad para el mayor número. Es particularmente significativa la influencia del pensador inglés en el reformismo español, para el que sirvió de un apoyo teórico fundamental. En el que la Universidad de Salamanca, se erigió como foco de difusión de su pensamiento³⁶. El utilitarismo como filosofía del control dentro del ámbito penitenciario, es una invención de este pensador pragmático³⁷. De esta manera, es a partir de la era decimonónica, que se inicia el camino de regular el comportamiento humano a través de los principios de la visualización – inspección permanente – como técnica de coacción psicológica³⁸.

³⁶ Sobre la influencia de Bentham en España, el papel desempeñado por los profesores de la Universidad de Salamanca, en la introducción del pensamiento liberal y la filosofía utilitarista, Ramón Salas y Toribio Núñez, como traductores y difusores de su obra; además, del Informe que emite la Universidad sobre el Proyecto de Código penal de 1822, fuertemente influido por el filósofo inglés, véase a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «2. La denominada «Escuela Moderna de Salamanca» y la traducción y difusión de la obra de Jeremías Bentham», en *Reflexiones penales desde Salamanca. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana»*, Lección inaugural del Curso Académico de 2018- 2019. Salamanca, Gráficas Lope, 2018; p. 27 y ss. También, respecto al principal difusor de su obra en España, su discípulo español por excelencia, Toribio Núñez, por todos puede verse el interesante y documentado trabajo de TORIJANO PÉREZ, E.: «Salamanca, Toribio Núñez, Jeremy Bentham y el Derecho Penal: el Informe de la Universidad de Salamanca sobre el Proyecto de Código Penal de 1822», en De Dios, S.; Infante, J.; Torijano, E. (Coords.). *Juristas de Salamanca XV – XX*. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2009; p. 259 y ss.

³⁷ Cfr. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Cárcel electrónica: de la cárcel física a la cárcel mental”, en *Revista del Poder Judicial*, Núm. 79, tercer trimestre, 2005, pp. 108-125. Así como también del mismo autor, *Cárcel electrónica*, op. cit., pp. 96 y ss. Mediante los cuales se sitúa el precedente más remoto del control telemático dentro del ámbito penitenciario en el Panóptico, de Jeremy Bentham. Vid., sobre este punto, WHITAKER, R.: *El fin de la privacidad. Cómo la vigilancia total se está convirtiendo en realidad*, Barcelona: Paidós, 1999, pp. 45 - 61.

³⁸ Al respecto, ya BENTHAM adelantaba en su Panóptico, que la coacción psicológica era menos brutal que la física, pero no menos efectiva. Técnica que de esta forma inicia el camino para irrumpir definitivamente

Este planteamiento resulta expuesto en su conocida obra *El Panóptico* (1780), mediante la cual BENTHAM propone su proyecto arquitectónico a finales del siglo XVIII, con el fin de reformar por completo el sistema penitenciario europeo, mediante un enfoque definitivamente práctico, cuyo fundamento central, se identifica en hallar la sanción menos aflictiva a través de los castigos más útiles, sosteniendo que el mundo debe ser organizado de acuerdo con la mayor búsqueda del placer en función de la huida del dolor. Su invención consistía en el diseño de una prisión de forma geométrica –semicircular– para que todos los presos pudieran ser vigilados por un solo hombre, el carcelero.

Es decir, suple el concepto de justicia por el del placer, que con acierto, este filósofo inglés, intuye como el mecanismo o instrumento más apropiado, para ejercer el poder sin tener que recurrir a episodios ocasionales de violencia física, para controlar el comportamiento del prisionero; proponiendo de esta manera, una técnica sencilla basada exclusivamente en la coacción psicológica, que genera la continua vigilancia del condenado. Técnica, cuyo propósito se constituye en función de la coerción que produce la observación constante como un fenómeno natural de quien ejerce ese poder de inspección por sobre quien resulta vigilado. Esta coacción como lo sostiene ZINO TORRAZA³⁹, es una violencia simbólica que acontece con el ejercicio del poder practicado de manera imperceptible en la personalidad y comportamiento del reo, objeto de la vigilancia.

Este planteamiento parte con la idea de una prisión de planta semicircular donde los prisioneros están permanentemente vigilados ante la mirada atenta del vigilante, quien, se ubica en el centro de la estructura física de la prisión, para desde allí, tener la capacidad de –visualizar de un solo golpe todo cuanto ocurre en cada una de las celdas de la prisión–. Es decir, el carcelero se ubica en una posición estratégica, desde la cual, le permite visualizar la humanidad del reo que se encuentra en el interior de una celda. El vigilante puede visualizar al prisionero, sin que, este sea visto por el sujeto encargado de vigilarle, haciendo de esta manera visible la humanidad del preso ante los ojos del

en la esfera privada –intimidad– del reo dentro del ámbito penitenciario. Vid. BENTHAM, J., *El Panóptico*, Madrid: Ed. La Piqueta, 1979, pp. 35 – 37.

³⁹ Cfr. ZINO TORRAZA, J.: “El análisis de las instituciones y organizaciones del sistema penal: una propuesta metodológica”, en *Sistema penal y problemas sociales*, (Coord. BERGALLI, Roberto), Valencia, 2003, p. 235.

carcelero. Es visto y se convierte en objeto de información, —lo que representa la esencia de la propuesta, para lograr ejercer el control y con ello el poder sobre el interno—, pero nunca logra ver ni comunicarse con quien le vigila. Por consiguiente, es objeto de información, más no de comunicación.

Con lo cual, es a través de la construcción de un nuevo modelo carcelario, que parte de una perspectiva arquitectónica, lo que se conoce con el nombre de *Panóptico*⁴⁰, tal y como originalmente lo denominó su creador. Modelo, cuyo propósito fundamental se centra en la mayor concentración de poder de quien ejerce el control, por medio de —la observación—, es decir, de quien le vigila desde una localización panorámica, a través de la cual, le permite supervisar y a su vez controlar la conducta del reo. Por consiguiente, el sistema propuesto por Bentham imposibilitaba a los presos ver quien les vigilaba, con la premisa de que, al sentirse permanentemente vigilados, se produjera efectos psicológicos en quien se sabe observado, continuamente; esta “sensación” de continua supervisión produciría en la psiquis del preso un nivel de coacción mental que les induciría a comportarse razonablemente. O sea, normalizando con este mecanismo su comportamiento.

En otras palabras, modular su comportamiento, al generar en el sujeto vigilado un efecto inhibitorio del mal comportamiento al saberse constantemente observado⁴¹. Como señala LYON⁴² esta invención es representada por una parodia secular de la omnisciencia divina, en la que quien observa es identificado como Dios: invisible, a los ojos del vigilado; empero, presente, en la psiquis, esto es, en su mente. En este sentido, la invisibilidad es un factor característico del proyecto de este filósofo inglés.

⁴⁰ Se trata de la expresión original utilizada por BENTHAM para su invento, para cuya introducción en España se utilizó el de Panóptica, expresión que con el tiempo se identifica con el término Panóptico, de mayor aceptación. Cfr. VILLANOVA Y JORDÁN, J.: *Cárceles y presidios. Aplicación de la panóptica de Bentham a las cárceles y casas de corrección en España y de suprimir la pena de presidio con el establecimiento de casa construida bajo el principio de inspección central*, Madrid, 1834; texto citado por GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: *Cárcel electrónica... op. cit.*, p. 97.

⁴¹ Bentham escribe en el Panóptico, en relación con el principio fundacional de su modelo, que: «*La inspección éste es el principio para establecer el orden y para conservarle... [en el que encuentra la utilidad del principio, al destacar] Estar constantemente a la vista del inspector es perder, en efecto, el poder de hacer el mal y casi el pensamiento de intentarlo*». Cfr. BENTHAM, J., *op. cit.*, pp. 35-37. ⁴² Vid. LYON, D.: *El ojo electrónico. El auge de la sociedad de vigilancia*, Madrid: Alianza Ed., 1995, p. 95.

⁴² Vid. LYON, D.: *El ojo electrónico. El auge de la sociedad de vigilancia*, Madrid: Alianza Ed., 1995, p. 95.

De acuerdo, a esta construcción utilitarista, Bentham consigue introducir un instrumento más sencillo, práctico y eficaz para alcanzar a modular la conducta del recluso, que no es otro, que mediante la coacción psicológica que ejerce el carcelero, al vigilar constantemente al prisionero. Coacción esta, que impone una disciplina normalizadora, que resulta bastante efectiva para lograr contener los impulsos desviados del recluso. Impidiéndole de esta manera, comportarse mal --mejor dicho-- evitando que contraríe la disciplina intramuros del carcelero. Representada en la coacción simbólica, inherente a la permanente visualización, lo que inhibe al preso que la sufre, de cometer actos desviados. Modelo de control, --en otras palabras-- metodología del poder que se ejerce exclusivamente a través de la coacción psicológica, como instrumento de acción característico, particularmente eficaz. Es así como ANITUA (2011) identifica al Panóptico como una caja de cristal en donde el ojo del poder dispone de una única mirada⁴³.

La situación de poder del inspector es analizada minuciosamente por FOUCAULT, quien identifica el invento del británico como una máquina diabólica de represión que funda su fuerza en la incertidumbre que se origina en la mente del prisionero, al verse constantemente vigilado. Es decir, condicionado. Así el pensador francés, intenta describir las consecuencias del sistema ideado por Bentham en el Panóptico, al sostener que mediante este modelo, se busca

(...) inducir en el detenido un estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento automático del poder. Hacer que la vigilancia sea permanente en sus efectos, incluso si es discontinua en su acción. Que la perfección del poder tienda a volver inútil la actualidad de su ejercicio; que este aparato arquitectónico sea una máquina de crear y de sostener una relación de poder independiente de la que ellos mismos son los portadores... porque lo esencial es que se sepa vigilado⁴⁴.

En síntesis, es un modelo de poder que se fundamenta en el sometimiento permanente del

⁴³ Cfr. ANITUA, G. I.: *Castigo, cárceles y controles*, Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011, p.167. El autor escribe: «El Panóptico fue creado por Bentham, como una caja de cristal, para que fuera observado por todos, aquello que sucedía en el interior de los centros de castigo. Sin embargo, en la práctica, el modelo significó un nuevo aislamiento de la sociedad y el diagrama de un esquema donde el ojo del Poder, configura una única mirada».

⁴⁴ Cfr. FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, (traducción de Aurelio Garzón del Camino), Ed. Siglo XXI, decimosegunda edición española, Madrid, 2000, pp. 204 - 205.

prisionero, quien a su vez se convierte en objeto de observación frente a un nuevo sistema organizacional; surgiendo así del planteamiento benthamiano dos conceptos nucleares: por una parte, el de vigilancia - control; y por la otra, el del poder para someter mentalmente al vigilado. Sobre los cuales se basan toda su filosofía. Conceptos estos, que evolucionaran hasta nuestros días, en lo que hoy, conocemos como vigilancia electrónica, que, sin duda, parte de los mismos principios utilitaristas de BENTHAM.

Por tanto, es a partir del panóptico de BENTHAM, --de su filosofía utilitarista--, que se construye lo que hoy conocemos como control telemático o vigilancia electrónica⁴⁵, en el sistema de administración de justicia penal de nuestro tiempo. No en valde, un amplio sector de la doctrina identifica a esta nueva concepción penal y penitenciaria, como el panóptico electrónico, cuyo poder de conocimiento y control, es mucho más avasallador e invasivo, que el anterior. Logrando en definitiva, evolucionar esta antigua propuesta del filósofo inglés a la cárcel electrónica de nuestros días. Así, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, señala con acierto que la vigilancia electrónica no surge de forma casual, sino que muy por el contrario --entiende que-- fueron los postulados filosóficos empíricos utilitaristas los que patrocinaron la vigilancia electrónica⁴⁶. Un nuevo “estilo de castigo” que parte de la figura arquitectónica del Panóptico de BENTHAM, particularmente, de la filosofía del control mediante la violencia simbólica --coacción psicológica-- que produce la inspección y visualización permanente del prisionero.

3.2. Aparición: una invención conductista

El padre y fundador de la vigilancia telemática, como medida de control penitenciaria, fue el profesor RALPH KIRKLAND SCHWITZGEBEL, de la Universidad de Harvard, quien a partir de la década del sesenta ideó un conjunto de medidas electrónicas como métodos de control para enfermos mentales y criminales⁴⁷, concibiendo una nueva ciencia “la psicotecnología”, cuya propuesta combinaba los campos de la psicología con la técnica:

⁴⁵ Vid. LYON, D., *op. cit.*, p. 95. El autor refiere que la vigilancia electrónica encuentra su precedente más contiguo en la figura de Jeremy Bentham (1748-1812) en *El Panóptico* publicado en 1791.

⁴⁶ Sobre este punto, véase a GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 107.

⁴⁷ Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: *La cárcel electrónica. El modelo del derecho norteamericano*, La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, Núm. 21, Año II, Noviembre 2005, p. 41. El autor escribe: «los antecedentes remotos de las pulseras, desde el plano teórico, se encuentran en el profesor de biología de la Universidad de Harvard, Ralph Schwitzgebel, quien en los años sesenta, propugnó medidas electrónicas como método de control para criminales y enfermos mentales».

disciplina que, de acuerdo a su criterio, podía servir como una herramienta útil y efectiva para que quienes resultaran monitorizados o vigilados⁴⁸, – en particular los presos –, moldearan sus patrones habituales de conducta, lo que bajo esta nueva perspectiva podía lograrse con el seguimiento y control electrónico, a distancia.

A raíz, de esta investigación, este profesor de Boston y su equipo fueron profundizando en el uso de la vigilancia electrónica como dispositivo de control en el campo del derecho penal y penitenciario, con una finalidad únicamente rehabilitadora para delincuentes reincidentes peligrosos. En 1964, junto con su hermano, ROBERT SCHWITZGEBEL, diseñan varios dispositivos para monitorizar reclusos a distancia; este planteamiento se basaba en la transmisión de datos de un artefacto móvil voluminoso que se colocaba en la humanidad del delincuente, para que, a través de este dispositivo electrónico al que se denominó *Behavior Transmitter-Reinforcer* (BT-R), se transmitieran señales (ondas de radio frecuencia) sobre la localización geográfica del sujeto objeto de monitorización, de forma muy limitada, dado lo rudimentario de los equipos.

Cabe destacar, que esta tecnología fue creada, originalmente, para pacientes con patologías mentales, a los cuales se les realizaba un conjunto de técnicas de electroestimulación cerebral para lograr modular a través de esos estímulos su conducta o comportamiento, es decir, a través de señales o tonos. Este proyecto, se trataba de una investigación que tenía como propósito presentar un nuevo control a distancia de esta tipología de pacientes, que luego fue extendida a los reclusos; patentando así, un nuevo diseño de comunicación interactiva a distancia entre el controlador o terapeuta y el sujeto monitorizado, que configuraba un modelo que permitía – a su parecer– corregir al preso. Es decir: rehabilitarlo. Era esta su pretensión. Proceso que estimulaba el terapeuta a través de tales dispositivos de control electrónico.

De acuerdo, al proyecto de SCHWITZGEBEL, este ideó un dispositivo que permitía inspeccionar y reconocer una serie de acontecimientos conductuales, mediante el cual se establecía un sistema de comunicación recíproca y funcional entre el condenado y el terapeuta, esto es, bidireccional, así lo sostiene GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS (2005: 42), mediante el cual se podía influir de forma directa en el comportamiento del reo,

⁴⁸ Cfr. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada. Especial referencia a los sistemas de control telemáticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 60.

generando patrones de conducta, además, de permitirle corregir sus hábitos comportamentales, como lo sostiene ESCOBAR MARULANDA (1997)⁴⁹ al advertir que sería intolerable un control electrónico constante y general, ejercido sobre conductas y sensaciones del organismo del vigilado, lo que señala sería contrario a la Constitución.

De acuerdo, a la propuesta de SCHWITZGEBEL, lo que perseguía era crear sujetos dignos de confianza para el sistema, mediante un riguroso control y vigilancia del sujeto monitorizado, cimentado en la supervisión como técnica para generar un específico patrón de conducta socialmente aceptable, es decir, normalizador. Lo que le imprimía a esta nueva visión del control formal la posibilidad de reeducar y rehabilitar al condenado, - introduciendo de esta manera, lo que podría denominarse rehabilitación electrónica - mediante el control electrónico de su presencia. Era esta su concepción original. En este sentido, es a partir de este planteamiento que se consigue patentizar el primer dispositivo electrónico, que nace como una autentica alternativa a la prisión. (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2012)⁵⁰.

Este grupo de investigadores y psicólogos de Harvard buscaba que los delincuentes reincidentes crónicos y peligrosos modificaran su conducta mediante este nuevo dispositivo de control conductual, el cual se basaba en las ideas de SKINNER⁵¹, de permitir que este tipo de comportamientos se tratara por medio de esta nueva técnica con el propósito de proporcionar la segura y efectiva rehabilitación o reinserción social del sujeto monitorizado (condenado). Es necesario significar –tal como lo describen INGRAHAM y SMITH (1972) – que la vigilancia electrónica desde la década del sesenta del siglo pasado (1960), había sido considerada por la doctrina como una alternativa real y

⁴⁹ ESCOBAR MARULANDA, G.: «Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)», en *Penas alternativas a la prisión*, (Coord. José Cid Moliné y Elena Lurrari Pijoan), Barcelona, Bosch, 1997, p. 222, al respecto, el autor señala: «Resulta contrario a la Constitución monitorizar al conductor ebrio reincidente de forma tal que nos permita conocer permanentemente cuándo está ingiriendo alcohol y cuánto ingiere. Contrario igualmente, sería monitorizar al agresor sexual para saber cuándo tiene una erección o al joven para saber cuándo presenta un estado de exaltación, a fin de que las autoridades puedan intervenir antes del desenlace final».

⁵⁰ Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 63. Autor que afirma que «desde un principio SCHWITZGEBEL, concibió esta primera patente de su dispositivo electrónico como una alternativa a la prisión».

⁵¹ Vid. PRIETO, J.L.: *La utopía skinneriana*, Madrid: Mondadori, 1992, p. 25. El autor define el modelo propuesto por SKINNER, sosteniendo: «El modelo skinneriano, novelado en el célebre Walden Dos, tiene su soporte científico en el análisis experimental, y se apoya, con vistas a su viabilidad, en la tecnología de la conducta».

general a la cárcel, asimismo, una verdadera opción a la *probation*⁵². Tal afirmación es confirmada, en el mismo sentido, por LUZÓN PEÑA (1991)⁵³.

Es así como, finalmente nace este innovador mecanismo de control electrónico en el campo de la ejecución de la pena. Principalmente, dirigido a reincidentes habituales peligrosos que se encontraran en libertad condicional o en la denominada *probation* o libertad vigilada. Proyecto que no llegó a incorporarse en el sistema norteamericano de justicia penal de la época, dado los elevados niveles escepticismo, y el bajo grado de penetración y credibilidad de las nuevas tecnologías, aunado a la falta o inexistencia -para el momento-, de la infraestructura necesaria para implementarlo.

Sintéticamente, pueden enunciarse las razones que no permitieron la introducción de la propuesta del científico de Boston al sistema penitenciario norteamericano, las cuales se concentraron, principalmente por: el insuficiente desarrollo del dispositivo tecnológico propuesto por SCHWITZGEBEL; el gran volumen y densidad de los aparatos, lo que hacía muy difícil sus niveles de maniobrabilidad. Es decir, el dispositivo o aparato era excesivamente grande; la cobertura del aparato era muy reducida; los costes de implementación de tal experimentación eran muy elevados.

Razones suficientes para descartar su implementación - por lo menos - hasta esa década; lo que en consecuencia sepultó definitivamente, su puesta en práctica a lo interno del sistema penitenciario, dado que los costes eran muy superiores a los supuestos beneficios que eran propuestos por parte de su creador; y que su propuesta estuvo exclusivamente dirigida como una técnica que permitía rescatar la concepción de la rehabilitación; concepción esta, que atravesaba por una profunda crisis, para aquella época.

Bajo esta perspectiva puede concluirse que este era un nuevo sistema de control basado en la coacción psicológica – simbólica –, como principal herramienta para modular patrones de conducta criminal. Dado que el ideal rehabilitador en que se fundamentó el

⁵² Cfr. INGRAHAM, B.L., y SMITH, G.: «The use of the electronics in the observation and Control of the Human Behavior and its posible use in rehabilitation and parole», en *Issues in Criminology*, 7, 2, 1972, pp. 35 – 53.

⁵³ Vid. LUZÓN PEÑA, D.M.: «Control electrónico y sanciones alterativas a la prisión», *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas (1991)*, Junta de Andalucía, DG de Administración local y justicia, Sevilla, 1994, p. 55.

experimento entra en crisis, como se dijo en el acápite anterior, la propuesta de Schwitzgebel no tuvo acogida. Lo que terminó por descartar el ensayo schwitzgebeliano.

3.3. La primera manifestación judicial

A principios de la década de los ochenta, específicamente, en la ciudad de Florida en el año 1983, es cuando por primera vez se aplica el control telemático o la vigilancia electrónica a un grupo reducido de condenados, logrando que esta técnica de control se incorporara al campo de la ejecución de la pena, y al sistema de justicia penal de los EE.UU, produciéndose de esta manera la primera manifestación judicial de la vigilancia electrónica, como consecuencia de la emisión de una sentencia de arresto domiciliario dictada por el juez del condado de Albuquerque, Nuevo Méjico, JACK LOVE, que imponía a tres condenados el cumplimiento de la pena mediante la aplicación del control electrónico de su presencia, evitándose de esta manera, su ingreso en prisión.

Dicha sentencia fue posible gracias a que el mencionado juez le solicitó al científico y experto en electrónica MICHEL GOSS, que produjera un aparato o dispositivo de seguimiento electrónico que permitiera monitorizar y mantener localizable a un condenado, en un radio de acción espacio temporal, que resultará seguro y que a su vez garantizará la efectiva ejecución de una resolución judicial. Es por ello, que siguiendo a LUZÓN PEÑA⁵⁴, quien afirma que la pulsera electrónica pasó a denominarse *Gosslink*, nombre que surge de la unión de la expresión inglesa *Link* – argolla –, y *Goos* – en alusión a su diseñador –, es decir, quien fabricó el primer dispositivo de vigilancia electrónica.

En este sentido, se aduce en la literatura especializada que tal iniciativa del juez LOVE, nace como consecuencia de que este despierta tal idea a partir de una historieta cómic *Spiderman*, donde el villano le coloca al superhéroe un dispositivo o brazalete electrónico que le permitía conocer su localización en forma continua; seguimiento, que le garantizaba anticiparse y mantener controlado al mencionado superhéroe, vigilando cada uno de sus movimientos⁵⁵.

⁵⁴ Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., *op. cit.*, p. 57.

⁵⁵ «*That oversized ID brazalet is an electronic radar device... which will allow me to zero in on your location whenever I wish! [...] Even your awesome power cannot remove it! Nothing can except my hidden laser key!*». Extracto de uno de los capítulos del comic *Spiderman* de la compañía Marvel Comics, aparecido a finales de la década de los 70 (ARMAZA ARMAZA, 2010: 350).

Con lo que a partir de dicha iniciativa se aplica la primera sentencia de arresto domiciliario con control electrónico en el sistema de administración de justicia penal de los EE.UU, lo que se conoce como la primera manifestación judicial de la vigilancia electrónica en el campo de la ejecución de la pena.

Cabe destacar, que un sector reducido de la doctrina se muestra desconfiado de la veracidad del nacimiento de la iniciativa en el juez de Albuquerque partiera de una historieta, lo que al parecer le resta credibilidad a la versión a la que califican como una leyenda.

Independientemente, de cómo nació tal iniciativa en la cabeza del juez norteamericano, lo que no es discutible es que este fue el primero en aplicar una sentencia penal con control electrónico. Lo que hace que a partir de este precedente judicial resurja el interés en este campo innovador de la ejecución penitenciara, que luego tendrá el desarrollo y evolución que hoy conocemos hasta nuestros días.

Posteriormente, al evidenciarse la efectividad y eficiencia de la medida, el Juez LOVE, propone al Departamento de Ejecución de Penas de Nuevo Méjico, que se estudiara la posibilidad de implementar un nuevo programa de control electrónico para lograr descongestionar el tan abultado sistema penitenciario del aludido estado norteamericano. Sistema penitenciario que atravesaba por una profunda crisis, representada principalmente por las elevadas tasas de encarcelamiento, que se registraban para la época.

Propuesta que se cimentaba, fundamentalmente, en excarcelar a los condenados por delitos de tráfico, en concreto, los cometidos por ingesta alcohólica y los delincuentes de cuello blanco, quienes podían acceder a este nuevo mecanismo de control telemático, evitando su permanencia en la prisión.

Los elevados costes que suponía mantener en prisión a esta categoría de delincuentes primarios por la comisión de injustos penales leves ayudaron a incursionar en esta nueva alternativa a la prisión, cuyo fundamento se configuraba en que tal tipología de

delincuentes podía terminar de cumplir la pena en libertad con control electrónico, dado su bajo nivel de peligrosidad. Evitándose así, los efectos perjudiciales del encierro para este tipo de delincuentes: el desarraigo y el contagio criminal que produce la prisión.

Iniciativa que resulta evaluada por la Administración penitenciaria, estableciéndose su plausibilidad y viabilidad. Es así como un año después de que se dictó la primera sentencia de arresto domiciliario con control electrónico, es decir, en 1984, se instaura en Palm Beach, Florida el primer programa de excarcelación con control electrónico con el objeto de reducir la población carcelaria, como primer objetivo de la medida.

A partir de la implementación de este programa el nivel de aceptación comienza a crecer y a multiplicarse por todo el territorio norteamericano. Lo que permite el crecimiento exponencial de la monitorización electrónica en el campo de la ejecución penal. Adopción que se produjo a niveles extraordinarios dado que el escenario y la infraestructura ya se encontraba mejor acondicionada para la completa implementación de este tipo de tecnología, es decir, para entonces, ya existían redes telefónicas, internet, dispositivos electrónicos; lo que, en definitiva, garantizó su total implementación, evolución y desarrollo.

Este precedente judicial inaugura lo que posteriormente tomaría una influencia determinante dentro del ámbito de la ejecución penal, al punto que, los dispositivos de control telemático son considerados por parte de la doctrina especializada como el nuevo paradigma de los sistemas penitenciarios de las principales potencias del orbe.

Sin embargo, hay que puntualizar que esta herramienta tecnológica no tuvo el impacto que se esperaba desde el inicio de su implementación, dado que el sistema se mostró escéptico y reticente respecto de la apertura de una nueva concepción de la penalidad, dado los riesgos que implicaba su puesta en práctica, para una sociedad que aún no se encontraba preparada para digerir el papel predominante de las nuevas tecnologías en el campo penitenciario, de esa época. Reticencia, que frenó su implementación por una década, hasta que se abonó el terreno para que tales tecnologías irrumpieran por completo en el sistema penitenciario norteamericano.

Una vez que el modelo innovador de la vigilancia telemática se consolidará en los EE.UU,

su adopción por las principales potencias del planeta, fue sistemáticamente consolidándose por Europa, comenzando su incursión en el Reino Unido, para luego irradiar todo el continente europeo; rápidamente, resultó ser acogido como una opción global en los principales sistemas penitenciarios del mundo. Expansión que permitió que esta nueva «opción custodial»⁵⁶ fuera acogida también en Latinoamérica, y el resto del planeta.

Según PARÉS I GALLÉS (1997)⁵⁷, el nacimiento de la vigilancia electrónica ha obedecido, principalmente, para dar respuesta a una misma problemática, en la mayoría de los países que han iniciado su experimentación: por un lado, evitar la masificación de los centros penitenciarios, y por el otro, propiciar la salida de aquellos internos que hayan sido condenados a penas de corta duración, cuyo pronóstico sea particularmente favorable; quienes, dada tales condiciones, pueden ser candidatos al régimen abierto de libertad con este tipo de vigilancia. Es así como entiende, que la vigilancia electrónica es una mediada alternativa a la pena privativa de libertad.

No obstante, nos advierte, que de las condiciones de ejecución de esta nueva modalidad tecnológica se propicia un debate ideológico que fomenta una nueva corriente de defensa de los derechos humanos, donde el eje central de este debate se plantea en torno a la defensa y garantía de estos y del régimen de libertades individuales, en torno a su aplicación. Mediante la adopción de dos posiciones, una que admite que su implementación es una amenaza a los derechos humanos, y otra que, aprueba su patrocinio porque fomenta una corriente moderna que evoluciona el concepto tradicional de ejecución de la pena privativa de libertad.

Esbozado esquemáticamente el origen y evolución de la vigilancia electrónica, a continuación pasaremos a desarrollar la aproximación terminológica de los sistemas de vigilancia electrónica.

⁵⁶ La expresión «opción custodial» es una expresión utilizada para hacer referencia a la vigilancia electrónica que pertenece a RIVERA BEIRAS, I.: *Recorridos y posibles formas de penalidad*, Anthropos, 1ª Ed., Barcelona, 2005.

⁵⁷ Cfr. PARÉS I GALLÉS, R.: «Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro», en *Revista del Poder Judicial número 46*, 3ª época, segundo trimestre, Madrid: 1997, p. 260.

4. VIGILANCIA ELECTRÓNICA: PRESUPUESTOS

4.1. Aproximación terminológica

No existe en la doctrina consenso, ni unanimidad de criterio en el Derecho positivo español; tampoco en el Derecho comparado, respecto a la identificación semántica de este tipo de tecnologías, en el ámbito penitenciario. En este sentido, no encontramos un acuerdo que identifique los mecanismos telemáticos o electrónicos con el uso de una terminología unívoca. Por el contrario, puede verificarse la dispersión y multiplicidad terminológica existente en ambos campos, respecto al uso de tales mecanismos.

Así, es posible conseguir en la literatura jurídica especializada y en los distintos instrumentos legales que los mencionan; en relación con el uso y aplicación de esta tecnología en el ámbito de la justicia penal, las expresiones: “monitorización electrónica”, “control telemático”, “dispositivos electrónicos”, “cárcel electrónica”, “vigilancia electrónica”, “seguimiento electrónico”, “medios telemáticos”, “monitoreo”, “panóptico electrónico”, “pulseras electrónicas”, “localización telemática” entre otras, tal y como afirma ARENAS GARCÍA (2018: 25),

se trata de una terminología que proviene del mundo de las TIC, aunque adquieren una connotación legal en el campo de las ciencias sociales y humanas, cuando las denominadas TIC se aplican sobre sujetos de quienes se recibe información computarizada a distancia, o lo que es lo mismo, cuyos movimientos se monitorizan⁵⁸.

La diversidad de expresiones y denominaciones del uso de estas tecnologías supone un problema a la hora de desarrollar y ampliar su radio de acción y ejecución, lo que origina el tratamiento de distintas tipologías de estos dispositivos o medios telemáticos, en el ámbito del Derecho penal. Es así como la nomenclatura descrita desde la normativa e instituciones públicas españolas no encuentra un tratamiento unívoco, es decir, uniforme.

Podemos encontrar las denominaciones “dispositivos electrónicos” presente en el artículo 86.4, que prevé la figura del tercer grado con control telemático del Reglamento

⁵⁸ Cfr. ARENAS GARCÍA, L.: *Los medios de control telemáticos en el sistema penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Penitenciario (en lo adelante RP), en tanto que este mismo instrumento legal en el artículo 156.2, cuando regula los permisos de especial seguimiento, las identifica genéricamente como “medidas de carácter tecnológico”.

En lo que se refiere, a la Instrucción 13/2006, de 23 de agosto, de Tratamiento y Gestión Penitenciaria, la Administración Penitenciaria las denomina como “medios de control telemáticos”. El Código penal en su artículo 106, cuando regula la libertad vigilada, los define como “aparatos electrónicos”.

Por su parte, la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, los precisa como “instrumentos de tecnología adecuada”, lo que supone, por parte del legislador el uso de una denominación extremadamente genérica y vaga, que precisa de *lege ferenda* de una mayor especificidad y concreción para lograr una interpretación correcta, permitiendo con esa delimitación a su vez una aplicación más depurada de este tipo de tecnología.

En definitiva, más precisa; dado que cuando se habla de nuevas tecnologías en el ámbito del Derecho, y sobre todo en el Derecho penal y penitenciario, cuyo nivel de precisión ha de ser mucho mayor, - dada la naturaleza de las contingencias que regula -; lo que garantizaría su absoluta correspondencia con la seguridad jurídica que ha de irradiar toda norma penal; dado que, la vaguedad y la falta de concreción se prestaría muy a menudo a una confusión, lo que abre un abanico poco plausible para desarrollar su normal adopción en el sistema. Además, de reducir los niveles de arbitrariedad que puedan surgir al momento de aplicar y ejecutar este tipo de medidas, proscribiendo por completo la arbitrariedad a la hora de ejecutar su implementación, es decir, su aplicación, por la falta de una previsión legal menos imprecisa y delimitada, que facilite la correcta y delimitada interpretación de la medida.

Sin embargo, puede en relación con este punto destacarse como lo sostiene Arenas García (2018), que mayoritariamente el uso de este tipo de tecnologías en el ámbito de la justicia penal española se reduce, principalmente, a dos denominaciones: “medios telemáticos” o “control telemático”⁵⁹. Opinión que tiende a relativizar el problema de la falta de

⁵⁹ Cfr. ARENAS GARCÍA, L., *op. cit.*, p. 33.

indeterminación - precisión -, o sea, de la unívoca utilización de una terminología que ayudaría en gran medida a fomentar su correcta interpretación, dada la dispersión terminológica existente en el Ordenamiento español respecto a este tipo de tecnologías de control. Se pasará ahora al análisis de su precisión conceptual.

4.2. Precisión conceptual

Debemos comenzar por preguntarnos: ¿Qué es el control telemático? ¿Cuál es el significado de la monitorización electrónica? ¿Cómo ha sido definido por la doctrina y en la literatura jurídica especializada? ¿Para qué se emplea en el ámbito del Derecho penal el control telemático o electrónico? Interrogantes que permitirán revelar el sentido, alcance y propósito de la aplicación de los medios electrónicos en el campo jurídico penal. Así ESCOBAR MARULANDA (1997) los define acudiendo a la expresión «monitor» presente en el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) como «como cualquier aparato que revela la presencia de las radiaciones y da una idea más o menos precisa de su intensidad». Destacando el mencionado autor sobre su funcionamiento, escribe:

*El monitor electrónico es considerado un aparato telemétrico que cumple funciones de control. Por lo tanto, se puede llamar monitor electrónico a cualquier sistema electrónico que efectúe un control sobre algo y haga las respectivas advertencias*⁶⁰.

PILAR OTERO (2008)⁶¹, por su parte, nos revela como funcionan los medios telemáticos en la administración penitenciaria española, al sostener que estos son capaces de comunicar todo tipo de datos mediante radio- frecuencia, lo que configura su función principal en el ámbito penitenciario. Función que ha de ser supervisada - como escribe la autora - por un funcionario encargado exclusivamente de monitorizar la data que comunica el medio telemático colocado en la humanidad del penado, al que identifica como un transmisor de pequeñas dimensiones - mejor conocido como pulsera o tobillera -, que emite señales que recibe y detecta una unidad receptora, que a su vez, identifica cuándo su portador se encuentra físicamente dentro de su radio de cobertura. Es decir, en sus proximidades. De forma que, al dejar de recibir tales señales el funcionario llamará inmediatamente al centro

⁶⁰ Vid. ESCOBAR MARULANDA, G., *op. cit.*, p. 201.

⁶¹ Cfr. OTERO GONZÁLEZ, P.: *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 15 – 16.

de control notificando el hecho.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS (2005b: 174) los precisa como «*un conjunto de técnicas electrónicas y telemáticas orientadas al control y sometimiento del individuo a favor de satisfacer otros intereses sociales superiores*»⁶². Con lo cual se aporta una definición con un mayor grado teleológico del término, en la medida en que abarca su finalidad pragmática, distinguiendo su carácter esencialmente utilitario, al atisbar su propósito más allá del mero control o vigilancia del sujeto de seguimiento, cuando sostiene como intención de la aplicación de estos medios tecnológicos el poder satisfacer otros intereses sociales “*superiores*”.

Balanza social en la cual, es posible distinguir la concurrencia de distintos intereses sociales, como por ejemplo: el que se pueda brindar a la sociedad mayor seguridad en el cumplimiento de una sanción penal menos traumática (carácter securitario), o sea, más provechosa para su beneficiario y también, porque no, para la sociedad; menos desocializadora, al ser ejecutada en libertad (fin descarceratorio/anticipatorio); fin este, que garantiza desde el punto de vista práctico, el que se brinde - una opción real que le permita al condenado reinsertarse sin apartarlo de sus vínculos sociales, familiares y laborales -. Es decir, lo más importante del uso de esta tecnología se centra en que se posibilite efectivamente la resocialización o reinserción social del penado, en un ambiente más propicio e idóneo para que este pueda lograrlo (fin resocializador).

Para GONZÁLEZ BLANQUÉ (2008)⁶³, tal denominación apunta al uso de este tipo de tecnologías, concretamente, la aplicación de dispositivos o instrumentos telemáticos por parte de las instituciones públicas para controlar y vigilar a distancia a sujetos investigados y/o condenados, por la supuesta comisión o por la comisión debidamente acreditada por un veredicto judicial, de un injusto penal, cuya supervisión o seguimiento es ordenada de acuerdo a su ámbito de competencias y facultades; para de esta manera garantizar los fines del proceso, en el primer caso; o de acuerdo al segundo supuesto, para

⁶² Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*, Madrid, Slovento, 2005.

⁶³ GONZÁLEZ BLANQUÉ, C.: *El control electrónico en el sistema penal* (Tesis Doctoral), Dir. Elena Larrari, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2008, pp. 4-7. Recuperado en: [<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5092/cgb1de1.pdf?sequence=1>]

garantizar con la aplicación de estos aparatos electrónicos el cumplimiento y la ejecución de la sanción penal.

En el mismo sentido, VITORES GONZÁLEZ (2009) sobre los componentes del control telemático o electrónico y su funcionamiento, escribe:

El dispositivo de monitorización electrónica consta de un equipo básico de tres componentes: un transmisor, un receptor y un ordenador central. El transmisor está ubicado en un brazalete que se ciñe alrededor de la muñeca o del tobillo del... preso... Este transmisor envía señales constantes, en una zona y una frecuencia específicas, a un receptor conectado a la línea de teléfono. El receptor está, a su vez, conectado a un ordenador central recibe y registra datos y advierte inmediatamente al operador... si una persona está ausente del lugar en el que debe permanecer durante el periodo de monitorización. Por este medio, lo que se puede controlar es si la persona está presente, o no, en su casa a las horas acordadas o si intenta despojarse o dañar el brazalete⁶⁴.

Por su parte, VEGA ALOCÉN (2010), respecto al funcionamiento de esta modalidad de control telemático aplicado en España, sostiene:

La doctrina científica distingue dos clases de vigilancia electrónica: la activa y la pasiva. Ambas responden a principios similares, aunque utilicen tecnologías diferentes. Los dos sistemas imponen una limitación a la libertad de movimiento del penado, que debe estar localizado en un sitio concreto y a unas horas determinadas. Sin ánimo de censurar la validez de esta división doctrinal, preferimos optar por una clasificación más concreta que distinga los distintos sistemas según la tecnología empleada. Así las modalidades de control telemático que se aplican en España son las siguientes: 1. La monitorización electrónica mediante pulsera. 2. La verificación biométrica de la voz. 3. El seguimiento continuado por satélite⁶⁵.

NELLIS y TORRES ROSELL citadas por ARENAS GARCÍA (2018, *op. cit.*, 34), distinguen el uso de esta terminología, al definirla «*como una vigilancia remota que regula los*

⁶⁴ VITORES GONZÁLEZ, A.: *La transformación de la regulación social mediante las prácticas de monitorización electrónica. La celda en casa la pena en la calle*, Tesis Doctoral dirigida por Miguel Domènech Argemí, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2009, p. 30. Recuperado en: [http://www.antonioacasella.eu/nume/Vitores_monitorizacion_electronica_2009.pdf]

⁶⁵ VEGA ALOCÉN, M., *El tercer grado con control telemático*, Granada, Editorial Comares, 2010, p. 69.

horarios temporales y espaciales de la vida de un delincuente». Definición que, a criterio de esta última, aporta una visión más versátil y neutra respecto al uso y aplicación de estas herramientas cuyo significado viene atribuido por el uso exclusivo que se realice de ellas, sin que necesariamente se apunte a ninguna medida o pena en particular.

Según BERMUDO CASTELLANO (2019, p. 89), se define:

como el empleo de instrumentos de transmisión de datos (información) a través de medios telefónicos y/o telemáticos con el objetivo de conocer de forma continuada o puntual la ubicación espacial de los sujetos sometidos a control, y por tanto, verificar el cumplimiento de una pena, una condición o un programa (Becerril Polo).

De acuerdo con TAYLOR y ARIEL (2012)⁶⁶, su significado está vinculado a diferentes medidas y penas, con lo cual identifica el uso y aplicación del término, desde un prisma jurídico penal, ya que la expresión control electrónico alude en los distintos ordenamientos jurídicos e instrumentos legales a una sanción penal, o como una condición de esta; una medida cautelar e instrumental; o una figura de cumplimiento - autónoma o complementaria -, en el ámbito de la ejecución penal.

ARENAS GARCÍA, por su parte sostiene que *«en un primer estadio es necesario definir en sentido estricto el origen semántico de estas dos palabras. Según la Real academia española (RAE), telemática es: ‘la aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión a larga distancia de información computarizada’*. Se trata de un anglicismo, fruto de la conjunción de dos palabras ‘tele’ e ‘infor-matics’». Y agrega, que los términos más empleados y comúnmente aceptados por la literatura existente en la materia son *«‘electronic monitoring’ y ‘electronic control’*». Importante es advertir que la mencionada autora destaca que con la alusión de esta terminología *«no se alude a los controles electrónicos que se aplican como medidas de prevención, control o vigilancia de delitos y/o delincuentes en las vías públicas u objetos (por ejemplo: la videovigilancia)»*. Ya que *«[e]l término apunta a la tecnología aplicada por las instituciones públicas para controlar a distancia a personas condenadas o investigadas por la comisión, o supuesta comisión, de una infracción penal»*. Finalmente, concluye:

⁶⁶ Cfr. TAYLOR, F., ARIEL, B., *Protocol: Electronic Monitoring of Offenders: A Systematic Review of Its Effect on Recidivism in the Criminal Justice System*, Oslo: The Campbell Collaboration, 2012, p. 2.

«que el sujeto al que se le aplica una medida o pena con medios electrónicos es llamado 'sujeto telemático, sujeto monitorizado o persona monitorizada'. Esta denominación es adoptada tanto por la administración pública como por la doctrina española (...). Lo mismo sucede con el dispositivo empleado para realizar el seguimiento de la persona, conocido vulgarmente como pulsera, tobillera, brazaletes o grillete electrónico»⁶⁷.

En síntesis, podemos concluir que el control telemático o electrónico es el seguimiento que se realiza por medios electrónicos (tecnológicos), a través de los cuales se transmite una data o información, que permite mantener localizado o ubicado dentro de un perímetro previamente delimitado -domicilio- la presencia física de un sujeto sobre el que recae una orden o medida judicial de monitorización, con el objeto de dar cumplimiento efectivo a un programa, dentro de un espacio de tiempo establecido - periodo regularmente corto -, como consecuencia de un proceso penal.

Su aplicación depende del uso unos aparatos o dispositivos tecnológicos que emiten señales de radio frecuencia o señales satelitales de posicionamiento global del agente de seguimiento respecto a una unidad receptora que identifica su ubicación y presencia, lo que permite a su vez controlar telemáticamente al beneficiario de la medida, sin tener que privarlo de su libertad, brindándole la opción de que este cumpla con una aflicción judicial más atenuada, en un ambiente menos traumático y desocializador (criminógeno), que la prisión; al tiempo que se realiza un seguimiento más riguroso, efectivo y eficaz por parte de la Administración encargada de su ejecución. Una vez precisado conceptualmente el control telemático, pasemos, pues, al análisis de su naturaleza jurídica.

4.3. Naturaleza jurídica

Una de las aristas a considerar respecto a este tema, es el que se pueda identificar la naturaleza jurídica de la monitorización electrónica. El que podamos clasificar estos instrumentos tecnológicos, bien como penas individualmente consideradas, es decir, como una sanción penal más del catálogo de penas disponibles en el ordenamiento jurídico penal; o como una herramienta complementaria que posibilita la ejecución penal en un espacio más idóneo y en libertad con control telemático o biométrico, que le brinde

⁶⁷ Cfr. ARENAS GARCÍA, L., *op. cit.*, pp. 31 – 34.

a su vez la garantía y seguridad a la sociedad de su cumplimiento y seguimiento efectivo. Anticipando la libertad segura del condenado, por diferentes vías dentro del marco de la ejecución penal.

También que pueda considerarse como una medida cautelar, a la cual es posible acudir en el curso de cualquier proceso penal, que permita en las primeras de cambio, es decir, dentro del proceso, sujetar más eficaz y eficientemente, un sujeto sin que el mismo tenga que ir a prisión preventiva, buscando por una vía más humana y menos criminógena la correcta consecución y sujeción a los fines del proceso; mediante los cuales se garantice con la aplicación de los instrumentos de la técnica un mayor poder de control y seguimiento, con lo cual es dable materializar las resultas del enjuiciamiento penal, por vía de la vigilancia electrónica.

En este último caso, también pueden ser consideradas como mecanismos de protección en los casos de violencia de género, ya que tales herramientas innovadoras sirven para garantizar un radio de protección a la mujer objeto de violencia machista (escudo tecnológico). Lo que le permitirá alertar a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado de la proximidad e inminencia de posibles ataques por parte del agente monitorizado, —advirtiendo a la mujer-víctima—, con el uso de un sistema de posicionamiento global (satelital) la ubicación de su agresor monitorizado, de la proximidad e inminencia de un ataque o amenaza real a su integridad. Lo que paralelamente puede ser advertido por el funcionario o el centro de control e inserción que realice el seguimiento telemático del agresor.

Permitiendo que con el uso de esta tecnología se le garantice a la víctima la posibilidad real de reaccionar solicitando la rápida intervención de la fuerza pública, reduciendo considerablemente las oportunidades de que disponga el agresor respecto a la vulnerabilidad de la víctima. Y en ese seguimiento, establecer una efectiva capacidad de respuesta, opciones de alerta, advertencia de escenarios reales que presupongan un peligro inminente para las víctimas, test de respuesta rápida, la IA, y en general, las TIC siempre serán más eficaces y eficientes que el hombre, ampliándose de una manera infinitamente superior las posibilidades de reacción y contención del agresor, en este ámbito. Además, que con la utilización de estos dispositivos se logra causar un efecto inhibitorio en el sujeto monitorizado al saberse permanentemente vigilado, lo que reduce

considerablemente sus oportunidades de agresión a la víctima de este tipo de violencia.

Medida de protección esta, que puede ser dictada como una medida cautelar, en el curso de un proceso; como una pena o sanción penal una vez finalizado el mismo; o como una posibilidad de poder complementar la ejecución penal del agresor condenado, en cualquier régimen abierto del que resulte beneficiario, lo que ha de ser suficientemente justificado caso por caso, dependiendo de las circunstancias particulares e individuales del condenado.

De esta manera la maleabilidad de los medios de control electrónicos, en lo que a la naturaleza jurídica se refiere, representan una ventaja que sólo el campo tecnológico nos puede brindar. Adecuar y blindar cada una de estas posibilidades es una tarea pendiente por acometer, dotándola de un mayor marco de garantías y, del respeto irrestricto de los derechos fundamentales de todos y cada uno de los protagonistas del conflicto penal.

En definitiva, la naturaleza jurídica obedecerá al uso que le demos a tales instrumentos tecnológicos, cuando su aplicación se utilice como medio para garantizar la materialización de una medida cautelar, incluso sea esta de protección en el marco de la violencia de doméstica o de género, su naturaleza será instrumental – procesal –; cuando se trate de una sanción penal autónoma o de una medida alternativa, es decir, como mecanismo que posibilita la ejecución penal, principal o complementaria a cualquiera de sus formas, su naturaleza es estrictamente penitenciaria – pena –. Por consiguiente, su naturaleza jurídica estará dada por el papel que cumpla dentro de las distintas áreas antes descritas. Estas breves distinciones que se han efectuado de un modo sintético, son útiles y necesarias para diferenciar en cada uno de sus casos, la naturaleza jurídica que puede asignársele a estos dispositivos electrónicos de seguimiento. A continuación, desarrollaremos los tipos de vigilancia electrónica.

4.4. Tipos

Los sistemas de vigilancia electrónica se distinguen generalmente en tres grandes grupos: i) vigilancia pasiva; ii) activa y; iii) mixta. Atendiendo a las necesidades particulares que requiera el empleo de aquellas, en función de las características individuales del monitoreado, se elegirá el programa de tratamiento correspondiente. En este sentido,

puede afirmarse que en la práctica se emplean las siguientes modalidades:

La vigilancia electrónica pasiva, es la técnica de seguimiento que se emplea mediante control programado de reconocimiento de voz. Se realiza de forma aleatoria y discontinua un número de llamadas de una unidad central al domicilio o lugar que se establezca para tal efecto, utilizando un software inteligente que identifica y reconoce la voz de la persona monitoreada. Lo que requiere que se tome previamente un registro inicial de la voz de la persona a vigilar, para que el sistema pueda identificarla, contrastándola con la previamente almacenada. Si no se dispone de línea telefónica fija, el estado le suministra un dispositivo que funciona como un teléfono normal, con restricción de llamadas, sólo a los números preestablecidos por el centro de control. Esta técnica también detecta intentos de manipulación, al igual, que cambios de emplazamiento. Resulta más económica, flexible y generalmente es la más empleada. No precisa la utilización de pulseras o brazaletes, lo que supone para la persona beneficiada una ventaja, al no verse expuesta, ni estigmatizada. Técnica que se usa ordinariamente para los arrestos domiciliarios con control biométrico. Comprende también los sistemas de verificación por video (reconocimiento facial) y respiración.

Vigilancia electrónica activa o mediante pulseras o brazaletes (radio frecuencia): Es la técnica que opera mediante la colocación de estos dispositivos electrónicos en el cuerpo de los sujetos (muñeca o tobillo), instrumentos que emiten de forma constante una señal a una unidad receptora conectada a los mismos y, que procede a instalarse en el domicilio o lugar escogido para tal fin; a su vez, esta unidad remite esta información o data a un servidor central; por ende, este último, se encarga de registrar la posición, o mejor dicho, la ubicación del sujeto monitoreado en espacio y tiempo. Técnica mejor conocida como “*tagging*” en su terminología inglesa. Se establece un cronograma en cada caso particular, esto es, de forma individualizada, conforme al cual, se comprueba la presencia o ausencia del lugar de control. Todo este proceso exige la existencia de una red eléctrica y de una línea telefónica. Sin embargo, esta última exigencia ya no es necesaria, ya que las líneas telefónicas fijas han sido reemplazadas por la red de telefonía móvil, en este caso, se procede a instalar un tarjeta de teléfono móvil (SIM) en la unidad receptora, con el objeto de garantizar la comunicación. Por otra parte, esta técnica también permite monitorear la asistencia o ausencia a centros de formación, rehabilitación e incluso a registrar sus actividades laborales, si en los mismos se instalan unidades receptoras o se emplean

unidades móviles para tales efectos. No obstante, de acuerdo a la constante evolución de la tecnología, estos dispositivos (pulseras y tobilleras) serán historia y serán reemplazados por microchips. Lo que hará que disminuyan los niveles de estigmatización. El sistema detecta cualquier intento de manipulación que surja mientras esté operando.

La vigilancia electrónica continua o mixta: es la técnica de seguimiento continuo que emplea la ubicación geográfica por vía satélite. O sea, mediante un dispositivo GPS (siglas en inglés *Global Positioning System*). Comúnmente utilizada para controlar ciertos perfiles de internos, que requieran un seguimiento y control más intensivo, de acuerdo a sus características personales, principalmente estimadas en función de dos variables. Por un lado, el riesgo, y por el otro, la peligrosidad. Combina las pulseras telemáticas con ubicación geográfica vía satelital. Se emplea para dar viabilidad a los permisos de salida de estos perfiles, potenciando de esta manera su reinserción social, para lo cual, el penado deberá llevar continuamente un receptor, similar a un teléfono móvil y la pulsera fijada en su muñeca o tobillo. Requiere el consentimiento expreso del penado, por consiguiente, exige del beneficiario un nivel de compromiso y colaboración mucho mayor, más activo, y, por ende, de la evaluación individualizada y pormenorizada para que pueda ser aprobada. Inicialmente esta técnica presentaba problemas de cobertura en determinadas zonas, lo que con la constante evolución de la tecnología va desapareciendo. Actualmente, es la técnica más empleada para controlar las órdenes de alejamiento, ya que permite fijar la localización exacta, en tiempo real del monitoreado.

Una vez desarrollado, en apretada síntesis, los tipos de vigilancia electrónica, procederemos a abordar el punto de la versatilidad de los medios de los sistemas de vigilancia telemática

4.5. Versatilidad de medios de control electrónico

Los medios de control telemático poseen una gran capacidad de adaptabilidad y maniobrabilidad a las distintas funciones de operacionalización del sistema de justicia penal y penitenciario, como ya lo acabamos de ver en el acápite anterior, sobre la indeterminación de su naturaleza jurídica. En este sentido, conviene advertir que tales dispositivos electrónicos pueden ser utilizados como una herramienta básica para adelantar la puesta en libertad de los reclusos que estén próximos a cumplir la condena,

es decir, como un mecanismo para verificar el último tramo de la condena, lo que la configuraría como una medida penitenciaria idónea para sustituir la prisión.

También es factible que pueda ser utilizada como una alternativa a la cárcel, cuando opera como una pena autónoma y de contenido principal. Asimismo, y en relación con este aspecto, puede establecerse su grado de versatilidad cuando opera como una medida cautelar e instrumental en el curso de un proceso penal, mediante la cual se evita el ingreso en prisión, permitiendo que el delincuente se someta al control de su localización, lo que en definitiva garantizaría los fines del proceso. Es decir, la sujeción al proceso como objetivo principal de cualquier medida instrumental o cautelar. Logrando de esta manera que no se acredite los efectos perniciosos del encierro preventivo: el contagio criminal y el desarraigo que genera la prisión.

De igual manera, puede ser utilizada como un mecanismo de seguridad y protección, sobre todo en materia de violencia doméstica o de género. Dado los distintos ámbitos y gran variedad de escenarios en que pueden ser empleados este tipo de avances tecnocientíficos, los convierte en una herramienta tecnológica capaz de conseguir los propósitos penales y penitenciarios con un grado de eficacia y eficiencia mucho mayor que las medidas convencionales, afirmación que se justifica con lo que ya se ha visto, con la experiencia en el empleo de este tipo de tecnología, los resultados conseguidos con su aplicación; lo que ha llevado a la doctrina a considerar plausible el que estos dispositivos electrónicos sean empleados como dispositivos de una nueva hegemonía control social formal que obedecen a una particular racionalidad.

Al tratarse de una tecnología aún en construcción, su versatilidad o mutabilidad se ampliará en lugar de reducirse con el transcurso del tiempo, lo que en cierta medida permitirá que penetre en nuevos escenarios, que pueden configurarse como lo inédito, es decir, lo que está por venir. Empleo que muy seguramente accederá a experimentar en otros campos y áreas de la ejecución penal en función del bajo nivel de reincidencia y de los efectos positivos que genera su empleo. Ventajas a la que habría que sumarle, el grado de aceptación por parte de los internos que prefieren este tipo de sistemas de control y vigilancia a la prisión.

Siempre, claro está, que se respeten los límites en su aplicación: principalmente, el respeto

irrestringido a los derechos fundamentales del monitorizado y, a su vez, brindándosele a la sociedad las garantías necesarias para su adecuado cumplimiento. A mayor radio de acción, mayor será su nivel de versatilidad.

Incluso, puede afirmarse que esta versatilidad ha permitido su implementación para viabilizar los permisos de salida, de penados por delitos graves, que gocen de un pronóstico favorable de reinserción social, con el objeto de garantizar la continuidad de sus programas de tratamiento y, por ende, su contacto con el mundo exterior, cuando las circunstancias de otorgamiento de los mismos, requieren de un marco mayor de garantías, lo que responde en gran medida a la versatilidad de su aplicación en el contexto de la ejecución penitenciaria.

Por esta razón, en la búsqueda del criterio legitimador para la adecuada aplicación de los dispositivos telemáticos se hace necesario trazar el recorrido de la pena de prisión, a la que busca sustituir la vigilancia electrónica. Lo que será desarrollado a continuación.

5. METAMORFOSIS DE LA PENA DE PRISIÓN: IDONEIDAD DE SU REEMPLAZO

Para desarrollar este punto, comencemos por preguntarnos: ¿Cómo se enfrenta el Derecho penal al individuo? Responde, ROXIN: “*el derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas, y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado*”⁶⁸. Estos tres momentos o fases en que se desarrolla la teoría del injusto penal, representan la existencia de la coacción estatal más invasiva, agresiva y violenta presente en el ordenamiento jurídico del Estado: la prisión.

Momentos, que precisan de una minuciosa y detallada justificación –explicación, de cada uno de esos momentos, por separado–, como nos lo advierte ROXIN. Con lo cual la pena va consumando cada uno de esos estadios y persiguiendo diferentes finalidades a lo largo del proceso. Lo que podríamos traducir como el recorrido de la pena, o sea, su metamorfosis desde que nace, se impone y ejecuta. Es decir, cada una de estas fases

⁶⁸ Cfr. ROXIN, C.: *Problemas Básicos del Derecho Penal*, (Trad. de Diego Manuel Luzón Peña), Madrid: Ed. Reus, p. 20.

condiciona la anterior. La primera es el fundamento, la segunda es la consecuencia de la infracción la primera y, la tercera es la materialización de todas ellas, o, mejor dicho, su ejecución. Para una mejor comprensión de esta teoría, MUÑOZ CONDE, al respecto escribe:

...en el momento de la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general... pero si a pesar de esa amenaza se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele una pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea retributiva. Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de la libertad, la idea de prevención especial⁶⁹.

5.1. Primera fase: amenaza

En un primer momento la pena es amenaza, intimidación o advertencia. Es decir, su naturaleza es preventiva general. Asegurar la convivencia pacífica, el orden y el progreso, precisa por parte del Estado de la necesaria protección de bienes jurídicos para poder lograr esos mínimos de convivencia. La satisfacción de necesidades vitales en el seno de una sociedad (territorio) sólo es posible si se salvaguardan ciertos estándares que garanticen el aseguramiento y, con ello, el adecuado cumplimiento de un conjunto de prestaciones públicas primarias. Sistema de valores reconocido por el Estado para garantizar una convivencia pacífica en la sociedad. Lo que se traduce en el establecimiento de un orden jurídico, con suficientes garantías.

De acuerdo a esta primera fase, la protección de bienes jurídicos por parte del Estado (Derecho penal) constituye una labor esencial para que la convivencia pacífica de sus residentes pueda materializarse; esto es: el legislador mediante la adopción de conductas configuradas como fórmulas normativas, con las que estima pueden infringirse los bienes jurídicos penalmente tutelados, es decir, que poseen una considerable relevancia desde el punto de vista jurídico penal, es así, como surgen en el seno legislativo las previsiones típicas cuya amenaza penal se dirige a advertir al conjunto general de la sociedad de las consecuencias jurídicas que acarrea vulnerar o poner en peligro dichos bienes jurídicos

⁶⁹ Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975, p. 36.

penalmente protegidos. Con lo cual, se producen dos importantes consecuencias, en principio, su naturaleza estrictamente subsidiaria, o sea, su expresa manifestación como instrumento jurídico de último recurso, y en un segundo criterio, la imposibilidad e impedimento de sancionar conductas que no violen esos bienes jurídicos penalmente protegidos –reconocidos legalmente por el Estado—. Es decir, el principio de legalidad de los delitos y de las penas.

5.2. Segunda fase: imposición

De seguidas, y en una segunda fase, el juez, quien es el único legitimado para imponer penas o sanciones penales, después de recorrer un proceso penal, emitirá una sentencia o resolución que imponga esa sanción penal. O sea, debe decidir sobre la aplicación de la pena, imponer una pena cualitativa y cuantitativamente, cuando jurídicamente se acreditó a lo largo de un proceso oral, público y contradictorio la comisión de un hecho punible. Estadio que le permite imponer un castigo, como salvaguardia del orden jurídico. Es decir, retribuir un mal por el mal cometido (teoría de la retribución). Momento cuya naturaleza se distingue por la aplicación y asunción de un criterio esencialmente retribucionista. Configuración que se cristaliza con la conocida frase de Hegel: «La pena es la negación de la negación del derecho». En definitiva, la irrogación de un mal necesario que busca restablecer el orden jurídico violado.

De acuerdo, a lo antes descrito la finalidad característica de este segundo estadio de la pena, está definida por la retribución –individualización e imposición de la pena–, como único propósito de esta segunda fase.

5.3. Tercera fase: ejecución

Finalmente, se ingresa en su último estadio, es decir, en la ejecución de la pena, cuya finalidad es principalmente resocializadora. En este sentido, el momento final o el tercer estadio de la pena persigue como propósito esencial, la reinserción social y la reeducación del condenado en la sociedad, lo que justifica que la ejecución de la pena se caracterice como una opción que brinda el Estado para que el penado pueda reencausar su vida y abandonar el delito, logrando que este se reinserte definitivamente en la sociedad.

De esta manera, la pena cumple un recorrido que transcurre en tres estadios o momentos que identifican la persecución de diferentes fines a lo largo del trayecto antes descrito, lo que permite identificar los distintos fines de la pena, en cada una de esas etapas. Es así como la única justificación plausible de la pena, al momento de su ejecución, se distingue por su naturaleza resocializadora. Como factor que caracteriza constitucionalmente la ejecución de la pena. Identificación que desarrolla –en sentido propio–, un mandato constitucional, que prescribe el fin o propósito de la pena en esta última etapa del proceso. Con lo cual, el desarrollo legislativo de la norma constitucional posibilita la coherencia, congruencia y conveniencia con el modelo político constitucional de la pena, al momento de su ejecución.

La resocialización como propósito de la ejecución de la pena privativa de libertad, es la polémica más discutida en el seno de la doctrina. En este sentido, la caja de pandora está en hallar un modelo político criminal que brinde la oportunidad al penado de reencausar su vida, permitiéndole a su vez que abandone por completo el delito y retorne a la sociedad, cumpliendo las expectativas sociales –producto de la convivencia pacífica y el respeto a las instituciones del Estado–, es decir, un retorno a la libertad responsable. Como programa político-constitucional que se propone con la pena: *orientadas hacia la reeducación y reinserción social* (art. 25.2 CE).

El que se posibilite el alcance efectivo de este propósito es la deuda aun no satisfecha del Derecho penal. En definitiva: ¡no puede enseñarse a vivir en libertad, privando de libertad, para luego pretender una consecuencia positiva! La experiencia, y la historia de la pena privativa de libertad se ha encargado de demostrar y evidenciar esta manifiesta contradicción.

El que pensemos en modelos alternativos diferentes, que permitan hacer efectivo el mandato constitucional irrogado a la ejecución de la pena privativa de libertad permitirá avanzar en una dirección positiva, coherente con el fin constitucional. Y en ello, el control telemático o la monitorización electrónica juegan un papel innovador y revolucionario, que permite al penado cumplir la pena evitando los efectos desocializadores del encierro, siempre bajo un marco de garantías básicas y beneficiosas: tanto para el penado como para la sociedad. Sistema de garantías, que limitaran el uso correcto de las nuevas tecnologías, como medios para obtener el fin constitucionalmente propuesto.

El futuro, ya viene tocando las puertas del Derecho penal, de la mano de la técnica. Adaptarnos al cambio, mediante la instauración de un modelo jurídico-político que resguarde y garantice los valores axiológicos de la dignidad humana y el derecho a la intimidad, –haciéndolo compatible con el derecho a la privacidad del condenado–, es la tarea pendiente por acometer, que permitirá la imparable ascensión de un nuevo modelo de ejecución penal, más civilizado, moderno y humano, en el que las nuevas tecnologías están teniendo la última palabra.

La era de las TIC reclaman la adopción de un marco respetuoso con los derechos fundamentales del condenado que resulte monitorizado por sistemas de vigilancia telemática, cuya congruencia con el respeto irrestricto a los derechos humanos, limitará de manera especial el que no se desborde, ni se atropelle o sobrepase la dignidad e intimidad de la persona, es decir, su privacidad –más allá– de lo estrictamente necesario: como derechos fundamentales de este, los cuales deberán ser celosamente protegidos dentro del marco democrático, que permita la adecuada utilización de los sistemas de vigilancia telemática; lo que, de no ser advertido, por quienes tienen a cargo la adopción de las políticas públicas provocará el nacimiento de los viejos fantasmas totalitarios del siglo XX.

Dado el papel excesivamente invasivo y avasallador de estos mecanismos electrónicos, tal como se recrea en la literatura distópica, a la que corrientemente y, como lugar común se recurre desde la doctrina especializada. En este punto, parte de la doctrina opositora (negacionista) se encarga de evocar el lado más oscuro de las nuevas tecnologías⁷⁰, haciendo gala de los peligros que encierran, descartando de plano, su lado más humano, también asumible, por la adopción limitada o rigurosamente restringida de las mismas.

Es por ello, que la respuesta más inteligente será la adaptación a los cambios producto de la técnica, dotando a los mismos de un marco jurídico respetuoso de los derechos fundamentales. Es decir: –hacer que su aplicación se garantice dentro de un marco compatible con los derechos humanos del condenado–. Empero, para trascender a un

⁷⁰ Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., *op. cit.*, p. 63, advierte del peligro que envuelve el control electrónico estatal que puede caer fácilmente en la tentación orwelliana de convertirse en el «Big Brother» que vigile y controle todo, quedando así en entredicho la dignidad personal, anulando la intimidad y la libertad del sujeto, reduciéndolo en definitiva a una cosa o un objeto que proporciona, exclusivamente, información.

estadio más civilizado, necesitamos comprender que la cárcel no es la solución al problema, es desde este contexto: el problema que requiere una solución. Esto es, en palabras de Gudín Rodríguez-Magariños (2007), *un problema mal resuelto*.

6. LA CÁRCEL COMO PROBLEMA

6.1. Formulación preliminar

La cárcel ha de encararse definitivamente como un problema: es y representa un problema para nuestra sociedad, partiendo efectivamente desde una perspectiva positiva – quiero decir constructiva –; empeñarse en buscar una solución a este grave y complejo problema, en el que la eficacia y ciertos parámetros del utilitarismo, pueden ayudar a descomprimir esta válvula de presión, que se encuentra próxima a estallar si no le buscamos una solución más civilizada, es decir, pensada desde una nueva perspectiva, concurrente con nuestro tiempo: búsqueda que, sin lugar a dudas, proporcionará valores positivos asumibles de cara al futuro.

Recordemos que fue el utilitarismo y sus valores, los que permitieron al movimiento científico que se colocara a la cabeza del progreso de la humanidad, de su evolución y avance, en el que el mundo anglosajón enarbola la bandera de esa victoria, o, mejor dicho, de su conquista. Es así como parafraseando a GUDÍN RODRÍGUEZ- MAGARIÑOS (2007), aconteciera en tiempos pasados con Roma, la «ciudad eterna», quien acertadamente, escribe que,

*el mundo anglosajón, como antaño sucediera con Roma, puede presumir de exhibir los nombres de los británicos Isaac Newton, Alexander Flemmignig, James Watt, Alexander Graham Bell, Michael Faraday, John Dalton, Charles Darwin, Ernest Rutherford, John Logie Baird, Stephen William Hawking o vinculados al mundo anglosajón como los hermanos Wright, Albert Einstein, Julius Robert Oppenheimer, Richard Feynman, Thomas Alba Edison, etc., personajes que han cambiado la vida de este planeta*⁷¹.

De manera que, la cárcel siempre ha de ser considerada un problema que requiere de una solución más humana, inteligente y racional, – menos desocializadora –, producto de una

⁷¹ Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 165.

época pretérita para la cual resulto sin duda un avance que permitió dejar a tras la pena corporal y la sangrienta barbarie de la cual estaba impregnada la pena de aquella época, tal y como lo recrea FOUCAULT con suficiente crudeza y elocuencia⁷². Barbaridad que no se encuentra del todo superada en nuestro siglo. Sin embargo, este complejo problema debe ser atacado desde una perspectiva utilitarista que encierre la búsqueda constante de mejores opciones; de opciones más civilizadas, acordes con los nuevos tiempos y la irrupción de las nuevas tecnologías. Respecto al núcleo del problema penal, es decir, en relación a la pena de prisión como problema, QUINTERO OLIVARES (2005: 108), sostiene: «por qué se castiga, cuánto se castiga, con qué finalidad, y sobre todo, en relación con la pena privativa de libertad, si es posible imaginar formas diferentes de reacción frente al delito, menos toscas y marginadoras»⁷³.

Producto de la vertiginosa incursión de la revolución tecnológica, el hombre moderno ha conseguido desafiar complejos enigmas que le hacían interrogarse sobre la posible extensión de sus capacidades cognoscitivas; desafíos que a lo largo de la historia ha logrado superar de la mano de la técnica, como, por ejemplo: conquistar el aire (poder volar); los océanos; el espacio; asimismo, hacer posible – entre otras actividades del hombre conquistadas por los avances tecnocientíficos –, la realidad virtual. En definitiva, hemos de afirmar como colofón al respecto, tal y como lo señala atinadamente GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, cuando procede a citar a MAJO que la revolución tecnológica tuvo su inicio desde la prehistoria cuando el ser humano haciendo uso de los adelantos técnicos pudo superar a animales más rápidos, fuertes y agresivos, y – escribe el referido autor – que cuando el hombre prehistórico talló por primera vez la piedra de sílex, no podía imaginar que estaba sembrando la semilla de la imparable progresión tecnológica que vendría después⁷⁴.

La importancia del tratamiento humanitario en las prisiones es una de las razones fundamentales del progreso de las personas y de las sociedades. En consecuencia, KRIEGSMANN, destaca:

⁷² Vid. FOUCAULT, M., op. cit., pp. 11 y ss., cuando desarrolla «El cuerpo de los condenados», refiriéndose a la sangrienta ejecución de Damiens, quien fuera condenado, el 2 de marzo de 1757, a pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París.

⁷³ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte general del derecho penal*, colaborador Fermín Morales Prats, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005.

⁷⁴ Cfr. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Cárcel electrónica: de la cárcel física a la cárcel mental”, op. cit., p. 111. En igual sentido, Vid. MAJO, J.: *Chips, cables y poder*, Barcelona, 1997, p. 36.

*Cuanto más duro es el espíritu de una época, tanto más brutales y crueles serán los castigos disciplinarios de los establecimientos penales, cuanto más influjo alcancen los impulsos de humanidad... tanto más se dulcificará el encono del sistema penitenciario*⁷⁵.

6.2. La cárcel: ¡un instrumento ineficaz!

La cárcel es el instrumento de control social más ineficaz, cuya evidencia empírica ha sido demostrada a lo largo de sus más de tres siglos de existencia. Razones por las cuales las sociedades modernas muy a pesar de las reticencias que se forman alrededor de este fenómeno por los más respetados sectores doctrinarios, – que siguen presos de este dogma, inmersos en el discurso radicalmente negacionista y conservador –, muy a pesar de los cambios impulsados desde los avances tecnocientíficos. En torno al cual, se han derramado ingentes cantidades de tinta para justificar lo injustificable y, esto es, que el encarcelamiento es una medida ineficaz, infructífera e inútil, pero, – por sobre todo un instrumento inhumano –. Institución que crea más problemas de los que resuelve.

Necesario, como ninguna otra mejor medida, es abrirse al cambio, posibilitando la transformación de la cárcel, – su necesaria evolución y progreso –. Porque la cárcel del siglo XXI no puede seguirse pensando con los viejos parámetros de épocas y esquemas de pensamiento, ya superados. La realidad es que el futuro de la cárcel nos ha alcanzado, sin que aún nos percatáramos de este monumental encuentro. Las nuevas tecnologías están transformando los sistemas penitenciarios de las principales potencias, – el *quid* de la cuestión está en buscarle un marco de mejor y mayores garantías –. De humanizar su adecuada y correcta aplicación. En el que la dignidad humana sea el faro sobre el cual se erija y edifique este cambio.

Como bien lo sostenía EINSTEIN, la mejor cualidad de la inteligencia humana, – es la adaptación al cambio –, pues bien, necesitamos que esa adaptación marche de la mano de la inteligencia, y de la tecnología, porque esta última, es el método que permite la materialización de las posibilidades prácticas del intelecto humano.

A quienes corresponda elaborar las políticas penitenciarias de nuestros países (Europa /

⁷⁵ Vid. KRIEGSMANN, N. H.: *Preceptiva penitenciaria*, Madrid, 1917, p. 223.

América / Asia / África / Oceanía), es hoy más que nunca necesario que se mantengan alertas y abiertos al cambio; la apertura en este sentido es una auténtica necesidad, no pueden ni deben olvidar que son las realidades las que fuerzan los cambios. Y, es una realidad que la técnica está posibilitando este cambio, lo que debemos, sin duda, es encauzar y encontrar la mejor manera de encarar la reforma global, que se nos avecina, – o mejor dicho que ya se viene materializando –.

Con acierto, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS (2007), escribe: «*La gran ventaja de la cárcel electrónica sobre la cárcel convencional es que permite resocializar dentro de la sociedad, no se ocurre en la contradicción de aprender a ser libre entre muros*»⁷⁶.

La mejor recompensa es que se facilite una ejecución de la condena con una mayor humanidad. En el que se minimice al máximo el grado desocialización, o sea, que se evite realmente que el condenado se desocialice, permitiéndole que reoriente o encause su vida en la sociedad a la que pertenece. Sin prescindir – claro está – de un marco de seguridad y garantías mínimas que rodeen y envuelvan la segura ejecución de la medida, lo que se puede conseguir con los nuevos sistemas de vigilancia telemática, que se utilizarán como una herramienta para lograr evitar esa desocialización que genera el encarcelamiento y, que en definitiva, facilitará su efectiva reinserción social. En dos platos: humanizar la cárcel, con lo cual es posible humanizar sus inquilinos⁷⁷.

6.3. ¿La cárcel corrompe?

La cárcel es un lugar propicio para generar toda clase de actividades criminógenas, es ocasión, es espacio, es fomento y refuerzo del fenómeno criminal. Es decir, el encarcelamiento contribuye a desarrollar comportamientos antisociales y agresivos. Lo que mejor logra la cárcel es potenciar en los internos el contagio criminal. Se muestra como la mejor respuesta para que los reclusos profundicen, en un ambiente más que

⁷⁶ Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 169.

⁷⁷ Sobre este punto resulta sumamente revelador: Viven Stern, *Un pecado contra el futuro: el encarcelamiento en el mundo*. Esta autora y experta penitenciaria británica afirma, con profundo acierto, que el encarcelamiento ya no satisface a las sociedades modernas y, a sus necesidades; refiere que se trata de una medida ineficaz que, en muchos casos, ocasiona más problemas de los que resuelve. Cfr. RODRÍGUEZ, A.: *Persecución penal estratégica: una propuesta de política criminal*, p. 60, nota 3. [<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2996/persecucionpenalestrategica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>]

favorable para deshumanizar y perfeccionar sus métodos criminales; en este aspecto, la cárcel se muestra supremamente eficaz, pues la cárcel genera “prisonización” y refuerza en gran medida las conductas desviadas. Así lo afirma MUÑOZ CONDE (1989), el autor escribe,

por las condiciones materiales de vida en prisión. Es un hecho archiconocido y constatado científicamente desde las investigaciones de Clammer publicadas en 1940, que la vida en prisión se caracteriza por la aparición de una subcultura específica. (...) Es lo que llamó Clammer la prisonización⁷⁸.

La subcultura carcelaria⁷⁹, es una muestra evidente de ello. Se fomenta el desarraigo, la perversión, la inmoralidad, la degeneración, la violencia, el uso de un lenguaje característico que se identifica con el fomento factores criminógenos, donde los códigos carcelarios son fuertemente enraizados puertas adentro de los muros prisionales, cuyas reglas rígidas son celosamente guardadas por el colectivo que se encuentra en cautiverio; severamente garantizadas por los líderes de los internos, lo que hace a la cárcel un antro de corrupción, violencia y depravación del hombre, por todos conocidos. Si el interno quiere sobrevivir, – y este es su principal objetivo dentro de la prisión – tiene que adaptarse a esa subcultura, que se vive puertas adentro de la cárcel. Códigos que conoce todo aquel que haya pisado un recinto carcelario, por breve que haya sido su estadía.

Resulta innegable que – la prisión comporta efectos supremamente negativos, mejor dicho degenerativos –. Potencia los antivalores, que perjudican de forma directa la posibilidad de reintegrarse (volver) a una vida en comunidad. En este sentido, es manifiestamente conocido por todos, que la cárcel empeora a todo aquel que haya ingresado en ella, casi nunca – lo mejora –; y es una quimera gigantesca que la cárcel reeduca: para conseguir con ella y a través de ella, una transformación que permita la reinserción social del condenado.

⁷⁸ Cfr. Muñoz Conde, F.: «Tratamiento penitenciario: utopía no alcanzada o simple quimera», *VI Jornadas penitenciarias andaluzas*, Consejería de Gobernación, Edita Junta de Andalucía, Almería, 1989, p. 40.

⁷⁹ Vid. TAMARIT SUMALIA, J. M. et al.: *Curso de derecho penitenciario*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 33, en relación a la subcultura penitenciaria, escribe: «La naturaleza de la prisión como `institución total´ acaba imponiendo su propia lógica, según la cual el individuo tiene que adaptarse a un medio diferente al del mundo exterior, hecho que a menudo supone una auténtica desocialización respecto al medio al que después tendrá que volver».

Los perjuicios psicológicos producidos por la materialización de penas o estancias prolongadas en tales recintos son inestimables, imponderables e incluso insuperables. Lo que resulta harto conocido para la sociedad. Sin embargo, aún seguimos en plena era de la digitalización y de la información, es decir, de la sociedad digital, apostando por este antiguo instrumento de control social, aunque resulte paradójico o mejor dicho incomprensible: Dado el papel protagónico que se le da a esta sanción penal en la principal potencia del mundo, que irradia su ideología a la gran mayoría de países, que siguen ciegamente sus políticas penitenciarias. Como acertadamente lo denuncia LÖIC WACQUANT (2008).

La cárcel se nutre de un vulgar y obscuro discurso populista, en el que la degradación humana es la mejor y única salida. Como afirma RÍOS MARTÍN, cuando nos enseña: *«Las cárceles están diseñadas de tal modo que 'es imposible cualquier labor educativa', se organizan para que la persona interiorice determinadas formas de conducta especialmente polarizadas»*⁸⁰.

La voraz desocialización que se experimenta en la cárcel, permite construir su propia lógica. Imponer sus propios patrones de conducta. Por lo que CONCEPCIÓN ARENAL citada por GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS (2007: 172) un siglo antes se refería a la cárcel como «esa fábrica de delincuentes». Entonces, si la cárcel es una fábrica de delincuentes, esto es, – una escuela de criminalidad y violencia –, ¿qué debemos hacer para superar este antiguo cáncer de la sociedad?

6.4. ¿La cárcel es compatible con el principio de resocialización?

Es un lugar común afirmar que la cárcel tradicional no resocializa, por el contrario, desocializa. Afirmación suficientemente acreditada a lo largo de la historia de la pena privativa de libertad. La resocialización es uno de los mayores mitos con los cuales se ha buscado justificar el encarcelamiento. Sin embargo, y a pesar de lo evidente aún seguimos insistiendo en qué es “posible” resocializar entre rejas, privado de la libertad. Nada menos cierto e hipócrita: falaz.

⁸⁰ Vid. RÍOS MARTÍN, J.C.: *Manual de Ejecución Penitenciaria: Defenderse de la Cárcel*, Madrid: Ed. Colex, 2001, p. 289.

Así GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER con profundo acierto escribe: «*Dar de palos para enseñar a respetar y a ser pacíficos es una necesidad. Enseñar a ser libre privando de libertad es una contradicción insalvable*»⁸¹. Y, en igual sentido MUÑOZ CONDE (1989), escribe: «*‘Educar para la libertad en condiciones de no libertad’ es una especie de cuadratura del círculo de difícil solución en un plano teórico*»⁸². Cuadratura del círculo que se muestra de modo más exponencial e insuperable si intentamos buscar un solución en el plano de la realidad: haciendo patente su incongruencia fáctica.

El desarraigo, la segregación, el alejamiento, en fin, la separación salvaje de la sociedad produce efectos significativamente negativos, los cuales potencian y originan conductas desviadas, agresivas y asociales; definitivamente contraproducentes para cuando el interno retorne a la sociedad de la cual fue apartado. La evidencia empírica es absolutamente abrumadora. La falta de efectividad de la cárcel a la hora de encarar la idea de la rehabilitación y la reinserción es una mayúscula certeza. Sobre la privación de libertad como contradicción del modelo resocializador, ROXIN, advierte que:

*No se puede aprender muy bien una vida de lealtad a la ley en libertad mediante la privación de libertad; la pérdida del puesto de trabajo y la separación de la familia, que están vinculadas a la pena privativa de libertad, repercuten principalmente desocializando*⁸³.

El que comprendamos estos efectos y busquemos salidas más inteligentes, racionales y efectivas, representará la mejor forma de intentar enmendar este complejo invento del siglo XVIII, – porque no podemos seguir respondiendo a un problema del siglo XXI, con la misma respuesta de hace más de tres siglos atrás –. La realidad ha cambiado radicalmente: la sociedad no es la misma, los esquemas éticos y sociales, tampoco.

Los avances científicos y la tecnología han transformado definitivamente nuestras sociedades, y con ello nuestras racionalidades. Las nuevas tecnologías y los avances

⁸¹ Vid. GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E.: «La nueva Ley de Justicia Juvenil en España un reto para el año 2000» en Coord. por la autora *Legislación de Menores en el Siglo XXI: Análisis del Derecho comparado, Estudios de Derecho Judicial, Núm. 18*, Madrid, 1999, p. 153.

⁸² Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: «Tratamiento penitenciario: utopía no alcanzada o simple quimera», *VI Jornadas penitenciarias andaluzas*, Consejería de Gobernación, Edita Junta de Andalucía, Almería, 1989, p. 37.

⁸³ Cfr. Roxin, C.: «¿Tiene futuro el Derecho penal?», en *Revista del Poder Judicial N° 49*, Tercera Época, Primer Trimestre, Madrid: C.G.P.J., 1998, p. 385.

científicos han revolucionado cualquier aspecto de la vida social, por complejo que pareciera a los ojos del hombre.

La cárcel es una fábrica de degradación, de estigma y de perversión de la dignidad humana. El grado de humillación que experimenta cualquier interno, preso o condenado dentro y fuera de la prisión, es un factor que ha de llevarnos a una sincera, pero, aguda reflexión. No es posible, seguir manteniendo viejos e hipócritas esquemas de pensamiento. Como tampoco, es posible – escribe GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS – «resocializar al margen de la sociedad»⁸⁴. Como certeramente lo afirma FERRAJOLI (2000), cuando desnuda los efectos perversos de la cárcel, escribe:

*La cárcel es, por tanto, una institución al mismo tiempo antiliberal, desigual, atípica, extra-legal y extra-judicial al menos en parte, lesiva de la dignidad de las personas, penosa e inútilmente aflictiva. Por eso resulta tan justificada la superación... institución cada vez carente de sentido, que produce un coste de sufrimientos no compensado por apreciables ventajas para nadie*⁸⁵.

La cárcel requiere, demanda y necesita una reforma global. Reforma que no es posible seguir postergando, olvidando los costes humanitarios que ocasiona el encierro. Todo cambia, uno no se baña dos veces en el mismo río: (Heráclito). En consecuencia, la cárcel ha de cambiar, transformarse, evolucionar. Adaptarse a su propio devenir. Cervantes que en pleno siglo XVI, sufrió en sus propias carnes la prisión – la definió como «*aquel lugar donde toda incomodidad tiene su asiento*» –.

SHAW citado por HOWARD WILLIAMSON, al respecto advierte que: «*Si has de castigar a un hombre, tienes que perjudicarlo. Si has de cambiar a un hombre, tienes que ayudarlo.*

⁸⁴ Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Cárcel electrónica: de la cárcel física a la cárcel mental”, en *Revista del Poder Judicial*, Núm. 79, Tercer Trimestre, Madrid, 2005, p. 131. «Reinsertar fuera de la sociedad es un sinsentido, el ambiente negativo que se respira tras los muros carcelarios en nada favorece a ninguna acción positiva, y por muy atractiva que parezcan a algunos las ideas de compatibilizar el castigo con la educación (la letra con sangre no entra), esto no es más que una vana ilusión. No obstante, soltar a delincuente sin ningún género de garantías es un acto de irresponsabilidad. La vigilancia electrónica se convierte en una *tertius genus* que sirve para romper... el nudo gordiano de los dos extremos que se repelen. Sin embargo la vigilancia no es el fin, el fin es recuperar la confianza del interno. Que... con la reiteración de las conductas positivas éste demuestre a la sociedad que es un ciudadano más, sobre el que no son precisas cautelas adicionales».

⁸⁵ Cfr. FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón... ob. cit.*, p. 413.

A los hombres no se les ayuda perjudicándoles»⁸⁶. Es decir, no podemos pretender reeducarles privándoles de libertad. No es posible resocializar, esto es, ejecutar labor pedagógica alguna a través y desde la cárcel. Es a partir de esta perspectiva, que conviene racionalizar los medios, esto es, los métodos e instrumentos utilizados para producir una reacción penal, lo que será desarrollado en el siguiente punto.

7. RACIONALIZACIÓN DE MEDIOS

7.1. Planteamiento central

Hay que brindar la posibilidad de reorientar conductas desviadas, también desde la educación cívica, la reeducación en valores sociales, si queremos realmente resocializar, empero, resocializar dentro y con la sociedad, no al margen de ella. El deber ser social no es posible apartarlo del deber ser personal. La concepción del bien y el sentido de la justicia es necesario fomentarla si queremos apartar a quienes caen en la ejecución de conductas desviadas; esto es, el que puedan efectivamente rencausar sus vidas, y alejarse, definitivamente, de la vida criminal.

El que se ofrezca una creíble opción de reorientación, que pueda dar sentido a la vida de quien se sabe es valioso para la sociedad, potenciándole de esta forma su sentido de su autonomía, el que pueda ejecutar su vida libre de delitos, será lo más coherente para la sociedad. Porque es, sin duda, la sociedad el único y principal instrumento de humanización.

Empoderarles, para que generen un sentido positivo que beneficie a su vez al ambiente donde se reinserte, en otras palabras, que se racionalicen los medios, para poder efectivamente dar racionalidad a los fines. Lo que seguramente generará un sentido de pertenencia social, al condenado, y al mismo tiempo, permitirá concienciar y hacer que la sociedad asuma un papel más protagónico en la ejecución de la pena. En este sentido, la no separación de la sociedad, – ya en sí misma –, representa un gigantesco avance en

⁸⁶ Vid. WILLIAMSON, H.: “Las alternativas a la pena privativa de libertad”, traducido por Marklothar Zoder, en *Derecho penal y criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminalísticas, Volumen XVIII, Números 57/58, septiembre 1995/ abril 1996, Universidad Externado de Colombia, p. 189.

la efectiva consecución de los objetivos de la pena: que se concentran principalmente – en evitar la desocialización del condenado –, un paso significativo que busca la mayor coherencia con el programa constitucional asignado a la pena privativa de libertad.

Sólo en nombre de la justicia social que demanda este colectivo, generalmente olvidado, ninguneado y gravemente estigmatizado por la mayoría de la sociedad (nosotros), por su muy escasa visibilidad, porque ha sido degradado a algo menos que una cosa. Un “animal” que se arroja a un depósito dantesco e inhumano, para que este se pervierta y se convierta en un mejor criminal del que entró; es decir, en una autentica “bestia”. Con la ilusa pretensión de reinserción, una vez cumplida la pena, por la misma sociedad que lo abandonó. Un ejercicio quimérico que resulta atractivo a los ojos de quienes apuestan por este modelo definitivamente opresor y negador de la condición humana del reo.

Tiene sentido reflexionar sobre la cárcel, sobre sus consecuencias y, sobre los resultados que produce; - porque sí que los produce, y muy bien -; lo que ocurre, es que los mismos son manifiestamente contrarios a los que se plantearon, para su configuración y constitución. Tales resultados hay que darle una mayor visibilidad, sacarlos del oscurantismo en el que se mantienen, con el objeto de lograr el grado de concientización necesario que permita fomentar el cambio que requiere la evolución y transformación de este contradictorio y perjudicial instrumento de control social.

El que reflexionemos sobre la sociedad que queremos, más que un deber, es una necesidad. El sentido Aristotélico nos enseña, que es la práctica, su experiencia y conocimiento, lo más práctico de todo. Tender puentes, hallar un punto de encuentro, es lo único que nos permitirá superar ese inmenso fracaso que desde siempre ha representado el encierro.

Es necesario que abandonemos la razón de la fuerza, para poder hallar la fuerza de la razón; nuestra más inmediata y urgente responsabilidad. Pero, para lograr examinar el estado de la cuestión, su crudeza, complejidad y realidad, su nivel de atraso y su falta de dinamismo, evolución y transformación. ¿De qué arsenal fáctico disponemos? ¿Qué es lo que debemos hacer? ¿Lo bueno, lo justo que ha de hacerse, para lograr mejorar el actual estado de la cuestión? El problema de la sinrazón que aún hoy sigue oxigenando la cárcel, nos llevará a desentrañar el discurso que se esconde a través del sinsentido que representa

la maximización del fenómeno; cuya única y más poderosa concepción consiste en maximizar el mal para, supuestamente, generar el bien, un argumento manifiestamente contradictorio.

Es la defensa a la racionalidad en el recurso al Derecho penal, y en especial a la pena de prisión, de la que nos habla BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, cuando comentando la posición de ANTÓN ONECA sobre este punto, subraya que con el desarrollo por otros medios de control sobre el potencial delincuyente; esto es, tanto en la selección de las conductas delictivas como en la necesidad de relacionar la entidad de la amenaza de la pena, con la distinta gravedad del delito⁸⁷. Porque como recuerda ANTÓN ONECA: “al excederse la medida estimada justa [de la pena], la justicia pierde su prestigio”⁸⁸. Y en esta línea de pensamiento, coincidimos y partimos de la misma posición, en la que el Derecho penal es un instrumento de control social, que necesariamente ha de limitarse y graduarse, en función de una concepción armónica de la prevención especial y general de la pena.

Finalmente, si el medio escogido no posibilita satisfacer las metas propuestas, ¿qué argumentos nos siguen sujetando a esta gigantesca sinrazón? En definitiva, debemos ponderar los medios, es decir, racionalizarlos, para de esta manera, posibilitar con esa ponderación una adecuada elección de aquellos que si nos permitan de una manera más segura, fiable y humana, pero, también – menos traumática, violenta y perjudicial para quien lo sufre en carne propia –, conseguir los fines para los que se construyó la pena. O sea, adecuar el medio al fin perseguido. Es como afirma acertadamente ZAFFARONI, optimizar la contención del poder irracional de mayor escala por el paso del poder punitivo menos irracional, que llevado a este punto, sería optimizar la contención de la prisión, para permitir el paso de la vigilancia telemática, en cuanto, poder punitivo menos irracional⁸⁹. Lo que sólo será posible si intentamos racionalizar los medios.

⁸⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Reflexiones... op. cit.*, pp. 46 - 48.

⁸⁸ ANTÓN ONECA, J.: *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*. Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945. Salamanca, Imprenta Cervantes, 1944; p. 92.

⁸⁹ ZAFFARONI, E. R.: *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires: EDIAR, 2006, p. 167. Cuando afirma: «En consecuencia, el derecho penal no puede hacer otra cosa que proponer la administración optimizada del reducido poder de contención en forma que permita sólo el paso del poder punitivo menos irracional, erigiéndose en barrera para el de mayor irracionalidad».

7.2. Justificación y utilidad

La necesidad de apuntar a un norte diferente, cambiando los medios, en otras palabras, el instrumento, permitirá avanzar en una concepción absolutamente contraria que apunte a maximizar el bien, si queremos alcanzar precisamente ese bien; bien, que satisfaga las metas y propósitos de la pena lo mejor posible. Como, por ejemplo, que hagamos uso de una visión utilitarista: generar una mayor efectividad en la consecución de los fines mediante el mínimo de aflicción posible, el necesario y proporcional al daño causado por medio de la maximización de la utilidad. Es decir, que la elección de esos medios (instrumento), sea el correcto, para satisfacer el objetivo, mejor que otros.

Sin embargo, ¿cuál es la cualidad intrínseca de la pena, su deber ser, su cualidad deontológica, es decir, su deber y conocimiento? Por cuanto, no se constituye una pena de metas externas, en el que sus contenidos no se prefiguran como un bien, en sí mismos. Por consiguiente, ¿cuál es su imperativo categórico, o su razón originaria, su fundamento esencial, ontológico? El centro de la teoría de la pena. Y esa centralidad de contenidos se configura por su fin. El objetivo que persigue la sociedad con la pena no es otro - que alcanzar un bien social, esto es, la justicia, pero en modo alguno, la venganza -.

En consecuencia, ¿cómo alcanzaremos esa meta lo mejor que se pueda? ¿será, correcto el medio escogido? ¿cómo podemos alcanzar ese fin de la mejor manera posible, evitando a su vez el mínimo sufrimiento posible? ¿es posible elegir un medio que no desocialice? ¿cuál entonces será ese medio? ¿la cárcel?

Encontrar el mejor camino para arribar a esa meta, es el desafío que ha de ocuparnos, para llegar a una visión de conjunto que nos permita superar la prisión como pena. Trascender de una concepción del pasado para generar una visión de futuro, acorde con los medios que nos ofrece la técnica.

Los avances tecnológicos están posibilitando el cambio en todos y cada uno de los ámbitos de la vida humana. La apertura y adaptación es una necesidad cada vez más urgente. En este sentido, el problema aquí es buscar el mejor instrumento para alcanzar esas metas. Es decir, procurar la racionalidad de medios, que no es otra cosa que la búsqueda de la suma total de satisfacción sea la más elevada. Esa suma total al cual se

aplique el principio de utilidad media o per cápita.

Así, hacer del planteamiento utilitarista la vía que mejor capte los cambios necesarios para hacer de la pena, un instrumento más racional y humano. Ello porque de la mano del utilitarismo se ve un problema práctico: la cárcel - que a su vez constituye un problema social - cuya superación sólo será posible a partir de una extrema racionalidad. Es decir, hacer compatibilizar la utilidad con la humanidad, que no es una meta imposible.

Cuando se propone radicalmente hacer corresponder dos principios, que al parecer se muestran antagónicos, su conciliación y sinergia, sin duda, representará una gran ventaja, un gigantesco beneficio, de cara a la intrínseca humanidad de la pena. Humanizar la pena, que no es una fantasía, ni mucho menos una utopía, es y será nuestro único y principal desafío, si queremos hacer avanzar la humanidad a un estadio más civilizado.

De acuerdo, a este planteamiento: ¿cómo se mide la utilidad de la cárcel? En términos prácticos: ¿con la cárcel qué objetivos racionales se logran alcanzar? Lo que nos llevará a descubrir su extremo y radical fracaso, en dos platos, su monumental inutilidad para alcanzar las metas que el discurso legitimador y negacionista, o sea, conservador, se plantea desde su nacimiento como pena. Porque no es posible perfeccionar la justicia, lo que sí es posible es perfeccionar los métodos y los medios para alcanzarla.

Como se verá en el siguiente punto, es necesario replantear los fines de la pena en el siglo XXI.

8. FINES DE LA PENA EN EL SIGLO XXI

8.1. Planteamiento preliminar

La pena privativa de libertad representa la sanción judicial más violenta de una sociedad para restablecer el “orden” y la “convivencia pacífica”, cuando los bienes jurídicos penalmente protegidos han sido vulnerados o seriamente amenazados –atacados por conductas que se encuentran expresamente tipificadas en la ley como delito–.

El problema de la justificación del sentido de la pena es un problema que acompaña al

hombre desde los albores de la humanidad. Buscar los fines de la pena, es una de las tareas más complejas que el hombre puede afrontar, sin embargo, a lo largo de la historia de las penas, la pena o la sanción penal ha buscado como propósito más trascendente, el convertirse en un instrumento político social, dirigido a humanizar. Es decir, hacer de la pena un instrumento más humano.

La dignidad humana es el valor axiológico más trascendental que sociedad alguna pueda desarrollar y proteger. Es por ello, que la reinserción social representa la meta más discutida, cuando de penas, el hombre trata de reflexionar. Una mirada retrospectiva, de los últimos cien o cincuenta años, acredita con sórdida notoriedad e impasible sobriedad, que el fin o el sentido de la pena privativa de libertad, descrito desde la literatura científica jurídica es un mero eufemismo, y, un enorme monumento a la ironía. La cárcel legal dista mucho de la cárcel real. Cuando se observa la cárcel legal a través de los ojos de la realidad, esta se asemeja más a una caricatura, esto es, una ficción significativamente idealizada, que a una imagen fotográfica fiel de lo que nos encontramos en la realidad.

El encierro es la pena más aplicada por el hombre, aún en pleno siglo XXI; en el siglo de la era digital y de la revolución tecnológica e informática. Seguir apostando por la privación de libertad, es seguir anclados en el pasado. Desconocer, que es manifiestamente imposible resocializar en un ambiente hostil, privado de libertad. No existe posibilidad real de ofrecer el completo abandono de la conducta desviada si no creamos las condiciones para posibilitar que ese cambio pueda efectivamente llegar, o mejor dicho arribar. La libertad, como decía Cervantes, «es uno de los más preciosos dones», por el contrario, el cautiverio, para quien lo vivió en sus propias carnes - el cautiverio argelino en el siglo XVI - tal y como lo definió, «es el lugar donde toda incomodidad es posible» - escribió el más insigne y grande embajador de las letras castellanas -.

Los fines de la pena en el siglo XXI⁹⁰, deberán dirigirse a la posibilidad real y efectiva de

⁹⁰ Sobre los fines de la pena, escribe BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: «situar cuales son los fines que pretendemos conseguir con la pena, estos, en mi opinión muy asentada en la doctrina penal, no pueden ser otros que los preventivos, en una ordenación de una sociedad que, por imperativo democrático, tiene que ser laica y ética y políticamente plural. Respecto a la respuesta penal del Estado, hay que tener presente, como ya razonaba Antón, que se debe encaminar a una doble finalidad preventiva: prevención general, cuya eficacia está vinculada a la racionalidad de su utilización, a sus límites relacionados con su eficacia y con la dignidad del hombre». En *Reflexiones... op. cit.*, p. 52.

brindar al penado una opción que le permita más allá del discurso político, resocializarse, lo que sólo será posible justificar si adoptamos un marco que racionalice en profundidad, y viabilice su segura reinserción, en el que la reeducación no siga ofreciéndose dentro de los muros de la prisión. Acerca del aspecto que tendrá el sistema de sanciones del futuro, ROXIN escribe,

...tendrá que desarrollarse en el futuro, por fuerza, una paleta multicolor de sanciones y reacciones que presupongan un actuar punible, pero que tan sólo en parte podrán ser aún caracterizadas como pena. (...) Se puede pensar en el arresto domiciliario como una nueva pena atenuada frente a la privación de la libertad, cuyo control ya no será ningún problema a la vista de los modernos sistemas electrónicos de seguridad. Esta sanción tendrá la ventaja de no costar nada, de no acarrear consigo ningún peligro de contagio criminal y de, sin embargo, dotar a la privación de libertad de una forma sensible y perceptiblemente más humana⁹¹.

De manera que seguir derramando tinta, para justificar lo que no es posible justificar, es seguir apartándonos de la realidad y de la irrupción vertiginosa de las nuevas tecnologías, así como de las posibilidades infinitas que podemos obtener de la técnica. Porque si es posible materializar esa reeducación y reinserción social, de la mano de la técnica, es necesario adoptar las medidas que faciliten a todo condenado, el que pueda elegir reencausar su vida, en el ambiente social más idóneo; esto es, que se viabilice de la mejor manera la orientación constitucional de las penas, es decir, de la pena privativa de libertad.

Así PARÉS I GALLÉS (1997), escribió «*que la vigilancia electrónica puede constituir una respuesta penal para el futuro*»⁹². Lo que resulta confirmado por GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS (2005), cuando predice que la imagen prototípica de la cárcel tradicional se ira difuminando – mejor dicho desvaneciendo – por los modernos sistemas telemáticos de vigilancia⁹³.

⁹¹ Cfr. ROXIN, C.: «¿Tiene futuro el Derecho penal?», *op. cit.*, pp. 386-387.

⁹² Vid. PARÉS I GALLÉS, *op. cit.*, p. 271.

⁹³ Cfr. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: «Cárcel electrónica: de la cárcel física a la cárcel mental», *op. cit.*, p. 105. El autor afirma: «la introducción de los modernos sistemas telemáticos de vigilancia va dando pasos agigantados en un proceso vertiginoso que va difuminando la imagen prototípica que teníamos de un centro penitenciario tradicional».

En la misma línea, NISTAL BURÓN (2002)⁹⁴, pronostica cómo será la prisión del siglo XXI, sosteniendo que quizás el presente siglo sea el momento en que las tecnologías del control posean un mayor auge, lo que vaticina tomando en cuenta lo que ha venido ocurriendo en los demás sectores de la sociedad, en los que las tecnologías de la información y la comunicación han colonizado prácticamente todas las actividades en las que interviene el hombre. Para lo cual pregona que, con la implantación definitiva de este conjunto de técnicas se garantizará la posibilidad de sustituir un sistema de penas fuertes – especialmente duras, perjudiciales y traumáticas, cuya vigilancia se caracteriza por ser débil o blanda, por uno de penas débiles menos rigurosas y violentas, empero, con una vigilancia especialmente fuerte y efectiva –. Haciendo expresa referencia – al papel que tomarán las nuevas tecnologías en el terreno de la sanción penal, concretamente, la vigilancia telemática o electrónica, como pena –.

Sobre el carácter absurdo e inútil que representa oponerse a la monitorización electrónica, como natural evolución de la prisión tradicional, VITORES GONZÁLEZ (2009), con un agudo y perspicaz razonamiento, escribe:

La monitorización electrónica es, en este contexto, sólo un paso más de una “evolución natural” hacia “prisiones andantes” (Winkler, 1993) o “tecnocorrecionales” (Fabelo, 2000). Es, dicho en breve, nuestro futuro; o más precisamente, nuestro futuro inevitable, porque, como muchas de las descripciones de la monitorización electrónica expresan, uno no se puede oponer al desarrollo tecnológico; o si lo restringimos al dispositivo que nos ocupa: oponerse a la monitorización electrónica es igual de “absurdo” que oponerse al coche de motor o al ferrocarril cuando estos surgieron (Nellis, 1991)⁹⁵.

En la búsqueda de ese propósito, siempre las nuevas tecnologías, serán infinitamente superiores al hombre. El *quid* de la cuestión será evitar que los peligros que incorporan con la adopción de nuestro futuro más inmediato – la prisión electrónica, sean efectivamente limitados, mejor dicho encapsulados o contenidos –; estableciendo un riguroso marco de garantías (barrera infranqueable), que impida que estos instrumentos o medios electrónicos sobrepasen la dignidad humana, como límite intransitable de toda

⁹⁴ Cfr. NISTAL BURÓN, J.: «Prisión del siglo XXI», *I Congreso Europeo de Derecho penitenciario, X Jornadas penitenciarias de Andalucía*, Ed. Cámara Oficial de Congreso e Industria de Jaén, Jaén, 2002, p. 44.

⁹⁵ VITORES GONZÁLEZ, A., *op. cit.*, p. 31.

sanción penal. (MARTÍN BARBERÁN, 2000)⁹⁶.

Sin embargo, podemos recrearnos en hacer un *lobby* ante los oscuros peligros de la técnica – que no son menores, en las sociedades del control total –, es decir, en las sociedades del control a la que pertenecemos, en el que el fantasma del totalitarismo muestra su enorme potencial; y, en el que el panóptico electrónico es una realidad que muchos desconocemos. Realidad a la que todos nos enfrentamos, en un futuro inmediato, muy, pero muy cercano, si no adoptamos un fuerte y vigoroso sistema de garantías, que facilite la adecuada implantación de la técnica en la reinención de nuevo catálogo de penas⁹⁷. Nuevo catálogo de penas, que será seguramente será rejuvenecido por las nuevas tecnologías, lo que ya viene ocurriendo.

Finalmente, el tiempo será testigo de la postura que adoptemos ante una realidad que nos sacude, y la pena tecnológica ya es una cuestión de tiempo, – de muy poco tiempo, del ahora: es decir de un tiempo más presente, que futuro –. En el que la abrumadora penetración y exitosa incursión del control electrónico y biométrico, de los microchips en el campo de las penas - microinjertos y etiquetas inteligentes, ya no es ciencia ficción -. Es una seria experimentación - me refiero a los injertos de microchips en la humanidad de los presos -, que viene adoptándose en los más avanzados sistemas penitenciarios del mundo, por citar sólo un caso: Norteamérica. ¡El tiempo lo dirá!

8.2. La Resocialización: ¡un desafío!

La resocialización es el principio político penitenciario más discutido, criticado y flagelado en la historia del derecho penitenciario contemporáneo. Muy a pesar de

⁹⁶ Vid. MARTÍN BARBERÁN, J.: «La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos, *Revista del Poder Judicial, Tercera Época, Núm. 58, Segundo Trimestre 2000*, Madrid: CGPJ, p. 215, respecto de la base ideológica de las políticas criminales y penitenciarias en el Estado español, afirma: «... a partir de los años 60 y 70, la *resocialización* y la *dignidad de la persona* han pasado a ser la base ideológica de las nuevas políticas criminales y, principalmente la última, porque constituye el límite básico a toda intervención por parte del Estado». Vid. también, en sentido parecido, BACIGALUPO, E.: «Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho penal europeo actual», *Revista del Poder Judicial, Núm. 43 – 44*, Madrid, 1996. Política esta que se extiende a toda la unión europea.

⁹⁷ Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: «Cárcel electrónica. El modelo del derecho norteamericano», en *Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, Núm. 21*, Año II, Noviembre 2005, Madrid, p. 51, quien en este sentido nos confirma que, «para avanzar en las nuevas tecnologías, va a ser necesaria la introducción de un adecuado soporte jurídico que revista al sistema de seguridad y que reporte a su funcionamiento las ineludibles garantías».

convertirse en la cenicienta de las principales legislaciones penitenciarias; lo cierto es que su bajo o nulo nivel de efectividad y eficacia ha sido un factor determinante para sepultar en las principales hegemonías del mundo, el que se siga insistiendo en este valor axiológico moderno de la pena. No en balde, FERRAJOLI (2000), tilda de esquizofrénico, el tratar de compatibilizar la función retributiva de la pena de prisión, con su adjudicada «función reeducativa o pedagógica»⁹⁸.

Este principio se apuntaló en el siglo pasado como una política penitenciaria que pretendía rescatar el carácter humano de la prisión, por sobre el carácter vindicativo o meramente retributivo del sistema, con lo cual se proponía desde el discurso jurídico penal, que el sistema de prisiones tenía como eje central el diseñar una estrategia a través de la proposición de un tratamiento que garantizará – sólo en el discurso repito – una conveniente e ilusoria resocialización del condenado.

Medio – prisión que en absoluto contribuyó en posibilitar tales objetivos –, al evidenciar en forma palmariamente contradictoria que la prisión era el escenario más apto para desocializar al recluso, convirtiéndole en un ser completamente asocial que en lugar de reorientar su conducta desviada, la radicalizaba; lo que produjo una crisis sin precedentes que reafirmó lo que ya era un lugar común en la literatura penitenciaria moderna, que la cárcel era el ambiente más eficaz para criminalizar a quien en ella ingresaba.

Esta crisis superó con creces el planteamiento de los objetivos y pretensiones más ambiciosas del discurso de la resocialización, – que se tornaba en la praxis, sin ambages, en un discurso falaz e hipócrita –, cuyas metas eran materialmente inalcanzables e irrealizables, en el plano de la realidad – más allá del papel –; planteamientos erigidos desde visiones arcaicas, que escondían la cabeza como la avestruz, para desatender la cruda realidad que les golpeaba a la puerta; esto es, que la prisión no se correspondía o mejor dicho nunca se correspondió con el principio de la resocialización del delincuente, es decir, cimentados desde edificios conceptuales tradicionales, en los que se asumía

⁹⁸ Cfr. FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón... op. cit.*, pp. 407 y 409. El autor refiere en relación a este punto que: «La única explicación de esta aparente esquizofrenia es a mi juicio una doblez más o menos consciente de la política penal, debida a la persecución de dos finalidades inconfesadas, ambas incompatibles con el modelo garantista del derecho penal... La doblez de la pena es por otra parte una hipocresía institucional». En el mismo sentido, puede consultarse: DOÑATE MARTÍN, A.: «Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria: Naturaleza, órganos y competencias», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Núm. 33, pp. 11 y ss.

discursivamente la posibilidad legal, más no real, de que el reo podía experimentar dentro de los muros prisionales una eficaz resocialización, es decir, una adecuada reinserción social.

Resocialización, que para ese discurso político incongruente era posible conseguir a través de un medio hostil, inhumano, extremadamente agresivo, violento y perjudicial como la prisión. Lo que trajo como consecuencia una crisis sin precedentes a la que fue sometido este instituto del derecho penitenciario a partir de la segunda mitad del siglo XX.

La experiencia, sobre la que ya se había visto su completa ineficacia, era absolutamente abrumadora, ello en razón, de que imposibilitaba desde una exigencia medianamente racional defender la resocialización como estrategia política principal dentro de los principales sistemas de ejecución penal modernos. Naciendo en el seno de la diatriba penitenciaria la discusión o mejor dicho la vieja disputa entre seguridad o socialización del delincuente.

Logrando de esta manera, poner en duda el eje central sobre el que se cimentaba el derecho penitenciario moderno, que en palabras de MAPELLI CAFFARENA (1983), lo era el tratamiento y la reinserción social del delincuente. Lo que permitió que surgieran nuevos institutos en relevo del mito de la resocialización, cuya única pretensión era reemplazar ese viejo paradigma como una respuesta a la crisis por la que atravesaba.

Esa respuesta a la crisis de la resocialización ha hecho que perdamos el sentido y la finalidad del derecho penal en general, su particular carácter humanístico, hasta el punto, de convertir a la sanción penal en una suerte de pena administrativa, indeterminada y abierta, o sea, en una de decisión que pasó de ser judicial a ser en la actualidad una decisión dictada desde la Administración que se encarga de regular fundamentalmente una gestión de riesgos, para la cual no es posible cuantificar en términos reales los elementos fundamentales que configuran a toda sanción penal. La escala y dosimetría de la pena que era una labor exclusiva y excluyente del juez sentenciador.

La escala penal resultaba para esta nueva construcción una paradoja prescindible. En dos platos, los límites máximo y mínimo de la pena, como márgenes de maniobra en los que

podía moderarse el juez sancionador y la certeza o seguridad jurídica en los que se imponía toda sanción penal, han sido definitivamente destruidos. Por consiguiente, su garantía principal expresada en el estricto cumplimiento del principio de legalidad de las penas, resulta un valor obsoleto que determina según este discurso la innecesaria consecución de la seguridad jurídica, que en lugar saberse una sanción cierta y expresamente limitada en el tiempo, ha pasado a ser una sanción administrativa de contenido abierto, ilimitada – no cuantificable en términos de tiempo – manifiestamente arbitraria y, por consiguiente, ambigua, indeterminada e inhumana.

De acuerdo, a estos nuevos paradigmas penitenciarios el análisis estadístico economicista de la gestión de riesgos es la herramienta que mejor garantiza la seguridad, certeza o garantía para que la sociedad se quede tranquila, toda vez que el condenado no cometerá más delitos, ello porque promueve su total y completa separación o segregación de la sociedad. O sea, su total inocuización. Al apartarle definitivamente de la sociedad, se crea la falsa ilusión de que el problema ha sido resuelto.

Sin embargo, este tipo de modelos violan los más elementales principios del Derecho penal y penitenciario. Al desconocer que toda sanción criminal se constituye dentro de un sistema estrictamente garantista, es la razón de ser del Derecho penal, que ha de respetar inescindiblemente el principio de legalidad de las penas, asimismo, posibilitar en la medida de lo posible la exigencia de superar el conflicto que la originó y devolver al desviado un rumbo que le permita reencausar su vida. Respetando, su dignidad como persona.

El problema de la resocialización era sin duda el ambiente en el que se pretendida conseguir la misma. Una manifiesta hipocresía. Su principal anomalía. Error que marginó su poder de acción y, por ende, la recuperación social del delincuente. Su capacidad de reorientación para insertarse a una sociedad que lo olvidó. Que lo depositó en una jaula de cuatro paredes para desentenderse del problema que originó el conflicto social desencadenante, de esta – nada inteligente reacción –.

Es en este sentido, es que la resocialización ha de redefinirse, reinventarse, rediseñarse a través de una nueva formulación, mejor dicho de una nueva reconstrucción del principio, al cambiar el ambiente y el contexto en que nació o se intentó germinar, convirtiéndose

por esta causa en una política fallida y utópica carente de sentido y rigor tratamental. Porque, paradójicamente, como atinadamente lo afirma GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS (2005), cuando escribe, «*la mejor medicina para el interno es la sociedad*»⁹⁹.

La resocialización ha de plantearse desde y en la sociedad abierta, que es el ambiente idóneo para perseguir en términos creíbles una posibilidad real de que el reo encause definitivamente su vida. Desarrolle el sentido de pertenencia necesario, y con ello su sentido de responsabilidad, es decir, se le empodere de acuerdo con un tratamiento individualizado que le permita superar la desviación que lo llevo a delinquir.

Lo que sólo es posible a través de la sociedad bien ordenada, que le enseñe a recobrar su sentido del bien y de la justicia. Su respeto, por el derecho de los demás, en cuanto se es parte de una sociedad que defiende su autonomía, empero, que a su vez le exige respetar las reglas del juego social. En el que la sociedad reconozca - en sentido crítico constructivo - la parte de la responsabilidad que le toca.

Es decir, la dinámica social del respeto mutuo, como factor determinante de una sociedad civilizada. Del valor intrínseco de la persona. Brindándole de esta manera, la oportunidad de modular su conducta con la ayuda de los avances técnico-científicos que posibilitan la vuelta a un medio que, en lugar de promover el desarraigo y la separación de la sociedad, se fomente y avive el arraigo con su círculo social, laboral y familiar.

Lo que – sin duda constituye un desafío de cara a un nuevo planteamiento cuya fuerza de convicción se centra en sacar de la prisión a la resocialización – para que su poder de acción se desarrolle desde el escenario que le corresponde realmente: la sociedad.

8.3. La pena: ¿es una exigencia del orden social?

En relación con esta pregunta y sobre el sentido y los límites de la pena, se pregunta ROXIN: «¿Cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro

⁹⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 130.

*modo, conformando su vida, en su existencia social?».*¹⁰⁰

Pregunta que ha intentado resolverse a lo largo de la historia del Derecho penal, desde tres ángulos diferentes, desde la retribución (castigo), desde la prevención general (amenaza e intimidación del resto de la sociedad), y finalmente, desde la prevención especial (la intimidación del delincuente).

La completa insatisfacción de las respuestas dadas desde el Derecho penal y, la escasa aproximación a los distintos fines de la pena planteados desde esas tres perspectivas, configuran un panorama no muy fácil de digerir, en el plano de la realidad, al que intenta aproximarse. Cada uno de los planteamientos que intentan resolver este complejo problema social, han sido desacreditados, en su supuesta racionalidad, por el transcurso del tiempo, y la historia de las penas se ha encargado de evidenciarlo, con absoluto rigor. Aún y como lo predijo WELZEL (1987)¹⁰¹, intentamos encontrar una respuesta satisfactoria que cumpla con los fines y el sentido que la pena debiera de tener dentro de un Estado democrático y social de Derecho.

Para lo cual, aún no tenemos una respuesta coherente con la finalidad de la pena en el mundo moderno, si, efectivamente examinamos a nuestro alrededor como todo radicalmente ha cambiado, evolucionado, se ha transformado. Entonces, si la pena realmente es una exigencia de orden social: ¿Cuál debería ser la mejor forma de cumplir las expectativas que genera su aplicación? ¿Es posible, seguir adoptando los mismos esquemas de pensamiento de hace tres siglos atrás, a pesar, de la irrupción vertiginosa y del grado de penetración de las nuevas tecnologías? ¿Cuál es el sentido que deberíamos darle a la pena en el siglo XXI? ¿El mismo? ¿Debemos cambiar la forma de pensarlas o adoptar un nuevo catálogo de penas, acorde con los nuevos tiempos y la era digital? ¿Cómo construir en este sentido, un criterio de justicia, compatible con la sociedad a la que pertenecemos? ¿Cuál es la razón para negar derechos a seres humanos, es decir, con la cárcel se violan o no derechos más allá de los directamente afectados con la condena? Por último, ¿son los reclusos seres humanos, a los que se les puede brindar la posibilidad real de reencausar su vida fuera de la prisión, con las debidas garantías que ofrece la técnica?

¹⁰⁰ Vid. ROXIN, C.: *Problemas Básicos del Derecho Penal*, (Trad. de Diego Manuel Luzón Peña), Madrid: Ed. Reus, 1976, p. 11.

¹⁰¹ Cfr. WELZEL, H.: *Derecho Penal Alemán PG*, 3ª ed., Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1987, pp. 76 – 77.

8.4. Hacia una política criminal más humana e inclusiva

El encuentro de una política criminal más humana resulta siempre un desafío que se propone desde la perspectiva de un trato más digno y humanitario hacia la población penal y penitenciaria, que se oriente definitivamente hacía la reducción radical del encierro como principal fórmula de castigo de nuestras sociedades de control: digitales o tecnológicas. Muy a pesar de que el discurso dominante en la literatura especializada sea el que a través de estas tecnologías se pretenda “deshumanizar” la pena o la sanción penal; cuando se trata de efectuar el salto o su progresiva evolución a una fórmula tecnocientífica menos traumática, empero, más efectiva, en términos de seguridad, precisión y control de su ejecución.

El encierro ha demostrado a lo largo de su extenso y protagónico recorrido histórico, de casi tres siglos de vigencia, que hay que buscar una medida alternativa a la prisión, que se convierta en su verdadera alternativa y, no una alternativa de la alternativa a la prisión. Que en lugar de ampliar o expandir la red penal, tienda a reducir su radio de acción¹⁰². La oposición a la introducción de las tecnologías de control en el campo de la pena representa un monumental absurdo que ha de desmitificarse del discurso predominante, si no queremos superar esta cerrada concepción característica de un tipo de sociedades arcaicas, ya superado. Los cambios siempre serán objeto de críticas y de construcciones satíricas, profundamente cegadas por su característico espíritu conservador y negacionista.

El que se experimenten nuevos escenarios que permitan dignificar el castigo, sus condiciones ordinarias de asimilación y su tradicional conformación; lo que, sin duda, representará claramente un reto para la política criminal y penitenciaria del futuro. En este orden de ideas, si existe fácticamente la posibilidad real de servirnos de los medios tecnológicos y dispositivos electrónicos para superar viejas racionalidades del control

¹⁰² Como acertadamente advierte RIVERA BEIRAS, I.: *Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo penal)*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 197. El autor sostiene sobre este punto: «...evitar en todo lo posible acabar constituyendo un nuevo proceso de reforma penitenciaria que, como se ha visto, traduce una tradición errónea pues siempre acabó por mejorar la cárcel, para contribuir así a su perpetuidad. El objetivo aquí ha de quedar claro: no puede, no tiene sentido, ‘mejorar’ una institución semejante: se debe trabajar para su reducción constante como finalidad político cultural».

social formal, es imperativo, que contribuyamos a construir ese cambio de perspectiva. Porque esa metamorfosis a pesar del discurso dominante se está produciendo, y se viene produciendo desde finales del siglo XX. ¡Querámoslo o no, ya su penetración en el campo de la ejecución penal, es una realidad!

La deconstrucción de este paradigma, es decir, el proceso de desmontar viejas estructuras conceptuales que justifican la expansión sin límites de la cárcel; presentes aún en las sociedades del control y del gobierno de las tecnologías de la comunicación y de la información. Es decir, de la civilización tecnológica a la que pertenecemos, representa un sinsentido, que niega la realidad de la metamorfosis que se viene produciendo en el campo de la pena. El que logremos abrir las prisiones con las nuevas tecnologías representará un logro inconmensurable para la humanidad.

La problemática de la cárcel ha sido suficiente discutida, debatida, examinada, sin embargo, no alcanzamos a superar sus esquemas y estructuras racionales utilizadas por el discurso conservador. A pesar de que, se viene desinstitucionalizando su cuerpo físico y su fundamento óptico, no logramos aún construir una verdadera alternativa a la prisión. Porque como lo afirmó CONDE PUMPIDO (1989), «*el problema de la prisión puede afirmarse es la propia prisión*»¹⁰³.

La inidoneidad de su propósito ha sido suficiente acreditada a lo largo de su existencia, dada la imposibilidad para obtener sus fines preventivos-especiales, o sea, la resocialización como fin inasumible por la prisión; lo que hace surgir una imperiosa, urgente e inaplazable necesidad de búsqueda de una opción sancionatoria menos indigna, traumática, patógena para con la naturaleza humana, que en definitiva evite los efectos significativamente criminógenos y adversos del encierro. El desarraigo y la generación de múltiples patrones de conducta asociales/criminógenos, profundamente contaminados por el ambiente que genera la prisión como «institución total».

Abrir las puertas de la prisión al ingreso de las nuevas tecnologías supondrá un paso gigantesco en la construcción de esta nueva racionalidad del control formal. Debemos

¹⁰³ CONDE PUMPIDO, M.: «Juzgado de vigilancia penitenciaria: valoración crítica, especial referencia al artículo 76», *VI Jornadas penitenciarias andaluzas*, Consejería de Gobernación, Edita Junta de Andalucía, Almería, 1989, p. 22.

partir, necesariamente, de que sólo son unas herramientas que permiten simplificar tareas o funciones de la institución de una manera más eficiente y práctica, pero, también porque no decirlo, humana. Con las cuales es posible facilitar las tareas asignadas a la pena, como castigo formal de nuestro siglo. No obstante, el que atacemos a las herramientas en lugar de su cometido u obra, es como pretender que el carpintero culpe a sus herramientas por su pésimo trabajo de carpintería. Una constante sinrazón cometida desde el discurso conservador.

La inclusión social es la principal fórmula para lograr revertir las conductas desviadas. El control telemático representa una estrategia, sin lugar a duda, más inteligente, que puede ser justificada desde cualquier perspectiva: social, económica, política criminal e institucional. Las ventajas de su aplicación pueden verse reflejadas en los buenos resultados que consiguen, en términos de bajos niveles de reincidencia y de definitiva recuperación de la reorientación social. De su incorporación segura a la sociedad. Pues, evita - y ya es mucho decirlo - la desocialización. Tal como indica MUÑOZ CONDE - con profunda agudeza, que la única viabilidad del tratamiento penitenciario se ha de encontrar esencialmente en evitar la desocialización del delincuente -, al respecto, escribe: *«el único sentido que puede tener hoy para mí el concepto de tratamiento penitenciario: Procurar la no desocialización del delincuente, evitando los efectos desocializadores que son inherentes a toda privación de libertad»*¹⁰⁴.

Los niveles de aceptación de las tímidas experiencias puestas en práctica hasta ahora por el Estado español, suponen que su grado de eficacia, eficiencia y poder reintegrador, son factores que permiten pronosticar su evolución, contante mutación y masificación del fenómeno; expectativas generadas por la incursión de estas innovaciones tecnocientíficas, que a pesar de las reticencias para su completa implementación, se vislumbra el planteamiento de nuevos escenarios de control penal y penitenciario. En este sentido, su poder de transformación ya es una realidad que no es posible ignorar, ni mucho menos invisibilizar. Lograr que esta constante infiltración que se viene produciendo de las nuevas tecnologías en el campo de la pena, se corresponda con el mantenimiento y respeto de los derechos fundamentales, es el mayor desafío de quienes asuman la tarea de

¹⁰⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: «Tratamiento penitenciario: utopía no alcanzada o simple quimera», *VI Jornadas penitenciarias andaluzas*, Consejería de Gobernación, Edita Junta de Andalucía, Almería, 1989, p. 43.

construir una nueva racionalidad de la pena tecnológica del siglo XXI.

Humanizar las penas es el desafío más complejo y peliagudo. En este sentido, la principal tendencia en los países europeos está en buscar una mayor humanización de la ejecución de la pena privativa de la libertad¹⁰⁵. Y la vigilancia telemática, es también una pena privativa de libertad. No obstante, es necesario antes, transformar la sociedad o el ambiente en el que se produce la vasta clientela del sistema penal. Es por ello, que, sobre este punto, DAHRENDORF, citado por CASCAJO CASTRO, nos advierte:

Qué tipo de reinserción social -se pregunta con escepticismo-, cabe esperar en una sociedad donde más de un 10%, y tal vez hasta un tercio no tiene cabida ni lugar en el proyecto de ciudadanía. ¿Qué significa exactamente la resocialización, si la sociedad a la que se supone que los delincuentes han de regresar no existe? ¿Para qué se va a “socializar” a un joven si es claro que regresará a un hogar destrozado en un barrio marginal, sin oportunidad de un puesto de trabajo y con todos sus amigos y compinches básicamente en la misma situación? Fuera del entorno de la ciudadanía está servido el clima para el disturbio, la rebelión o la delincuencia individual pura y simple¹⁰⁶.

Con lo cual este ilustre pensador nos quiere significar que su crítica va dirigida a la constante confusión de intentar buscar siempre remedios a través de la fórmula del castigo tradicional; del tratamiento individual; del delincuente como factor patógeno, como enfermo al cual – necesario es curar –; cuando lo evidente, es que estamos frente a un problema de política social.

Una de las más profundas contradicciones a las que la modernidad no logra dar una respuesta que supere, racional y razonablemente, el conflicto desde su raíz o su fuente generadora, lo que atinadamente nos ha de llevar a reflexionar sobre cómo hemos venido reaccionando al comportamiento desviado descartando el medio social que lo produce.

Es decir, el tratamiento como todas las ideologías que lo conforman e intentan darle sentido, parten de un sello ideológico de centrar el problema de la criminalidad en el

¹⁰⁵ Cfr. LEGANÉS GÓMEZ, S.: *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Madrid: Dykinson, 2002, p. 105.

¹⁰⁶ Vid. CASCAJO CASTRO, J.L.: “Los fines de la pena en el orden constitucional”, en *Derecho penal y criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Volumen XVIII, Números 57/58, septiembre 1995/ abril 1996, Universidad Externado de Colombia, p. 134.

individuo delincuente y no en el sistema social que lo provoca. (Muñoz Conde, 1989)¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Vid. MUÑOZ CONDE, F.: «Tratamiento penitenciario... », *op. cit.*, p. 38.

9. SINOPSIS

La prisión como castigo es una invención o construcción social del hombre que no tiene una larga historia. La cárcel como castigo surge a partir de finales del siglo XVIII. Anterior a esta época, la cárcel era un instrumento de mera custodia o retención, esto es, una antecámara para la irrogación de la pena de muerte. Es decir, la pena preferente lo era la pena de muerte, las corporales e infamantes. A las que históricamente fue sucediendo la de prisión, debido al fracaso e inutilidad de la pena capital para contener la ola de criminalidad que invadió Europa a finales del siglo XVII y comienzos del siglo XVIII. Es a raíz de este fracaso que nace la pena de privación de libertad como castigo, en un intento, por “humanizar” la respuesta al delito. Sin embargo, desde el comienzo de la prisión, ha sido acompañada de innumerables inconvenientes que la llevaron a ser calificada como una pena inútil e ineficaz, al no corresponderse su ejecución con los objetivos que desde siempre se ha propuesto acometer.

Es este fracaso histórico es, el que ha generado el nacimiento y progreso de otras fórmulas no privativas de libertad, sustitutivas o alternativas a la prisión. Y, por tanto, en este camino la tecnología ha tomado participación, a través, de la implementación de los sistemas de vigilancia telemática.

El control telemático tiene su más remoto antecedente en el Panóptico de JEREMY BENTHAM, quien ideó un modelo penitenciario basado en una estructura arquitectónica que pretendía reformar por completo el sistema penitenciario de la Europa de finales del siglo XVIII, asumiendo, desde una perspectiva utilitarista una especial visión del castigo, a través de la implementación de la inspección y vigilancia permanente como principio nuclear de su modelo. O sea, de la vigilancia como principal fórmula de control. Con la cual se edificaba esta propuesta como un nuevo modelo de poder para lograr controlar o someter a los reclusos, es decir, sometiéndoles a una coacción psicológica o simbólica, que experimentaba el preso, al saberse constantemente vigilado, logrando de esta manera, reducir y normalizar el mal comportamiento del interno. Sensación mental, que genera un efecto de inhibición en la personalidad de quien se sabe vigilado, con lo que nace un nuevo constructo del poder normalizador ejercido por medio del control. Es en este sentido, que el Panóptico de BENTHAM, representa el precedente más antiguo de los sistemas de vigilancia electrónica, llegándose a identificar por la mayoría de la doctrina

especializada, a estos dispositivos tecnológicos de control como el «panóptico electrónico», haciendo expresa alusión a la ideología a la que atienden los nuevos sistemas de vigilancia electrónica.

El padre de los sistemas de vigilancia electrónica es el norteamericano RALPH SCHWITZGEBEL, profesor de psicología de la Universidad de Boston, discípulo de BARRHUS FREDERIC SKINNER; recordemos que este último, fue quien ideó el conductismo, como teoría científica, a través de la cual se buscaba modular, predecir y corregir patrones de comportamiento humano, particularmente, famoso por su novela utópica *Walden Two* (1948); es así como SCHWITZGEBEL influenciado por la teoría del conductismo, fue el primer científico en crear y patentar, – a partir repito de las ideas de su maestro –, un modelo de vigilancia electrónica aplicado, concretamente, al ámbito de la ejecución de la pena. Con el cual, pretendía rehabilitar electrónicamente la conducta desviada del condenado. Cabe resaltar, que el modelo en principio fue ideado para pacientes con patologías psicológicas o mentales, que luego, fue extendido por este profesor de Boston, a los reclusos, con el objeto de buscar resocializarlos, sin tener que ir a prisión. Dado el escaso desarrollo de esta innovadora tecnología en el campo de la pena, su fuerte apuesta por la resocialización; institución penal esta, que para esa época, atravesaba por una profunda crisis, el modelo propuesto por SCHWITZGEBEL, no fue acogido, aunado a una serie de inconvenientes técnicos: falta de una red telefónica; el considerable volumen y tamaño de los aparatos que integraban su propuesta; su bajo nivel de cobertura; y fundamentalmente, porque aún la sociedad para la que se pretendió incorporar no se encontraba preparada para la adecuada implementación de la propuesta schwitzgebiana.

La primera manifestación judicial que aplicó los sistemas de vigilancia electrónica, es decir, la primera sentencia que se conoce como el primer precedente judicial proviene de un Tribunal del condado Albuquerque, Nuevo México, EE.UU, dictada por el Juez JACK LOVE, en el año de 1983, en la ciudad de Florida, es cuando por primera vez se aplica el control telemático o la vigilancia electrónica a un grupo muy reducido de condenados, logrando que esta técnica de control se introdujera al sistema de justicia penal de los EE.UU, – produciéndose la primera emisión de una sentencia de arresto domiciliario que imponía a tres condenados el cumplimiento de la pena mediante la aplicación del control electrónico de su presencia o localización –, evitándose así, su ingreso en prisión. Luego,

de este primer precedente, en el transcurso de una década, los sistemas de vigilancia electrónica fueron adoptados por 49 estados de EUA. Logrando, años más tarde, implementarse en los principales sistemas penitenciarios de Europa, Asia y América Latina, como una de las penas alternativas más influyentes en el campo del Derecho penitenciario, a nivel mundial.

No existe en la doctrina consenso, ni unanimidad de criterio en el Ordenamiento jurídico español, respecto a la identificación semántica de este tipo de tecnologías, en el ámbito del Derecho penitenciario, nacional y comparado. En este sentido, no encontramos una terminología uniforme, que identifique estos sistemas de vigilancia electrónica. Por el contrario, puede verificarse la dispersión y multiplicidad terminológica existente, tanto en la legislación, como en la doctrina especializada. Al respecto, es posible conseguir en la literatura jurídica y en los distintos instrumentos legales que los mencionan, expresiones como: “monitorización electrónica”, “control telemático”, “dispositivos electrónicos”, “cárcel electrónica”, “vigilancia electrónica”, “seguimiento electrónico”, “medios telemáticos”, “monitoreo”, “panóptico electrónico”, “pulseras electrónicas”, “localización telemática” entre otras, tal y como afirma, parte de la literatura especializada. Lo que supone, por parte del legislador el uso de una denominación extremadamente genérica y vaga, que precisa de *lege ferenda* de una mayor especificidad y concreción, para lograr una correcta interpretación y, con ello, una adecuada aplicación de este tipo de tecnologías. En definitiva, más precisa, lo que contribuiría a reducir los niveles de arbitrariedad que puedan surgir al momento de aplicar y ejecutar este tipo de medidas, proscribiendo por completo las interpretaciones extensivas a la hora de ejecutar su implementación, es decir, su aplicación, por la falta de una previsión legal menos imprecisa y vaga, que facilite su correcta y delimitada interpretación.

El control telemático o electrónico es el seguimiento que se realiza por medios electrónicos (tecnológicos), que permiten identificar, vigilar, inspeccionar, ubicar y supervisar, es decir, mantener localizado dentro de un perímetro previamente delimitado – el domicilio – la ubicación y presencia física de un sujeto sobre el que recae una orden o medida judicial de monitorización o vigilancia, con el objeto de dar cumplimiento efectivo a ese mandato judicial, dentro de un espacio de tiempo establecido – periodo regularmente corto, como consecuencia de un proceso penal –. Su aplicación depende del uso unos aparatos o dispositivos tecnológicos que emiten señales de radio frecuencia o

señales satelitales de posicionamiento global del agente de seguimiento respecto a una unidad receptora que identifica su ubicación y presencia física, lo que permite a su vez controlar telemáticamente al beneficiario de la medida, sin tener que privarlo de su libertad, brindándole la «opción custodial» de que cumpla con una aflicción judicial más atenuada, en un ambiente menos traumático y desocializador (criminógeno), que la prisión; al tiempo que, se realiza un seguimiento más riguroso, efectivo y eficaz por parte de la Administración encargada de su ejecución.

La naturaleza jurídica de los sistemas de vigilancia electrónica obedecerá al uso que demos a tales instrumentos tecnológicos, cuando su aplicación se utilice como medio para garantizar la sujeción del imputado en el marco de un proceso penal, es decir, la materialización de una medida cautelar, incluso, sea esta de protección –alejamiento en el marco de los procesos por violencia de doméstica o de género–, su naturaleza será instrumental o cautelar –procesal–; cuando se trate de una sanción penal autónoma o de una medida alternativa a la prisión, es decir, como mecanismo que posibilita la ejecución penal en libertad, principal o complementaria a cualquiera de sus formas, su naturaleza es estrictamente penitenciaria –pena–. Por consiguiente, su naturaleza jurídica estará dada por el papel que cumpla dentro de las distintas áreas a las que se viabilice su aplicación: como pena principal y autónoma; como pena complementaria para reforzar otra alternativa en el marco de la ejecución de la pena; como medida cautelar –de alejamiento o protección–. Lo que permite una mayor maleabilidad o flexibilidad a la hora de aplicar estos sistemas innovadores de localización telemática, adoptando en cada caso concreto y, de acuerdo a la finalidad requerida una naturaleza jurídica distinta, en función de las exigencias y de acuerdo a la etapa del proceso en que resulten adoptadas. Lo que si debe quedar claro, es que es una medida privativa de libertad, al restringir el derecho a locomoción de quien resulte vigilado electrónicamente.

El recorrido y metamorfosis de la pena se ejecuta en tres momentos. Momentos, que precisan de una minuciosa y detallada justificación –explicación, de cada uno de ellos, individualmente y por separado–; en este sentido, la pena va consumando cada uno de esos estadios y persiguiendo diferentes finalidades a lo largo del proceso. Lo que podríamos traducir, entonces, como el recorrido de la pena, o sea, su metamorfosis desde que nace, se impone y ejecuta. La pena en un primer momento es amenaza o advertencia, es decir, prevención general que se dirige a la sociedad y colectividad en general. En un

segundo momento, la pena se transforma en retribución e imposición de un castigo, es decir, en la aplicación individualizada de la sanción penal, lo que se configura como una prevención especial, en cabeza del delincuente que resulto condenado. Y, finalmente, transcurre por una tercera y última fase que sería su ejecución y cumplimiento, que ha de configurarse a partir del fin resocializador, como valor teleológico constitucional. De acuerdo, a estos tres momentos la pena persigue distintas finalidades: primero, amenaza; en segundo lugar, y una vez que la amenaza fue violada, se impone una sanción, para regenerar la norma violada, es decir, el orden minado por el comportamiento típico, antijurídico y culpable; finalmente, y en tercer lugar, impuesta la pena, esta se ejecuta de acuerdo a un programa político constitucional que establece la orientación general que ha de seguir la ejecución y cumplimiento de esa pena.

La cárcel ha de encararse definitivamente como un problema: es y representa un problema para nuestra sociedad, partiendo efectivamente desde una perspectiva positiva –quiero decir constructiva–; empeñarse en buscar una solución a este grave y complejo problema, en el que la eficacia y ciertos parámetros del utilitarismo, pueden ayudar a descomprimir esta válvula de presión, que se encuentra próxima a estallar si no le buscamos una solución más civilizada, es decir, pensada desde una nueva perspectiva, concurrente con nuestro tiempo: búsqueda que sin lugar a duda a de proporcionar valores positivos asumibles de cara al futuro. La cárcel es el instrumento de control social más ineficaz, cuya evidencia empírica ha sido demostrada a lo largo de sus más de tres siglos de existencia. Razones por las cuales las sociedades modernas muy a pesar de las reticencias que se forman alrededor de este fenómeno por los más respetados sectores doctrinarios, –que siguen presos de este dogma, inmersos en el discurso radicalmente negacionista y conservador–, muy a pesar de los cambios impulsados desde los avances tecnocientíficos. La cárcel requiere, demanda y necesita una reforma global. Reforma que no es posible seguir postergando, olvidando los costes humanitarios que ocasiona el encierro.

Debemos unir esfuerzos para brindar la efectiva posibilidad de reorientar conductas desviadas, también desde la educación cívica, la reeducación en valores sociales, si queremos realmente resocializar, empero, resocializar dentro y con la sociedad, no al margen de ella. El que se ofrezca una creíble opción de reorientación, que pueda dar sentido a la vida de quien se sabe es valioso para la sociedad, potenciándole de esta forma

su sentido de su autonomía, el que pueda ejecutar su vida libre de delitos, será lo más coherente para la sociedad. Empoderarles, para que generen un sentido positivo que beneficie a su vez al ambiente donde se reinserte, en otras palabras, que se racionalicen los medios, para poder efectivamente dar racionalidad a los fines. Lo que seguramente generará un sentido de pertenencia social, en el condenado, y al mismo tiempo, permitirá concienciar y hacer que la sociedad asuma un papel más protagónico en la ejecución de la pena. En este sentido, la no separación de la sociedad, –ya en sí misma–, representa un gigantesco avance en la efectiva consecución de los objetivos de la pena: que se concentran principalmente –en que evitemos a toda costa la desocialización del condenado–.

Finalmente, la pena privativa de libertad representa la sanción judicial más violenta de una sociedad para restablecer el “orden” y “la convivencia pacífica”, cuando los bienes jurídicos penalmente protegidos han sido vulnerados o seriamente amenazados –atacados– por conductas que se encuentran expresamente tipificadas en la ley como delito. El problema de la justificación del sentido de la pena es un problema que acompaña al hombre desde los albores de la humanidad. Buscar los fines de la pena, es una de las tareas más complejas que el hombre puede afrontar, sin embargo, a lo largo de la historia de las penas, la pena o la sanción penal ha buscado como propósito más trascendente, el convertirse en un instrumento político social, dirigido a humanizar: Es decir, hacer de la pena un instrumento más humano. La dignidad humana es el valor axiológico más trascendental que sociedad alguna pueda desarrollar y proteger. Es por ello, que debemos seguir insistiendo en que es posible resocializar, pero, no al margen de la sociedad. Los fines de la pena en el siglo XXI, deberán dirigirse a la posibilidad real y efectiva de brindar al penado una opción que le permita más allá del discurso político, resocializarse, lo que sólo será posible justificar si adoptamos un marco que racionalice en profundidad, y viabilice su segura reinserción, en el que la reeducación no siga ofreciéndose dentro de los muros de la prisión y, en ese aspecto, –las nuevas tecnologías representan una herramienta muy eficaz para lograrlo–. En este sentido, el tiempo será testigo de la postura que adoptemos ante una realidad que nos sacude, y la pena tecnológica ya es una cuestión de tiempo, –de muy poco tiempo, del ahora: es decir de un tiempo más presente, que futuro–. ¡El tiempo lo dirá!

**FUNDAMENTOS DE LA VIGILANCIA TELEMÁTICA.
CONVERGENCIA TECNOLÓGICA.
EXPECTATIVAS.**

1. ADVERTENCIA PRELIMINAR

Los sistemas de vigilancia electrónica en los sistemas penitenciarios están configurándose como una opción sancionatoria cada vez más demandante; la realidad apunta a que los mismos se reafirmaran en el campo de la ejecución penal. El poder transformador de la tecnología hace que la sociedad, hoy por hoy, se identifique con el uso de dispositivos tecnológicos que permiten facilitar, considerablemente, todas las tareas a las que físicamente el hombre se ve superado. Lo que responde a una larga experiencia histórica. Así THEODOR ADORNO citado por BARONA AGUILAR, afirmaba que no existía actividad o tarea tecnológica que no tuviere incidencia en la sociedad¹⁰⁸.

En este sentido, es preciso adoptar una visión de conjunto que facilite la plena adaptación a los cambios que ya se vienen produciendo, producto de los avances científicos y tecnológicos de los que estamos siendo testigos; pero, también participes y protagonistas de la consolidación de un nuevo paradigma: el control telemático.

En efecto: el control telemático y biométrico está transformando el marco conceptual de la ideas tradicionales de la cárcel física y del encierro de seres humanos, como eje principal de nuestros sistemas represivos. Ahora bien, esta transformación de mentalidades, se debe a la irrupción vertiginosa de la tecnología de la vigilancia electrónica, que persigue mediante el uso de una filosofía del control o de la vigilancia total, esto es, de la localización digital o telemática, como lo vaticinará FOUCAULT en su momento, ir prescindiendo del enfoque tradicional del encierro.

Es así como la vigilancia electrónica se identifica con una herramienta innovadora que pretende el control y vigilancia de penados mediante mecanismos tecnológicos más

¹⁰⁸ BARONA AGUILAR, S.: *Algoritmización del derecho y de la justicia. De la inteligencia artificial a la smart justice*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021; p. 25.

eficientes, eficaces y menos aflictivos: humanos. Partiendo de esta idea nos plantearemos como primer punto, el analizar la vigilancia electrónica como herramienta de control, a partir de dos enfoques: por una lado, el tecnológico y el principio ético, con el objeto de dotar de un marco axiológico la adopción de los sistemas de control telemático, en función de limitar los riesgos potenciales que supone su implementación, fundamentalmente, en aquellos que no gocen de un marco de garantías suficientemente membrado para su adecuada aplicación y gestión; y de otro lado, el control como filosofía, esto es, como idea central sobre la que pivota los sistemas de vigilancia electrónica.

A continuación, nos plantearemos el papel de las nuevas tecnologías que vienen colonizando los sistemas penitenciarios de nuestro tiempo, adoptando una perspectiva de futuro: iniciamos con una formulación general, mediante la cual intentaremos introducir el papel que se nos avecina, en el marco de la ejecución de penas y medidas restrictivas de libertad mediante la aplicación de dispositivos electrónicos de vigilancia, control y seguimiento de estas, y por consiguiente, la vinculación de dichos dispositivos con la IA¹⁰⁹, producto de la imparable penetración de la tecnología¹¹⁰.

Visión que permitirá desarrollar la idea de las TIC y el Derecho penitenciario, como paso previo, al punto de la IA y la cárcel electrónica, mediante la cual se pretende realizar una simbiosis entre los sistemas de control telemático y la IA, desde la multiplicación exponencial de la eficacia y efectividad, esto es, la creación de algoritmos y software inteligentes que aporten una mayor precisión en la adopción de las técnicas de vigilancia y seguimiento en el control y cumplimiento de penas. La integración de estas áreas, permitirá evolucionar los sistemas de vigilancia electrónica. Esto debe llevar al uso de la IA en el marco de la ejecución penal.

Este progreso, a través de la tecnología y la ciencia, nos puede llevar a plantearnos los distintos mecanismos de disuasión que pudieran suponer la implantación de sistemas de

¹⁰⁹ Al respecto, ZACKSESKI (2021: 31) afirma: «el elemento tecnológico no se limita a las tobilleras electrónicas, sino que involucra todo el sistema de control disponible y sus despliegues futuros, relacionados con el desarrollo de la inteligencia artificial. Es ella la que permite la agilidad en la verificación de resultados y los ajustes de funcionalidad que requiere el sistema para que sus resultados sean considerados seguros y confiables».

¹¹⁰ «Allende la digitalización de la Justicia, alcanza cada vez más la revolución del 4.0 a la Justicia, incorporando la inteligencia artificial» (Barona Vilar, 2021: 347).

vigilancia telemática, los cuales, pueden calificarse como el lado oscuro de este progreso; empero, que, no deja de ser una realidad latente, es por ello, que lo planteamos como: ¡una posibilidad! Planteamiento que pretende que adoptemos una posición de cautela, más no de negación, frente a una realidad que debemos afrontar, producto de los innumerables riesgos y peligros que comportan los vertiginosos avances que la sociedad postmoderna o digital, viene reportando en la aldea global.

Indudablemente, este nuevo escenario hace que nos planteemos la siguiente interrogante: ¿Es posible que estemos a las puertas de la desaparición de la cárcel? Lejos de ser una proposición fruto de la fascinación por la tecnología, es una realidad actual, que intenta emerger con la fuerza, el ímpetu e ilimitada capacidad de la tecnología para transformar realidades que en el pasado eran poco creíbles de superar; empero, que, la experiencia a lo largo de la historia ha demostrado, que los avances científicos se condensan para trascender obstáculos, por insuperables que parezcan.

Por tanto, el que nos planteemos discernir, problematizar, dudar, replantear y posibilitar el encuentro de nuevas soluciones a la idea de la cárcel tradicional, esto es, que se busque promover dar un salto hacia adelante, lo que supondrá, con seguridad, un esfuerzo siempre criticable. Todo cambio, presupone en su raíz la idea de oposición y resistencia.

Finalmente, y una vez que logremos desarrollar la temática anterior, lo que nos permitirá alcanzar una visión de conjunto del presente y futuro del control telemático, es decir, del uso de la vigilancia electrónica en el escenario de la ejecución penal como verdadera herramienta sustitutiva de la prisión; subrayando, que, en este propósito, es absolutamente necesario prescindir y limitar toda idea o justificación que legitime la aplicación acumulativa de estos mecanismos innovadores, en favor, del fortalecimiento de la prisión tradicional, o sea, de la expansión de la red penal.

En efecto, la idea central y originaria de los dispositivos telemáticos, es: —que estos sucedan a la prisión, no que la legitimen—.

Siguiendo esta misma línea, intentaremos dibujar los nuevos escenarios que posiblemente podrán surgir con la adopción de estas tecnologías, para luego, proceder a clausurar el capítulo con una síntesis general.

2. LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA UNA HERRAMIENTA DE CONTROL

La vigilancia electrónica es una herramienta de control que busca optimizar los niveles de seguridad y precisión en el control del cumplimiento de una pena privativa de libertad, es decir, de la restricción a la libertad de deambulación o circulación que con ella se logra limitar o restringir, de manera más eficiente, segura y eficaz. Erigiéndose, como una seria alternativa a la prisión, si se aplica -claro está- adecuadamente y con el rigor necesario, lo que sólo será posible si se hace énfasis en su correcta aplicación, esto es, buscando superar el encierro, y en modo alguno, legitimarlo. En este sentido deberá evitarse -como premisa esencial- que tales dispositivos telemáticos se conviertan en una herramienta que contribuya a extender y ampliar, o sea, a ensanchar la ya, inabarcable y basta red penal¹¹¹.

Si bien, la vigilancia o el control telemático es un instrumento exclusivamente técnico que busca simplificar las tareas de inspección, supervisión y vigilancia de la presencia física del condenado o del interno, fomentando su monitorización permanente, esto es, su localización en un ámbito espacio temporal expresamente delimitado; con lo cual, se permite a través de la tecnología conseguir unos mayores niveles de exactitud y precisión en el cabal cumplimiento de una sanción penal, que se cumple fuera de los muros de la prisión. Evitando con ello, los graves y desfavorables efectos desocializadores de la misma. De esa manera, los sistemas de vigilancia electrónica representan una modalidad de punición que centra su atención, fundamentalmente, en su elevada capacidad de control, seguimiento y vigilancia sobre el sujeto pasivo.

En este contexto, resulta especialmente necesario: edificar y construir un vigoroso marco de garantías que límite esta nueva concepción tecnológica desde una perspectiva axiológica firme -quiero decir sólida e infranqueable- que contenga su enorme potencial y poder para vulnerar los derechos fundamentales de quienes resulten controlados, electrónicamente.

¹¹¹ De la necesidad de alimentar el déficit teórico sobre las alternativas reales a la cárcel, como bien lo denuncia RIVERA BEIRAS (2017), cuando sostiene que el fracaso empírico incuestionable de esta perspectiva se evidencia como lo demuestran los altísimos índices de encarcelamiento de las últimas décadas. Véase en extenso, RIVERA BEIRAS, I.: *La descarceración... op. cit.*, pp. 38 y ss. Es decir, no es posible apostar por estos mecanismos tecnológicos, si los mismos, van a contribuir a dar legitimidad y, a multiplicar la cárcel. En este sentido, el debate se justificará en la medida que contribuya realmente a reducir drásticamente la hegemonía de la pena carcelaria, esto es, la radical disminución de la prisión.

Sólo bajo esta perspectiva ha de prevalecer la defensa de los valores axiológicos, si con ella, pretendemos construir una opción custodial y tecnológica, que se convierta en una elección más humana, menos aflictiva y, particularmente, menos segregativa; empero, que a su vez, no deje de constituir una modalidad sancionatoria con la suficiente garantía y seguridad para generar confianza en el resto de la sociedad; confianza que, en esta medida permita formar un criterio de aceptación favorable, de cara a la sociedad, sobre la aplicación de los sistemas de vigilancia electrónica como herramientas que contribuyan a superar -en la medida justa de su adecuada aplicación insisto y, con la puntual profundización de sus ventajas- el control en el cumplimiento de una pena, ejecutada fuera de los muros de la prisión.

Lo que hace a esta modalidad una opción más atractiva por su alta capacidad de control a la hora de garantizar el efectivo cumplimiento de una pena, ejecutada fuera de los muros de la prisión. Que, a su vez permite su cumplimiento en un medio abierto, pero, seguro. A través de la cual, pueden alcanzarse -de manera satisfactoria-, los objetivos que se proponen desde el edificio constitucional a la pena de privación de libertad.

Con el uso de estas herramientas y medios electrónicos lo que se busca es innovar los modernos sistemas de ejecución y control de la pena privativa de libertad, llevándolos a un escenario superior: menos segregativo, perjudicial y alienante. Es decir, que el de la cárcel o el encierro tradicional. Fundamentalmente, humanizar la pena de prisión, evitando con ello, la desocialización del condenado. O sea, su ingreso en prisión. Cambiar la cárcel tradicional por el hogar o domicilio, introduciendo de esta manera la novedad de que el interno experimente el cumplimiento de la sanción penal fuera de la prisión, esto es: «La celda en casa, la pena en la calle» (VITORES GONZÁLEZ, 2009).

En este sentido, se permite así, potenciar considerablemente su arraigo social: familiar, vecinal y laboral, para que conserve y refuerce sus vínculos sociales. Evitando con ello, principalmente, su desocialización. Es decir, contribuir de manera más creíble y de la mano de estas herramientas tecnológicas -a que en una mayor medida, al sujeto pasivo se le brinden mayores y mejores posibilidades para lograr reorientar positivamente su vida-, brindándole de esta manera la posibilidad “real” de una efectiva y creíble reinserción

social¹¹².

Por lo cual, resulta imprescindible plantearse, que con su alto grado de penetración e influencia en el mundo de la ejecución penal, de nuestros días, se constituyan como una herramienta básica que aportan las tecnologías de la información y la comunicación para precisar con mayor rigor y efectividad el control, seguimiento y cumplimiento efectivo de una pena, fuera de la prisión.

En este sentido, intentaremos esbozar nuestro planteamiento, a partir de este conjunto de tecnologías: medios electrónicos, como el escenario que cimentará las bases del nuevo sistema penitenciario de nuestro más inmediato futuro. Del sistema penitenciario de nuestro siglo. Es así, como ya a mediados la década de los setenta, PÉREZ LUÑO, sostenía sobre las repercusiones de la constante infiltración de la técnica, que:

Es innegable que nos hallamos ante el comienzo de un giro histórico. Parece que el pasado se aleja de nosotros a velocidad crecientemente acelerada, y que la sociedad se debate en un piélago de aspiraciones e incertidumbres dentro de un entorno que se transforma día a día, por efecto de la técnica¹¹³.

Bajo este influjo y partiendo de una concepción pragmática dirigida a identificar estas tecnologías en el campo de la ejecución y cumplimiento de las penas, única y exclusivamente, como herramientas tecnológicas, que permitan en su aplicación, hacer evolucionar el fenómeno de la cárcel. O sea, quienes aportan el significado al uso

¹¹² Sobre este punto, puede consultarse a: Aboso, G.E.: *Derecho penal cibernético. La cibercriminalidad y el derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*, Buenos Aires, Euros Editores, 2017, p. 534. El autor argentino subraya que la vigilancia telemática en Argentina se adoptó, principalmente, para paliar el mal estado de las prisiones en el país suramericano, aunado al desengaño y frustración de los programas de resocialización tradicionales, a este respecto, sostiene: «Una de las aplicaciones más extendidas de los dispositivos de vigilancia electrónica se registra en materia de encarcelamiento preventivo y de ejecución de penas. A raíz de la inocultable situación de abandono en que se encuentra la estructura edilicia del sistema penitenciario en nuestro país, sumado al fracaso generalizado de los programas de resocialización, se ha ensayado en los últimos tiempos la admisión de las nuevas tecnologías de geolocalización para evitar la privación de la libertad innecesaria y así fomentar en cierta medida la resocialización de las personas detenidas evitando su exclusión del núcleo familiar y social». En sentido similar, Vilajosana, J.M.: *Las razones de la pena... op. cit.*, p. 168. El autor afirma: «Más bien, tomarse en serio la rehabilitación implicaría ir sustituyendo las prisiones por centros de tratamiento. Más en general, las incongruencias que se detectan en este punto están llevando a valorar cada vez de manera más positiva la sustitución de las penas privativas de libertad por “penas alternativa” o “medidas restauradoras”...».

¹¹³ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E.: *Cibernética, información y derecho (Un análisis metodológico)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1976, p. 20.

significante de una herramienta es quien la emplea¹¹⁴ -y desde ese punto, no pueden construirse falsas, oscuras o retorcidas interpretaciones que sólo buscan oponerse a un hecho consumado- y, por consiguiente, al principal propósito de su aparición: disminuir la alta presión del excesivo crecimiento carcelario -aunque parezca paradójico¹¹⁵- y buscar a través de la técnica evitar la desocialización o desarraigo del condenado. Evitando con el uso de este conjunto de herramientas tecnológicas su ingreso en prisión. Ciertamente, esta última, su principal ventaja. Con lo cual, se buscará significativamente humanizar la pena.

Por ello, serán las nuevas tecnologías las llamadas transformar la concepción tradicional del encierro como pena principal y hegemónica. La construcción de estos nuevos escenarios ya viene dándose de forma acelerada, el que nos pleguemos a los cambios generados por la técnica, permitirá, sin duda, que no nos quedemos encerrados en el pasado. El ambiente a nuestro derredor se transforma sin pausa, por la incesante infiltración de las conquistas de las nuevas tecnologías, las cuales hacen posible el

¹¹⁴ Sobre este punto, conviene citar la oportuna consideración que aporta DUCHAMP, J.L.: *Cibernética, computadores y derecho*, (tesis de grado para optar al título de doctor en ciencias jurídicas), Bogotá, 1972, p. 9. El autor cuando desarrolla el tema de la cibernética, escribe: «Cabe repetir que el intermediario entre el capitán y el timonel no añade nada nuevo, específicamente creativo, a las órdenes que debe transmitir; que se limita a llevar un mensaje del capitán al timonel, sin añadir ni restar nada de los datos de origen (los proporciona el capitán)». Lo que deja patente: que no son los medios electrónicos los que piensan, estas son sólo herramientas diseñadas por el hombre para hacer más ágiles y eficientes sus tareas, por tanto, es el hombre quien le imprime el significado a tales medios tecnológicos e informáticos, particularmente, a los sistemas de vigilancia electrónica, para que puedan, en sustancia, facilitar su trabajo.

¹¹⁵ Si, paradójico, porque el país que creo la vigilancia electrónica, es quien, contradictoriamente, más la utiliza para legitimar la idea de la cárcel, es decir, para pervertir las razones por las cuales se hicieron ingresar los modernos sistemas de vigilancia electrónica en el sistema penal y penitenciario. Lo que ha -seriamente contribuido a levantar una errónea y perjudicial matriz de opinión-, que se sustenta en que tales mecanismos sólo contribuyen a ensanchar la inabarcable red penal. Vale la pena tener en cuenta lo sostenido por ANITUA (2011), quien acertadamente, escribe a este respecto, sobre el «archipiélago carcelario» y «la ampliación de las `redes´», lo siguiente: «lo principal es que el sistema de control penal se ha convertido en un `monstruo´ más grande e intrusivo. `Las diversas alternativas nos habían dejado con unas redes distintas, más amplias y más fuertes´, que permitían atrapar `peces´ más pequeños, sujetos y comportamientos que antes se escapaban al control efectivo. Las `redes´ son más `anchas´. Incremento del número de desviados atrapados en el sistema, más `densas´, incremento en la intensidad de la intervención en los desviados viejos y nuevos, y `distintas´, nuevas formas que complementan y no reemplazan los sistemas de control originales. A la vez el control se difumina, se hace menos visible y así el castigo logra una mayor penetración en el cuerpo social. Las nuevas instancias de control servirán para transformar la sociedad en un `archipiélago carcelario´, ampliando y diversificando gracias a los recursos, inversiones, ingenuidad, tecnología e intereses personales». Cfr. ANITUA, G.I.: *Castigos... op. cit.*, pp. 82 – 85. La frase el «archipiélago carcelario» es la frase original de FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar, op. cit.*, p. 303. Puede profundizarse sobre este punto, en COHEN, S.: *Visiones de Control Social*, Barcelona, PPU, 1988 (trad. Elena Larrauri). El autor afirma que las llamadas alternativas no son sino la intensificación y multiplicación de las líneas maestras de la desviación, o sea, la creación de una sociedad disciplinaria; LARRAURI, E., «Las alternativas a la prisión en U.S.A.», en AA.VV.: *Control social del delito: críticas y alternativas*, Bilbao, Salhaketa, 1991. Autora que ahonda sobre las explicaciones utilizadas para justificar el discurso de las alternativas a la prisión en los Estados Unidos.

constante progreso de la ciencia.

2.1. Principio ético

La tecnología está modelando las realidades más cotidianas del ser humano, su nivel de penetración en las políticas públicas es cada vez más significativo e influyente, la mutación de las sociedades modernas hacia sociedades digitalizadas e informatizadas, esto es, automatizadas, «sociedad de la información y del conocimiento» (AGUADERO FERNÁNDEZ, 1997), de la «revolución digital» (BALLESTERO, 2002), es sin lugar a duda, el cambio más revolucionario que nuestra civilización está actualmente transitando. No existe espacio que no esté materialmente influido por la revolución tecnológica a escalas cada vez más vertiginosas¹¹⁶. Para limitarnos a dar ejemplos, el siglo XX está inmerso en este tipo de penetración por parte de la técnica, que develó su inmenso poder destructivo, su capacidad para aniquilar los valores más básicos de la humanidad. Su fuerza letal. A este respecto, cabe aquí siguiendo a TEILHARD DE CHARDIN, afirmar: «nada es comprensible más que por su historia»¹¹⁷.

Luego, de las dos guerras mundiales que sacudieron los cimientos de la humanidad. La tecnocracia produjo daños irreversibles e insospechados a la humanidad. El poder fue determinado como una carrera por conquistar la tecnología, sin principios éticos y valores axiológicos; era esta la principal carrera de las más influyentes y poderosas potencias del planeta, que de esa manera escribían las páginas más oscuras de nuestra historia global. Carrera que fue escrita prescindiendo, de la forma más desnuda y descarada, de una barrera de contención lo suficientemente fuerte e infranqueable, cuando se amenazaba, con el empleo de la técnica y de la ciencia, la propia existencia humana.

Como lo dijo ZAFFARONI, los costes más lamentables del siglo pasado, no se produjeron por confrontaciones bélicas, sino, por el ejercicio desviado del poder penal. El genocidio nazi es producto de ese ejercicio desviado del poder penal, en el que se utilizó la técnica para hacer prevalecer una visión inhumana, profundamente xenófoba. Lo que permitió

¹¹⁶ «Nada ni nadie escapa de esta era disruptiva digital, de la imparable algoritmización de la Justicia ». (BARONA VILAR, 2021: 348).

¹¹⁷ TEILHARD DE CHARDIN, P.: *El hombre del porvenir*, (trad. española Carmen Castro), Madrid, Ediciones Taurus, Primera edición, 1962, p. 23.

utilizar la ciencia y la técnica para segregar, humillar, destruir, devastar y aniquilar a miles de seres humanos. Es decir, a lo único que nos identifica como seres racionales, nuestra capacidad de compadecernos ante el sufrimiento humano.

La técnica fue utilizada en función de ese extravío de la función penal, para poder desarrollar un dominio totalitario de exterminio. Lo que nos llevó a reflexionar sobre esta visión enteramente tecnicista, positivista -biologicista- y enteramente formalista, totalmente desprovista del mínimo valor ético en su ejecución y ejercicio.

Razón por la cual las décadas siguientes a la postguerra estuvieron concentradas en retomar ese horizonte perdido a través de las promulgaciones de las Declaraciones Universales de Derechos Humanos, las cuales fueron incorporadas en las principales Constituciones, que sintiendo la necesidad de beber de esa fuente común e inagotable, plasmaron domésticamente la protección de los derechos fundamentales, con el firme propósito de que no se repitiera un nuevo episodio de devastación, a la que ya había sido sometida la humanidad, como consecuencia de la aplicación de la técnica sin principios. Esto es, el uso de la ciencia prescindiendo de valores éticos-mínimos.

De este modo, hemos asistido, a partir de la segunda mitad del siglo XX a la revalorización de los «derechos inviolables del hombre» y, con ello a la reafirmación de los principios éticos que permiten sustentar una sólida cultura de protección frente a los desmanes de los que puede ser objeto la humanidad si no atamos la técnica a estos principios axiológicos inderogables e indivisibles, que constituyen: nuestro más preclaro reservorio moral. De esta manera, la única justificación posible, que puede viabilizar el empleo de la tecnología en el sistema penal, ha de hallar su más coherente justificación, cuando esta se haga compatible con esta consciencia moral -común, de la que todos, absolutamente- somos parte. La garantía de los Derechos humanos, frente a la implementación de toda innovación tecnológica.

Producto del advenimiento de la era de la sociedad informática, -esto es, de la digitalización y de la automatización-, ha surgido la necesidad de repensar y reelaborar las nuevas políticas públicas que edificarán los nuevos escenarios con los que se permitirá

afrontar nuestros más serios y complejos problemas sociales¹¹⁸. Y, la cárcel, es sin duda, uno de estos más urgentes y graves problemas sociales, que será, en el corto plazo, objeto de una profunda reflexión, propuesta desde esta nueva perspectiva, en la que directamente la voz más influyente estará configurada por la tecnología. Empero, de aquella *tecné* como la llamaron los griegos, identificada con la creación artificial del hombre en contraposición a la *physis* o naturaleza, siempre y cuando dicha creación artificial este profundamente influenciada por el principio ético¹¹⁹ del que necesariamente a de nutrirse la tecnología cuando esta pretenda erigirse como una solución a los problema y desafíos más complejos de la humanidad.

De acuerdo a esta visión axiológica, cabe en este punto examinar el contenido sustancial de los modernos sistemas de vigilancia electrónica, los cuales se cimientan a raíz de la «cultura del control» como filosofía imperante del uso y aplicación de este conjunto de tecnologías, punto que, en este sentido, desarrollaremos a continuación.

2.2. El control como filosofía

La vigilancia electrónica nace como parte de una filosofía que se impregna a lo interno de una sociedad que demanda mayores niveles de control, es decir, mayor seguridad (contención de miedos colectivos). De la «sociedad del riesgo» (BECK). La filosofía del

¹¹⁸ Sobre la sociedad de la información, puede consultarse, por todos, a CASTELLS, M.: *La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura*. Alianza Universidad, Madrid 1998, p. 370. Autor que trata en profundidad sobre los problemas que surgen producto del advenimiento de la sociedad de la información y, efectivamente, de las grandes transformaciones que nos ha tocado vivir y aquellas que se nos avecinan. La revolución tecnológica que se produce a partir de la década de los 60 y 70 y, en particular, en el campo de la microelectrónica, de la crisis de los sistemas económicos y, de la dinámica de la participación social altamente activa. Asimismo, puede consultarse el conjunto de principios necesarios para construir la Sociedad de la Información. Un desafío global para el nuevo milenio, según la Cumbre Mundial sobre Sociedad de la Información (CMSI 2003, 2005). Modelo de sociedad centrada en la persona, integradora y orientada al desarrollo, esto es, que procure el fomento de desarrollo sostenible y la mejora de la calidad de vida sobre los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas y el respeto irrestricto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En la que se destaca como desafío global: Aprovechar el potencial de las TIC para promover los objetivos de desarrollo de la Declaración del Milenio. Disponible en [<https://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html>] Consulta [Enero 2022]. Igualmente, puede consultarse el interesante ensayo de AGUADERO FERNÁNDEZ, F., *La sociedad de la información. Vivir en el siglo XX*. Madrid: Acento Editorial, 1997, p. 14. Autor que afirma que la sociedad de la información es: la sociedad en la que ya vivimos, especialmente véase: «La vida en el siglo XXI», pp. 14 – 22; «Nuevo entorno tecnológico», pp. 43- 57.

¹¹⁹ Sobre la definición del principio ético, puede verse a FROSINI, V., *Cibernética, derecho y sociedad*, Madrid, Editorial Tecnos, 1982, p. 21. Este autor italiano, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Roma, ha definido agudamente el principio ético como: «el complejo de valores humanos, en el que dicho principio se expresa, y constituye una fundamental atracción para el espíritu del jurista en su labor de actuación del Derecho».

control es una disposición abierta hacia la fiscalización más rigurosa de casi todas nuestras actividades. Es la vigilancia la columna vertebral de la «cultura del control» (GARLAND). Se nutre de una ideología disciplinante que garantiza un comportamiento «normalizador» (FOUCAULT). Es así como la vigilancia telemática nace como una necesidad de incrementar los niveles de control, o sea, observar con mayor eficacia y precisión el cabal cumplimiento de una pena. Dicho de otro modo, de la necesidad de hacer de la pena un instrumento más eficaz. Esta observación y control, parte de una posición de autoridad, que define un modelo de poder, cuyo foco es el hombre.

El control telemático hace parte, en este sentido, de la filosofía del control, muy propia de las sociedades de la «modernidad tardía» (GARLAND). De esta necesidad de mantener al alcance de una mirada vigilante y omnipresente del Estado las actividades rutinarias de las personas. Lo que a lo interno del Derecho penitenciario garantiza el empleo de penas más blandas; pero, a su vez de un control más duro, efectivo y eficaz, esto es: intensivo¹²⁰. En este sentido, con la vigilancia telemática se garantiza la completa asimilación de la filosofía del control, reducida al ámbito penitenciario.

La utilidad de esta visión pragmática genera una sensación de garantía, -esto es: seguridad- que despliega su máximo potencial en la coacción psicológica generada en la mentalidad del vigilado, que al saberse constantemente observado se auto inhibe de realizar comportamientos desviados, dada la certidumbre de la influencia simbólica que le produce el ejercicio de la autoridad que le mantiene vigilado. Es decir, constantemente controlado.

Inhibición, que se genera mediante una coacción psicológica que, sin duda, hace parte de esa filosofía del control que subyace en los sistemas de vigilancia telemática, que experimenta el sujeto monitorizado, quien, al saberse constantemente vigilado u observado, normaliza su comportamiento por temor a perder su libertad y, con ello, los

¹²⁰ Sobre los controles estatales del crimen más intensivos ROXIN concluye: «El Derecho penal tampoco puede quedar en papel mojado a causa de un más intenso control que conduzca a la desaparición de la criminalidad. Pues este sólo es posible en ámbitos determinados y también en el caso de su posibilidad, sólo parcialmente está permitido. Pero dentro del marco de lo posible y de lo permitido, es un medio eficaz de lucha contra la criminalidad y como tal debería ingresar en el Derecho penal del futuro». Cfr. ROXIN, C.: «¿Tiene futuro el Derecho penal?», en *Revista del Poder Judicial Núm. 49*, Tercera Época, Primer Trimestre, Madrid: C.G.P.J., 1998, pág. 380.

demás beneficios que representa cumplir una sanción que le permite conservar sus vínculos sociales, familiares e incluso laborales, fuera de los muros de la prisión. Es decir, no perder su contacto con el exterior, si la pena se cumple en la sociedad abierta a la que pertenece, con la garantía y seguridad que de los dispositivos electrónicos, aportan al control y seguimiento de la pena.

Lo que garantiza un control -ejercicio de poder en expresión figurada- de la limitación de su libertad, como fundamento óptico de esta filosofía. Al saberse constantemente vigilado, el condenado o sujeto pasivo internaliza en su mente que cualquier posible comportamiento que experimente contrario al programa por el elegido, será inmediatamente detectado, es decir, descubierto, lo que con toda certeza generaría consecuencias desfavorables para continuar disfrutando de los privilegios que supone el control telemático; lo que, en sustancia, le mantendrán alejado de la prisión si cumple con las prescripciones de una sanción, que le aísla definitivamente de ese escenario hostil, profundamente violento y desocializante que significa el encierro. Recordemos que a los ojos de quienes han experimentado la vigilancia electrónica, este tipo de sanción es considerada por su gran mayoría, como un privilegio, frente al encierro.

De manera que, el sujeto vigilado es libre de asumir o no la restricción que la vigilancia electrónica como modelo de autoridad y ejercicio del poder disciplinante le impone. No obstante, decide someterse a la restricción de su libertad deambulatoria o de circulación, por voluntad propia, en función de cumplir las expectativas de esa sanción, dada las ventajas que supone cumplir una sanción penal fuera de la prisión. Lo que bajo su perspectiva representa un privilegio, en modo alguno comparable con el ambiente alienante de la prisión.

En este contexto, la filosofía del control que presupone la vigilancia telemática representa un avance que la revolución tecnológica propicia, al enfrentar la problemática de encontrar una solución más eficaz a la masificación carcelaria y, por consiguiente, a los perjudiciales efectos desocializadores que ella produce. Es decir, lo que la convierte en una «opción custodial» más civilizada, cuyo fundamento se patentiza desde la premisa de servir como una vía alternativa a la pena de prisión.

Si bien es cierto su potencial capacidad de desborde y superación de los derechos

fundamentales da cuenta del cuidado y la cautela con que han de ser empleadas este tipo de tecnologías en el ámbito del Derecho penal y penitenciario, no es menos cierto, que el surgimiento de estas alternativas a la prisión subyace en su matriz más profunda –quiere decir primigenia– es la de sensibilizarnos respecto de un problema cuya complejidad se torna –a los ojos del escéptico– inexpugnable, empero, que –muy a pesar de esta visión negacionista extrema– se enfrenta a este monumental problema con la finalidad de aportar una solución, sin duda, más humana.

Es esa, la razón del nacimiento de la vigilancia telemática, querámoslo o no, reconocer; por ello, reconocerlo es, con toda certeza, lo que permitirá avanzar en su perfeccionamiento como sanción penal institucionalizada. Razón primigenia que tendrá que prevalecer si queremos humanizar las penas y, esta y no otra, será la razón fundamental que garantizará su trascendencia a la hegemonía de la prisión. Esto es: la completa y definitiva superación de la prisión como sanción principal en el nuevo catálogo penal, de nuestro tiempo.

No en valde, resulta más que revelador lo afirmado por OTERO GONZÁLEZ (2008: 12) cuando, escribe que, la gran mayoría de los internos a quienes se les ha propuesto estos medios de control, aceptan sin reservas su aplicación. Un dato bastante significativo que determina la preferencia por la aplicación de esta vía alterna a la prisión. Desde esta perspectiva, la necesidad de cambio se materializa, a partir de la inexorable obligación de construir puentes y abonar el terreno para que la vigilancia electrónica se convierta en una verdadera alternativa a la prisión. Mejor dicho, para que deje de verse como una alternativa y se posicione definitivamente en el mundo de las penas, como la principal sanción penal: ¡Es este el desafío al que nos enfrentamos!

3. EL PAPEL DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL SISTEMA PENITENCIARIO

3.1. Formulación general

Las nuevas tecnologías están llamadas a revolucionar el mundo penitenciario, tal y como lo han venido haciendo con todos los ámbitos de la vida humana¹²¹, desde mediados del

¹²¹ «En el mundo de la Justicia el paisaje ha ido cambiando, del mismo modo que lo ha hecho la sociedad en general» (BARONA VILAR, 2021: 344).

siglo pasado su irrupción y penetración es cada vez más significativa, esto es, acelerada. Las nuevas tecnologías representan el avance de la humanidad hacia estadios superiores de la civilización en general. En este sentido, la prisión se ha visto afectada en sus rígidas estructuras, a pesar de las fuertes posiciones que se niegan a reconocer el cambio.

Cambio que conlleva abandonar viejas modulaciones con las que era plausible a los ojos de los expertos pensar la cárcel. Las mentalidades que prefiguran hoy día ese cambio, se abren a experimentar nuevas experiencias en el campo de la pena con el propósito de diversificar y ampliar el abanico de sanciones posibles, -penas alternativas, que dejen de ser alternativas- para minimizar los amplios y patógenos alcances de la cárcel como institución totalizadora. En el que la sola existencia del encierro es, sin duda, nuestro más serio problema por resolver, dado el escandaloso fracaso que se ha encargado de registrar y documentar la propia historia de la prisión.

Respecto al grave y serio problema que genera el manifiesto fracaso del sistema penitenciario tradicional, cuya opinión es palmariamente mayoritaria en la doctrina¹²², al

¹²² Sobre el manifiesto fracaso del sistema penitenciario tradicional puede consultarse: GARCÍA VALDÉS, C.: *Estudios de Derecho penitenciario*, Madrid: Tecnos, 1982, p. 87. Autor que refiere que la gran contradicción surge cuando razonamos si resulta útil preparar para la libertad al hombre en un ambiente hermético, opresor y agresivo, aun así se mantienen los establecimientos cerrados... la presente regulación se encuentra abocada al fracaso porque las premisas sobre las que se sustenta vician toda la obra posterior. En la misma línea, BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho Penal Europeo actual», *Revista del Poder Judicial* 2.ª/3.ª Época, Núm. 43-44, Madrid, 1996, II, p. 119. Quien recuerda el viejo axioma de Liszt cuando en pleno Siglo XIX afirmaba que *el sistema de pena privativa de libertad en nuestra legislación imperial es la gran mentira oficial*. También, FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar*, op. cit., p. 296. Escribe: «las prisiones no disminuyen la tasa de criminalidad y se pueden extender, aumentar o multiplicar y la cantidad de crímenes y criminales se mantiene estable y lo que es peor aumenta». De igual forma, LANDROVE DÍAZ, G.: *La moderna victimología*, Valencia, 1998, p. 161 y ss. Quien manifiesta su abierto descontento hacia la realidad carcelaria, entendiendo que hoy en día se puede hablar de victimización carcelaria. De la misma opinión, FERNÁNDEZ GARCÍA, J.: «Tema 5. Principios fundamentales de la ejecución penitenciaria», *Manual de Derecho Penitenciario*, (Coord. Ignacio Berdugo Gómez De La Torre y Laura Zúñiga Rodríguez), AA.VV., Salamanca, Editorial Colex, 2001, p. 135. Sobre este punto el autor sostiene: «La prisión es un medio hostil, desocializante y estigmatizador. Es, desde luego, muy difícil educar para la libertad en condiciones de no libertad, puesto que la vida en prisión se caracteriza por la aparición de una subcultura específica a la que ha de adaptarse el recluso si quiere sobrevivir, a las normas que le imponen sus compañeros. (...) La cárcel cambia al delincuente pero generalmente para empeorarlo. No le enseña valores positivos, sino negativos para la vida libre en sociedad. Le hace perder las facultades vitales y sociales mínimas exigibles para llevar una vida en libertad y le da, en cambio, una actitud negativa frente a la sociedad». Igualmente, RODRÍGUEZ SAÉZ, J.A.: «Derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad. Un análisis del deber ser», en *Cárcel y Derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos humanos de los reclusos*, Coord. RIVERA BEIRAS, I., Barcelona, 1994, p. 195. Autor que se muestra favorable a la abolición de la cárcel, pues la concibe como una entidad administradora de sufrimiento entre los reclusos, y que, en consecuencia, debería desaparecer. Con una opinión similar, RÍOS MARTÍN, J.C.: *Manual de Ejecución Penitenciaria: Defenderse de la Cárcel*, Madrid, 2001, p. 289. Manifiesta el autor sobre este punto: «Las cárceles están diseñadas de tal modo que `es imposible cualquier labor educativa´», se organizan para que

reconocer en forma unánime los evidentes niveles de decepción que produce la cárcel, cuyas pretensiones nunca resultan alcanzadas. Más allá del discurso que la legítima, cuyos intereses se benefician en forma directa de su propia existencia. Frente a un reducido sector de la doctrina que sostiene una opinión contraria, en defensa de la prisión como pena principal y hegemónica¹²³. Postura esta última, de la cual marcamos el más firme distanciamiento, por ser –en mi criterio un fanatismo contrario a la propia experiencia vital que nos ha legado la cárcel como factor patógeno-criminal- que se alimenta principalmente de la miseria e indignidad humana¹²⁴. En esta línea, escribe FERRAJOLI (2016), que necesitamos afrontar de una vez por todas «la superación de la reclusión carcelaria o cuanto menos de su rol de pena principal»¹²⁵.

Si, definitivamente, –nuestra más firme pretensión es humanizar–, con la cárcel tradicional es ostensiblemente imposible lograrlo. En efecto, la principal tarea que nos ha de convocar en este sentido, ha de ser la de «tomarse en serio los derechos» (DWORKIN, 1989)¹²⁶, con el objeto de generar escenarios de discusión, de trabajo e investigación, que

la persona interiorice determinadas formas de conducta especialmente polarizadas». En consonancia con las opiniones anteriores, MORRIS, N. (Criminólogo de la Universidad de Chicago) [por ref. BRONSTEIN, A., «Private prisons», *I Congreso Europeo de Derecho penitenciario, X Jornadas penitenciarias de Andalucía*, Tomo I, Jaén, 2002, p. 80] sostiene que las prisiones son criminógenas que generan más comportamiento criminal del que previenen. Finalmente, y como colofón, con profundo acierto, VILAJOSANA, J.M.: *Las razones de la pena*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 113. El autor destaca: «Como ya dijimos al hablar de disuasión, en numerosas ocasiones, la cárcel, lejos de ayudar a disminuir la reincidencia, lo que hacía era incentivarla, por cuanto, como afirmó Oliver Goldsmith ya en 1752, a los delincuentes “se les quita de en medio por haber cometido un delito y se les devuelve, si es que salen vivos, preparados para perpetrar un millar”».

¹²³ Cfr. BARQUÍN SANZ, J.: «Alternativas a las penas privativas de libertad algunas queiebras del principio de legalidad en la regulación de los sustitutivos penales», *I Congreso Europeo de Derecho penitenciario, op. cit.*, p. 114. Escribe el autor: «Contra las posturas críticas, aparentemente mayoritarias entre penalistas y criminólogos, que abogan por un Derecho penal en el que la privación de libertad no sea la sanción de referencia... nuestra postura es la radical defensa de la preeminencia de la sanción de privación de libertad entre las sanciones penales». Una postura lamentable, que desconoce abiertamente el drama humano que esconde e invisibiliza la prisión, –del cual por cierto nadie se encuentra exento de poder enfrentar en algún momento de su vida sus conocidos efectos nocivos, para vivir en carne propia el pasaje de no retorno que representa el encierro– sólo quien conoce de cerca y le ha tocado vivir esta inhumana experiencia podrá opinar con absoluta legitimidad de criterio sobre la viabilidad o no de la preeminencia de esta sanción. En este sentido, no puede erigirse una radical defensa de la prisión, si desconocemos palmariamente el coste humano que ella genera y multiplica.

¹²⁴ Por todos véase, WACQUANT, L.: *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, Manantial, 2008.

¹²⁵ Vid. al respecto, FERRAJOLI, L.: «Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional», en *Crítica penal y poder*, Núm. 11, Barcelona, Observatorio del sistema penal y los derechos humanos, Universidad de Barcelona, 2016, p. 9.

¹²⁶ El trabajo de Ronald Dworkin: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989, examina la necesidad urgente que tenemos del por qué tomar los derechos en serio como la única vía que nos permitirá construir una muralla infranqueable, cimentada en la cultura de respeto al Derecho, particularmente, sobre este punto véase el Capítulo 7 (cfr. pp. 276- 303). Así como también, conviene al respecto, revisar, analizar y ponderar sus reflexiones acerca de la desobediencia civil cuando aquél –el Derecho– no resulta respetado, en primer

nos lleve a plantearnos nuevos y posibles escenarios que conduzcan seriamente a una política de radical descarceración (RIVERA BEIRAS, 2017); en el que necesariamente, y como de forma reciente y oportuna lo ha hecho FERRAJOLI, al entender la cárcel como una «contradicción institucional» (FERRAJOLI, 2016).

Buscar una solución a este complejo problema humano es nuestro más urgente e inmediato rompecabezas. Es lo único que nos permitirá trascender hacia una civilización más humana: en consecuencia, superior. Trascendencia que sólo es posible si abrimos los muros de la prisión a las diferentes opciones que nos brinda la tecnología. Es decir de ir estrechando el empleo de la opción carcelaria (RIVERA BEIRAS, 2017). Lo que seguramente se logrará con los sistemas de vigilancia electrónica.

Es así, como, a partir de ese esquema o enfoque innovador se escriben las páginas a través de las cuales se abandonan viejas estructuras. En este marco, la vigilancia electrónica representa un camino recorrido, mejor dicho -una rica experiencia penitenciaria-, que permite vislumbrar el papel con el que las nuevas tecnologías colonizaran definitivamente el mundo de las prisiones. O sea, el mundo de la pena de privación de libertad. Y en ese papel, la tecnología hace que trasciendan o se superen las ideas tradicionales hacia escenarios cada vez más revolucionarios, como aquellos que suprimen viejas formas, estructuras, esquemas y patrones de pensamiento, para lograr conquistar a través de la técnica ese mundo tan hostil y hermético, característico de las prisiones.

Intentar subirnos a esas claves hermenéuticas, a través de las cuales se permitirá arribar a una comprensión cada vez más precisa del fenómeno tecnológico-social al que nos enfrentamos desde hace un buen tiempo y, que por consiguiente, necesitamos considerar, como aquel que vino para quedarse en la cultura global, como signo identificativo de nuestro tiempo. En este sentido, es necesario la toma de una «consciencia tecnológica» que aprehenda -como bien lo afirmó ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO cuando escribe el prólogo de *Cibernética, derecho y sociedad*, de VITTORIO FROSINI- «una actitud reflexiva, crítica y responsable ante los nuevos problemas que en las diversas esferas del acontecer social suscita la tecnología, y ante los que el derecho no puede permanecer

lugar, por las instituciones y órganos del Estado, quienes, muy por el contrario, deberían velar por su establecimiento «serio», puede en este sentido consultarse el Capítulo 8 (cfr. pp. 304- 326).

insensible»¹²⁷.

Partiendo de este contexto, es que debemos vislumbrar el papel de las nuevas tecnologías en los modernos sistemas penitenciarios; papel que ha de ser asumido por los juristas de la hora presente, quienes -como oportunamente lo escribe PÉREZ LUÑO- debe ser el de unos hombres comprometidos con su tiempo, a decir de FROSINI, el «*de un intelectual de la edad tecnológica, de un demiurgo de una civilización más racional, esto es, más cercana a la imagen ideal del hombre*»¹²⁸. Ideal que se construye inescindiblemente de la mano de la tecnología.

Racionalizar la cárcel es en el sentido antes descrito: superarla, lograr que se produzca un cambio de paradigma dentro de un mundo que se niega a evolucionar, lo que hace cada vez más necesario e imperante, que se propicie la búsqueda consciente de una solución más inteligente al complejo problema de la prisión. Solución esta que en el más breve tiempo estará influida, determinada o configurada por el uso de las nuevas tecnologías, como único vehículo por medio del cual el hombre siempre ha logrado trascender. De esta forma, son las nuevas tecnologías las que vienen haciendo y harán los grandes cambios en el sistema penitenciario de nuestro tiempo¹²⁹.

No obstante, necesario es reafirmar que escoger el camino de las nuevas tecnologías -que ya lo hemos hecho- en el campo penitenciario hay que digerirlo y asimilarlo con una prudencia especial, es decir, con una cautela reforzada, dado su enorme potencial para empeorar la situación que intenta corregir. Si no delimitamos -hasta el extremo- su campo de acción, se nos puede escapar de las manos, convirtiendo a estas herramientas tecnológicas -inadecuadamente utilizadas- en el medio más apto para generar violaciones

¹²⁷ Cfr. FROSINI, V.: *Cibernética, derecho y sociedad...* op cit., p. 18.

¹²⁸ Vid. FROSINI, V.: *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 270.

¹²⁹ En este sentido, puede consultarse a: KUHN, T.S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 245-246. El autor refiere: «para que un paradigma pueda triunfar deberá ganar algunos primeros adeptos, hombres que lo desarrollen hasta el punto de que puedan producirse y multiplicarse argumentos tenaces. (...) si el paradigma está destinado a ganar la batalla, el número y la fuerza de los argumentos de persuasión en su favor aumentarán. Entonces más científicos se convertirán y continuará la exploración del nuevo paradigma. Gradualmente, el número de experimentos, instrumentos, artículos y libros basados en el paradigma se multiplicará... hasta que, finalmente, sólo existan unos cuantos que continúen oponiéndole resistencia. (...) Cuando mucho, puede desear decir que el hombre que sigue oponiendo resistencia después de que se hayan convencido todos los demás miembros de su profesión, deja *ipso facto* de ser un científico».

en serie y, por consiguiente, la más extrema conculcación a los derechos fundamentales de los internos, pervirtiéndose, entonces, la razón para la cual se propició su introducción.

Perversión que ha alcanzado sus niveles máximos en los EE.UU.; país que paradójicamente creó estas tecnologías con la finalidad de descomprimir el grave y serio problema de la masificación carcelaria -esta era, aunque no lo parezca, la intención inicial de su introducción, que en el camino se desvió de su concepción inicial-, empero, que por el contrario, las convirtió - me refiero a la vigilancia electrónica (*electronic monitoring*) en una herramienta que en lugar de limitar la prisión, la legitimó y la amplió exponencialmente, al multiplicar la red del sistema penal-, lo que ha sido llamado acertadamente por la doctrina como el «nuevo holocausto» (CHRISTIE, 1993), o el «archipiélago concentracionario» que hace parte de un apolítica belicista (PAVARINI, 2006), en similar sentido, la construcción de las «prisiones ghettos» (WACQUANT, 2008) y aguda aseveración de la configuración de un «Estado carcelario» (MURAKAWA, citado por RIVERA BEIRAS, 2017).

Desviación, que permitió concluir a PAVARINI que «el bello sueño de la ecuación *más alternativas sería igual a menos cárcel* terminó abruptamente y se demostró falaz. Ha llegado el momento de recoger los remos de la barca»¹³⁰. Remos que no fueron utilizados adecuadamente, de suerte que, es imperativo reflexionar sobre los peligros que puede conllevar asumir el control telemático como legitimación de la cárcel, en este sentido, RIVERA BEIRAS, escribe:

En el campo del sistema penal y penitenciario, podemos contemplar ya un horizonte que ha sido definido como un “nuevo holocausto”: La situación a la que se ha llegado en EE.UU. donde varios millones de personas “viven”, de una u otra forma, dentro del sistema penal (ya sea en los corredores de la muerte de las cárceles, o en las penitenciarías públicas y privadas, o en regímenes de semilibertad controlados con un ejército de operadores o a través de controles telemáticos, o en centros psiquiátricos, etc.), constituye una palmaria consecuencia del peligro apuntado¹³¹.

Es decir, reafirmando y legitimando la existencia de la cárcel, en otras palabras,

¹³⁰ Cfr. PAVARINI, M.: *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*, Quito, Flacso, 2009, p. 142.

¹³¹ Cfr. RIVERA BEIRAS, I.: *Descarcelación... op. cit.*, p. 46.

ampliando como nunca la red de la prisión. Lo que no tiene sentido (RIVERA BEIRAS, 2017). Para lo cual constituye una obligación más que un deber que se logre conservar el equilibrio necesario entre los beneficios que pueden representar el ingreso de las nuevas tecnologías al sistema penitenciario, que puestos en la balanza siempre serán mayores¹³², superiores e incomparables y, los perjuicios y desventajas que puede generar *el mal uso o el uso incorrecto* de estas tecnologías en un campo donde las garantías suelen no manifestarse con la necesaria contundencia, dado el conjunto de derechos que pueden verse amenazados y el nivel de opacidad con el que desde siempre se ha segregado al colectivo penitenciario.

Así pues, sólo se intenta significar que la discusión no se concentra en oponerse a lo que ya es una realidad, sino, el que busquemos la forma más segura para garantizar un uso correcto y suficientemente limitado de la tecnología en el ámbito penitenciario: en síntesis, hacerlas coherentes y conformes con los derechos humanos de los condenados o afectados directamente por aplicación de estas medidas punitivas, especialmente intrusivas. Es decir, nuestro principal reto será evitar que con su introducción, progresión y desarrollo, los sistemas de vigilancia electrónica se utilicen para legitimar la prisión, lo que, por el contrario, colisionaría abiertamente con el propósito que posibilitó su nacimiento: esto es, la necesaria superación del fenómeno carcelario, su radical reducción. O sea, visto desde esta perspectiva, se generaría un efecto contrario, al que realmente se quiso asignar a este tipo de tecnologías en los sistemas penitenciarios modernos, que no es otro que: limitar el uso de la prisión. Es decir, reducirla al mínimo imprescindible.

3.2. TIC y Derecho penitenciario

Las tecnologías de la información y de la comunicación constituyen una herramienta de progreso en el Derecho penitenciario, lo que ha permitido modernizar la cárcel física o tradicional, convirtiéndola en una institución que se acerca o aproxima a su fin. Si bien

¹³² Como lo confirma PARÉS I GALLÉS, cuando escribe: «esta nueva técnica presenta más ventajas en la medida en que permite evitar efectos negativos de la pena privativa de libertad, en la medida en que pueda constituir una respuesta más respetuosa con la libertad individual que la simple privación de libertad y en la medida que su carácter selectivo no se demuestre superior al que ya suelen practicar la mayoría de los sistemas penales, habrá que concluir que la vigilancia electrónica puede constituir una respuesta penal para el futuro» (PARÉS I GALLÉS, 1997: 271).

es cierto, aún no logra superarla, es cuestión de tiempo que este tipo de tecnologías la superen definitivamente. Las TIC han servido para generar nuevos instrumentos de control: pulseras, tobilleras, chip de localización, etiquetas inteligentes, logrando que la pena de privación de libertad avance a un estadio superior, en el que se garantice el control de la ejecución de una pena de privación, fuera de los muros de la prisión, de un modo más efectivo y eficaz.

La revolución tecnológica ha suprimido viejos esquemas que moldeaban las mentalidades con las que se pensaban y aún se sigue pensando la cárcel, como la única institución con la que era posible englobar en su totalidad el castigo o la sanción punitiva hegemónica y dominante.

Esta hegemonía ha sido sistemáticamente reducida, infiltrada y disgregada al punto que la prisión se viene convirtiendo en un instrumento cada vez menos monopolizado, en el sistema, como lo sostienen BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y ZUÑIGA RODRÍGUEZ¹³³. Aunque como acertadamente afirma FERNÁNDEZ GARCÍA, cuando resalta la importancia de la pena y medida privativa de libertad, en el mundo de las sanciones penales, escribe, siguiendo a GARRIDO GUZMÁN, que: «pese a la crisis que atraviesa, hoy por hoy es cualitativa y cuantitativamente la más importante de las penas»¹³⁴. No obstante, esta importancia está siendo relativizada sistemáticamente por el uso de las TIC, en los sistemas penitenciarios más avanzados (Canadá o Suecia).

Las TIC han logrado infiltrar un mundo extremadamente hermético con la fuerza de la gota de agua que constantemente socaba la piedra. Sin embargo, la pulverización de los muros prisionales ha sido aún más vertiginosa. La experiencia penitenciaria en esta área da cuenta de un nivel de penetración lo bastante significativo, como para poder vislumbrar, su rápido ascenso en el campo penitenciario. Ascenso que se debe a las ventajas que se generan con su aplicación, como una medida que fundamentalmente evita

¹³³ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coord.), AA.VV.: *Manual de Derecho Penitenciario*, Madrid, Ed. Colex, 2001, p. 21. Quienes en la presentación de este Manual, escriben: «De las diversas transformaciones sucedidas en los últimos tiempos en el sistema penal, es quizás la correspondiente al sistema de penas la que mayores efectos ha producido en la política criminal moderna. La pena privativa de libertad, que antes se erigía como la pena por excelencia, empieza a ceder en los países más industrializados, como Alemania o Italia, frente a la multa y otras clases de sanciones... Los alcances de estas novedades en el sistema de penas están siendo precisamente valorados por los especialistas».

¹³⁴ Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, J.: *Manual de Derecho Penitenciario*, Salamanca, Universidad de Salamanca, CISE, 2006, p. 21.

la desocialización. Empero que, a su vez, garantiza un nivel de control más riguroso, esto es, que trasmite la suficiente seguridad en el cumplimiento de la sanción penal, que se hace más blanda en razón de la precisión que este tipo de tecnologías brindan al sistema.

Es esa transmisión de información, que hace posible la comunicación -transmisión de datos específicos- la que permite que la especial relación de sujeción entre el condenado y la Administración se traslade de la prisión a la sociedad abierta, es decir, al domicilio del interno, facilitando de esta manera, que el mismo se desenvuelva en un medio menos disgregante y antagónico que el de la cárcel. Logrando a través del empleo adecuado de estas tecnologías un avance que cincuenta años antes, era poco factible proponerse.

Hoy las condiciones culturales, la digitalización de la sociedad, el nivel de la infraestructura informática, la irrupción de las tecnologías de la información y comunicación, el internet de las cosas, en fin la revolución 4.0, y, por consiguiente, las nuevas mentalidades que orbitan nuestro mundo, permiten actualizar la sustantividad de la cárcel como pena; sustantividad que seguramente, sin duda, transformará la ciencia del Derecho penal y penitenciario.

La sociedad digital y de las comunicaciones globales han transformado nuestros estilos de vida y, es muy factible, que estos mismos efectos produzcan cambios muy significativos en nuestras mentalidades, que nos lleve a replantearnos el complejo problema que representa la existencia misma de la cárcel y su necesidad de apartar, segregar o aislar en un espacio físico cerrado, -dentro de los muros de una prisión- para lograr retribuir, incapacitar y disuadir con un castigo proporcional al responsable del daño cometido, a la luz del ordenamiento penal, de ese acto -acción u omisión- que genera la reacción estatal institucionalizada, cuando tales efectos pueden ser alcanzados con las nuevas tecnologías de forma más exacta y eficaz, pero, y esto resulta incomparablemente más revelador: en un ambiente cuyas condiciones permite alcanzar un nivel de sociabilidad mayor que el encierro mismo, es decir: en la sociedad¹³⁵.

Este es uno de los retos que se plantean los penitenciaritas de hoy, lograr amalgamar las TIC y el modo como venimos ejecutando las penas y medidas privativas de libertad.

¹³⁵ Porque es la sociedad el único instrumento que permite la humanización de sus miembros.

Recordemos que el elemento central que regula el Derecho penitenciario es precisamente el ambiente en el que se ejecutan esas penas y medidas privativas de libertad, es decir, la forma en que la misma se cumple en las cárceles.

O sea, el régimen al interior de las cárceles, lo que ya no supondría un obstáculo insuperable dado que la tecnología tomará el espacio físico cuya sustancia se corporiza en el encierro, para lograr extraerlo por medio de la vigilancia y control electrónico a un medio abierto y, lo que es más importante en la sociedad.

3.3. IA y Cárcel electrónica

La Inteligencia Artificial (en lo adelante IA), es un término que fue acuñado por primera vez en el año 1955, por JOHN MCCARTHY, profesor de Stanford, quien lo definía como «la ciencia y la ingeniería de fabricar máquinas inteligentes, en especial máquinas inteligentes de computación»¹³⁶. Partiendo de esta definición, la IA comprende un proceso dirigido a la obtención de un resultado o respuesta, que se construye a partir de un lenguaje algorítmico que toma información de una base de datos, previamente almacenada en un programa informático, lo que permite identificar, procesar, clasificar y generar una respuesta autónoma –quiero decir no humana–, como si se tratara de una mente humana.

Este conjunto de procesos, son llevados a cabo por una máquina-computador, que resulta diseñada con el objeto de concebir una respuesta automatizada que simplifique y agilice la resolución de conflictos: Es decir, de una problemática concreta, a través de un específico lenguaje de símbolos.

De acuerdo a esta concepción, la IA hace parte de la revolución digital que está definiendo los más variados roles de nuestras sociedades modernas, alcanzando niveles cada más amplios y penetrantes en los distintos sectores de la sociedad, –tanto públicos como privados–, vemos como la aplicación de este tipo de tecnologías en la medicina, en

¹³⁶ Cfr. MCCARTHY, J.: «A Proposal for the Dearmouth Summer Reserch Projet on Artificial Intelligence», August 31, 1955, *AI Magazine* 27, 2006, p. 12. Tomado de MUÑOZ RODRÍGUEZ, A.B., «El impacto de la inteligencia artificial en el proceso penal», en Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 36, 2020, pp. 695- 728, consultado en línea: <https://publicaciones.unex.es/index.php/AFD/article/view/489/572>

economía, en el suministro de bienes y servicios, en general. O sea, en los más variados campos del saber humano y, ahora, en el campo de la administración de justicia está revolucionando las concepciones tradicionales de sus estructuras¹³⁷. De las formas en que, a partir de su vertiginosa infiltración, resultan influenciadas cada una de esas instituciones del Estado, que, como organización política pretende de cara al futuro, diseñar las políticas públicas que se encargaran de dar respuesta a los distintos problemas planteados por la incesante irrupción de las nuevas tecnologías.

La innovación de cada una de ellas, dependerá del grado de apertura y del compromiso que se asuma con el objeto de modernizar sus estructuras¹³⁸ y en su conjunto cada una de sus organizaciones, para así, hacerlas compatibles con los cambios que están produciendo en las sociedades de la nueva era de la digitalización. Esto es, de la sociedad digital a la cual pertenecemos¹³⁹. Con lo cual, resulta imprescindible subrayar, la necesidad de ser conscientes de ello, si queremos evitar el natural anquilosamiento de nuestros sistemas de justicia, cuando estos se niegan a sumir una realidad que está redefiniendo un cambio de paradigma en los más modernos sistemas penitenciarios del planeta.

Si bien, no existe un consenso en la doctrina sobre lo que significa este fenómeno de la IA, cuya expresión se utiliza para identificar la capacidad de utilización de un lenguaje algorítmico secuencial que permita alcanzar la resolución de un problema específico y puntual, para el cual, se diseñó la máquina, lo cierto es, que, tal y como lo sostiene NIEVA FENOLL (2018), con la utilización de esta expresión se describe la posibilidad de que las máquinas puedan «pensar» o mejor dicho que imiten el pensamiento humano, mediante un proceso de aprendizaje que se concentra a través de generalizaciones que utilizamos comúnmente para la toma de decisiones habituales¹⁴⁰.

¹³⁷ «La masificación y los reproches de lentitud de la justicia han obligado a pensar en términos de fluidez, eficacia y previsibilidad» (ARMENTA DEU, 2021, p. 26). Solución que aporta la incorporación de las nuevas tecnologías, como una realidad innegable de nuestro tiempo; no obstante, su adecuada adopción sugiere la ponderación de riesgos que han de limitarse jurídicamente.

Sobre los problemas emergentes que resultan de la aplicación de esta tecnología (IA) sistemas predictivos, sesgos y patrones de control, opacidad, infalibilidad, etc., puede verse a ARMENTA DEU, 2021, pp. 299 y ss.

¹³⁸ «Con el principio de siglo la necesidad de modernizar la justicia se percibe como algo acuciante. Dicho objetivo se presenta como una mejor gestión de los medios humanos y materiales para alcanzar la reiterada aceleración-eficacia» (ARMENTA DEU, 2021: 26).

¹³⁹ Asistimos a *una vida digital indiscutible* (BARONA VILAR, 2021: 344).

¹⁴⁰ Vid. NIEVA FENOLL, J.: *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 20 y ss.

En este sentido y, bajo este marco, debemos plantearnos una aproximación de la IA en el ámbito del Derecho penitenciario, con el objeto de proponer una visión compatible con los cambios que se nos avecinan y, que posiblemente, en el más corto plazo, estén cambiando las formas y más variadas actividades que encierra en su conjunto la aplicación de una pena en la nueva era digital. En el que la digitalización de muchas de las actividades que se desarrollan en este campo del conocimiento humano, sean modificadas radicalmente por la incorporación de la IA, es decir, de sistemas inteligentes, que ayuden a descomprimir y hacer más ágil el pesado trabajo penitenciario. Todo apunta a que tales cambios, -los cuales ya se vienen produciendo-, serán paulatinamente asimilados en el más breve plazo.

Es así, que si descomponemos el trabajo penitenciario, el tiempo invertido en función del control y la custodia en las cárceles convencionales, los numerosos recursos humanos invertidos y los elevadísimos costes económicos para dar cumplimiento a dichas labores penitenciarias; actividades estas, que en su gran mayoría, se concentran esencialmente en este ámbito: muchas de las cuales, son en la práctica, mecanizables y rutinarias, es decir, parten de un tratamiento estandarizado, que puede ser traducido a un lenguaje algorítmico en función del cual puede diseñarse en un sistema informático y programático que permita agilizar procesos, hacerlos más precisos, y optimizar los resultados en esta materia.

A este respecto, vemos como se utilizan, en este ámbito, programas predictivos del grado de reincidencia, que si lo hacemos más transparentes y seguros, pueden servir de ayuda y asistencia, en este sentido al trabajo humano, con el fin de promover una mayor efectividad, la adecuada resolución y buena marcha de esta labor.

Con la aplicación de este conjunto de herramientas tecnológicas se permitirá en gran medida modular las nuevas concepciones del tratamiento penitenciario, cuya expresión denota diversos significados -tal como escribe FERNÁNDEZ GARCÍA cuando cita a RIVERA BEIRAS- al distinguir que este vocablo (tratamiento): Primero, sirve para delimitar las distintas actividades que se efectúan en el régimen penitenciario tendentes a alcanzar la resocialización. Segundo, cuando constituye el núcleo o foco argumental de las decisiones que se toman sobre los penados, dentro del marco de la ejecución de la pena. Y, tercero, sirve para designar al personal responsable de ejecutar las actividades rehabilitadoras

(FERNÁNDEZ GARCÍA, 2001: 311).

Algunas de estas tareas pueden hacerlas mejor la IA. En este sentido, si se integra la IA al trabajo penitenciario (tratamiento-seguimiento), los recursos humanos invertidos para supervisar, vigilar, controlar y efectuar el seguimiento del día a día en el ámbito penitenciario, podría ahorrarse hasta un 50 o 70 por ciento del recurso humano empleado, y, en definitiva, de ese tiempo. Y existe la posibilidad de que esos recursos y ese tiempo sea invertido en reeducar, en contribuir a la deshabitación, al trabajo en equipo, en el fomento de la empatía, en fin, en el reforzamiento de las relaciones interpersonales como técnica de complemento al tratamiento exitoso del penitenciarismo moderno, cuyo seguimiento puede efectuarse a través de la vigilancia electrónica, haciendo uso de los sistemas de la IA. Pero, siempre, -claro esta-, con acompañamiento y asistencia humana.

La IA es un proyecto que está relacionado con la construcción de sistemas de información y comunicación, es decir, a través de la transformación de datos (Bits) en elementos de conocimiento representados por un sistema de percepción inteligente (artificial); conocimiento configurado en formas de representación para ser utilizados por un programa con el objeto de establecer la resolución de problemas; adquiere conocimiento mediante la incorporación de sistemas de aprendizaje, instrumentalizando lenguajes, sistemas operativos con acciones lógicas específicas estandarizadas (símbolos, algoritmos, datos, conocimiento), mediante una visión computarizada adecuada para la formación y representación de conocimiento (CUENCA, 1987: 10).

El penitenciarismo puede desarrollarse a las afueras de los muros prisionales, dado su elevado nivel de efectividad, de eficacia y la infinita seguridad que pueden brindar en el cumplimiento de los fines de la pena (resocializar, reinsertar, reeducar, reencausar la conducta desviada), de la mano de las nuevas tecnologías y, en concreto, de la IA. Y, en esta tarea la IA es infinitamente superior a la capacidad del hombre, siempre lo será.

El futuro de los sistemas penitenciarios y, si nos ponemos a pensar en cómo han evolucionado las cárceles, los sistemas penitenciarios en general, podemos ver que se encuentran muy atrasados. Pensemos en cómo han cambiado las comunicaciones, el transporte, el entretenimiento, nuestras relaciones interpersonales, el comercio, la medicina, en fin, la interactividad de nuestra intersubjetividad en general. Un siglo atrás

como eran las comunicaciones, el transporte, el entretenimiento, la medicina, las transacciones y el comercio internacional, -cualquier actividad del ser humano, por compleja que parezca-, todo completamente todo ha cambiado radicalmente. Casi nada se mantiene igual que hace cien años atrás.

Sin embargo, pensemos en como son las cárceles hoy, a las de hace cien años atrás, son exactamente iguales -salvo algunas y contadas transformaciones que en sustancia no cambian la concepción sempiterna de la cárcel como «institución total»-, prácticamente: No han cambiado. Seguimos utilizando el encierro como la principal fórmula de sanción penal, a pesar de que todo ha cambiado, ha evolucionado, se ha transformado radicalmente a nuestro alrededor. Empero, a pesar de todo ello, seguimos encerrando a doscientas, quinientas o a mil quinientas personas en celdas de cemento, -hormigón de dos por dos-, tal y como lo hacíamos hace dos siglos atrás. Seguimos apostando por una eficiente máquina de sufrimiento humano, de tormento, de hacinamiento, en general, de pésimas condiciones de vida en prisión: indignidad y miseria humana. Porque, eso es la cárcel convencional, miseria e indignidad.

Es urgente hacer un ejercicio de ponderación profundamente reflexiva a la aguda denuncia hecha por HULSMAN, que nos lleve a construir caminos diferentes -verdaderamente alternativos a la prisión- al que nos dirigimos ciegamente, si no oponemos una verdadera resistencia y oposición a la masificación carcelaria, como principal política penal de las potencias hegemónicas que diseñan las estrategias del orbe en los sistemas penitenciarios del resto del planeta, que nos apartemos radicalmente de esas posturas; posturas en las que nos hundimos en una contradicción insalvable, que nos lleve a preguntarnos: ¿qué es verdaderamente el encierro dentro de una prisión?

Para que los profanos nos aproximemos a entender lo que realmente significa la cárcel resulta conveniente leer y releer, para luego pensar y repensar lo que el encierro produce en el prisionero y su entorno próximo, conviene en este punto ir a HULSMAN cuando explica con una sórdida elocuencia lo que significa estar en prisión, esto es, vivirla; en un punto que bajo esta perspectiva se dispuso a llamar acertadamente: «UNA VISIÓN DESDE DENTRO». Es en definitiva, un examen del sentimiento que encarna, que vive el prisionero

cuando padece el encierro (HULSMAN/ BERNAT DE CELIS, 1984: 49-51)¹⁴¹.

No podemos olvidarnos de un problema que nos afecta a todos. Cuántos de nosotros no pudiéramos compartir la misma suerte de ese inmenso y olvidado colectivo. ¿Por qué no hemos podido evolucionar? ¿Qué ataduras siguen evitando la transformación y superación definitiva de la cárcel?; Concepción que, hoy por hoy, al parecer, se muestra imparables. La vertiginosa irrupción de las tecnologías en cualquier campo del conocimiento humano es una realidad.

La tecnología lo ha revolucionado todo, como vivimos, como nos relacionamos, como

¹⁴¹ Vid. HULSMAN, L. / BERNAT DE CELIS, J.: *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, Editorial Ariel, 1984, pp. 49- 51. El autor refiere: «Esforcémonos en imaginar e interiorizar lo que es el encierro en la prisión. Se nos ha enseñado a pensar en la prisión desde un punto de vista puramente abstracto. Son puestos en primer lugar el «orden», el «interés general», la «seguridad pública», la «defensa de los valores sociales»... Se nos hace creer -y es sólo una ilusión siniestra- que, para ponernos al abrigo de las «acciones de la delincuencia», es necesario, ¡y suficiente!, meter en la cárcel a algunas decenas de miles de personas. De la gente encerrada en nuestro nombre, se nos habla muy poco... No es poca cosa privar a alguien de su libertad. El solo hecho de estar encerrado, de no poder ir y venir, al aire libre, a donde nos plazca, de no poder encontrar a quien tenemos ganas de encontrar, ¿no es esto, de suyo, un mal extremadamente penoso? El encarcelamiento es esto, desde luego. Pero es también un castigo corporal. Se dice que los castigos corporales han sido abolidos, pero no es verdad. He ahí la prisión, que degrada la incolumidad corporal: la privación del aire, de sol, de luz, de espacio, el confinamiento entre cuatro muros estrechos, el paseo entre rejas, la promiscuidad con compañeros no deseados, en condiciones sanitarias humillantes, el olor, el color de la prisión, las molestias digestivas se suceden entre todos los detenidos; tales sufrimientos físicos implican una lesión corporal que deteriora lentamente. A este primer mal hay que añadir una cadena de otros que alcanzan al detenido, al perder su libertad, en todos los niveles de la vida personal. El que vive de un salario y tenía un empleo, pierde éste de inmediato. Pierde asimismo la posibilidad de conservar su casa y asumir las cargas de su familia. Se encuentra separado de ésta, con todos los problemas morales que tal tipo de separación entraña: su mujer o compañera, expuesta a fuerzas hostiles (tal vez vecinos mal intencionados, o un patrón que le exige que deje su empleo); sus hijos marcados en adelante por el estigma: «Su padre ha estado en la cárcel». Bruscamente desconectado del mundo, el reo experimenta un alejamiento total de lo conocido y amado. El condenado a prisión penetra en un universo alienante en el cual toda relación está falseada, ya que la prisión es mucho más todavía que la privación de la libertad y sus secuelas. No consiste sólo en retirarse del mundo normal de la actividad y del afecto; es también, sobre todo, la entrada en un universo artificial donde todo es negativo. Tal es lo que hace de la prisión un mal social específico: es un *sufrimiento estéril*. Todo sufrimiento no es necesariamente un mal; hay sufrimientos benéficos que hacen progresar en el conocimiento de uno mismo y abren vías nuevas que nos reconcilian y hacen mejores. La prisión es un sufrimiento no creador, carente de sentido. *Este sufrimiento es un contrasentido*. Las ciencias humanas nos dan una idea de la extensión del mal. Comprueban que ningún beneficio puede obtenerse de la prisión, ni para aquel a quien se encierra, ni para su familia, ni para la «sociedad». Las reglas de vida en la prisión hacen prevalecer las relaciones de pasividad-agresividad y de dependencia-dominación, no dejan prácticamente lugar alguno para la iniciativa y el diálogo; dichas reglas alimentan el desprecio de la persona y son infantilizantes. El hecho de que, durante el encierro, los impulsos sexuales sólo puedan expresarse en la forma de los sucedáneos fantasmales, la masturbación o la homosexualidad, acrecienta el aislamiento interior. El omnipresente clima de coerción desvaloriza la estima de uno mismo, hace olvidar la comunicación auténtica con los otros, paraliza la elaboración de actitudes y comportamientos que resulten aceptables para el día de la liberación. En la prisión pierden los hombres su personalidad y su sociabilidad».

trabajamos, como nos educamos, como nos comunicamos, como nos trasladamos, como hacemos grandes y numerosas transacciones, sin importar fronteras, incluso, hasta como nos curamos. Pero, esta revolución tecnológica no ha tenido un impacto significativo en el mundo carcelario. Y tenemos que empezar a plantearnos la evolución de la cárcel tradicional o convencional, la necesidad de la reforma global de la pena privativa de libertad. Esto es: su superación y radical reducción.

Tenemos que empezar a enfocarnos en el futuro, en las nuevas tecnologías, pulseras telemáticas, dispositivos electrónicos de localización y seguimiento, en la IA, la nanotecnología, los microchips, las tarjetas inteligentes, micro injertos, el uso de drones inteligentes de supervisión y seguimiento, en los medios y beneficios que todas ellas pueden proporcionar a este campo del conocimiento humano. Pero casi todos los países insisten -en su gran mayoría- en incrementar el número de cárceles convencionales. Es decir, seguimos en el siglo XXI adoptando los viejos esquemas de pensamiento del siglo XIX, hasta que nos convirtamos en un gran encierro y «las cárceles de la miseria» (Wacquant, 2008) se multipliquen en todo el planeta.

La IA eliminará muchos empleos monótonos, y las cárceles están llenos de ellos. En general la cárcel tradicional es un instrumento monótono, inútil, insoportable, inhumano, tormentoso (FERRAJOLI, 1995). La IA y, en general las nuevas tecnologías siempre nos superaran. Imaginemos cómo serán nuestras penas en diez, quince o veinte años. Lo que necesitamos son destrezas para implementar un uso correcto, limitado y humano de todos estos instrumentos en el campo del control formal del Estado (penas). Dotar de un completo marco de garantías la implementación de estas tecnologías en el campo de las penas, que confirmamos de una adecuada moldura jurídica a la pena tecnológica «*ePena*» que se nos avecina.

La pena necesita ser reiniciada, reinventada, redefinida desde un marco de pensamiento que integre definitivamente las nuevas tecnologías, la IA, la nanotecnología, las TIC, es decir, que asuma la revolución 4.0, en conclusión, ser pensada con el firme propósito de humanizar la pena; aprovechando los beneficios que pueda aportar la técnica -*mayor seguridad, efectividad y eficacia*-. Lo que sin duda generará mejores y mayores resultados. Que la pena haga posible la idea de la reinserción, que pueda cristalizar la

resocialización, porque el pilar central de cualquier sistema penitenciario es el hombre¹⁴². Si no cambiamos, el futuro será desolador¹⁴³. En efecto: limitar el inmenso potencial de estas tecnologías, a través de un vigoroso marco de garantías, para que las mismas no se conviertan en una poderosa herramienta, que aplicada sin controles, socave las libertades fundamentales y, en general, la dignidad humana.

Si la cárcel electrónica permite lograr la resocialización dentro de la sociedad, logrando lo que en más de tres siglos no ha podido lograr la cárcel convencional, es palmariamente innegable que la monitorización telemática representa el futuro de las penas. Será las nuevas tecnologías, y su apertura al cambio lo que determinará el avance hacia una nueva concepción en esta materia. Seguir empeñados en negar lo evidente es desconocer la realidad de nuestro tiempo.

La monitorización telemática es una realidad, presente y aplicada desde hace tres décadas, lo que evidencia que no es un nuevo ensayo. La experiencia de países anglosajones en el campo de la cárcel electrónica es ciertamente la más avanzada. Si la monitorización se aplica correctamente puede ayudar a descomprimir la alta presión carcelaria, posibilitar la reinserción de los reclusos y hacer efectiva la idea de la rehabilitación. No existe mejor ambiente para resocializar y reencausar una conducta desviada que la propia sociedad. El mantenimiento de los vínculos sociales, laborales, familiares y culturales, es esencial para contribuir a la progresiva reeducación del condenado.

El que posibitemos el cambio, en esta dirección, es la mejor reacción de una sociedad

¹⁴² Respecto a la centralidad del hombre y, por tanto, de su valor humano: Vid. GÓMEZ GRILLO, E.: *Diario de Criminología*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, publicaciones, 1977, p. 220. El autor cuando relata el acontecimiento criminológico más importante de esa época, en expresa referencia a la visita del criminólogo francés JEAN PINATEL a Venezuela, escribía: «¿Y qué del valor humano, qué del hombre? “Mi posición -dijo Pinatel- es científico-humanista. La criminología debe ser una fuerza en construcción del hombre. Debe llegar a ser una promoción del hombre. No se olviden nunca del hombre”». En igual sentido, puede verse a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y PÉREZ CEPEDA, A.: «Derechos humanos y Derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones», en *Revista Penal México*, núm. 1, enero-junio de 2011, p. 45, quienes afirman: «La vinculación al Estado de Derecho de todas estas exigencias se deriva de la colocación de la persona como punto central del sistema social que subyace tras el mismo. El hombre, en cuanto necesario, construye la sociedad mediante el denominado pacto social y sobre la base de las menores dejaciones posibles de su libertad, aquellas que aparecen como necesarias para poder mantener la pervivencia de la sociedad pactada, “basta con que el mal de la pena exceda al bien que nace del delito”, afirma Beccaria, “todo lo demás es superfluo y por tanto tiránico”».

¹⁴³ Es tiempo de abrir mentes, romper viejos esquemas, dejar de esperar para actuar. Nuestra realidad no es la misma de la de finales de la década de la setenta. De aquellas épocas donde surgió el pacto constitucional. La sociedad ha cambiado. Por eso, hoy resistir es sucumbir; o, mejor dicho, aguantar y mostrarse conservadores es morir. Es necesario propiciar el cambio de paradigma.

que entiende que el objeto fundamental del derecho penal es el mantenimiento de la armonía y la paz, de la convivencia pacífica, del fomento del orden y la seguridad, en función de establecer un marco axiológico-jurídico que brinde una adecuada protección al régimen de libertades en una sociedad democrática, como fines de la convención social: del «contrato social».

Desde esta perspectiva es necesario que los cimientos de que se sirve la cárcel convencional deben necesariamente superarse, para que de esta manera se produzca efectivamente el cambio que permita la evolución y completa transformación de nuestros esquemas hacia la cárcel electrónica, como «opción costudial» a apostar definitivamente de cara a nuestro más cercano futuro; desde una visión más humana del castigo institucional, sólo así y, -siguiendo a GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS- podremos superar este complejo problema social, en el que: «LA CÁRCEL TELEMÁTICA SÓLO DEBE ESTAR JUSTIFICADA COMO VÍA DE HUMANIZACIÓN»¹⁴⁴.

Para llegar a comprender por qué Noruega tiene la fama de ser el sistema penitenciario más humano del planeta, es necesario tomar muy en serio los cambios -esto es, asumirlos con la suficiente convicción y certeza, que no es más que con la seriedad y la voluntad política necesaria para llevar adelante los mismos- que apunten a humanizar definitivamente el sistema, en una palabra: descomprimirlo.

Es así como puede llegarse a concebir que un sistema de prisiones determinado, como es el caso de Noruega, se haga acreedor del calificativo de «prisión más humana del mundo» (ADAMS, 2010, citado por VILAJOSANA, 2015). Como atinadamente afirma VILAJOSANA: «A veces, el impacto de los cambios depende en buena medida que se tomen en serio. Es decir, que se apliquen hasta sus últimas consecuencias»¹⁴⁵.

Los sistemas penitenciarios del siglo XXI han de adaptarse de la mejor manera a estas

¹⁴⁴ Vid. sobre este punto, la conclusión a la que arriba GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS: «Cárcel electrónica: de la cárcel física...» *op. cit.*, pp. 132-4, en el que justifica la elección de este camino, porque: «Indudablemente supone un avance para la humanidad el hecho de que un recluso pueda recobrar la libertad de deambulación, sin que con ello exista el riesgo de menoscabar la seguridad ciudadana... En un Estado social y democrático de Derecho la vigilancia electrónica sólo puede tener sentido si compatibilizamos estas dos máximas: certeza en el abandono del delito y mayor humanidad en la ejecución de la condena».

¹⁴⁵ Vid. Vilajosana, J.M.: *Las razones de la pena... op. cit.*, p. 96.

realidades, dentro de límites infranqueables que no sobrepasen o puedan superar la dignidad humana.

Que garanticemos dicha transformación, progreso y evolución adoptando un claro esquema jurídico que regule la adopción de estas nuevas tecnologías; regulación que ha de partir desde una ley orgánica, evitándose que su admisión y acogimiento en los ordenamientos jurídicos nacionales, se produzca desde legislaciones reglamentarias, por violar la reserva legal a que se encuentran sometidas estas materias, dado que estas transformaciones legislativas efectuadas por vía de reforma inciden directamente en la columna vertebral del sistema de libertades y los derechos fundamentales.

3.3.1. IA: eficacia y efectividad

Los sistemas inteligentes provenientes de la IA harán mucho más eficaz los distintos retos a los que se enfrentará el Derecho penitenciario y, en particular, la rehabilitación electrónica, fuera de los muros de la prisión, como institución capaz de transformar en la dinámica de la vigilancia electrónica y, en función de lograr de forma más precisa el compatibilizar las respuestas a los complejos problemas del comportamiento atávico que no permite abandonar por completo el delito o la conducta desviada, supervisando –o sea, efectuando un seguimiento más preciso del comportamiento y actividad del sujeto pasivo–, dentro del marco de un programa de tratamiento que elija voluntariamente el condenado, si, logramos construir sistemas expertos que se alimenten, esto es: beban del conocimiento y de la experiencia en este campo, mediante el uso de algoritmos que identifiquen patrones de respuesta en función de la data y perfil del sujeto pasivo.

Es decir de la individualización más precisa del tratamiento, estaremos aportando un avance significativo hacia la construcción de un nuevo sistema automatizado de gestión, en este sentido. Del sentido del progreso, en el marco de la adopción de las innovaciones que nos aporten la técnica. A este respecto, FROSINI, quien acude a MEHL cuando desarrolla las aplicaciones de la cibernética, escribe:

Si bien es cierto que la actitud de Mehl frente a la nueva problemática está en conjunto informada por un espíritu de prudente valoración y de crítica reflexión... también es cierto que Mehl sostiene que la cibernética es una revolución intelectual que «no solamente

libera nuestro espíritu, descargándonos de lo que hay de mecánico en nuestro pensamiento, sino que, de otro lado, nos obliga a reconstruir, con renovado rigor, conceptos y razonamiento; y esto es verdad no sólo para las ciencias exactas y técnicas, sino también para las ciencias sociales y normativas». (...) Se trata de acelerar los procesos de rendimiento de la administración, sobre todo para adecuarlos... al grado alcanzando por la mecanización de la actividad burocrática en las empresas privadas, por la capacidad de previsión y por la eficiencia y funcionalidad de las decisiones en materia de política industrial¹⁴⁶.

Bajo la perspectiva transcrita del pensador francés, FROSINI intenta significar la conveniente necesidad de que se conciba una apertura que desde el campo del derecho adopte los cambios que le vienen marcados por la técnica, con el fin de acelerar el rendimiento a través de la mecanización de la actividad burocrática que ralentiza la toma de decisiones¹⁴⁷.

Consideraciones estas que resultan pertinentes para los distintos mecanismos que se emplean en la actividad penitenciaria: clasificación, tratamiento, rehabilitación, reinserción social, reeducación, seguimiento y asistencia postpenitenciaria.

Actividad que no escapa de estos procesos burocráticos, puedan ser en este sentido mecanizables, es decir, automatizables para buscar acelerar los procesos de rendimiento de la Administración penitenciaria, en la búsqueda de una mayor eficiencia y funcionalidad de las decisiones que se adopten en el marco de sus políticas penitenciarias.

Elementos estos, necesarios para brindar un mejor acompañamiento de la superación de la conducta desviada, en la construcción de perfiles de conocimiento individualizado del sujeto pasivo que requiera un específico programa de reinserción social que se adapte a la singularidad de cada individuo: Es decir, con el objeto de construir un lenguaje algorítmico que permita elaborar una respuesta más ágil y segura, que en definitiva, le permita al condenado reencausar su vida, su actividad laboral y, en compañía de su núcleo

¹⁴⁶ Cfr. FROSINI, V.: *Cibernética... op. cit.*, pp. 81- 83.

¹⁴⁷ Como refiere BARONA VILAR (2021: 346): «Especialmente es sede penal asistimos a una revolución actuacional, relacional y resolutive. La manera de investigar a cambiado: los instrumentos electrónicos han abierto un inmenso océano de predictibilidad, de prevención, de investigación y también de fundamento de la decisión judicial».

familiar.

En este sentido, la IA puede ser un factor que ayude a descomprimir este nudo gordiano. De acuerdo con el fin de la ejecución penal, del que se encuentra impregnada toda la legislación penitenciaria, cuando desde el edificio constitucional se persigue como valor axiológico básico la reinserción social del penado, como por ejemplo: el caso español¹⁴⁸, y el caso venezolano¹⁴⁹. Lo que en este sentido, ha de adquirir absoluta centralidad (FERNÁNDEZ GARCÍA, 2001: 311).

Sobre el papel de la IA y su adecuada aplicación al proceso, BUJOSA VADELL (2020), nos deja -entre otras interesantes reflexiones- una insoslayable «conclusión abierta». A este respecto, escribe:

Estamos en un momento en que nos planteamos dudas, dilemas, necesidades pero también exigencias. No se trata, por tanto, de una situación totalmente nebulosa e indefinida. Aunque está claro que se trata de un objeto de estudio en continua evolución, ya tenemos unos referentes éticos insoslayables, que deberían concretarse más y servir de límites para desarrollos legislativos¹⁵⁰.

De esa manera, el citado autor traza una hoja de ruta que es inescindible perseguir si queremos construir un sistema de justicia que parta y se edifique de la mano de las nuevas tecnologías, los indetenibles avances científicos y, por tanto, de los acelerados y vertiginosos progresos de la IA, en el campo de la Administración de Justicia¹⁵¹; partiendo así, de una base sólida, esto es: su necesaria sujeción al principio ético, mejor representado

¹⁴⁸ Vid. Art. 25.2 CE

¹⁴⁹ Vid. Art. 272 CV

¹⁵⁰ Vid. BUJOSA VADELL, L.: «Inteligencia artificial y proceso», en *Derecho procesal, Nuevas tendencias, XLI Congreso colombiano de derecho procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal-Universidad Libre, 2020, pp. 517- 30.

¹⁵¹ La complejidad de los distintos escenarios que vienen irrumpiendo en el mundo digital requiere un análisis complejo, multidisciplinar y teleológico, que permita limitar jurídicamente ese ecosistema digital. Estamos asistiendo a una verdadera transformación tecnológica de la justicia penal. Agilización de procedimientos; búsqueda de mayor eficacia y eficiencia en la función jurisdiccional; justicia automatizada; reducción de plazos; gestión en red; uso de plataformas digitales; motivación con respaldo algorítmico; determinación de perfiles algorítmicos; análisis inteligentes de base de datos; valoración de riesgos a través de software inteligentes; seguridad, efectividad y certeza en la ejecución de las penas, etc. En definitiva, mejorar considerablemente y por medio de las nuevas tecnologías la calidad y eficiencia de la justicia. No obstante, lo primordial, en esta ecuación será mantener una relación de equilibrio entre la imparable irrupción de las nuevas tecnologías (IA, TIC, IoT) – con los derechos y garantías. Este, sin duda, será uno de nuestros más importante desafíos.

por los valores humanos que condensan nuestra más íntima e intrínseca identidad *-humanitas-*. Es decir, a los esfuerzos consensuados internacionalmente por hacer prevalecer la centralidad del componente humano en el diseño y aplicación de este nuevo paradigma.

3.3.2. IA: expectativas de futuro

La IA y la vertiginosa irrupción de las nuevas tecnologías seguramente ira colonizando espacios en el ámbito penitenciario. Oponerse al desarrollo y evolución que nos proponen las nuevas tecnologías es un sinsentido que, significativamente, y con el paso de los años ira desvaneciéndose. La apertura en este sentido, es una necesidad cada vez más apremiante. Ello cobra mayor influencia si intentamos comprender a la pena tecnológica, como aquella que puede verificarse y comprobarse por la utilización de medios o dispositivos tecnológicos que permitan acreditar de un modo más eficiente, preciso y seguro el cumplimiento de la sanción institucionalizada. Y, en consecuencia, de los fines asignados específicamente a esa tipología de pena.

Es decir, que el seguimiento y control de este tipo de pena requiera la utilización de medios o dispositivos electrónicos para el cabal cumplimiento de la sanción. Los nuevos escenarios que se plantearán serán cada vez más numerosos. Desde la acreditación y localización espacial del sujeto pasivo, por reconocimiento de voz, por reconocimientos biométricos: faciales, huellas digitales, iris, etc. Así como también, se posibilita el control y seguimiento mediante este tipo de tecnologías de actividades que tengan relación con el tratamiento penitenciario, actividades educacionales, culturales y de formación, en general, que conformen el programa de rehabilitación voluntariamente elegido por el penado.

En este sentido, la IA es una herramienta que permite configurar nuevos escenarios para la ayuda que pueda brindarse a los drogodependientes, cuando los sistemas inteligentes sean alimentados con una pluralidad de datos o bancos alimentados de datos extraídos desde la experiencia en el manejo y gestión de esta tipología de penados, necesarios para: a partir de ellos, configurar un sistema inteligente *-software-* que identifique el mecanismo más adecuado para la resolución de un determinado problema; esto es: que puedan ser resueltos mediante respuestas estándar de un conocimiento

alimentado artificialmente –computacional– con la capacidad de ofrecer una respuesta por medio de un programa de atención a este tipo de patologías, como ocurre con la atención sanitaria en general de patologías que están determinando un cambio en relación a las innovaciones tecnológicas que definen los avances de la medicina en general.

Por otra parte, el control y seguimiento que puede efectuarse a los sujetos pasivos que resulten condenados por delitos de tráfico de automotores que aparejan como pena la prohibición de conducir de este tipo de conductas, es decir, la obligatoriedad de cumplir procesos de formación vial, hacer el seguimiento y control de cumplimiento de este tipo de actividades, permitirá desarrollar programas automatizados que agilicen este tipo de respuestas, en las que se brinde la oportunidad de superar satisfactoriamente el conflicto que generó la sanción.

De igual manera, el seguimiento que puede incluirse por medios telemáticos a temas como la reparación del daño causado a la víctima, la restitución o el servicio a la comunidad, son todos escenarios posibles que bien pueden en el corto plazo ser colonizados por las nuevas tecnologías, en el marco de respuestas y resolución de problemas que se susciten en el especial tratamiento tecnológico de tales procesos, a través de software inteligentes, que permitan establecer algorítmicamente: el grado, el modo y el cabal cumplimiento de la reparación.

Los escenarios serán cada vez más variados y, en este contexto, particularmente los sistemas penitenciarios más modernos serán los primeros en plegarse a los que asuman, coherentemente, la vanguardia en este campo. Posibilitar el cambio, asumir con seriedad y convicción este desafío generará de cara al futuro réditos innumerables, que, sin duda, permitirán que nos adelantemos en esta materia, abonando el terreno para transformar definitiva y radicalmente la concepción tradicional, al respecto.

3.3.3. IA: ejecución penal

En el marco de la ejecución penal las distintas herramientas de IA aportarán mayor seguridad en la toma de decisiones, fundamentalmente, con la introducción de aplicaciones inteligentes que asistan al juez a la hora de pronosticar la reincidencia del penado, partiendo del análisis de un conjunto de variables –metadatos del reo– que

permitan diagnosticar con un grado de certeza superior a la mera intuición humana y, por tanto, de acuerdo, a un estudio estadístico sistematizado, lo que, sin duda, le permitirá ir alejándose de decisiones que se tomaban en base a la exclusiva intuición del juez, para ahora, ser planteadas en base a este tipo de tecnologías inteligentes.

De esta manera, la elaboración de algoritmos, será producto de la combinación de variables y heurísticos, que permitirán construir decisiones judiciales con un alto grado de mayor individualización y, que a su vez, busquen una mayor precisión para el caso concreto. Como escribe BARONA VILAR, «la intervención de las estructuras inteligentes puede ser de gran eficiencia para el desarrollo de la ejecución penal»¹⁵².

En efecto: el proceso de individualización científica que lleva a cabo un conjunto de especialistas en base a un estudio particularizado de cada uno de los internos: Junta de Tratamiento y Equipos Técnicos (art. 272 RP español). Quienes se encargan de realizar ese estudio, en base a técnicas de observación y seguimiento del penado, para lograr determinar el tipo criminológico, diagnóstico de la capacidad criminal y de adaptabilidad social, que le permita efectuar una propuesta razonada de tratamiento, con el objeto de elegir el tipo de establecimiento de destino más acorde con las características individuales y el perfil del interno. O sea, el proceso de clasificación de cada interno puede todo integrarse en la configuración de algorítmica de un sistema inteligente que aporte celeridad en la obtención de una respuesta; empero, que sume también precisión en la elección de esa propuesta, puede, sin duda, representar un avance en esa capacidad de respuesta del sistema.

Según BARONA VILAR (2021), «que son funciones que pueden retroalimentarse de datos precedentes, de estadísticas, añadiéndose unas dosis de subjetividad derivadas de elementos subjetivos concurrentes en la persona del condenado, de manera que les permita individualizar estas actuaciones a través de la colaboración maquina. Ello no es óbice al control final por el juez humano, lo que amén de recomendable, permitiría poder cuestionar a través de medios procesales pertinentes, la validez, proporcionalidad o no de las decisiones que se adopten»¹⁵³.

¹⁵² BORONA VILAR, S.: *Algoritmización... op. cit.*, p 676.

¹⁵³ Ibid. p. 678.

En este sentido, los beneficios penitenciarios serán concedidos en base a este tipo análisis inteligentes, que permitan elaborar con mayor exactitud y fidelidad la conveniencia de otorgarlos. Esto es: el cómo, cuándo y por qué otorgarlos. Lo que redundará en una mayor calificación de las motivaciones judiciales. En función del análisis de la personalidad del reo, de la integración de variables que necesariamente tendrán que elaborarse de forma transparente, evitando los sesgos y prejuicios ordinarios de los automatismos, y, de acuerdo, a la sistematización de la evaluación de riesgos¹⁵⁴, en función, de un estudio estadístico particularizado.

Este tipo de programas ya se viene aplicando en Estados Unidos, lo que permite vislumbrar la viabilidad del uso de las herramientas de IA en el ámbito de la justicia penal, concretamente, en el área de la configuración de protocolos de producción de riesgos, con el objeto de establecer la posibilidad de reiteración delictiva de un reo condenado, a partir de una aplicación de IA¹⁵⁵.

Aplicar algoritmos para dictar sentencias, con la asistencia de la máquina complementará la labor judicial, hacia un estadio superior, buscando eficiencia, brevedad y precisión a la hora de tomar decisiones sobre la libertad del condenado. Sin embargo, aún la última palabra la deberá seguir tomando el juez¹⁵⁶, con la ayuda y

¹⁵⁴ Los análisis de peligrosidad de presos condenados y el establecimiento de la reiteración delictiva, han sido desarrollados por estudios psicológicos, más que jurídicos, que evidencian de un modo científico más depurado la conveniencia de otorgar beneficios penitenciarios en función de esta tipología de estudios de la personalidad del reo condenado. Vid. LEAL MEDINA, J.: «El concepto de peligrosidad en el Derecho penal español. Proyección y alcance jurisprudencial. Perspectivas actuales y de futuro», en *Diario La Ley*, núm. 7643, 2 de junio de 2011. También, en sentido similar: GARCÍA RIVAS, N.: «La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad», en *Revista General de Derecho Penal*, 2011, pp. 1 y ss. Cabe apuntar, que estos estudios no son novedosos, y se han producido, fundamentalmente, en materia de delincuencia sexual y de violencia de género, –como escribe NIEVA FENOLL: *op. cit.*, 67–. Vid. GRAÑA, J. L., ANDREU, J. M., y SILVA, T.: «Evaluación de las propiedades psicométricas del LSI-R en una muestra penitenciaria», en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 14, 2014, pp. 7 y ss.

¹⁵⁵ BUJOSA VADELL: *Inteligencia artificial y proceso... op. cit.*, pp. 522 y 523. El autor afirma: «En España desde la reforma de 1994, la Ley Orgánica del Poder Judicial aludía, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, a la posibilidad de utilizar medios técnicos, electrónicos e informáticos para el desarrollo de la actividad y el ejercicio de las funciones judiciales. La verdad es que se tardó mucho en proceder a una digitalización de la administración de la justicia, pero la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, sin duda supuso un gran paso. [...] Y a partir de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, contamos en la legislación procesal penal española con una regulación amplia sobre la utilización de diversos dispositivos electrónicos para la persecución de la delincuencia tradicional, como de las complejidades de la ciberdelincuencia». Avances legislativos que no tardaran en llegar a la legislación penitenciaria española.

¹⁵⁶ Sobre este punto, el Comité de Asuntos Legales del Parlamento Europeo, así lo ha establecido en su informe del 27 de enero de 2017, en el que llama la atención para que se cree un cuerpo jurídico sólido para «garantizar que los robots estén y seguirán al servicio de los seres humanos».

asistencia de las herramientas que le proporciona la IA¹⁵⁷. Es decir, la máquina aún no decidirá sobre la libertad o no del reo, por el contrario, la máquina ayudara a tomar la decisión más acertada al respecto, atendiendo a un conjunto de variables y análisis estadístico, que a la mente humana le tomaría un largo tiempo en asimilar. La herramienta inteligente elaborará un conjunto de propuestas de resolución, atendiendo a los análisis internos de la aplicación, efectuados de acuerdo al estudio de las distintas variables del caso concreto.

Uno de los programas más conocidos, es el icónico COMPAS¹⁵⁸ que es una herramienta de IA que calcula el riesgo de reincidencia de una persona (NIEVA FENOLL, 2018). Se trata de un algoritmo construido por una empresa privada con diversos datos personales del reo, que son tomados mediante la elaboración de un cuestionario estandarizado, que responde el condenado, produciendo un conjunto de metadatos, para que luego, la aplicación los registre y proceda a sistematizarlos, combinarlos y analizarlos, mediante mecanismos poco transparentes, que lo convierten en una auténtica caja negra, que vulnera el derecho a la defensa de quien se ve perjudicado por la toma de una decisión basada e influenciada directamente por el uso de esta aplicación inteligente, lo que ha sido indebidamente justificado por el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, amparándose en la concepción de la propiedad intelectual.

Esta posición jurisprudencial, tal y como lo ha sostenido la doctrina especializada, abre una ventana muy peligrosa que permite prescindir del principio de transparencia y motivación inmanente a este tipo de decisiones que se sobreponen por encima del derecho a la defensa, siguiendo una justificación poco equilibrada y proporcional con

¹⁵⁷ Lo que se busca es que la IA se coloque al servicio de la mente humana -juez-, esto es: un software que brindará asistencia a un juez de carne y hueso. Es decir, no lo sustituye, le ayuda a tomar la mejor decisión en base a un razonamiento lógico artificial, capaz de asimilar, combinar y analizar mayor información que la mente humana. Lo que se corresponde con la incolumidad del principio de que toda persona tiene derecho a ser escuchada por un juez humano.

¹⁵⁸ *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*, un algoritmo utilizado por la justicia penal norteamericana que evalúa perfiles de delincuentes correccionales para la imposición de sanciones alternativas, prediciendo la probabilidad de reincidencia, en función de una escala de riesgo: uno (riesgo bajo) diez (riesgo alto). Cabe destacar que sus decisiones no son vinculantes. Vid. BONET NAVARRO, J.: «Algunas reflexiones sobre la viabilidad de la inteligencia artificial en el proceso penal», *Revista INMEXIUS. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, año IV, núm. 40, Abril 2020. Disponible en línea: <https://www.uv.es/ajv/obraspdf/Algunas%20reflexiones%20sobre%20la%20viabilidad%20de%20la%20Inteligencia%20Artificial%20en%20el%20proceso%20penal.pdf>

principios y garantías procesales de raíz constitucional, que contradice abierta y directamente. Al respecto, NIEVA FENOLL (2018: 68), escribe:

La herramienta está basada en algoritmos contruidos con diversos datos personales del reo, combinados de una forma cuyo real funcionamiento y complejidad son imposibles de analizar porque de momento sus creadores no han accedido a ofrecer tal información, amparándose en la propiedad intelectual. En todo caso, lo que si sabemos de COMPAS es que tiene en cuenta datos variopintos, basándose en las informaciones estadísticas de presos previos¹⁵⁹.

En este sentido, el funcionamiento interno de la aplicación inteligente es el principal escollo del programa, lo que riñe directamente con el derecho a la defensa, que ha de mantenerse incólume si se quiere garantizar un juicio o proceso con las mínimas garantías, de lo contrario, se estará contribuyendo con la opacidad de decisiones judiciales arbitrarias que en lugar de estar precedidas por la más rigurosa transparencia, -esto es, sin duda, un elemento central de toda motivación judicial-; se decanten, por decisiones sesgadas, no escrutables, que sentarían un grave y perjudicial precedente, cuando de decisiones tan sensibles y basales se trate de resolver, como lo es: la libertad de una persona; lo que en definitiva, ha de constituir el nudo gordiano que permitirá que la tecnología se utilice como una herramienta de progreso y evolución y, no, como una herramienta para imponer resoluciones arbitrarias, que la ciencia en lugar de contribuir a transparentar y simplificar, oculta y limita, opacando el proceso interno que la determinó ha inclinarse por una u otra opción resolutivea.

Un buen ejemplo de este tipo de decisiones, lo constituye la emblemática sentencia del Tribunal Supremo de Wisconsin, mejor conocida como *State v. Loomis* —escribe NIEVA FENOLL— que aceptó el uso de COMPAS¹⁶⁰. Lo que de modo bastante similar

¹⁵⁹ *Ibid.* El autor documenta el conjunto de metadatos de que se sirve la aplicación para producir sus resultados, que se desgrana en 137 preguntas, algunas de los cuales -a juicio del catedrático- son ajenas y no deberían ser considerados por la aplicación. Lo que eleva los índices de peligrosidad de ciertos colectivos sobre otros, encontrado, que esta aplicación ha sido calificada de «racista» porque sus decisiones estadísticamente afectan más a un número significativamente mayor de afroamericanos que de personas blancas, véase, *op. cit.*, pp. 68 y 69.

¹⁶⁰ NIEVA FENOLL: *op. cit.*, p. 71. El autor respecto al argumento utilizado por el Tribunal de Wisconsin para justificar el uso de COMPAS; y, por consiguiente, en relación a la consecuencia de asumir este criterio al negar la revisión del referido fallo; en este sentido, escribe: «El Tribunal Supremo de Wisconsin afirmó que siempre que COMPAS sea tenido en cuenta, junto con otras pruebas, como un elemento más de convicción.

utilizó el Tribunal Europeo de Derechos humanos cuando avaló el «estándar Murray», dando de esta manera carta de naturaleza a un elemento polémico y determinante, que bajo esta tesitura se niega a dejar de lado, es decir, sin que le importe la discusión de fondo que comporta acreditar una decisión que se erige a partir de una discutible y controversial premisa¹⁶¹.

En esta misma línea, la herramienta RisCanvi en Cataluña, España, es un instrumento de evaluación de riesgos para la población penitenciaria. Consiste en un algoritmo que calcula el riesgo de reincidencia en delitos violentos, en función de 43 ítems. Esta herramienta tiene como base teórica la psicología cognitivo conductual, configurada para predecir la violencia del penado, con base a un grupo de factores de riesgo, como: aspectos delictivos, historial de violencia, comportamiento penitenciario, aspectos personales o biográficos, sociales, familiares, clínicos y de personalidad. No obstante, el sistema penitenciario catalán cuenta con un algoritmo que puede aplicarse a todos los internos, esto es, una versión más reducida que la anterior (10 ítems), denominada RisCanvi-*S Screening* que resulta aplicada desde la clasificación inicial, con una periodicidad de cada seis meses o en casos especiales como regresión de régimen (ZACKSESKI, 2021, p. 85).

Asimismo, ARMENTA DEU (2021: 292 – 293), nos ilustra, con varios experimentos que se vienen utilizando en el campo de la justicia penal, de entre los cuales, para efectos de la investigación tomaremos dos:

VALCRI («Visual Analytics for Sense- making in Criminal Intelligence analysis») «Software» que ayuda a los investigadores a encontrar datos relacionados e información relevante en distintas bases de datos policiales. Objeto de continuo estudio, entre otros de un proyecto financiado por la UE, su objetivo ha sido desarrollar una nueva generación de sistema de análisis visual del comportamiento criminal, trabajando con policías europeas y abarcando múltiples aplicaciones de IA y casos individuales. En su

Su uso es regular y que, por tanto, no afectaría al derecho a la defensa. [...] Lo inquietante de esta conclusión es que el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos se ha negado a revisarla rechazando una solicitud de *certiorari*, lo que abre, por el momento, de par en par las puertas al uso de COMPAS en los tribunales, como así está sucediendo en estos momentos».

¹⁶¹ STEDH, caso: *Murray v. Reino Unido*, 18731/91, 8 de febrero de 1996, citada por el autor. *Ibidem*, p. 71.

fase final ha sido evaluado por 214 oficiales de la LEA en 50 agencias, 16 países y dos agencias internacionales policiales (Europol y Nato Intelligence Fusión Centre). Utiliza un sistema de ingeniería que combina conceptos avanzados de razonamiento humano y discurso analítico con «machine learning» y base de datos. El resultado es un conocimiento semiautomático que puede facilitar y mejorar la investigación criminal en un ambiente ambiguo y en constante cambio. (...) El número de datos incorporados en expedientes supera los seis millones de ANPR, y entre los objetivos del sistema se tiene en cuenta los problemas éticos, jurídicos y de privacidad (...) Los beneficios potenciales son relevantes, los riesgos también.

Especialmente, sobre programas de IA que examinan el riesgo de reincidencia, refiere la autora:

HART («Harm Assessment Risk Tool»).

Herramienta de evaluación de riesgos diseñado para predecir el riesgo de cometer nuevos delitos que presenta un sospechoso en un periodo de dos años, se asienta sobre un sistema de IA, basándose en datos como existencia o no de abuso de drogas o alcohol, falta de vivienda o problemas de salud mental. El sistema está aprueba en Reino Unido y utiliza lenguaje de programación R8 articulando sus decisiones a través de árboles aleatorios, para efectuar predicciones basadas en resultados de aprendizaje. Conforme al uso de datos 34 categorías diferentes (edad, sexo e historial de delitos de la persona), las conclusiones de HART llevan a categorizar tres tipos de riesgo bajo (verde), moderado (amarillo) o alto (rojo), y solo a los que están en el moderado se les ofrece la oportunidad de incluirlos en un programa de rehabilitación llamado «Checkpoint».

Nuevos experimentos, todos caracterizados por la irrupción de la inteligencia artificial como su principal componente; es decir, el fomento del uso asociado de algoritmos para la evaluación de riesgos, los cuales serán desbordados en el futuro próximo por el constante progreso de los avances científicos en esta materia.

Por otra parte, los programas de rehabilitación pueden verse beneficiados por el uso de este conjunto de herramientas inteligentes, con el objeto de adoptar las medidas más convenientes para el penado, -atendiendo en cada caso concreto-, a un preciso estudio científico-individual de cada beneficiario. De manera que la IA, seguramente, contribuirá a reducir el tiempo, los costes y la eficacia de los programas de

rehabilitación, lo que, sin duda, potenciaría e incrementaría la estrategia de ir disminuyendo la población penitenciaria, al elaborar propuestas más precisas y seguras, en función de la producción de un algoritmo que sistematizaría el análisis del perfil del condenado: pronóstico de riesgos y predicción de reincidencia, con las distintas opciones que le permitan alcanzar una virtual reinserción social. Lo que se traduciría en la propuesta de programas de rehabilitación electrónica con un alto grado de viabilidad para alcanzar los objetivos propuestos.

Por supuesto, debe, inexorablemente, desclasificarse el algoritmo que realice el pronóstico de reincidencia del reo, es decir, revelarse el funcionamiento interno que permite a la aplicación elaborar propuestas de rehabilitación, en función, de garantizar la transparencia y, por consiguiente, el respeto, al derecho a la defensa del reo que voluntariamente se someta al programa de reinserción. En este sentido, es necesario conocer el contenido de sus variables, la forma en que las combina, o sea, los procesos internos que permiten elaborar el cálculo estadístico de reincidencia delictiva. De hecho, la predicción de riesgos y el diagnóstico de peligrosidad, si parte de un sistema experto, este necesariamente debe ser desclasificable y, su contenido, ha de estar al alcance de todos los intervinientes, con mucha más razón para quien resulte afectado por la decisión.

No puede confiarse ciegamente en lo que dicen los algoritmos, en tanto, las respuestas que provean no puedan ser escrutables, lo que, sin ninguna duda, le resta credibilidad y objetividad a la decisión que se funde en un algoritmo indescifrable y, por consiguiente, aún y cuando se permita conocer el funcionamiento interno de los procesos de elaboración del algoritmo, este tipo de herramientas inteligentes no deben ser tomadas -en todos los casos como vinculantes-, lo que obliga a que las decisiones judiciales en que se funden este tipo de aplicaciones, necesariamente deban ser respaldadas por el componente humano. Asimismo, aquellas decisiones que sean asistidas por software inteligentes, deberán en todos los casos ser revisables por los tribunales superiores, con el objeto de garantizar el principio de seguridad jurídica y el derecho a la revisión de este tipo de sentencias.

En definitiva, la opción de revisión de los fallos que se produzcan con la colaboración de

estos software inteligentes, no debe ser objeto de discusión; por el contrario, ha de constituirse en una obligación, si se quiere imprimir una mayor objetividad y seguridad en el sistema¹⁶². De esta manera, los programas informáticos ayudaran a descongestionar y a desburocratizar la toma de decisiones que permitan ejecutar una condena de manera eficaz y eficiente. En este sentido, las plataformas de IA afectarán en gran medida la forma en que se realiza el trabajo jurídico. Lo que ya viene ocurriendo. Es por lo que la toma de conciencia y la preparación para adaptarnos a los cambios que imprimirá la IA en el campo de la ejecución de la pena, será la mejor opción para contribuir a una transición fluida y, que, apunte a la evolución y progreso de los sistemas penitenciarios del futuro.

Al cambio de paradigma¹⁶³ que necesariamente se verificará en el más breve plazo, alcanzando la completa digitalización y automatización de la ejecución de las penas, en la era de las máquinas inteligentes. Un proceso inevitable¹⁶⁴.

En consecuencia, el papel de la IA complementará la adopción y adaptación de medidas más precisas con el cumplimiento efectivo y eficiente de la ejecución de la condena, buscando que su orientación definitiva se corresponda con la exigencia constitucional de la reeducación y la reinserción social. He aquí que: «Si para algo debe servir la inteligencia artificial es para evitar errores humanos, y no para reforzarlos»¹⁶⁵. No obstante, es preciso aquí referirnos a la «Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno», adoptada por la Comisión europea para la eficacia de la justicia (CEPEJ), durante su 31 sesión, en reunión plenaria, aprobada en la ciudad de Estrasburgo, el 3 de diciembre de 2018¹⁶⁶, que recoge cinco de principios básicos que deberán ser tomados en cuenta al momento de permitir el uso de IA en las

¹⁶² Vid. al respecto la Comunicación de la Comisión Europea de 08 de abril de 2019, cuyo encabezamiento se intitula de la siguiente manera: «Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano». Bruselas. COM (2019) 168 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0168>

¹⁶³ Vid. respecto a las revoluciones científicas como factor de cambio de paradigma, véase en extenso: Kuhn, T.S.: *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975.

¹⁶⁴ Respecto a los procesos de digitalización y sus consecuencias, puede consultarse en extenso a SCHWAB, K., *La cuarta revolución industrial*, Barcelona: Debate, 2016. El autor desde la perspectiva sociológica, afirma: «Las innovaciones tecnológicas más importantes están a punto de generar un cambio trascendental en todo el mundo, algo inevitable».

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 74.

¹⁶⁶ Vid. Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno. Consulta en línea, disponible en: <https://campusialab.com.ar/wp-content/uploads/2020/07/Carta-e%CC%81tica-europea-sobre-el-uso-de-la-IA-en-los-sistemas-judiciales-.pdf>

labores jurisdiccionales y tribunalicias.

Tales principios son: i) el principio de respeto a los derechos fundamentales, o, principio de congruencia y coherencia con los valores fundamentales; ii) el principio de no discriminación, que sostiene que se prevenga todo tipo de discriminación en individuos o grupos de individuos; iii) El principio de calidad y seguridad, esto es, que el procesamiento de decisiones judiciales y de datos, han de ser rastreables en fuentes certificadas, con el objeto de propiciar entornos tecnológicos seguros. Asimismo, que el proceso de creación de algoritmos sea efectivamente escrutable y, por tanto, no modificable; iv) principio de transparencia imparcialidad y equidad, a través del cual se permitan auditorías externas de los contenidos que se elaboran a partir de software inteligentes, es decir, que sean auditables; v) principio bajo control del usuario, lo que significa que se brinde al usuario la posibilidad de ser un actor informado, capaz de controlar la elección realizada.

En fin, el avance científico debe respetar los valores fundamentales del ser humano. Garantizar el respeto de los derechos fundamentales, lo que, sin duda, condiciona la incorporación de herramientas de IA en el campo de la administración de justicia penal. De forma que, este conjunto de condicionamientos deberá ser tenidos en cuenta al momento de implementar estas herramientas en el campo de la ejecución de la penal.

El gran desafío será minimizar al máximo los errores, sesgos, prejuicios y posibles omisiones de los programas de IA, con el propósito de garantizar la fiabilidad de sus aplicaciones, mediante el establecimiento de marcos regulatorios que efectivamente garanticen ese nivel de seguridad, en perfecta sintonía con el respeto a los derechos fundamentales.

4. MECANISMOS DE DISUASIÓN EN EL CONTROL TELEMÁTICO: ¿UNA POSIBILIDAD?

Los sistemas de control telemático nacieron como una alternativa a la prisión, con la firme pretensión de instaurar un modelo de gestión conductista en el sistema penitenciario norteamericano. De acuerdo a la idea original que permitió su entrada al campo de las prisiones, -mejor dicho al ámbito penitenciario-, que era poder ejercer un control más riguroso, preciso y pragmático, que en definitiva evitará el ingreso en la prisión, para lograr así, establecer una herramienta tecnológica-terapéutica capaz de ajustar, en otras

palabras, normalizar y corregir comportamientos desviados.

Desde una visión que partía de una amalgama hecha por su creador -Schwitzgebel- a través de la fusión de la psicología y la tecnología, conocida como la «psicotecnología». Es decir, como ya lo vimos en el capítulo primero, su nacimiento obedeció fundamentalmente a la supuesta capacidad de los dispositivos electrónicos de control -en su versión original- de modular patrones de comportamiento desviado, de los prisioneros reincidentes, posibilitando con el uso de estos instrumentos la resocialización telemática del condenado. Quien a través de los estímulos -quiero decir mecanismos de disuasión e intervención presentes en estos dispositivos innovadores- recibidos física y psicológicamente podían cambiar sus patrones de conducta, esto es, corregir el comportamiento que generó la sanción punitiva.

Estos estímulos podían ser infligidos por medios físicos directamente instalados en los dispositivos electrónicos que controlaban los impulsos criminógenos de quienes resultaban monitorizados. No olvidemos como ya lo referimos en el capítulo anterior, que estos mecanismos de monitorización electrónica nacieron para tratar enfermos mentales por un grupo de profesores de biología de Harvard, quienes en principio los utilizaron para controlar a pacientes con desórdenes mentales, vigilándoles su presencia remota -mejor dicho para rastrear estos individuos a largas distancias- y con ello lograr modular ciertas contingencias atribuibles a estas patologías con descargas eléctricas que eran colocadas mediante un cableado implantado en el cerebro de los pacientes, o sea, con el objeto de producir la electroestimulación cerebral. Esto es un sistema de bidireccional, que permitía la interacción terapeuta y vigilado.

Tales artefactos podían monitorear todos los signos físicos y neurológicos de un paciente en un radio de cuatrocientos metros. Técnica que fue mejorada y miniaturizada para optimizar con ello el rango de observación de estos pacientes, lo que permitía extender su capacidad de control de 24 horas (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2005b).

Pues bien, es a partir de estas experimentaciones en el campo de la psiquiatría que se trató de trasladar estas técnicas al tratamiento de los delincuentes que resultaban controlados con este tipo de dispositivos. Como un diseño de control remoto de su comportamiento. Ofreciendo distintas posibilidades de control, una de ellas especialmente reseñada por la

literatura especializada conocida como la «electronic parole», esto es, la creación de un sistema de rehabilitación electrónica para «reincidentes crónicos», que surgía como una alternativa positiva a la que resultaban sometidos, este colectivo, -me refiero a los encarcelamientos a largo plazo que sufrían a causa de sus patrones de reincidencia-, apostándose de esta forma y según esta visión, a ser supervisados mediante un control intensivo y obligatorio en su comunidad (Ibidem).

De un sistema que según su concepción original podía guiar, ordenar y corregir al preso, alejándolo definitivamente del delito, en condiciones de libertad vigilada. Con lo cual se dibujaba un escenario en el que muy posiblemente dejarían de ser necesarias las prisiones, en el futuro. Naciendo de esta manera, un conjunto de posibilidades de disuasión e intervención, que bajo esta perspectiva, aumentaría las garantías de seguridad de las personas y de la propiedad, en la sociedad.

5. ¿ES POSIBLE QUE ESTEMOS A LAS PUERTAS DE LA DESAPARICIÓN DE LA CÁRCEL?

Al contrario de lo que opina la doctrina especializada, la monitorización electrónica o la vigilancia telemática es una apuesta -y tendrá que serlo- por hacer disminuir el radio de acción de la cárcel, como principal sanción penal. Por vertebrar un programa sólido que en palabras RIVERA BEIRAS sería congruente con su propuesta «de descarceración», o sea, por una sólida apuesta por un «garantismo radical» que supere la cárcel como sanción penal hegemónica, en las sociedades de la era de la digitalización total. Y es allí donde ha de apuntarse. La superación de la cárcel ha de ser posible si volcamos nuestros patrones y esquemas de pensamiento más allá del discurso complaciente en el que se esconde la cárcel como la principal y más demandante forma de castigo. Como la única forma posible de sancionar conductas en la era de la revolución tecnológica y las TIC, del internet de las cosas, esto es, de la sociedad digital.

La gran mayoría de tipologías delictivas que nutren la cárcel en sus abultadas y desproporcionadas dimensiones, son delitos de mediana gravedad, principalmente, delitos contra la propiedad, la salud pública y las personas (hurtos, robos, posesión y tenencia de drogas en medianas y pequeñas proporciones, homicidios no dolosos, accidentes de tráfico con pérdidas humanas, o con lesiones graves y de mediana gravedad), que bien pueden ser sancionados de forma diferente, permitiendo con ello, que

una nueva forma pena tecnológica asuma la centralidad y punibilidad de este tipo de conductas desde el Derecho penal.

La adopción de un nuevo, moderno y novedoso catálogo de penas es posible. La realidad apunta a su transformación y evolución. El reemplazo de los barrotes por el ordenador, es decir, de la cárcel tradicional por la cárcel electrónica, representa un hito que marcará el fin de una era para la apertura de otra, más humana, moderna y efectiva. Más eficaz y, lo que es mejor, significativamente, menos traumática. Porque como escribiera Montesquieu, la civilización de una sociedad se mide por la suavidad de sus penas.

La era de la tecnología no encarna un viaje pasajero y fugaz hacia la conformación y planteó de nuestras nuevas sociedades digitales, es, por el contrario, la necesaria asimilación de este proceso de avance, progreso y evolución, continua e imparable, en el que se ha inscrito definitivamente la sociedad de hoy, lo que permitirá ascender hacia un estadio superior de nuestra civilización, que ha llegado para quedarse, es decir, para producir un cambio radical de mentalidades; cambio, a partir del cual, es preciso e imprescindible que se produzca con la completa asimilación de un nuevo paradigma, en el que habrá que reconstruir, redefinir y rediseñar, -en otras palabras- reelaborar nuestras formas de pensar las penas y, por consiguiente, nuestra forma de dar respuesta a los complejos problemas sociales que nos aquejan. Y la cárcel tradicional -como una respuesta o reacción también tradicional- es un rompecabezas que está próximo a ser superado por la tecnología. El impacto y penetración de las TIC en el ámbito de la sanción penal es cada vez más significativo. La transformación es cuestión de tiempo.

La monitorización electrónica tiene que ver más con vigilar, que, con castigar, más con afligir un control riguroso que apunte a mantener el grado sociabilidad necesario para permitir la efectiva materialización de la reinserción social del penado. Una apuesta seria por no desocializarle: con el mantenimiento de los vínculos sociales que le permitirán superar efectivamente la desviación de su conducta, desde un espacio no delimitado físicamente (encierro), que, sin ninguna duda, lo predispone para generar patrones de desocialización, como lo enseña la experiencia empírica. Lo que psicológicamente ya representa un beneficio incalculable, para el adecuado tratamiento penitenciario del penado, cuando este asume voluntariamente una libertad vigilada, pero responsable. Compromiso, que de entrada, constituye una ventaja tanto para su beneficiario

(condenado o sujeto pasivo a cumplir una pena tecnológica) como para la sociedad, que interviene directamente en la solución del conflicto, haciendo de ella, una parte fundamental de la solución.

La tele-cárcel o la tele-prisión, no es ciencia ficción, es una realidad. Y me refiero con el uso de estas expresiones, siguiendo GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, a la ilusión que se crea por la aplicación de los sistemas de vigilancia electrónico directamente en el sujeto pasivo, producto de la monitorización de su localización. Si el propósito de la monitorización es comunicar información: de la presencia del penado en espacio y tiempo, haciendo posible una vigilancia electrónica, -seguimiento y control-; este seguimiento se nutre exclusivamente de la información resultante del control custodial del penado. Del control de su comportamiento fuera de la prisión, por medios electrónicos.

La comunicación de esa información -mejor dicho la transferencia de datos electrónicamente- es una exigencia de esta nueva forma de sanción penal, cuyo control de cumplimiento se verificará por medios telemáticos, desde un ordenador. Comunicación que representa su característica esencial y su entidad fundamental (ontológica), para vigilar y monitorizar al sujeto beneficiario de esta tipología de pena. En consecuencia, la información sobre la presencia, el espacio de control y vigilancia, la movilidad del sujeto monitorizado -y del control de su movilidad o libertad ambulatoria-, son el contenido de esa comunicación-información que permite que la vigilancia electrónica sea una herramienta más eficaz, precisa y eficiente que la cárcel tradicional, como castigo institucionalizado. Por tanto, la transferencia de datos que sirven para establecer telemáticamente la presencia y localización precisa del sujeto pasivo, representa, sin duda, un avance copernicano que permitirá, sin duda, superar la cárcel física o tradicional.

Aunque parezca inofensiva la monitorización es más poderosa que la prisión física, si evaluamos su grado de eficacia para efectuar un control riguroso de la conducta del sujeto monitorizado, en función de los efectos que produce en la mente del sujeto pasivo, lo que hará quizás, que nos inclinemos por esta nueva e innovadora tipología de la pena, lo que, sin duda, representará un avance para nuestra civilización, sólo si la asunción de esta tipología resulta especialmente limitada por un férreo y riguroso control de garantías.

Inclusive, su grado de vulneración de la dignidad humana, de la intimidad e igualdad del sujeto monitorizado como valores axiológicos más íntimos del hombre (derechos fundamentales del recluso, que no pierde por su especial condición), los que pudieran resultar, del uso no limitado de este tipo de mecanismos, con un grado de mayor afectación –si como se advierte– no se restringe mediante un adecuado marco de garantías más sólidas el uso de estas tecnologías, lo que a su vez limitará o encapsulará los fantasmas de los totalitarismos, y de los controles orwellianos que pueden fácilmente nutrirse de este tipo de controles formales, en las sociedades modernas¹⁶⁷.

Mecanismos que multiplican su poder y radio de acción con el uso de dispositivos electrónicos. La literatura que nos muestra ejemplos bastante materializables, los cuales sin duda ya hacen parte de nuestras sociedades tecnológicas, en este sentido, debemos plantearnos con absoluta seriedad y cautela tales escenarios para que no se convierta la respuesta en parte del problema que se intenta resolver. Es decir, que una respuesta que nació para frenar el crecimiento exponencial de la cárcel, se utilice para multiplicarla. O, para que no se traduzca la supuesta solución en la herramienta más ignominiosa del control totalitario. Lo que representará de cara al futuro nuestro más cercano y complejo desafío.

La creación de distintas tipologías de la monitorización electrónica, el uso de dispositivos tecnológicos, las interfaces, las plataformas digitales y los medios de comunicación electrónica, el uso de tarjetas inteligentes, el control biométrico, la vigilancia virtual, todos ellos, posibilitan este cambio. La tecnología gradualmente ira reemplazando la cárcel tradicional, su potencial controlador es, sin duda, mucho mayor, incomparable más preciso y, fundamentalmente, menos costoso: en términos económicos y humanos.

Ningún país que ha implementado la vigilancia electrónica como mecanismo sancionador de su ordenamiento penal y de su ejecución penitenciaria, ha prescindido de ella. Por el

¹⁶⁷ Peligros que han sido advertidos y, para los cuales puede consultarse, de manera profética la literatura anti-utópica: ZAMIATIN, Y.: *Nosotros*, (trad. del ruso de Margarita Estapé), Barcelona, 1991; HUXLEY, A.L.: *Un mundo feliz*, Barcelona, 1993; ORWELL, G.: *1984*, Barcelona, 1983, de entre todos el más incisivo y conocido profeta de los peligros del control institucionalizado: la telepantalla que vigilaba constante e incesantemente a Winston, el personaje central de Orwell, en el que se idealizó la imagen del Big Brother, muy acorde con las tecnologías del control y de la vigilancia electrónica «el Gran Hermano te está observando»; BRADBURY, R.: *Fahrenheit 451*, Barcelona, Minotauro, 2020; BURGESS, A.: *La naranja mecánica*, Barcelona, Editorial Minotauro, 2003.

contrario, se apuesta por una implementación cada vez más rigurosa, segura y confiable, por los resultados positivos que produce su implementación y, puesta en práctica, -claro está apartándose radicalmente de la experiencia norteamericana-; país en el que paradójicamente se creó la vigilancia electrónica como castigo institucionalizado.

La humanidad se dirige hacia el progreso¹⁶⁸ y la innovación, y, la tecnología es la forma más ágil y segura para hacerlo. La única herramienta para logra alcanzarlo, que -no es retórica ni utopía-, sino nuestra más cercana y patente realidad. La era digital, una versión a escala que usa información del comportamiento humano como superficie, que convierte al hombre en capital digital, que permite poder aislarlo sin siquiera salir de su domicilio, o controlar su movilidad, garantizando su no desocialización, representa una forma más inteligente de conseguir gradualmente los fines de la pena, en definitiva, su reeducación y reinserción social, dentro y con la sociedad, no fuera de ella, ni a pesar de ella.

En algún punto, los inmensos recursos económicos y humanos que inútilmente sostienen la macroestructura carcelaria, sus altísimos costos comenzaran a agotarse. O, simplemente, su crecimiento comenzará a descender. Es decir, su ritmo de crecimiento comenzará a disminuir, mostrando la imposibilidad de poder sostener los niveles de crecimiento actual, con lo cual, se transformarán las cárceles tradicionales adoptando nuevas e innovadoras tipologías custodiales, -claro está- fuera de la prisión. Convirtiendo así, la cárcel electrónica en la principal sanción penal. La cárcel tradicional, al igual que lo fueron los castigos corporales, será una pena del pasado. Téllez (1999: 324), al respecto, vaticina: «La prisión no es natural al hombre y, al igual que hubo momentos en los que no existió, obviamente, esta realidad desaparecerá».

Ya en el año 2008, el estudio de Torres Rosell y otros, citado por Arenas García (2018: 17), en relación con la vigilancia electrónica en España, determinó con una muestra de 86

¹⁶⁸ Vid. Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, (trad. de Rafael de Asís Roig), Madrid, Editorial Sistema, 1991, pp. 111 – 112. A este respecto, afirma Bobbio: «El progreso humano no era para Kant necesario. Era solamente posible. El reprochaba a los políticos no tener confianza en la virtud y en la fuerza del impulso moral, y repetir: ‘El mundo ha estado siempre como ha estado hasta ahora.’ Estos, comentaba, con esta actitud, hacen que el objeto de sus previsiones, es decir, la inmovilidad y la monótona repetitividad de la historia, se confirme. De tal modo que relegan a arte los medios que podían asegurar el progreso hacia mejor. Respecto a las grandes aspiraciones de los hombres de buena voluntad estamos ya demasiado retrasados. Busquemos no acrecentarlo con nuestra desconfianza, con nuestra indolencia, con nuestro escepticismo. No tenemos mucho tiempo que perder».

sujetos, que la monitorización es preferida por la mayor parte de los reclusos a pesar de referir ciertas y puntuales desventajas, principalmente, problemas con la visibilidad de los dispositivos y molestias físicas. Lo que evidencia que este tipo de herramientas electrónicas, son preferidas a la cárcel tradicional por la mayoría de los reclusos. Conclusión a la que llega el estudio antes citado, que acredita como la vigilancia electrónica o el control telemático ir reemplazando gradualmente la cárcel convencional.

Los nuevos horizontes de la pena se amplían con el uso de estos dispositivos telemáticos, -de las nuevas tecnologías de control- con lo cual se aflora una posibilidad real de apostar por un tratamiento penitenciario, verdaderamente individualizado, en un ambiente fundamentalmente humanizado, fuera de la institución carcelaria, como “institución totalizadora”, que modela patrones de conducta asociales y marcadamente deshumanizantes, frente a las proposiciones ordinarias de la clínica penitenciaria tradicional. Con lo cual, se posibilita efectivamente su reeducación y reinserción social, esto es: su rehabilitación electrónica.

En el que la voluntariedad del tratamiento juega un papel fundamental, que permitirá que el Estado le brinde al penado la posibilidad real de perseguir una vida sin delitos, en dos platos, su efectiva resocialización. Su vuelta a una libertad responsable, en el que la clave de bóveda se centra en la confianza como factor determinante. En el compromiso del recluso a perseguir una vida sin delitos, y su incorporación a hacerlo participe de su reencauzamiento, como ingrediente esencial para conseguir su efectiva y real resocialización, lo que garantizará la plausibilidad y viabilidad del sistema, -esto es, su vitalidad y alto nivel de potencialidad para lograr producir el cambio de paradigma- para conseguir los objetivos planteados, a través de la técnica. A lo mejor, de encontrar definitivamente la piedra filosofal que garantice su rehabilitación, en términos menos incongruentes con la realidad que le define.

Si queremos humanizar la pena, debemos flexibilizar su materialización, sin que ello simbolice abandonar el carácter aflictivo, que sí que tienen el uso de estos dispositivos de control. Las pulseras o tobilleras electrónicas, los sistemas de reconocimiento de voz, y las diferentes técnicas biométricas que irán surgiendo para garantizar un mejor y más riguroso control. Como los sistemas de reconocimiento facial, la huella digital, o el reconocimiento del iris del ojo de un individuo, harán del uso de estas tecnologías, la más

demandante tipología del control institucionalizado de la sanción penal. Lo que permitirá individualizar con más precisión y seguridad el tratamiento, a niveles que sólo la técnica es capaz de materializar, superando en definitiva a la cárcel tradicional.

Por lo tanto, y basados en la experiencia empírica de estas últimas tres décadas, identificadas con los avances científicos y tecnológicos, es muy posible, que estemos a las puertas de la desaparición de las cárceles. Que nos sumemos, con las debidas garantías, a la ola de la revolución digital y tecnológica, es cuestión de tiempo, porque la asimilación de esa revolución es la causa principal de la transformación y evolución de las sociedades modernas de nuestro siglo. Lo que no significa castigar menos, sino mejor.

6. NUEVOS ESCENARIOS

La tecnología terminará por influenciar definitivamente las técnicas y más variadas estrategias penitenciarias. Los avances e innovaciones tecnológicas en el campo del Derecho penitenciario serán cada vez mayores. La experiencia de tres décadas de los sistemas de control y vigilancia electrónica, acredita con suficiente claridad, que tales dispositivos tendrán una influencia mayor. Esta será una tendencia indetenible, en las próximas décadas. Los sistemas de control biométrico: reconocimiento facial, reconocimiento del iris, reconocimiento de la retina, reconocimiento de voz, reconocimiento de la geometría de la mano, estructura corporal en general (peso, tamaño, morfología, etc.) y demás, datos de la persona, irán facilitando la identificación y localización de los sujetos pasivos que resulten vigilados electrónicamente, por este tipo de mecanismos telemáticos.

A través de la transmisión de datos biométricos que una vez analizados telemáticamente identificaran con un grado de certeza perfecto a la persona monitorizada, manteniéndole con el uso de estos dispositivos electrónicos, constantemente, localizado en espacio y tiempo. Estos datos biométricos son almacenados en un banco de datos y, comprenden un conjunto de señas o rasgos específicos e individuales de cada persona que permiten identificar a una persona monitorizada, repito, con absoluta certeza; a través, del análisis automatizado e inteligente de ese conjunto de informaciones recabadas de las características biológicas, fisiológicas, morfológicas, o anatómicas, del sujeto pasivo.

Con el advenimiento de estas nuevas tecnologías de control y vigilancia telemática, las

penas tradicionales, irán sistemáticamente desapareciendo. Y en este sentido, la cárcel o prisión tradicional, será un -castigo rudimentario y obsoleto-, que como los suplicios, anteriores a la prisión, pasaran a ser historia. En los sistemas penitenciarios más avanzados del planeta -fundamentalmente los nórdicos- ya comienza a experimentarse con estas nuevas y revolucionarias técnicas de control, incluso, implementando cada vez más innovaciones con técnicas más invasivas, como los micro injertos de chips o etiquetas inteligentes que permiten identificar y localizar a la persona monitorizada, tal y como lo refiere la literatura especializada.

Los nuevos escenarios que se avizoran en este campo, son muy variados, dada la maleabilidad de las nuevas tecnologías para adaptarse a las exigencias que se plantean para mantener identificados y localizables a los sujetos monitorizados. Con lo que se haría totalmente inútil su reclusión en un centro cerrado. La microelectrónica ofrece un sin fin de posibilidades en este sentido. Cabe aquí, citar a GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, (2005b: 46- 47), quien sobre este punto, escribe:

En la actualidad estos sistemas se utilizan para variados propósitos: [...] restricción de la libertad deambulatoria y de vigilancia. La proximidad de la persona a determinados objetivos (personas, domicilios, guarderías, establecimientos...) puede ser controlada si esa gente también lleva los dispositivos del GPS. [...] Otra posibilidad técnica es -como refiere Renart García- la aplicación de un alcoholímetro unido al receptor que comunica la tasa de alcohol en sangre (sistema experimentado según el autor con éxito en Suecia). [...] Un dispositivo aún más sofisticado incluye una video cámara de video miniaturizada que permite a funcionarios observar la localización y las actividades del portador, mientras que existen dispositivos pueden medir características bioquímicas tales como el nivel de sangre-alcohol del portador. Podemos afirmar que el futuro de la microelectrónica aparece como un horizonte sin barreras. Actualmente se tiende a fabricar microchips pequeños y ligeros, que ubicados en cualquier objeto cotidiano (ropa, pulsera, pendientes, etc.) o en el propio cuerpo (mediante microinjerto) son capaces de comunicar todo tipo de datos mediante radio frecuencia, por el sistema GPS, o a través del cable electrónico u óptico. Muchas de estas aplicaciones entran en conflicto con la dignidad humana y no deberán ser objeto de aplicación en nuestro Ordenamiento jurídico basado en el respeto a los derechos humanos.

De esta manera y según las apreciaciones antes trascritas las posibilidades de ampliación

en el control y vigilancia telemática no posee barreras claras que permitan establecer con certeza un límite de hasta dónde puede experimentarse con este tipo de tecnologías de la información y la comunicación. Sin embargo, tal y como lo refiere el autor citado, ha de existir una barrera infranqueable en este campo, y está determinada, por el respeto irrestricto a los derechos a humanos de quienes resulten monitorizados.

No obstante, la permeabilidad de los sistemas de vigilancia, harán que se replanteen y reelaboren los marcos jurídicos existentes¹⁶⁹, con el objeto de lograr una adaptación más flexible que permita la coherencia del uso de estas nuevas técnicas de control telemático con visiones cada vez más accesibles de la dignidad humana, de la intimidad y de la privacidad de las personas. Es decir, los marcos jurídicos se adaptaran a las nuevas realidades que impone la penetración tecnológica¹⁷⁰. Lo que viene ocurriendo en los sistemas penitenciarios más avanzados que se apartan de las visiones tradicionales con las que se han construido estas nuevas realidades¹⁷¹.

De acuerdo a este criterio, se busca compatibilizar el Ordenamiento jurídico a las nuevas contextos que presupone el ingreso de los modernos sistemas de vigilancia electrónica, en función de dos supuestos: i) flexibilizando su interpretación, es decir, priorizando una lectura menos rigurosa de los principios que colisionan con el ingreso de estas innovaciones tecnológicas; o, en caso contrario, ii) reelaborando por completo los parámetros jurídicos existentes para hacerlos compatibles con los modernos sistemas de vigilancia telemática, todo ello, con el objeto de poder incursionar en escenarios cada vez más innovadores; lo que en definitiva, hace que la ciencia jurídica progrese y avance hacia

¹⁶⁹ Lo que resulta confirmado por BOBBIO, quien destaca acudiendo a PONTARA cuando desarrolla «¿Existen derechos fundamentales? Conversación con Giuliano Pontara» que sobre este punto, escribe: «algunos derechos fundamentales en épocas sucesivas dependen de la evolución de la conciencia ética que procede al descubrimiento de nuevas verdades morales». Cfr. BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos...* op. cit., p. 93. Es decir, estas nuevas verdades morales irán modificando nuestras visiones tradicionales de los derechos fundamentales en el futuro. Lo que ya viene ocurriendo.

¹⁷⁰ En este sentido, tal y como lo apunta NIEVA FENOLL, J.: *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 133. El autor, escribe: «...las leyes no son siempre lo que deseo el legislador, sino que en no pocas ocasiones su contenido se ve alterado con el tiempo, a veces en un muy breve lapso temporal. Se estudia en teoría del derecho que esas alteraciones son naturales y que responden a circunstancias sociológicas sobre todo, y que en verdad son necesarias para el ordenamiento jurídico sea un organismo realmente vivo, lo que es esencial para la evolución de la sociedad...».

¹⁷¹ «Cada vez más se hace necesario configurar una serie de principios éticos y jurídicos que permitan garantizar los derechos y las libertades también en el mundo etéreo, pero cada vez más sólido, que se vive en el espacio digital. Los hasta el momento muros legislativos nacionales o interregionales ya no responden a las necesidades jurídicas que se van creando en esta sociedad disruptiva digital en la que nos hallamos» (BARONA VILAR, 2021: 345).

estadios superiores.

Con fundamento en este propósito, confirma PARÉS I GALLÉS, y escribe: «Sin duda, la incorporación de la nueva tecnología electrónica e informática a la ejecución penal es una de las principales características del nuevo sistema»¹⁷². Es así como BOBBIO afirma sobre la evolución de los «Derechos del hombre y la sociedad» que,

la esfera de los derechos de libertad se ha ido modificando y extendiendo por efecto de las innovaciones técnicas en el campo de la transmisión y difusión de las ideas y de las imágenes, y en relación al posible abuso que de ellas se puede hacer y que era inconcebible cuando el mismo uso no era posible o técnicamente difícil¹⁷³.

Estos nuevos marcos jurídicos serán reelaborados y rediseñados a partir de novedosas concepciones, que, por consiguiente, tenderán a asimilar los modernos sistemas de control electrónico, desde una visión que necesariamente deberá circunscribirse a una perspectiva significativamente ética, es decir, preservando -claro está, y en gran medida el núcleo duro de los derechos humanos-, los cuales jamás deberán ser obviados, olvidados, ni mucho menos, menospreciados.

Si, en este sentido, no somos lo suficientemente conscientes del enorme poder que presupone su empleo desmedido, poco cauteloso, esto es, ilimitado o exagerado, de estas nuevas herramientas de control; lo que, en definitiva, podría propiciar el progreso de un ejercicio arbitrario de poder, que en manos del Estado, se traduciría en la más oscura implementación del tan rechazado control “orwelliano” a que hace referencia la doctrina¹⁷⁴; garantizando de esta forma, el más demoledor instrumento para soslayar masivamente las libertades fundamentales de quienes resulten sometidos a estos dispositivos de control electrónico.

Con el objeto de evitar esta perversión, será deseable mantener la prudencia y la ponderación en este sentido, lo que sin duda, constituye un valor agregado que

¹⁷² *Ibi. Op cit.*, p. 261.

¹⁷³ *Ibi. Op. cit.*, p. 122.

¹⁷⁴ De acuerdo a esta sustancial advertencia, OTERO GONZÁLEZ, P.: *Control telemático de penados... op. cit.*, p. 13. La autora escribe respecto de este punto: «para no caer en la tentación ‘orwelliana’ de abusar de estos dispositivos extendiéndolos a otros campos innecesarios, es preciso y urgente un desarrollo legal».

determinará con suficiente rotundidad que no se nos escape de nuestras manos, lo que aceptado sin esa especial cautela, -o sea, desconociendo que con la aplicación inadecuada de estas modernas herramientas tecnológicas-, se perviertan así, por falta de esa necesaria sensateces y cordura¹⁷⁵, en el mejor aliado para imponer un control totalitario. Recordemos que su nacimiento obedeció a la necesidad de humanizar la pena de prisión¹⁷⁶, de manera que, todo uso de este conjunto de herramientas tecnológicas distinto a humanizar la pena, ha de ser suprimido para evitar su efecto contrario, esto es, su deshumanización.

En este sentido, el futuro de los sistemas telemáticos de control, en el ámbito del sistema penal y penitenciario tendrá justificación si su aplicación obedece necesariamente al fin humanizador de las penas; de lo contrario, no existirá justificación permisible alguna para implementar la vigilancia electrónica como control institucionalizado, si, a través de estos, se vulneran los derechos fundamentales de quienes resulten monitorizados. Con ello, se pretende significar la importancia y significación ética -es decir, la especial trascendencia de los derechos humanos-, en la aplicación de estos sistemas electrónicos de control.

Es a partir de este contexto, en que se ha de construir las bases y la justificación de la elección de un sistema de vigilancia electrónico que priorice la razón humana, por sobre cualquier otra consideración, en la que se afiance la construcción de una opción éticamente viable; porque, de lo contrario, nos aproximaremos a un punto crítico de muy difícil retorno, en el que, «el problema de valor que se nos plantea hoy a cada uno de nosotros, a poco que queramos enfrentarnos, con conciencia plena, ante nuestros destinos vivientes, es decir, ante nuestras responsabilidades con respecto a la ‘evolución’»¹⁷⁷, de manera que, quienes dirigen el timón deberán decidir cuál es la mejor ruta a seguir, si queremos avanzar a la completa superación de la cárcel, o, si por el contrario, seguiremos

¹⁷⁵ Cabe en este sentido recordar la oportuna advertencia hecha por NIEVA FENOLL, cuando subraya la necesidad de distanciarnos, -en cierto sentido-, de la «burbuja de la fascinación por lo moderno, que no es más que el uso de la falacia *ad novitatem*» (*Op. cit.*, p. 138). Pertinente para significar en este caso, la especial ponderación y cautela que ha de dispensarse al ingreso, aplicación y avance de estos modernos sistemas de control electrónico en el ámbito penitenciario.

¹⁷⁶ OTERO GONZÁLEZ, P., *op. cit.*, p. 12. Respecto del fin de estas tecnologías, escribe: «en este caso concreto, que ayuda a evitar el desarraigo del interno y a impulsar una mayor participación social. Tal como lo prevé el art. 12 LOGP, y que adopta cautelas para prevenir la posible vulneración de los derechos fundamentales afectados, es, sin duda, menos aflictivo para el penado que el ingreso en prisión».

¹⁷⁷ TEILHARD DE CHARDIN, P.: *El hombre del porvenir...* *op. cit.*, p. 55.

apostando por su perpetuación y multiplicación.

En esta misma línea, puede vislumbrarse, también, la potenciación de los sistemas de vigilancia electrónica, con el uso de drones inteligentes con capacidad de respuesta; en la medida en que, esta tecnología puede garantizar la seguridad de las tareas de seguimiento y vigilancia, de una forma más ágil y precisa, efectuando recorridos más eficientes, que aquellos que dependan de la exclusiva intervención humana para desarrollar las tareas de inspección, seguimiento y control de incidentes, en tiempo real. Lo que supondría dotar a los sistemas de vigilancia telemática de mecanismos que permiten garantizar, -en modo superlativo-, el cumplimiento de la pena o medida restrictiva de la libertad, con la seguridad que supone, acompañar al control electrónico, con la aplicación de drones inteligentes¹⁷⁸.

Las innovaciones en esta materia serán cada vez mayores, con lo cual, se aportará a las unidades de seguimiento telemático de mecanismos -drones o micro drones inteligentes- que permitan la resolución más rápida, ágil y precisa de incidentes; esto es: el traslado de estos dispositivos aéreos y autónomos operados desde la base o unidad de inspección y seguimiento, evitando que un equipo humano se traslade a constatar el motivo o causa que dio origen a tal eventualidad, y que, por tanto, requieran la intervención del equipo encargado de la monitorización o gestión de la vigilancia, cuando en casos puntuales, se necesite inspeccionar cualquier situación irregular, bien, por manipulación, desperfecto, o incluso, por una acción, que en términos de seguridad, suponga una amenaza real o inminente, derivada de un comportamiento o acción del sujeto monitorizado, que ponga en peligro a víctimas potenciales; dotándose a la vigilancia electrónica, de una herramienta que, sin duda, potenciará su aplicación. Esto es, su capacidad de reacción o respuesta ante cualquier incidente.

Es decir, ya no será necesario, que un equipo humano se traslade hasta el domicilio del vigilado o zona donde se presente el incidente o situación de emergencia, si cuenta con

¹⁷⁸ Sobre este tipo de tecnología, escribe BARONA VILAR, S.: *op. cit.*, p. 684, que: «Con drones inteligentes (que automatiza los procesos de inspección con vigilancia en tiempo real, con despegues autónomos y vueltas a la base, elimina la necesidad de disponer de un piloto capacitado para las operaciones, reduce el personal que viaja a áreas remotas, responde por energía solar y tiene posibilidad de efectuar análisis de video inteligente) que permiten realizar funciones de policía o servicios de emergencia, vigilancia de seguridad, inspección de edificios, inspección del lugar de trabajo y patrullas fronterizas».

este tipo de tecnología para inspeccionar en forma remota por medio de estos dispositivos autónomos; si aunado a ello, cuenta con la posibilidad de efectuar imágenes o activar cámaras de video inteligentes, que le permita conocer las dimensiones del problema al cual se enfrenta, para determinar con exactitud la mejor respuesta, disminuyendo asimismo los tiempos de reacción, una vez efectuado el análisis correspondiente, de la data transmitida por medio del dron inteligente.

En este sentido, el factor tiempo que emplea un ser humano para las labores de inspección, resolución de incidencias, patrullajes por la presentación de cualquier eventualidad con el uso o aplicación de los dispositivos de vigilancia electrónica, será mucho menor en relación con el que requiere el traslado del equipo humano, acortándose y mejorándose, por consiguiente, los tiempos de respuesta, y el nivel de esa respuesta. Con lo cual se aportará, mayor precisión ante situaciones que requieran una reacción inmediata.

Ahora bien, y por otra parte, la vigilancia electrónica que en principio justificó su entrada en el ámbito penitenciario, como una forma de evitar el ingreso en prisión, y con ello, la desocialización, también puede ser utilizada para legitimar y perpetuar los muros de la prisión. Y la tecnología, puede en la misma medida perpetuar la idea de la cárcel física o tradicional, es lo que recientemente viene ocurriendo, en los países asiáticos¹⁷⁹ que recurren a la nueva concepción de la *Smart Prison* o Cárcel Inteligente¹⁸⁰. Como escribe BARONA VILAR:

Aparece lo que se ha denominado, por ejemplo, en Hong Kong el *Robotic Monitoring Systems*, una suerte de ciudad correccional inteligente que trabaja con un sistema de cámaras equipadas por reconocimiento facial, con pulseras que

¹⁷⁹ Véase al respecto, Leung, Ch., «Robot warders check on inmates as Hong Kong tests “Smart prison” devices to step up security, surveillance» en *South China Morning Post*, 21 de octubre de 2019, disponible en [\[https://www.scmp.com/news/law-and-crime/article/3033791/robot-warders-check-inmates-hong-kong-test-smart\]](https://www.scmp.com/news/law-and-crime/article/3033791/robot-warders-check-inmates-hong-kong-test-smart) Consultado [27-10-21].

¹⁸⁰ Sobre la *Smart Prisons* es clave el trabajo de BARONA VILAR, S.: *Algoritmización... op. cit.*, pp. 683 y ss., en especial pp. 683 y 684. La autora escribe: «Una segunda cuestión que merece la plantearse en una obra sobre inteligencia artificial aplicada a la Justicia, entendida en sentido amplio, es la permeabilidad de la tecnología inteligente al diseño, gestión y convivencia diaria en los establecimientos penitenciarios en los que se cumple con las condenas privativas de libertad». A continuación afirma que: «La aparición de estos modelos de prisión denominados “inteligentes” permiten un control, una vigilancia, una perfección del sistema, tanto respecto de personas como de espacios, para garantizar el modelo. Y no es ciencia ficción sino realidad. Basta pensar en algunos modelos ya existentes, especialmente en el mundo asiático, que han testado esta modalidad de Smart prison ofreciendo seguridad y vigilancia. El objetivo de una cárcel inteligente es asegurar lo más posible el orden en las instalaciones penitenciarias».

escanean antes de entrar en la habitación, mecanismo que permite verificar las identidades de los reclusos y, sobre todo, controlar su paradero en todo momento. Se busca crear un sistema de ultraseguridad y vigilancia, con televisión de circuito cerrado, que permite detectar comportamientos sospechosos entre reclusos. Son robots patrullas, que vigilan las instalaciones, se mueven sobre seis ruedas y permiten generar desde ellos una conversación remota entre prisioneros y los funcionarios de prisión, siendo el mismo robot el que gestiona la toma de imágenes y el envío de las mismas, de forma instantánea¹⁸¹.

No obstante, esta última opción, si bien pretende erigirse como un nuevo modelo de gestión, más eficiente y seguro, en el que reine el orden y la convivencia pacífica¹⁸², la

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 685.

¹⁸² Vid. “Prisiones inteligentes: cómo la alta tecnología ayuda a preservar el orden en las cárceles de China”. 14 de febrero de 2019. Disponible en [<https://rpp.pe/tecnologia/mas-tecnologia/china-asi-son-las-smart-prisons-las-prisiones-inteligentes-de-hong-kong-noticia-1180927#>] Consultado [27-10-21]. «La seguridad ciudadana es un área en donde la tecnología tiene mucho que aportar. Sin embargo, en China este tipo de implantaciones se da también dentro de las cárceles, y monitorear la actividad de los presos. Las prisiones de Hong Kong han comenzado a probar servicios de alta tecnología para mejorar el rastreo de reclusos y permitir que las autoridades tengan un mayor control de situaciones, de acuerdo con reportes de un diario local. Esta iniciativa de “Smart Prison” incluye pulseras que monitorean la ubicación y la actividad física de los internos, tal como lo haría una pulsera cuantificadora de pasos y ritmo cardíaco. Según el Comisionado de Servicios Correccionales de Hong Kong, Danny Woo Ying-min, estos sistemas se usarán para monitorear el comportamiento anormal de los encarcelados, prevenir daños a sí mismos y administrar las prisiones de manera eficiente». Asimismo, véase “CHINA IMPLEMENTARÁ UNA CÁRCEL INTELIGENTE PARA MONITOREAR MÁS DE CERCA A LOS RECLUSOS”, 27 de febrero de 2019. Disponible en [<http://cea.uanl.mx/china-implementara-una-carcel-inteligente-para-monitorear-mas-de-cerca-a-los-reclusos/>] Consultado [27-10-21]. También: “El control de las cárceles estará en manos de los robots”. Disponible en [<https://ve.tumedico.com/noticia/743/el-control-de-las-carceles-estara-en-manos-de-los-robots/#>] Consultado [27-10-21]. «La prisión más inteligente del mundo, con muñequeras de rastreo y robots detectores de drogas, puede que sólo la hayas visto en alguna película de ciencia ficción. Sin embargo, cada vez nos acercamos más a esa realidad. Y es que actualmente en tres centros penitenciarios en Hong Kong se busca convertir las correccionales en “cárceles inteligentes”. Situado en la zona de Asia Oriental, Hong Kong anunció un plan para utilizar robots, dispositivos portátiles y otro tipo de tecnologías, para mejorar la forma en que se administra a los más de ocho mil internos alojados en sus instituciones correccionales. El Departamento de Servicios Correccionales (CSD) del país asiático anunció su estrategia para desarrollar un “sistema inteligente de prisiones”. El primer paso será probar varias tecnologías a pequeña escala y luego implementarlas ampliamente, con el objetivo de observar si se consigue el impacto deseado». En contraste, Finlandia también incursiona en el modelo de las cárceles inteligentes, pero, con una concepción absolutamente diferente a la del gigante asiático, en el que la prisión se constituya como un entorno de aprendizaje verdaderamente digital, véase al respecto: «Prisión inteligente: Un salto digital histórico en las cárceles finlandesas. Artículo Pia Puolakka. 25 de junio de 2021. Justice Trends». Disponible en [<https://justice-trends.press/es/prision-inteligente-un-salto-digital-historico-en-las-carceles-finlandesas/>] Consultado [27-10-21]. Respecto a los antecedentes del proyecto: « En 2015, la legislación finlandesa permitió a los reclusos obtener acceso digital a los servicios sociales, educativos y sanitarios y hacer videollamadas para ponerse en contacto con sus familiares y amigos. Esta legislación tenía como objetivo garantizar los mismos servicios que todos los demás ciudadanos, de acuerdo con los principios de normalidad e igualdad. Entre 2015 y 2017, la Agencia Finlandesa de Sanciones Penales proporcionó a todas las unidades estaciones de trabajo de uso conjunto con acceso limitado a Internet y Skype. Los reclusos también tuvieron acceso al servidor de Moodle con fines educativos. A pesar de los avances logrados entre 2015 y 2017, los servicios digitales siguieron siendo limitados y aún no brindaban acceso personal ni

idea de eternizar la prisión contraviene el sentido originario con el que naciera los sistemas de vigilancia electrónica, esto es, servir como un verdadero sustituto al encierro, no asegurar, por el contrario, la idea misma de la prisión. Buscar eternizar la prisión, ahora con la ayuda de la tecnología, los avances en materia de IA, del internet de las cosas para transformar hasta el más mínimo detalle¹⁸³, los sistemas de vigilancia telemática intramuros, es, perpetuar un modelo históricamente fracasado. En síntesis, dar la espalda definitivamente a la justificación última por la que naciera la prisión, esto es: humanizar las penas. Es decir, perpetuar la desocialización, en un mundo artificial.

Esta nueva tendencia, no debe ser asumible, si lo que se busca es maximizar la masificación carcelaria, o sea, asegurar la violación sistemática y en serie de quienes bajo estos modelos de *Smart Prisons* son sometidos a escenarios disruptivos capaces de alienar a un sujeto que se ve disminuido con el sólo hecho de ingresar a la prisión, sumándole ahora, y a través de los avances tecnológicos y demás innovaciones producto de la técnica, la violación sistemática de sus derechos humanos, en una institución totalizadora como lo es la prisión. De manera que, la justificación no ha de ser, en modo alguno, legitimar la prisión, esto es: perpetrarla.

Por el contrario, las nuevas tecnologías han de servir para descomprimirla, o mejor dicho, reducirla radicalmente; es decir, minimizar su hegemonía, hacer del viejo recurso a la prisión, el mínimo imprescindible. Renunciar a esta aspiración es sepultar la esperanza

apoyaban plenamente la rehabilitación y reintegración de los reclusos. Por ello, empezamos a buscar una solución que denominamos «concepto de prisión inteligente». El objetivo era crear un concepto que apoyara a los presos en el seguimiento de sus planes de condena y los propósitos estratégicos generales de la Agencia Finlandesa de Sanciones Penales, para reducir la reincidencia y fomentar la reintegración de los presos en la sociedad». Con relación al concepto de prisión inteligente, desde la perspectiva finlandesa, se destaca que: «En 2016, la Agencia Finlandesa de Sanciones Penales puso en marcha un proyecto para construir una nueva prisión para mujeres, que se abriría el 1 de noviembre de 2020. La idea era crear «la mejor prisión del mundo para mujeres delincuentes» y diseñar la prisión de acuerdo con un nuevo concepto de prisión, que incluía el concepto de prisión inteligente: la prisión como un entorno de aprendizaje verdaderamente digital. Se suponía que la nueva prisión de mujeres sería una unidad piloto para probar este tipo de solución inteligente, para ver si podíamos implementarla en todas nuestras unidades y digitalizar toda la cultura carcelaria. El proyecto «Smart Prison» (prisión inteligente) en sí comenzó el 1 de octubre de 2018. La intención era proporcionar a las reclusas dispositivos móviles personales, incluido un sistema inteligente en la nueva prisión de mujeres de Hämeenlinna. Este dispositivo móvil personal fue diseñado para integrar, por ejemplo, servicios digitales sociales, psicológicos, educativos y sanitarios que pudieran utilizarse directamente desde cada celda de la prisión (100 celdas de la prisión). Otro objetivo era desarrollar servicios digitales a escala nacional para delincuentes en todas nuestras unidades, utilizando estaciones de trabajo de uso conjunto y preparando las unidades para los futuros dispositivos personales».

¹⁸³ GARCÍA, J.: “Cárceles inteligentes, el IoT podría transformar hasta el más mínimo detalle”, Telcel Empresas. Disponible en [<https://www.telcel.com/empresas/tendencias/notas/iot-transforma-carceles-inteligentes>] Consultado [27-10-21].

de alcanzar la construcción de un sistema verdaderamente alternativo a la prisión. Como acertadamente subraya BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE¹⁸⁴, cuando escribe que en momentos como el actual, en que las demandas de eficacia pretenden situar en segundo plano las garantías del ciudadano que delinque, conviene recordar las palabras de BOBBIO:

Mejor es una libertad siempre en peligro pero expansiva que una libertad protegida pero incapaz de desarrollarse. Sólo una libertad en peligro es capaz de renovarse. Una libertad incapaz de renovarse se transforma tarde o temprano en una esclavitud¹⁸⁵.

¹⁸⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ PÉREZ CEPEDA, A. «Derechos humanos y Derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones»... *op. cit.*, p. 43.

¹⁸⁵ BOBBIO, N. "Las razones de la tolerancia" en *El tiempo de los derechos*, 1991, p. 254.

7. SINOPSIS

Partiendo de las consideraciones antes expuestas sobre el futuro de los sistemas de vigilancia telemática en el campo de la ejecución penal y de las penas, puede concluirse que:

La vigilancia electrónica es una herramienta de control que busca optimizar los niveles de seguridad y precisión en el control del cumplimiento de una pena privativa de libertad, es decir, de la restricción a la libertad de deambulaci3n o circulaci3n que con ella se logra limitar o restringir, de manera m1s eficiente, segura y eficaz. Erigi3ndose, como una seria alternativa a la prisi3n, si se aplica adecuadamente y con el rigor necesario, esto es, buscando superar el encierro, y en modo alguno, legitimarlo. De manera que partiendo de esta elemental premisa su incorporaci3n y evoluci3n encontrar1 la justificaci3n necesaria para expandirse a nuevos campos de la ejecuci3n penal, si efectivamente se reduce o minimiza el papel de la c1rcel.

Los sistemas de vigilancia electr3nica representan una modalidad de punici3n que centra su atenci3n, fundamentalmente, en su elevada capacidad de control, seguimiento y vigilancia sobre el sujeto pasivo: condenado o imputado. Es decir, que estas tecnolog1as hacen parte de la filosof1a del control como principal pol1tica p1blica para el control formal e institucionalizado de una sanci3n penal m1s civilizada y humana. La 1nica justificaci3n posible, que puede viabilizar el empleo de estas herramientas tecnol3gicas en el sistema penal y penitenciario, ha de hallar su m1s coherente justificaci3n, cuando esta se haga compatible con la dimensi3n 3tica, lo que en definitiva, viabilizar1 su empleo y posterior expansi3n, en el campo de las penas.

Como se ha dicho, la tecnolog1a est1 modelando las realidades m1s cotidianas del ser humano, su nivel de penetraci3n en las pol1ticas p1blicas es cada vez m1s significativo e influyente, la mutaci3n de las sociedades modernas hacia sociedades digitalizadas e informatizadas, esto es, automatizadas, es sin lugar a duda, el cambio m1s revolucionario que nuestra civilizaci3n est1 actualmente transitando.

Pudo comprobarse, que la filosof1a del control es una disposici3n abierta hacia la fiscalizaci3n m1s rigurosa de casi todas nuestras actividades. Es la vigilancia la columna

vertebral de la «cultura del control» (GARLAND). Se nutre de una ideología disciplinante que garantiza un comportamiento «normalizador» (FOUCAULT). Es así como la vigilancia telemática nace como una necesidad de incrementar los niveles de control, o sea, observar con mayor eficacia y precisión el cabal cumplimiento de una pena. Dicho de otro modo, de la necesidad de hacer de la pena un instrumento más eficaz. Esta observación y control, parte de una posición de autoridad, que define un modelo de poder, cuyo foco es el hombre.

En consecuencia, las nuevas tecnologías están llamadas a revolucionar el mundo penitenciario, tal y como lo han venido haciendo con todos los ámbitos de la vida humana, desde mediados del siglo pasado su irrupción y penetración es cada vez más significativa. Las nuevas tecnologías representan el avance de la humanidad hacia estadios superiores de la civilización en general. En este sentido, la prisión se ha visto afectada en sus rígidas estructuras, a pesar de las fuertes posiciones que se niegan a reconocer el cambio. Cambio que conlleva abandonar viejas modulaciones con las que no era plausible a los ojos de los expertos pensar la cárcel. Las mentalidades que prefiguran hoy día ese cambio, se abren a experimentar nuevas experiencias en el campo de la pena con el propósito de diversificar y ampliar el abanico de sanciones posibles, -penas alternativas, que dejen de ser alternativas- para minimizar los amplios y patógenos alcances de la cárcel como institución totalizadora. En el que la sola existencia del encierro es, sin duda, nuestro más serio problema por resolver, dado el escandaloso fracaso que se ha encargado de registrar y documentar la propia historia de la prisión.

Es por ello, que las tecnologías de la información y de la comunicación constituyen una herramienta de progreso en el Derecho penitenciario, lo que ha permitido modernizar la cárcel física o tradicional, convirtiéndola en una institución que se acerca o aproxima a su fin. Si bien es cierto, aún no logra superarla, es cuestión de tiempo que este tipo de tecnologías la superen definitivamente. Las TIC han servido para generar nuevos instrumentos de control: pulseras, tobilleras, chip de localización, etiquetas inteligentes, logrando que la pena de privación de libertad avance a un estadio superior, de un modo más efectivo y eficaz.

Por otra parte, la IA hace parte de la revolución digital que está definiendo los más variados roles de nuestras sociedades modernas, alcanzando niveles cada más amplios y

penetrantes en los distintos sectores de la sociedad, -tanto públicos como privados-, vemos como la aplicación de este tipo de tecnologías en la medicina, en economía, en el suministro de bienes y servicios, en general. O sea, en los más variados campos del saber humano y, ahora, en el campo de la administración de justicia está revolucionando las concepciones tradicionales de sus estructuras. De las formas en que, a partir de su vertiginosa infiltración, resultan influenciadas cada una de esas instituciones del Estado, que, como organización política pretende de cara al futuro, diseñar las políticas públicas que se encargaran de dar respuesta a los distintos problemas planteados por la incesante irrupción de las nuevas tecnologías.

Si ello es cierto, la pena necesita ser reiniciada, reinventada, redefinida desde un marco de pensamiento que integre definitivamente las nuevas tecnologías, la IA, la nanotecnología, las TIC, en conclusión, ser pensada con el firme propósito de humanizar la pena; aprovechando los beneficios que pueda aportar la técnica -mayor seguridad, efectividad y eficacia-. Lo que sin duda generará mejores y mayores resultados. Que la pena haga posible la idea de la reinserción, que pueda cristalizar la resocialización, porque el pilar central de cualquier sistema penitenciario es el hombre. Si no cambiamos, el futuro será desolador.

Desde esta perspectiva, los sistemas penitenciarios del siglo XXI han de adaptarse de la mejor manera a estas realidades, dentro de límites infranqueables que no sobrepasen o puedan superar la dignidad humana. Que garanticemos dicha transformación, progreso y evolución adoptando un claro esquema jurídico que regule la adopción de estas nuevas tecnologías; regulación que ha de partir desde una ley orgánica, evitándose que su admisión y acogimiento en los ordenamientos jurídicos nacionales, se produzca desde legislaciones reglamentarias, por violar la reserva legal a que se encuentran sometidas estas materias, dado que estas transformaciones legislativas efectuadas por vía de reforma inciden directamente en la columna vertebral del sistema de libertades y los derechos fundamentales.

De hecho, la IA y la vertiginosa irrupción de las nuevas tecnologías seguramente ira colonizando espacios en el ámbito penitenciario. Oponerse al desarrollo y evolución que nos proponen las nuevas tecnologías es un sinsentido que, significativamente, y con el paso de los años ira desvaneciéndose. La apertura en este sentido, es una necesidad cada

vez más apremiante. Ello cobra mayor influencia si intentamos comprender a la pena tecnológica, como aquella que puede verificarse y comprobarse por la utilización de medios o dispositivos tecnológicos que permitan acreditar de un modo más eficiente, preciso y seguro el cumplimiento de la sanción institucionalizada. Es por lo que, los escenarios serán cada vez más variados y, en este contexto, particularmente los sistemas penitenciarios más modernos serán los primeros en plegarse a los que asuman, coherentemente, la vanguardia en este campo. Posibilitar el cambio, asumir con seriedad y convicción este desafío generará de cara al futuro réditos innumerables, que, sin duda, permitirán que nos adelantemos en esta materia, abonando el terreno para transformar definitiva y radicalmente la concepción tradicional, al respecto. La cárcel, no puede seguir siendo el eje principal de nuestros sistemas represivos. Con seguridad, la tecnología tendrá la última palabra, en este debate.

Y siendo así, en el marco de la ejecución penal las distintas herramientas de IA aportarán mayor seguridad en la toma de decisiones, fundamentalmente, con la introducción de aplicaciones inteligentes que asistan al juez a la hora de pronosticar la reincidencia del penado, partiendo del análisis de un conjunto de variables -metadatos del reo- que permitan diagnosticar con un grado de certeza superior a la mera intuición humana y, por tanto, de acuerdo, a un estudio estadístico sistematizado, lo que, sin duda, le permitirá ir alejándose de decisiones que se tomaban en base a la exclusiva intuición del juez, para ahora, ser planteadas en base a este tipo de tecnologías inteligentes. De esta manera, la elaboración de algoritmos, será producto de la combinación de variables y heurísticos, que permitirán construir decisiones judiciales con un alto grado de mayor individualización y, que a su vez, busquen una mayor precisión para el caso concreto. El gran desafío será minimizar al máximo los errores, sesgos, prejuicios y posibles omisiones de los programas de IA, con el propósito de garantizar la fiabilidad de sus aplicaciones, mediante el establecimiento de marcos regulatorios que efectivamente garanticen ese nivel de seguridad, en perfecta sintonía con el respeto a los derechos fundamentales.

Es por ello, que la tecnología gradualmente ira reemplazando la idea de la cárcel tradicional, su potencial controlador es, sin duda, mucho mayor, incomparable más preciso y, fundamentalmente, menos costoso: en términos económicos y humanos. Ningún país que ha implementado la vigilancia electrónica como mecanismo sancionador

de su ordenamiento penal y de su ejecución penitenciaria, ha prescindido de ella. Por el contrario, se apuesta por una implementación cada vez más rigurosa, segura y confiable, por los resultados positivos que produce su implementación y, puesta en práctica, -claro está apartándose radicalmente de la experiencia norteamericana-; país en el que, paradójicamente, se creó la vigilancia electrónica como castigo institucionalizado.

Finalmente, la humanidad se dirige hacia el progreso y la innovación, y, la tecnología es la forma más ágil y segura para hacerlo. La única herramienta para logra alcanzarlo, que -no es retórica ni utopía-, sino nuestra más cercana y patente realidad. La era digital, una versión a escala que usa información del comportamiento humano como superficie, que convierte al hombre en capital digital, que permite poder aislarlo sin ni siquiera salir de su domicilio, o controlar su movilidad, garantizando su no desocialización, representa una forma más inteligente de conseguir gradualmente los fines de la pena, en definitiva, su reeducación y reinserción social, dentro y con la sociedad, no fuera de ella, ni a pesar de ella. Como última conclusión, los avances e innovaciones tecnológicas en el campo del Derecho penitenciario serán cada vez mayores. La experiencia de tres décadas de los sistemas de control y vigilancia electrónica, acredita con suficiente claridad, que tales dispositivos tendrán una influencia mayor, en este sentido. Esta será una tendencia indetenible, en las próximas décadas. Los sistemas de control biométrico: reconocimiento facial, reconocimiento del iris, reconocimiento de la retina, reconocimiento de voz, reconocimiento de la geometría de la mano, estructura corporal en general (peso, tamaño, morfología, etc.) y demás, datos de la persona, irán facilitando la identificación y localización de los sujetos pasivos que resulten vigilados electrónicamente, por este tipo de mecanismos telemáticos. La centralidad de la cárcel comienza, sin duda, a resquebrajarse.

**CONTROL TELEMÁTICO Y BIOMÉTRICO
REGULACIÓN: MODELO ESPAÑOL**

5. CONSIDERACIONES PREVIAS

El control telemático es una herramienta que ha sido puesta al servicio de la población penitenciaria española, para apostar por una modalidad tecnológica más idónea con los fines y el sentido de la pena de prisión. Con su aplicación se ha buscado, principalmente, disminuir las congestionadas plazas de los recintos carcelarios y, en segundo lugar, evitar los tan conocidos efectos adversos del encierro, incluso, los producidos en la prisión abierta¹⁸⁶. Además, de brindar la posibilidad real al penado de reinsertarse y reincorporarse en la sociedad, cumpliendo con una aflicción penal más atenuada que evitará que el recluso no pierda sus lazos familiares, sociales, laborales y, en fin, sus vínculos con su comunidad.

Apostando de esta manera, por una penalidad de rostro más humano, claro está, siempre dentro de un marco de garantías, que resultan consolidadas, a través de los dispositivos electrónicos de seguimiento y control. O sea, del poder de las nuevas tecnologías. Asimismo, se ha adoptado un modelo que implica un coste económico menor que la estancia en prisión.

En España, se inicia la aplicación del control telemático, hace 21 años, con la implementación de un programa piloto en abril de 2000, en el Centro de Inserción Social

¹⁸⁶ MARTÍ BARRACHINA, M.: «Prisiones abiertas: la supervisión de la pena de prisión en semilibertad» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21- 07, 2019, p. 2. La autora define las prisiones abiertas desde una perspectiva criminológica como: «aquellas instituciones penitenciarias que cumplen cuatro características: a) tienen las *medidas de control atenuadas* y basan su *intervención en la autoresponsabilidad* de los presos; b) son instituciones *independientes arquitectónicamente*, y a *nivel orgánico y funcional* de la prisión cerrada; c) mantienen rasgos de una *arquitectura penitenciaria*, como la presencia de funcionarios de vigilancia y de controles de seguridad; y d) los presos cumplen condena en un *régimen de semilibertad* que implica que la persona tiene un contacto frecuente con el exterior, de manera que pasa una parte del día en la comunidad -donde lleva a cabo actividades como ir a trabajar o realizar cursos de formación- y otra parte en prisión». Disponible en línea: <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-07.pdf>

Victoria Kent de Madrid (OTERO GONZÁLEZ, 2008; BERMUDO CASTELLANO, 2019; ZACKSESKI, 2021). A pesar de que la figura normativa que posibilitó el ingreso de la vigilancia electrónica, había sido introducida desde el año 1996, lo que evidencia, la gran cautela y especial reserva con la que se afrontó este reto por parte de la Administración Penitenciaria española, demorándose en su implementación un periodo de 4 años, lo que tomó a Instituciones Penitenciarias realizar la primera prueba para poner en movimiento y hacer posible la aplicación de la vigilancia telemática en el caso español.

Este programa piloto arrancó aplicándose a 10 internos clasificados en tercer grado, los cuales fueron minuciosamente seleccionados, con el objeto de garantizar los resultados de este primer ensayo, en el seno de Administración Penitenciaria. Ofreciendo a la sociedad española la experiencia más innovadora y fiable en la historia de su derecho penitenciario, es decir, la puesta en marcha del control telemático, en la ejecución penal. Posteriormente, fue implementado de manera progresiva a partir de noviembre de 2001. Incorporándose la vigilancia electrónica, definitivamente, al ordenamiento español. Experiencia que ha permitido ampliar la utilización de los sistemas de control telemático en otros escenarios de la justicia penal.

En este sentido, realizaremos un recorrido de la aplicación de los sistemas de vigilancia electrónica en España, partiendo por la figura escogida para incorporar esta tecnología, al campo de la ejecución penal, o sea, el tercer grado con control telemático, para luego, desarrollar el régimen jurídico aplicable, punto en el que hemos creído conveniente iniciar con la norma fundamental del ordenamiento español, esto es, su Constitución, como instrumento jurídico superior del que ha de partir toda interpretación¹⁸⁷, en el que se delimita el programa penal y penitenciario (art. 25.2); programa este, que luego desarrolló el legislador español, en la Ley Orgánica General Penitenciaria (LO 1/1979), la cual pasará a ser analizada como siguiente punto, a pesar de que en esta ley no se establezca, ni regule, la posible utilización de medios electrónicos, es la norma base, para conocer la regulación del régimen abierto y, con ello, la regulación del tercer grado, sistema de

¹⁸⁷ La Constitución como norma superior que garantiza el principio de unidad del ordenamiento, según advierte GARCÍA DE ENTERRÍA (2006: 103): «el principio de unidad del ordenamiento, supuesta su estructura jerárquica y la situación superior que en el seno de esa estructura jerárquica corresponde a la Constitución, la que da primacía necesaria a ésta en la integración del ordenamiento entero y, por tanto, en su interpretación, como operación previa a cualquier aplicación del mismo».

clasificación y régimen de vida.

Pasaremos así, al Reglamento Penitenciario de 1996, que es la vía escogida para introducir en España la posibilidad de la vigilancia electrónica, al regular el régimen de vida de los penados clasificados en el tercer grado de tratamiento (Título III, Capítulo III “Régimen Abierto”, art. 86.4). Procediendo, por último y, en relación al régimen jurídico aplicable, a describir y analizar la Instrucción 8/2019, de 23 de abril, «Actualización de la Instrucción sobre la aplicación del art. 86.4 del R.P.», que es la normativa vigente utilizada por la Administración penitenciaria, que en detalle regula el procedimiento de aplicación del tercer grado con control telemático, requisitos de procedencia, supuestos, duración, causas de revocación de la medida, etc.

Ahora bien, una vez conocida su regulación en el ordenamiento jurídico español, nos plantearémos como punto siguiente, desarrollar si el tercer grado con control telemático cumple desde nuestra perspectiva con el principio de legalidad. Lo que permitirá, ponderar, de seguidas, un debate constitucional del tercer grado telemático. Debate que busca confrontar la vía escogida y su regulación específica por vía de instrucciones administrativas, con la garantía de la reserva legal, que ha de prevalecer en materia penal y penitenciaria. A continuación, haremos un breve recorrido de la normativa internacional, esto es: Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas (Reglas Nelson Mandela); Reglas Penitenciarias Europeas y su vinculación con el control telemático.

Tras el análisis de la normativa internacional, desarrollaremos como siguiente punto, la amenaza que supone la aplicación de los sistemas de vigilancia electrónica, concretamente, el control telemático como latente amenaza a los derechos fundamentales: derecho a la intimidad y a la privacidad y; la prohibición de penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, como los principales derechos que pueden verse amenazados con el uso de la monitorización electrónica.

Luego, se desarrollarán las otras modalidades de control telemático en el modelo español, es decir: la pena de localización permanente; los permisos de salida y; los medios de control electrónico en el ámbito de la violencia doméstica y de género. Para cerrar, con un resumen del capítulo.

6. EL TERCER GRADO CON CONTROL TELEMÁTICO

Lo que se consideraba en las últimas décadas del siglo pasado ciencia ficción, –al menos en el caso español–, se ha convertido en una realidad, en efecto, los sistemas de vigilancia electrónica han sido legalmente incorporados al ordenamiento español a través del Reglamento Penitenciario (en lo adelante, RP) de 1996¹⁸⁸; introduciendo esta innovadora posibilidad en el artículo 86.4 de dicho instrumento normativo, como una nueva forma de cumplimiento de régimen abierto o semilibertad, que exime a los penados clasificados en el tercer grado de la obligación de pernotar en el centro de inserción social. Es decir, estableciendo la posibilidad para que esta categoría de penados, puedan sustituir la permanencia durante las ocho horas o su pernocta en dicho establecimiento, por su domicilio; siempre y cuando, se sometan voluntariamente a la monitorización electrónica.

Ahora bien, la norma que permite el control telemático en la normativa española, también contempla la posibilidad de que el seguimiento y monitoreo del penado en tercer grado, se efectúe por «otras medidas de control», diferentes al control telemático del penado, cuando así, lo prefiera este. De manera que, se le permite escoger entre la opción de someterse a la vigilancia electrónica o a la vigilancia física por otros medios, como por ejemplo: controles presenciales, mediante visitas, entrevistas, presentaciones y otras técnicas que permitan hacer el seguimiento y control del cumplimiento de la pena, prescindiendo de instrumentos o dispositivos electrónicos. No obstante y, a efectos, de la presente investigación, nuestro interés es profundizar en la regulación de los sistemas de vigilancia electrónica como una modalidad excepcional del tercer grado.

Lo que, sin duda, constituyó un paso trascendental que ha permitido la irrupción de las nuevas tecnologías en –un campo que permanecía ajeno–, esto es, en el ámbito normativo de la ejecución de la pena, de forma que, en la medida en que se garantice su adecuado desarrollo y progresión en el modelo español y, por tanto, al efectuar este, una conveniente simbiosis entre esos avances tecnológicos y el Derecho penitenciario, se procurará alcanzar con ello, la total transformación de las técnicas tradicionales, con el propósito de lograr efectuar un mejor seguimiento del cumplimiento de esta modalidad de pena de un modo más preciso, eficiente y eficaz. En el que, por medio de la tecnología

¹⁸⁸ Vid. Real Decreto 190/ 1996, de 09 de febrero. Reglamento Penitenciario.

se logre superar una concepción muy desarraigada en las sociedades actuales; consistente, -en ir reduciendo los ámbitos de aplicación de la prisión cerrada-, particularmente, alienante y patógena, por una opción más humana, o sea: la prisión electrónica.

En este sentido, toda apuesta por evitar los efectos devastadores y desocializantes de la prisión, -incluso de la prisión abierta-, representa un significativo avance a un estadio superior de civilización. De manera que, al ampliar la posibilidad efectiva de lograr el principio de resocialización constitucional, como uno de los fines esenciales de la pena privativa de libertad, prescindiendo a su vez del encierro, representa un progreso invaluable, en el sistema penitenciario español.

De hecho, con la introducción del control telemático en el ordenamiento español, a través de la modalidad del tercer grado con monitorización electrónica, se ha abierto una ventana que ha permitido al legislador incursionar en nuevos y cada vez más arriesgados escenarios. Ampliación, que ha acontecido precisamente por los resultados positivos que se han evidenciado de la experiencia en su aplicación; a pesar, de la muy reducida y tímida experiencia del control telemático en su sistema penitenciario. Esta particular apertura a permitido, que el legislador español haya ampliado su radio de acción, posteriormente, en el ámbito de la violencia de género, con la introducción de la medida cautelar de alejamiento por medios telemáticos¹⁸⁹.

Asimismo, en el ámbito de las penas privativas de libertad, se ha introducido la pena de localización permanente¹⁹⁰ y, la pena de prohibición de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, asimismo, la prohibición de comunicarse con la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal. Y más recientemente, la libertad vigilada postpenitenciaria, que ha traído un sin fin de críticas al fundar una medida que desnaturaliza por completo los principios más básicos del sistema penal. Lo que permite

¹⁸⁹ Vid. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de noviembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, medida cautelar de alejamiento consagrada en el artículo 64.3, que establece: «El Juez podrá prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella. Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato el cumplimiento».

¹⁹⁰ Vid. LO 15/2003, de 25 de noviembre, de Reforma Parcial del Código Penal, prevista en el art. 37.2.

vislumbrar un escenario cada vez más amplio, en el que, sin duda, se pueda acudir a estas modernas e innovadoras técnicas de monitorización electrónica, en el sistema penal y penitenciario español.

Muy probablemente, lo que se originó como una tímida irrupción de la tecnología en el sistema penitenciario se materialice gradualmente como una opción custodial cada vez más demandante. De manera que las tecnologías de la vigilancia telemáticas tengan un impacto cada vez mayor, es decir: sus niveles de incidencia en el campo de las penas y del control penal colmaran definitivamente, espacios que eran reservados para otras modalidades de cumplimiento de las penas. O lo que es lo mismo, estamos a las puertas de una revolución de los sistemas de vigilancia electrónica que determinará un cambio de paradigma, como ya lo han venido haciendo las nuevas tecnologías y los avances científicos en otros ámbitos de la vida humana.

El sistema penitenciario español ha abierto las puertas de las prisiones para permitir la entrada de los modernos sistemas de vigilancia telemática, lo que representa la posición más aperturista que generará grandes cambios estructurales de las políticas criminales y penitenciarias de su ordenamiento, con el objeto de garantizar un empleo seguro y respetuoso de los derechos fundamentales de su población reclusa. De manera que, el reto más próximo será mantener la ponderación a la hora de colmar nuevos escenarios, garantizando a su vez, su empleo dentro de un marco de garantías básicas que limiten rigurosamente su aplicación.

2.1. Régimen jurídico aplicable

El marco jurídico normativo aplicable a los sistemas de vigilancia electrónica en el ordenamiento español, se inicia con la Constitución Española de 1978 (en lo sucesivo CE)¹⁹¹, como norma rectora de su ordenamiento, de donde parte el modelo que ha de orientar toda política pública que pretenda consolidar el sistema de administración de justicia penal y, por consiguiente, el sistema penitenciario, como último eslabón de la cadena.

¹⁹¹ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

En este sentido, partiremos de un sucinto análisis que permitirá elaborar el esquema rector que se vincula, directamente, con la aplicación de los controles telemáticos en el modelo español, para luego, realizar una lectura concisa de la ley marco de este sistema penitenciario, consolidada en la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 (en lo adelante, LOGP)¹⁹², -que aunque no haga ninguna mención de la vigilancia electrónica-, es la norma que desarrolla el modelo constitucional del sistema penitenciario, cuya larga trayectoria y vigencia de sus postulados han llevado a calificarla por la doctrina especializada como una ley de avanzada¹⁹³, es decir, progresista, lo que, sin duda, se evidencia por sus más de cuatro décadas de promulgación y vigencia.

De seguidas, entraremos en el instrumento jurídico-normativo que incorporó al ordenamiento español, esta innovadora modalidad de cumplimiento de la pena: el tercer grado con control telemático. Es decir, del Reglamento Penitenciario de 1996 (en lo sucesivo, RP)¹⁹⁴. Del que partirá sustancialmente el grueso de las reflexiones relacionadas con la aplicación de los modernos sistemas de vigilancia electrónica. Fuente esta, a partir de la cual, se consolida la introducción de los avances tecnológicos, de la técnica y de la ciencia aplicable en el campo de la ejecución de las penas privativas de la libertad.

No sin antes, advertir de las posibles falencias atribuidas a esta parca regulación. Lo que en definitiva, contribuyó a que se regulara la aplicación de esta institución tecnológica y penitenciaria, mediante el empleo de una “Instrucción” administrativa, que venía a suplir, -subrayo- la falta de técnica legislativa acreditada en el Reglamento penitenciario; Instrucción esta, diseñada por la Administración Penitenciaria para llenar las lagunas que dejaba la única norma del reglamento que hizo ingresar el control electrónico en el modelo español. En la que se prevén, -con más detalle-, los requisitos, trámites, procedimiento y, demás, condicionamientos de su aplicación.

Asimismo, intentaremos hacer una simbiosis y exegesis de la aplicación de los sistemas de vigilancia telemática con la normativa internacional, fundamentalmente, con la Reglas

¹⁹² Ley 1/1979, de 26 de septiembre, Ley Orgánica General Penitenciaria Española.

¹⁹³ Vid. LEGANÉS GÓMEZ, S.: *Clasificación Penitenciaria y Medio Abierto, Tesis Doctoral Tomo II dirigida por Vicenta Cervelló Donderis*, Valencia, Universitat de Valencia, 2013, p. 121. El autor refiere en este sentido que, «gozamos en nuestro país de uno de los marcos legislativos en materia penitenciaria más avanzados de los países de nuestro entorno...». Consultado el 03 de junio de 2021, disponible en [<https://core.ac.uk/download/pdf/71009003.pdf>]

¹⁹⁴ Real Decreto 190/1979, de 09 de febrero.

Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, reformadas recientemente, en 2015 (Reglas Mandela) y, las Reglas Penitenciarias Europeas, que regulan los principios y estándares mínimos de la Unión en el marco de las penas de prisión en la región.

Para finalmente, pasar, a la lectura de la jurisprudencia emanada tanto por los Tribunales: Constitucional y Supremo Español que se han pronunciado sobre la constitucionalidad, operacionalización y aplicabilidad del control telemático: de sus incidencias, conflictos y resoluciones; para luego, concluir con un ceñido análisis de las principales decisiones de instancia, es decir: la jurisprudencia menor, que nutre y le da vida a la aplicación de los sistemas de vigilancia electrónica en el ámbito español.

Siguiendo, pues, este esquema intentaremos prefigurar los rasgos más característicos de los sistemas telemáticos en España, a raíz de su incorporación en el derecho positivo.

2.1.1. Constitución Española, 1978

Desde esta perspectiva, el régimen jurídico aplicable a esta institución tecnológica en el sistema penitenciario español parte necesariamente de la Constitución Española¹⁹⁵, que en su art. 25.2 establece el principio general de orientación de las penas privativas de libertad las cuales «estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social»¹⁹⁶. Con lo cual, se establece el principio fundamental que ha de orientar este novedoso mecanismo penitenciario, atendiendo fundamentalmente al mandato constitucional. En este sentido, la orientación que ha de guiar la incorporación de los sistemas de vigilancia electrónica en el tercer grado, se edifica en función del principio de resocialización

¹⁹⁵ De modo que: «La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación -por los operadores públicos o por operadores privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos- en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto generales como específicos referentes a la materia de que se trate.

Este principio es una consecuencia derivada del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo y está reconocido en los sistemas que hacen de ese carácter un postulado básico» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006: 101).

¹⁹⁶ Vid. CE: art. 25. 2 «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

constitucional, según el cual, el control telemático buscará brindar un escenario más propicio y cónsono, con la efectiva reinserción social del reo condenado, posibilitándole con el uso de estos instrumentos tecnológicos el mantenimiento y refuerzo de sus vínculos familiares, laborales y sociales. Lo que propiciará su adecuada inserción en la sociedad, con el propósito de evitar los efectos desocializantes de la prisión.

Es por ello, que siguiendo este marco constitucional la vigilancia electrónica como institución penitenciaria de vanguardia debe perseguir esa finalidad (VEGA ALOCÉN, 2010)¹⁹⁷. Ahora bien, el control telemático no es un fin en sí mismo, es una herramienta que ayuda, o, mejor dicho, que contribuye a conseguir ese fin de una manera más eficaz y eficiente. Dentro de un régimen de garantías que materializa una de las principales demandas de la sociedad, esto es: la seguridad en el cumplimiento de esta modalidad de las penas.

Seguridad que se centra en la mayor capacidad de control y seguimiento que ofrecen los instrumentos tecnológicos de monitorización electrónica, que permiten hacer un seguimiento más preciso y riguroso, del programa de individualización científica que como régimen de vida acoga el condenado y, que, supera con creces al ojo humano. Lo que siguiendo dicho mandato debe acompañarse de otras medidas que contribuyan con la reeducación del penado, lo que permitirá consolidar el principio de resocialización de una forma más exitosa, como lo ha acreditado la experiencia en la aplicación de estos sistemas de vigilancia electrónica.

Es así como desde la CE se potencia el principio de prevención especial, el que se irradia a todo el ordenamiento español, mediante el cual se ha de materializar la reinserción social y la reeducación del condenado. Finalidad dirigida fundamentalmente al ámbito penitenciario¹⁹⁸. No obstante, la ejecución de las penas en el ámbito español ha de nutrirse de otras finalidades intrínsecas a la morfología de las penas privativas de libertad, tal y como acertadamente lo ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (en lo adelante TC), al sostener que esta no es la única finalidad, ni puede serlo de las penas de prisión, con lo cual, se amplía la exegesis constitucional de la norma que permite

¹⁹⁷ Vid. VEGA ALOCÉN, M.: *El tercer grado con control telemático... op. cit.*, pp. 2 y 3.

¹⁹⁸ Vid. al respecto MAPELLI CAFFARENA, B.: *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983, p. 133.

partir de una orientación no limitadora y, por consiguiente, concediendo al legislador que pretenda desarrollar este postulado constitucional¹⁹⁹, un margen de maniobra más amplio, que no dependa exclusivamente de esta finalidad.

De manera que, ese mandato constitucional expreso solo sirve de orientación inicial para pergeñar a partir de esa finalidad las demás finalidades consustanciales que permitirán construir una ejecución de la pena de prisión, tal y como la define la LOGP, en los que se potencia el principio de humanización, el de flexibilización y, el principio de individualización. Asimismo, y más concretamente, el régimen abierto en el sistema penitenciario español. Lo que ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional cuando sobre la lectura del art. 25.2 constitucional consideró que:

El citado precepto constitucional no establece que la reeducación y la reinserción social sea la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad, y, en todo caso, supone un mandato del constituyente al legislador para la orientación de la política penal y penitenciaria del que no se deriva derecho subjetivo, y menos aún de carácter fundamental susceptible de amparo.²⁰⁰

Es esta coexistencia de otros fines ha permitido oxigenar el principio resocializador, que entró en una profunda crisis²⁰¹, por los efectos nocivos y contraproducentes que produce la prisión. Del que la doctrina científica se ha encargado de subrayar el fracaso estrepitoso del mencionado principio constitucional, con lo que se abre una compuerta para experimentar en otros escenarios, que no se sujete, necesariamente, al cumplimiento de la pena en los muros de la prisión. Consecuente con el ideal resocializador, se diseña esta innovadora opción custodial con el objeto de reforzar los vínculos del penado con la sociedad, de la que proviene. Reforzando su contacto con el mundo exterior: familia, comunidad, relaciones laborales y amigos.

¹⁹⁹ Vid. STC 55/1979, de 28 de marzo, mediante la cual se establece que la prioridad de la finalidad por la reeducación y reinserción social de las penas, evidentemente, no ha de tenerse de forma preferente, en la medida que ignore otros fines de las penas. En sentido similar puede verse LUZÓN PEÑA, D.M.: *Medición de la pena y substitutivos penales*, Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1979, p. 47.

²⁰⁰ Cfr. entre otras, SSTC 2/ 1987 y 150/ 1991; y AATC 486/ 1985 y 1112/ 1988.

²⁰¹ Vid. en extenso FERNÁNDEZ GARCÍA, J.: «El Tratamiento penitenciario resocializador», en *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Coords. Diego- Díaz Santos, R. y Fabián Caparrós, E., 1995, p. 94.

Al evitar la desocialización que se experimenta en la prisión se propone alcanzar de una manera más eficaz, útil y directa la reinserción social, con la asistencia técnica de los instrumentos tecnológicos. Es decir, se favorece el contacto activo del penado con la sociedad, con el objeto de atenuar la nocividad del encierro, -en otras palabras-, de reducirlo, tratando de esta manera, que la pena se ejecute de la forma más semejante a la vida en libertad, limitando con el uso de dispositivos telemáticos de seguimiento al reo por un periodo reducido de tiempo su movilidad, empero permitiéndole mantener activo sus vínculos y relaciones sociales.

Ahora bien, con la finalidad resocializadora en la ejecución penitenciaria, el constituyente español estableció la concurrencia con las denominadas Teorías Mixtas, de acuerdo con las cuales se plantea la unión de los fines retributivos y preventivos, propuestos por la doctrina científica, en función de los tres momentos en los que se manifiesta la pena, esto es: -la amenaza, la aplicación y la ejecución-, de acuerdo con lo cual, es en la última fase o momento de la pena en donde la finalidad de la resocialización, o, -de la prevención especial se erige como fundamental-, o sea, como el núcleo esencial en el que pivota esta última fase del Derecho penal²⁰². En definitiva, las penas deben orientarse hacia la búsqueda de la resocialización del penado, es decir, a lograr que este logre una vida sin delitos.

Sin embargo, conviene llegado a este punto advertir, que el art. 25.2 que establece el principio de orientación de toda política penal y penitenciaria, -como lo ha afirmado el TC-, de esa finalidad no se deriva derecho subjetivo, y menos de carácter fundamental susceptible de amparo²⁰³. Lo que deja por sentado que tal orientación no es la única a la que se sujetan las penas privativas de libertad y medidas de seguridad en ordenamiento español. Mandato que deja abierta la puerta para que el legislador persiga otros objetivos en el cumplimiento y ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad, dejando

²⁰² Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Madrid: Iustel, 1999, p. 30.

²⁰³ Cfr. SSTC 75/ 1998, de 31 de Marzo, que sostuvo: «el citado precepto constitucional (art. 25.2) no establece que la reeducación y reinserción social sea la única finalidad legítima de la pena de privación de libertad, y, en todo caso, supone un mandato del constituyente al legislador para la orientación de la política penal y penitenciaria del que no se deriva derecho subjetivo, y menos aún de carácter fundamental susceptible de amparo». Asimismo, siguiendo este criterio, confirma el TC: «tampoco la Constitución Española erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2 no se opone a otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituyan asimismo una finalidad legítima de la pena» (Vid. en extenso STC 2/1987, de 21 de enero, Auto TC 486/1985 de 10 de julio o Auto TC 112/1988 de 10 de octubre).

así, el escenario abonado para que con la aplicación del control telemático se persiga un conjunto de finalidades compatibles con la orientación constitucional. La cual, cabe destacar, si ha de tener en cuenta el legislador a la hora de edificar las políticas penitenciarias.

Es decir, tener presente su importancia en el diseño de la penas. Como por ejemplo: la finalidad de potenciar al máximo, -como acertadamente lo afirma ÁLVAREZ GARCÍA-, el contacto con el mundo exterior²⁰⁴, con la sociedad a la que pertenece el penado, como *conditio sine qua non* para asegurar el éxito de su reinserción y, a esta finalidad, sin duda, se orientan los sistemas de vigilancia electrónica en el cumplimiento del tercer grado con control telemático.

No cabe duda, que el Texto Constitucional al potenciar la finalidad de reeducación y reinserción social, o, de la prevención especial, configura un mandato que establece pautas y límites al legislador²⁰⁵, que en el desarrollo de ese precepto, ha de tener muy en cuenta para edificar los nuevos institutos que permitan alcanzar de la manera más eficaz y efectiva esa finalidad. No limitándose, por supuesto, solo a la búsqueda de ese objetivo, como lo han asentado el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y la mayoría de la doctrina española, porque no es la única finalidad autorizada para esta pena en el Ordenamiento español²⁰⁶.

La CE asume la corriente a favor de la “Resocialización” en sustitución de las ideas correccionalistas propias del siglo XIX. Corriente que se configura como una vida sin delito, como propósito de la ejecución de las penas de prisión, la cual se orienta con la finalidad de la prevención especial, determinada por la reeducación y la reinserción social del penado²⁰⁷. La reeducación como la oferta del estado para que el penado compense sus carencias educativas, colocando a su disposición un conjunto de herramientas que

²⁰⁴ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, 2001, p. 79.

²⁰⁵ Vid. en este sentido, como criterio de interpretación de la finalidad constitucional de la resocialización en extenso a LAMARCA PÉREZ, C., “Posibilidades y límites de la dogmática penal”, *Revista de Cuadernos de Política Criminal*, 1987, Núm. 33, pp. 559 – 560.

²⁰⁶ Vid. en relación a este punto CASTRO MORENO, A., *El por qué y para qué de las penas* (Análisis crítico sobre los fines de la pena), Madrid, 2008, pp. 118 y 119.

²⁰⁷ En el Derecho comparado, puede observarse que también se adopta esta finalidad en otros países de Europa, es el caso de Italia, que en su art. 27.3 de la Constitución Italiana de 1947, se dispone: «Las penas no podrán consistir en tratos contrarios al sentido de la humanidad y deberán encaminarse a la reeducación del condenado».

faciliten su reincorporación a la sociedad alejado del delito y, por tanto, superándose educativamente, lo que le permitirá con mayor éxito reinsertarse a la sociedad.

Asimismo, se resalta el papel de la reinserción social, entendida como la oferta estatal que permite favorecer el contacto activo del penado con la sociedad, a través de la humanización y flexibilización del castigo. Es decir, atenuando la nocividad de la prisión, en la medida que esta se ejecute en la forma más semejante a la vida en libertad, lo que sin duda, se logra de una manera más eficaz con la modalidad del tercer grado con control telemático.

Por tanto, la tendencia actual es a favorecer la reinserción social del condenado, como la orientación constitucional a tener en cuenta a la hora de ejecutar la pena de prisión. Mandato que, no constituye un derecho amparable que condicione la existencia de la pena sólo en función de esta orientación, en la medida en que contiene una regla o mandamiento al legislativo y a la administración penitenciaria para que orienten la política penitenciaria, sin que por ello, se deriven derechos subjetivos.

De hecho, con ello se busca, en definitiva evitar la reincidencia, sin pretender imponer al condenado una escala de valores, que condicione su autonomía y su derecho a decidir sobre la mejor alternativa para superar su condición. Como lo afirma acertadamente LUZÓN PEÑA, lo que se busca es intentar convencer, en otras palabras, facilitar medios al sujeto para que este no vuelva a delinquir, es decir, para que no atente contra los bienes jurídicos penalmente protegidos²⁰⁸. Que comparta y acepte valores comunes que permitan la convivencia pacífica una vez reintegrado en la sociedad, porque reinsertar es un proceso de reintroducción del sujeto en la sociedad a la que pertenece, con lo cual es necesario potenciar y fomentar el contacto con el exterior.

Lo que es indudable, es que el Estado ha de construir un sistema de ejecución de penas que posibiliten la real y efectiva reinserción social del condenado; esto es, que ofrezca al penado los medios más útiles para lograr la reincorporación gradual en la sociedad, en el que se le facilite de forma progresiva o escalonada, sin que ello, signifique renunciar o

²⁰⁸ Vid. LUZÓN PEÑA, D. M.: *Medición de la pena... op. cit.*, p. 53.

excluir por completo a la prevención general²⁰⁹.

El quid es posibilitar el contacto con el mundo exterior, el contacto social, evitando a toda costa, y cuanto ello sea posible la desocialización. O sea, reducir al máximo la prisión; esto es, hacer que la vida del penado se asemeje a la vida en libertad, que se garantice su normalización lo más suficiente posible, en el que la privación de deambulación afecte lo menos posible su desenvolvimiento social, para con ello, garantizar el éxito del control telemático, como instrumento que posibilita eficientemente su reinserción social.

En este sentido, el tercer grado control telemático potencia el contacto con el exterior, mejor que cualquier otra modalidad de pena. Al tiempo que, brinda la seguridad y garantías necesarias para que la sociedad no se sienta desprotegida, posibilitando a su vez al penado que este se desenvuelva en condiciones de libertad.

Por consiguiente, con la aplicación de estas modernas e innovadoras técnicas de vigilancia telemática se persigue de una forma más eficiente la finalidad constitucional de la resocialización, pero, también otras finalidades de la pena, que hacen de su cumplimiento y ejecución, una modalidad atenuada de la privación de la libertad, que se ejecuta en medio abierto, excluyendo así los muros de la prisión.

Repárese que el problema actual que se plantea, -como lo afirma MUÑOZ CONDE-, es el conflicto entre sociedad e individuo, la una demanda una mayor y mejor protección, y el otro, un trato humanitario. O, lo que es lo mismo, entre la prevención general y la prevención especial. La sociedad tiene derecho a proteger sus bienes jurídicos más importantes, amenazando con la imposición de penas a quienes los violen o amenacen; y, por su parte, el individuo que delinque, tiene derecho a un trato humano, esto es, a que se garantice su dignidad humana y su reingreso a la sociedad libre de delito.

Ahora bien, la balanza no debe inclinarse hacia la prevención general, haciendo que la orientación de las penas priorice esta finalidad por encima de la prevención especial. El

²⁰⁹ Lo que se materializa en el modelo español con el sistema de clasificación en grados, que posibilita un tráfico fluido, gradual y progresivo, a la semilibertad y, finalmente, a la excarcelación. Sobre este punto, puede consultarse en extenso a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coord.), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N. Y FERNÁNDEZ GARCÍA, J.: *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 57.

dilema es encontrar un justo y ponderado equilibrio entre las dos. Es decir, un mínimo costo de represión y un mínimo de sacrificio de la libertad individual, siempre dentro de intereses democráticos.

Es por esta razón, que el constituyente español legitima la prevención especial, con el objeto de remarcar su importancia y significación a la hora de ejecutar este tipo de penas, ello por cuanto, este conflicto, casi siempre se disipa en favor de la sociedad. O sea, de la prevención general, porque la función del Derecho penal es la protección de intereses sociales: bienes jurídicos protegidos penalmente. Hacer que esta finalidad de la pena no se pervierta, que sea lo más razonable y justa posible, es la tarea que pretende el constituyente español, se integre y compatibilice democráticamente, con la prevención especial.

Es por ello, que se tiende a favorecer la prevención especial, a través del fomento del mantenimiento del contacto social, de la potenciación con la vinculación del penado con el exterior; mediante la reducción del encierro, se rechaza al máximo los efectos nocivos que comporta. Lo que permitirá construir una opción custodial más justa y humana y, no cabe duda, que el empleo de los sistemas de vigilancia electrónica favorecen tanto al delincuente como a la sociedad. En la medida que se favorezca la reinserción social, se está favoreciendo y beneficiando a ambos²¹⁰.

De acuerdo a esta orientación, el constituyente evita una concepción segregacionista de la prisión²¹¹, lo que permite hacer ingresar el principio de humanidad de esta modalidad de las penas a través de la prevención especial, limitando de esta manera la retribución, al proporcionar un fundamento constitucional expreso en función del fomento de instituciones que, como el control telemático, eviten la prisión, preparando en consecuencia, al penado para su libertad. En definitiva, se da una mayor preponderancia

²¹⁰ Vid. BUENO ARÚS, F.: *La ciencia penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, p. 82. El autor afirma que la reinserción social favorece tanto al delincuente como a la sociedad.

²¹¹ Sobre este punto GARCÍA ARAN, M.: *Fundamentos y aplicación de las penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona, Monografías 18, 1997, p. 37. La autora manifiesta en este sentido que: « la orientación constitucional de las penas privativas de libertad evita una concepción puramente segregacionista de la prisión, permite el principio de humanidad de las penas y recoge la finalidad preventivo especial que permite renunciar a la pura retribución y proporcionar fundamento constitucional a instituciones por las que se evita la prisión o se mitiga la dureza de su cumplimiento, preparando para la libertad».

al principio de resocialización sobre el de la inocuización.

En este sentido, el legislador consciente de que la prisión no era el medio más idóneo y apto para preparar a una persona para la libertad, respetando los valores que permiten la convivencia pacífica en sociedad, potencia el contacto activo con el exterior del penado, mediante: la apuesta decidida por el régimen abierto; los permisos de salida; la aplicación del tercer grado; la incorporación del tercer grado con control electrónico y la libertad condicional en la última fase de la pena. De esta manera, queda claro que aunque el art. 25.2 no recoja un derecho fundamental, deberá hacerse prevalecer en la ejecución de esta modalidad de penas²¹².

Finalmente, toda esta orientación constitucional debía ser desarrollada y ampliada por una ley orgánica, a través de la cual se regulan los derechos fundamentales y las libertades públicas tanto en su contenido²¹³ como en su procedimiento²¹⁴, razón por la cual dicha orientación resulta enteramente desarrollada en la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre. Punto que desarrollaremos en el siguiente apartado.

2.1.2. Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979

Aunque la Ley Orgánica General Penitenciaria (en lo adelante LOGP), no efectuó ninguna mención al respecto de este instituto, su alusión es estrictamente necesaria, ya que, desde esta Ley se establece el funcionamiento básico del sistema penitenciario español, se desarrollan las finalidades de la pena privativa de la libertad, es decir, se desarrolla el mandato constitucional previsto en el art. 25.2 de la CE; de acuerdo, a este mandato, la ley regula la clasificación en grados de los internos, el tratamiento y régimen penitenciario, el tercer grado, como tipología escogida para hacer ingresar esta opción custodial electrónica y el marco de distribución de competencias entre los distintos órganos.

²¹² Así lo dejó establecido el TC, a este respecto, puede consultarse la STC 115/2003, de 16 de junio, en FJ 4º, en el que se establece: «Y aunque hayamos afirmado que el art. 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, ello no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes; menos aun cuando el legislador, cumpliendo el mandato de la Constitución, establece diversos mecanismos e instituciones en la legislación precisamente encaminados a garantizar la orientación resocializadora, facilitando la preparación para la vida en libertad, uno de cuyos mecanismos es concretamente el de la concesión de los permisos». Mecanismos estos, en los que también entra el tercer grado con control telemático, en tanto, garantizan esa orientación resocializadora.

²¹³ Art. 81.1 CE

²¹⁴ Art. 81.2 CE

Desde este marco jurídico, es decir, desde su normativa resulta de especial trascendencia para el tratamiento de esta innovadora institución penitenciaria. Esta Ley se configura a partir de un proceso de asimilación de las ideas doctrinarias más avanzadas de su tiempo, en materia penitenciaria y, por consiguiente, toma como fundamento para su redacción la normativa penitenciaria internacional y, un conjunto de leyes de las más avanzadas de la época, es así como, GARCÍA VALDÉS, advierte sobre este proceso:

No debe olvidarse tampoco que un muy extenso número de países regulan toda esta materia de ejecución de las penas y medidas de privación de libertad acudiendo, asimismo, a la Ley, y así Alemania Federal, Italia y Suecia, pasando por México y Venezuela, consagran, como primera fuente de sus respectivos derechos penitenciarios, precisamente, a las correspondientes leyes penitenciarias, redactadas todas ellas teniendo en cuenta, en mayor o menor medida, esas grandes especies de Códigos-tipo, que son las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, elaboradas por las Naciones Unidas en Ginebra, en el año 1955, y actualizadas por el Consejo de Europa, en 1973, asumidas hondamente por el legislador español y cuyo espíritu moderno y humanista impregna toda norma legal.²¹⁵

Proceso este que permitió tomar novedosas instituciones que fueron recepcionadas por la Ley como la prisión abierta y la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria (en lo sucesivo JVP); es a raíz de este conjunto de incorporaciones, que permitieron calificarla de vanguardista, por cuanto, se adelantaba a su época y, que en este sentido, pergeñaba un sistema penitenciaria moderno, cuyo elemento nuclear se cimentaba ahora en el sistema de individualización científica, alejándose de lo que hasta ahora había sido su tradición, o sea, el sistema progresivo²¹⁶. Es por ello, que la Ley tiene una marcada vocación resocializadora, siguiendo el mandato constitucional previsto en el art. 25.2, tal y como se estipula en su art. 1, en el que se establece:

²¹⁵ Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Madrid, Segunda edición, 1982, p. 19.

²¹⁶ Vid. NISTAL BURÓN, J.: *El penitenciarismo español desde la Constitución de Cádiz de 1812 al siglo XXI*, 2012, p. 12. El autor afirma: «una de las principales características de esta ley, en consonancia con el mandato constitucional, han sido: la instauración de un sistema de individualización pleno que sustituye al progresivo, cuyo mecanismo de implementación es la clasificación penitenciaria en grados y la instauración del tratamiento como principal elemento operativo para hacer efectiva la recuperación social del delincuente».

Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados.

Norma a partir de la cual se colige que la finalidad principal del nuevo sistema penitenciario español se centró y centra al día de hoy, en el principio de prevención especial positiva de la pena privativa de libertad, mediante la cual se otorga especial preferencia al tratamiento sobre el régimen penitenciario. De manera que, la aprobación de esta Ley supuso el paso necesario y definitivo para que la legislación española se adecuara e incorpora definitivamente al movimiento internacional de reforma penitenciaria.

Ahora bien, esta Ley regula en forma exhaustiva el régimen, tratamiento y el sistema penitenciario en general, haciendo especial insistencia en el tratamiento científico penitenciario. El tratamiento penitenciario se entiende como el conjunto de actividades dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social, y, para poder conseguirlo, resulta conveniente la utilización de medios científicos adecuados. No obstante, la utilización de estos medios, no debe, en modo alguno, suponer la afectación de los derechos que no resulten afectados por la condena.

En este sentido, se hace especial hincapié en que el tratamiento ha de ser voluntario, no puede -en forma alguna- imponerse al condenado, sino, más bien ha de consistir en brindar una oferta, es decir, colocar a su disposición herramientas necesarias que le permitan superar su condición, contribuyendo de esta forma a que logre conseguir que pueda desenvolverse en libertad sin delinquir. Es como afirma MICHEL JEOL, citado por GARCÍA VALDÉS: «La ambición del tratamiento penitenciario ha de ser la de preparar objetivamente para la salida en libertad»²¹⁷.

También, el tratamiento debe ser programado, en razón del perfil individual de cada interno, lo que permite calificar al programa de individualizado, y, fundamentalmente, ha de ser voluntario; es decir, que busque la participación activa del interno, mediante el

²¹⁷ Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios... op. cit.*, p. 29.

fomento y la estimulación que motive al interno a colaborar activamente en la ejecución y desarrollo de su tratamiento; cuyo propósito se logrará, en la medida que se incorpore a ese proceso un conjunto de instrumentos científicos; lo más adecuados para contribuir a la efectiva reinserción social del condenado. De manera que, a partir de esta lectura se convierte el tratamiento penitenciario en la base que vertebra todo el sistema.

Por otra parte, con la incorporación del JVP, la Ley crea un órgano jurisdiccional, cuya principal misión, es la de garantizar el respeto irrestricto de los derechos fundamentales de los internos. Asimismo, se da una especial importancia a la asistencia social, tanto penitenciaria, como postpenitenciaria. Lo que, en consecuencia, subraya el carácter humanista de la LOGP.

Objeto de una regulación especial, es el papel preponderante que se asigna a la sociedad, como un elemento de control que contribuya a la efectiva consecución de la finalidad principal asignada constitucionalmente, es decir, a la prevención especial positiva; esto es, a la reeducación y a la reinserción social del condenado. Haciendo de la sociedad un elemento activo en la obtención de esa finalidad. De acuerdo a este esquema la LOGP elabora un sistema más flexible, progresivo, científico y humano. Lo que, sin duda, le ha permitido permanecer vigente por más de cuatro décadas, al día de hoy²¹⁸.

Sin embargo, el sistema de individualización científica previsto en la LOGP, que la distinguía de las demás legislaciones de su entorno, se ha visto especialmente afectado por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro de las penas privativas de libertad, modificando sustancialmente el sentido, espíritu, propósito y razón del sistema que vertebra en su totalidad la ejecución de la pena privativa de libertad, en el Ordenamiento español. Tras la reforma LO 7/2003, la duración de la pena se convierte ahora en un factor privilegiado que, sin duda, retrasa el acceso al tercer grado, al reformar el art. 36.2 del CP²¹⁹, introduciendo el denominado periodo de seguridad, que podemos

²¹⁸ La Recomendación REC (2006) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Reglas Penitenciarias Europeas, adoptadas el 11 de enero de 2006, establece que el cumplimiento de la pena de prisión debe estar «orientado hacia la reinserción social, más que la reeducación y resocialización»; finalidad que persigue también la CE y LOGP, lo que acredita, sin duda, su vigencia en el continente europeo.

²¹⁹ Dice textualmente el art. 36.2 CP: «Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del

definir como el periodo obligatorio de cumplimiento de la pena en prisión en régimen ordinario requerido a partir de esta reforma para poder acceder al régimen abierto. O sea que, en delitos de determinada gravedad -terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales- el condenado no podrá acceder al tercer grado hasta que haya cumplido la mitad de la pena impuesta.

El legislador justifica tal modificación en la Exposición de Motivos de esta ley, al sostener que: «Se considera necesaria la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento penal, que sirve de puente entre este ordenamiento y el penitenciario, ya que, a la hora de determinar la proporcionalidad de las penas, su concreta extensión y su adecuación a los fines de la prevención general y especial, no puede hacerse propuestas al margen de la legislación penitenciaria. En efecto, el sistema de progresión en grados, permisos, régimen abierto y concesión de libertad condicional puede hacer que la pena prevista en el Código Penal y fijada en la sentencia quede muy distante de la efectivamente cumplida».

De manera que el principal objetivo de la reforma es evitar el vaciamiento de la pena, lo que evidencia de parte del legislador una desconfianza hacia la Administración penitenciaria y los JVP, al imponer un periodo de seguridad que limita objetivamente el acceso al tercer grado. Es decir, se establecen límites para frenar la discrecionalidad, tomándose como fundamento -el principio de seguridad jurídica de los ciudadanos-, en cuanto a la forma de ejecutar la prisión²²⁰. Con lo cual, se imposibilita dicho acceso al

reo y la evolución del tratamiento reeducador, cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento».

²²⁰ Sobre este punto, puede verse a LEGANÉS GÓMEZ, S.: *La Clasificación penitenciaria: Nuevo régimen jurídico...* op. cit., p. 96. El autor afirma: «se produce cierta desconfianza en la Administración penitenciaria y en los Jueces de Vigilancia en la forma de ejecución de las penas y se establecen límites para frenar esta discrecionalidad, ello se justifica en base al *principio del derecho a la seguridad jurídica de los ciudadanos* (art. 9.3 Constitución española) en cuanto a la forma de ejecutar las penas de prisión. Siempre se había pensado que la seguridad jurídica era más importante y prioritaria para los penados que son quienes tienen que cumplir la condena que para el resto de la sociedad, pero ahora se da más importancia, al menos teóricamente, a que los ciudadanos sepan cómo se van a cumplir las penas aunque nos les afecten directamente. Según diversos Autos de la Audiencia Provincial de Madrid Sección Quinta de 6 de Mayo, y de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Novena de 14 y 19 de Mayo de 2004: “*de poco va a servir la seguridad jurídica antes de delinquir, si después del delito puede cambiarse la forma en que se ejecutará la pena*”. La seguridad jurídica es incompatible si en la práctica se puede cambiar sobre la marcha la forma de ejecución de la pena». No obstante, esta peculiar forma de combatir el supuesto amplio margen de discrecionalidad que aporta el sistema de individualización científica, produce una profunda desconfianza

régimen abierto, desde el inicio de la pena para determinados delitos graves, a partir de la reforma.

Desvinculándose el sistema de ejecución de penas privativas de libertad de su principal finalidad, es decir, del principio de individualización científica, recogido en el art. 72 de la LOGP, que precisamente vino a suponer la superación del rigorismo representado por el sistema progresivo clásico, que exigía al penado el cumplimiento de un periodo de tiempo, tasado por la norma e insustituible. En definitiva, con la incorporación del periodo de seguridad²²¹ se ha retrocedido al sistema progresivo, rememorándose las razones que permitieron superar y avanzar hacia el sistema de individualización científica, un claro retroceso en la materia. Lo que supone, sin ambages, un interés político-criminal de endurecimiento punitivo, más electoral²²² que científico-social, optándose por una concepción inocuidadora de la prevención especial consistente en mantener al delincuente alejado el mayor tiempo posible de la sociedad.

Por todo lo antes expuesto, no cabe duda, que, el art. 36.2 CP incorpora un elemento extraño en el procedimiento de clasificación que distorsiona significativamente el sistema de individualización científica recogido en la LOGP y el RP, al proceder a exigir el cumplimiento necesario de la mitad de la pena lo cual choca frontalmente con el tratamiento flexible y basado en la personalidad del penado. En la misma línea se inscribe la Reforma del Código Penal (en lo adelante CP) LO 5/2010, de 22 de junio, reformas que marcan el retorno de la inocuidación del condenado.

Finalmente, es imperioso y urgente que se plantee una reforma de LOGP, con el objeto de que se regule el conjunto de instituciones novedosas que no estaban reguladas en dicho texto normativo, como por ejemplo: el control electrónico, como opción custodial del tercer grado que deberá regularse en esta Ley Orgánica, porque afecta derechos fundamentales que han de ser protegidos legalmente, conforme al principio de legalidad

en la labor jurisdiccional y en la funciones que desarrolla Instituciones Penitenciarias, afectando directamente este sistema -SIC- al restringir las posibilidades de actuación penitenciaria.

²²¹ Extensamente, y sobre el periodo de seguridad puede consultarse a LEGANÉS GÓMEZ, S.: *La clasificación... op. cit.*, pp. 93 – 112.

²²² Como acertadamente apunta GIMBERNAT: «hace ya unos cuantos años que los países democráticos -no sólo en España- los políticos descubrieron que en el Derecho Penal -más precisamente en el endurecimiento del Derecho Penal- había una gran cantera de votos...». Cfr. “Prólogo a la novena edición” en *Código Penal*, edición de Enrique Gimbernat y Estevan Mestre, Madrid, 2004. Punto en el coincidió la mayoría de la doctrina.

y, por consiguiente, al principio de jerarquía legal que ha de garantizar una aplicación acorde, o, conforme con las derechos fundamentales y libertades que restringe. Lo que será desarrollado en los acápites posteriores.

En último lugar, es necesario potenciar el tercer grado con control telemático, buscando incluso, ampliar sus escenarios, porque contribuye a profundizar la idea central de la resocialización, de la cual se nutre todo el sistema, buscando humanizar aún más el cumplimiento de esta modalidad sancionatoria, a través del mantenimiento de los vínculos familiares, afectivos, sociales y laborales, lo que permite alejar a los internos que resulten monitorizados electrónicamente de la delincuencia, generando altos niveles de rentabilidad social. La mejor defensa del uso del control telemático puede argumentarse en base a los buenos resultados que las últimas dos décadas de su aplicación han legado, en el modelo español. Por tanto, su regulación a de partir, de esta LOGP.

2.1.3. Reglamento Penitenciario, 1996

La LOGP establecía en su disposición final segunda que: «En el plazo de un año el Gobierno aprobará el Reglamento que desarrolle la presente Ley». En virtud de tal mandato, el 08 de mayo de 1981, se aprobó el Reglamento Penitenciario (RP en adelante), mediante el Real Decreto 1201/1981, de 08 de mayo, texto que sería reformado en 1984, de acuerdo, al Real Decreto 787/1984, de 26 de marzo, el cual estará en vigor hasta el año 1996. En consecuencia, se aprueba el vigente RP por Real Decreto 190/1996, de 09 de febrero.

La institución que eligió la Administración penitenciaria para hacer ingresar la vigilancia electrónica en el Ordenamiento español, es la institución del tercer grado, creando una modalidad dentro de esta tipología de régimen abierto, excepcional: el tercer grado con control telemático, a través de la cual, se materializó la entrada de los modernos sistemas de vigilancia telemática por vía exclusivamente reglamentaria.

Es así como, el tercer grado con control telemático es una incorporación efectuada por vía del Reglamento Penitenciario de 1996; en este sentido, se prevé esta institución custodial en el artículo 86.4, a la que se denomina tercer grado con medios de control telemático, regulándose -en una única norma- de la siguiente manera:

En general, el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de ocho horas diarias, debiendo pernotarse en el Establecimiento, salvo cuando, de modo voluntario, el interno acepte el control de su presencia fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente, en cuyo caso sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles.

La norma antes trascrita se encuentra ubicada dentro del Título III del RP, que se intitula “Del Régimen de los Establecimientos Penitenciarios”, en su capítulo III “Del Régimen Abierto” del artículo que refiere a las salidas del establecimiento. Lo que permite dilucidar el régimen aplicable a este innovador mecanismo penitenciario. Estableciendo un marco excesivamente lacónico y parco de condiciones para su adopción como: i) la aceptación voluntaria por parte del beneficiario -recluso clasificado en el tercer grado-; ii) sometimiento al control de su presencia fuera del centro y -en su domicilio- por un tiempo mínimo; y, iii) sometimiento a un especial programa de tratamiento penitenciario, o, control complementario. Norma de la cual se colige -en forma palmaria- una insuficiencia legislativa bastante pronunciada al no regular las condiciones básicas para su adopción, como: requisitos, trámite, procedimiento de aprobación, aplicación y supuestos de incumplimiento.

De su previsión reglamentaria sólo puede colegirse una regulación manifiestamente ambigua; es decir, una redacción deficiente (marcadamente genérica), en definitiva, superficial; esta superficialidad genera una inseguridad jurídica relevante que evidencia un grave error de técnica legislativa y, a su vez, una deficiencia técnica, por insuficiencia en la regulación de los dispositivos de control telemático, por la que luego, la Administración penitenciaria intenta solventar tales carencias mediante la promulgación de la Instrucción de la Dirección General de las Instituciones Penitenciarias (DGIIPP en lo sucesivo), del tercer grado con medios de control. Instrucción administrativa que -repito- intenta llenar el vacío reglamentario que deja el artículo 86.4 del RP.

Por consiguiente, la Administración penitenciaria dicta la Instrucción 13/2001, de 10 de diciembre, con el objeto de fijar el procedimiento de aplicación del Art. 86.4 del Reglamento Penitenciario, la cual resulta derogada por la Instrucción 13/2006, de 23 de

agosto, que, a su vez, se deroga por la Instrucción 8/2019, de 23 de abril, de Actualización de la Instrucción sobre la Aplicación del Art. 86.4 del Reglamento Penitenciario, que es la actualmente vigente. Lo que, por consiguiente, pasamos a desarrollar en el siguiente punto.

2.1.4. Instrucción 8/2019, de 23 de abril, « Actualización de la Instrucción sobre la Aplicación del Art. 86.4 del Reglamento Penitenciario »

La aplicación de los dispositivos telemáticos en el ordenamiento español está actualmente regulada por la Instrucción I 8/2019, de 23 de abril, denominada «Actualización de la Instrucción sobre la Aplicación del Art. 86.4 del Reglamento Penitenciario²²³», dictada por la Secretaria General de IIPP, que derogó la Instrucción 13/2006, de 26 de agosto; que venía regulando la aplicación de la monitorización electrónica en España, luego de que, esta última resolución derogara la Instrucción, 13/ 2001, de 10 de diciembre, que fue el primer instrumento dictado por la Administración Penitenciaria para fijar el procedimiento de aplicación de este especial régimen abierto²²⁴. Es decir, de la modalidad del tercer grado con control telemático.

Desde su primera regulación se viene haciendo un particular énfasis en la potenciación del principio de individualización científica como criterio de interpretación que define el régimen abierto (art. 72.1 LOGP); destacándose que se trata de un espacio amplio con distintos objetivos y finalidades, que presenta una diversidad de ofertas y alternativas de cumplimiento de este especial régimen de vida, en el cual tiene especial consideración las fórmulas alternativas a la prisión.

²²³ Disponible en: [https://www.institucionpenitenciaria.es/documents/20126/78885/I-8-2019-Actualizacixn_Instruccixn_aplicacixn_ariticulo_86-4_del_RP.pdf] (Consulta 29 de junio de 2021).

²²⁴ La primera Instrucción dictada por la DGIIPP, esto es: I 13/2001, de 10 de diciembre, seguía criterios de selección muy rigurosos, a saber: 1. Permanencia en el tercer grado de tratamiento durante el período mínimo necesario que permitiera valorar la capacidad de autoresponsabilidad del interno en el medio abierto. 2. Haber obtenido una valoración positiva en las diferentes evaluaciones relativas al cumplimiento de los objetivos de su programa individualizado de tratamiento. 3. No ser objeto su actividad delictiva de una especial alarma social (lo que se traducía en que sólo se podrían beneficiar de la medida aquellos presos que no tuvieran delitos graves y cuya peligrosidad fuera prácticamente nula, excluyéndose categóricamente a partir de este criterio: los terroristas, violadores, asesinos, grandes narcotraficantes y quienes resultaran reincidentes). 4. Disponer de una situación estable en los ámbitos socio-familiar y personal. 5. Y, por último, ser susceptible, por las valoraciones disponibles, de obtener un pronóstico favorable de reinserción social a los efectos de su libertad condicional.

Considerándose en consecuencia, el tercer grado con control telemático una de estas fórmulas alternativas, en la medida en que evita la estancia y permanencia en los centros o establecimientos penitenciarios abiertos: centros de inserción social, secciones abiertas, unidades independientes o institución específica extrapenitenciaria. Con lo cual, se destaca el valor esencial de los sistemas de vigilancia telemática, en el ámbito penitenciario, de manera que, es en esta tónica en que se acoge la modalidad del art. 86.4 del RP, con el firme propósito de alcanzar el equilibrio entre la efectividad en la ejecución de la pena, su adecuada progresión, en función, de la reinserción del penado en la sociedad.

Asimismo, con su aplicación se busca desarrollar una opción custodial que pueda cumplirse en un medio más idóneo y adecuado, de acuerdo a la progresiva y gradual consecución de los principios inspiradores de este especial régimen de vida -el abierto- potenciando especialmente: i) la «atenuación de medidas de control», al evitar la permanencia y, pernocta en el centro abierto, circunstancia esta, que permite generar el siguiente principio; ii) la «autoresponsabilidad del penado», buscando con ello generar, su empoderamiento y confianza, para que logre alcanzar su completa reinserción social, a través de la cual se buscará arribar a un siguiente estadio -mejor dicho principio-; iii) la «normalización e integración social», lo que, lógicamente se logrará de una manera más eficiente y eficaz si se evita la permanencia del penado en el centro penitenciario y, por ende, se consolida su estadía en su entorno familiar, cumpliendo así, con el siguiente principio; iv) «evitación de la desestructuración familiar», como premisa principal de esta modalidad de cumplimiento de la pena; y, v) la «coordinación con las instancias comunitarias de reinserción», con lo cual, se hace participe a la sociedad, buscando su participación activa en el proceso de reinserción social del penado. Toda esta progresiva cadena de principios inspiradores es posible alcanzarla con la aplicación adecuada del tercer grado con control telemático.

Desde esta Instrucción dictada por la Administración Penitenciaria, se establecen las notas características que han de regir toda aplicación del art. 86.4, a cada caso concreto, al establecer, su posible aplicación en los siguientes casos: *«1. Los penados en tercer grado a quienes se aplican las previsiones del art. 86.4 continúan en todo momento dependiendo del centro penitenciario de destino, sin que la intervención en este régimen de vida de otras instancias sociales de control o asistencia pueda suponer dejación de la*

responsabilidad de la Administración Penitenciaria; 2. La aplicación de las previsiones del art. 86.4 precisa un permanente seguimiento de los casos y debe ser periódicamente revisada y evaluada por los órganos competentes; y 3. La motivación para su aplicación debe perseguir objetivos expresos de tratamiento. Por ello, formará parte del programa individualizado de tratamiento del interno (PIT)».

Fundamentalmente, con los dispositivos electrónicos de seguimiento y control de penados en el tercer grado, se busca evitar que el interno no pernote en el centro abierto o centro de inserción social²²⁵, secciones abiertas²²⁶, con la finalidad de fomentar su integración en su entorno familiar, laboral y social. Es decir, se busca potenciar su reintegración en la comunidad, persiguiendo con ello, adecuar esta alternativa al mandato constitucional previsto en el art. 25.2 de la Carta Magna. Lo que permite justificar su imposición cuando existan: *«circunstancias específicas de índole personal, familiar, sanitaria, laboral, tratamental u otras análogas que, para su debida atención, requieren del interno una mayor dedicación diaria que la permitida con carácter general en el medio abierto».*

Ahora bien, ¿cómo se determinan esas circunstancias? A través de una valoración profunda, global e individualizada del penado por la Junta de Tratamiento, en la que se tenga en cuenta factores de carácter personal, familiar, sanitaria, laboral, tratamental u otras análogas. Factores estos, que permitirán que se justifique su adopción; para lo cual, será necesario observar los siguientes criterios orientadores: *« Existencia de factores personales y sociofamiliares que favorezcan una integración socio-laboral; Culminación con éxito de programas de deshabituación de drogodependencias y otras adicciones previstos en el art. 182 RP, tras un tiempo suficiente de permanencia en los mismos que permita abordar con garantías la fase de reinserción; Existencia de un pronóstico favorable de reinserción social».*

²²⁵ Los Centros Abiertos o Centros de Inserción Social (CIS), se implementaron con la llegada de los medios telemáticos (art. 80 RP). La Administración penitenciaria española cuenta actualmente con 13 CIS independientes, es decir, unidades con equipo directivo, puestos de trabajo propio y completa autonomía de gestión. En tanto, que, existen 20 CIS dependientes, son aquellos que dependen funcional y administrativamente de un Centro penitenciario, dirigidos por un subdirector (BERMUDO CASTELLANO, 2019, p. 88, n. 3).

²²⁶ La Sección Abierta es un anexo o parte del Establecimiento penitenciario, que se destina a penados clasificados en el tercer grado de tratamiento, del que dependen orgánica y funcionalmente (art. 80.3). Actualmente, existen 19 secciones (Ibid. n. 4).

En este sentido, será la Junta de Tratamiento, el órgano competente para realizar el estudio-propuesta motivado para que se le ofrezca al penado así clasificado, este especial régimen de vida, -claro está-, para lo cual será necesario, su aceptación voluntaria previa de acogerse al art. 86.4, sin que, de ninguna manera sea coaccionado a aceptarlo. Comprometiendo de esta manera al penado en su propio tratamiento reintegrador.

¿Cuándo se produce? O, ¿en qué momento se puede aplicar el art. 86.4? Pregunta esta que resuelve la Administración Penitenciaria en los siguientes términos, esto es: *«podría producirse en la propuesta de clasificación inicial en tercer grado o en la progresión de grado si reúne los requisitos anteriormente citados, así como, en el cambio de modalidad o cuando tenga incorporados elementos de régimen abierto a su programa y reúna los criterios anteriores»*.

De acuerdo, a este último supuesto, se potencia el principio de flexibilización, posibilitando que, en circunstancias especiales, se pueda adoptar esta modalidad de cumplimiento de pena, en atención al programa de tratamiento individualizado y, no, en función de la clasificación del interno. Lo que en la práctica ha posibilitado la adopción del control telemático a internos clasificados en el segundo grado. Por consiguiente, su aplicación se orienta en consideración al perfil del sujeto monitorizado, que ha de ser de acuerdo a la lectura de la resolución aquí comentada, un sujeto de baja peligrosidad que, además, ha de contar con la suficiente acreditación de unas garantías de reinserción favorables.

De esta manera, la iniciativa para adoptar la aplicación del control telemático, siempre será formalizada por la Junta de Tratamiento, si esta luego del estudio individual del caso, considera que se llenan los extremos a los que ya se ha hecho referencia, los cuales se recogen en la Instrucción de la SGIIPP, vigente. Destacándose, que respecto a la última modificación, el cambio de algunos matices, más en función de los avances tecnológicos, que en función de la forma sustancial del procedimiento de aplicación. Matices tales como: que ya no es necesario, que el penado tenga en su domicilio una línea telefónica fija, ni que se requiera el consentimiento de sus familiares adultos que convivan en el domicilio donde se instalen los equipos de monitorización, para que pueda acogerse esta modalidad de régimen abierto. Cambios que se modificaron gracias a los avances tecnológicos de los distintos dispositivos electrónicos utilizados para proceder a efectuar

la monitorización telemática.

¿Qué criterios requieren expresas puntualizaciones? En la Instrucción se prevén dos casos:

1. Atención familiar – hijos menores.
2. Tratamientos y convalecencias médicas.

En el primer caso, se facilita y fomenta el cuidado de los hijos menores, por parte de sus progenitores, siempre y cuando se acredite que los hijos estén bajo su cargo. Medida que se considerará excepcional, salvo que no existan otras modalidades que se adecuen mejor, en función del interés superior del menor. O sea, buscando el entorno más adecuado para él. Prevalciendo en este sentido, los derechos del menor, conforme a lo establecido en el art. 17.4 del RP. Supuesto, este en el cual resultan especialmente beneficiadas las madres con hijos, para quienes se implementó tal supuesto, sin que se descarte su aplicación a los padres, en igualdad de condiciones.

Por otro lado, respecto al segundo caso, es decir, cuando se aplique en función de la atención a la salud del interno, adopción justificada conforme al derecho a la salud de los internos, establecido en el art. 3.4 de la LOGP; en este supuesto, se tomará en cuenta, dos supuestos: a) tratamiento de especial penosidad, en el que se regulan los casos de terapias antitumorales, los cuales se determinaran en atención a estrictos criterios médicos, duración y extensión de la autorización, según el informe o certificado médico oficial; b) recuperaciones en el domicilio²²⁷, especialmente, para los casos de enfermedades e intervenciones quirúrgicas puntuales.

²²⁷ Respecto a este supuesto de las convalecencias médicas, puede examinarse el Auto de la Audiencia Nacional de 1 de marzo de 2007 sobre la clasificación 0000544/2003 000 del interno José Ignacio de Juan Chaos, mediante el cual se acuerda aprobar la Propuesta de modelo de ejecución efectuada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Madrid VI, ratificada por la Dirección General IIPP en Resolución de fecha 28-02-2007, del interno *up supra* identificado. Con lo cual, la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario resuelve conceder al interno la clasificación inicial de segundo grado con aplicación del art. 100.2 del RP, imponiendo la medida de seguimiento y control, prevista en el art. 86.4 del citado instrumento, aplicando de esta manera uno de los supuestos extraordinarios de control telemático previstos en la Instrucción I 13/2006 de IIPP. En tal sentido, señala la Resolución: «Por ello, y para favorecer el tratamiento médico recuperador y los controles sanitarios precisos, el interno, una vez cause alta en el centro hospitalario, para continuar con tratamiento ambulatorio u otras medidas de seguimiento de la evolución de su estado de salud, se verá eximido de pernoctar en el establecimiento penitenciario, una vez se hayan aplicado los dispositivos de seguimiento telemático». Este caso, se trata de la aplicación del art. 100.2 del RP, que permite en casos extraordinarios flexibilizar por razones sanitarias el tratamiento del interno clasificado en segundo grado, conforme a la Instrucción I 13/2006, antes citada.

Para lo que será necesario resaltar que la Administración Penitenciaria, no admitirá su aplicación a los casos de ingreso hospitalario, ni a los de enfermedades graves e incurables, para los que existen otras alternativas legales. También, para regular su duración, la cual vendrá determinada de acuerdo al criterio médico descrito en el informe o certificado médico oficial, criterio que necesitará ser avalado por el médico del establecimiento, en el conste pronóstico inicial de convalecencia y plazos para su revisión. En estos dos supuestos, la Junta de Tratamiento, elaborará los correspondientes estudios-propuesta con la antelación debida para que se adopte la resolución o autorización correspondiente con el objeto de atender al fin perseguido.

En cuanto a las medidas de control y seguimiento, la Instrucción destaca que la medida ordinaria es la inclusión del interno en el sistema de monitorización electrónica. Lo que permite garantizar que con el uso de los dispositivos telemáticos se justifique el nivel de seguridad, en razón, de la fiabilidad en la aplicación de esta medida, estableciendo un programa individualizado de tratamiento: cronograma-horarios-duración. Con lo cual se acredita suficientemente la presencialidad del interno monitorizado en el factor espacio-temporal que se determine en dicho cronograma, elegido por la Junta de Tratamiento, de acuerdo, a las circunstancias particulares que demande el perfil de cada interno, necesidades laborales, etc. Buscando con esta medida, adecuar el programa de seguimiento a las circunstancias y objetivos particulares de cada penado monitorizado.

Asimismo, se regulan en la Instrucción otras medidas de diferente naturaleza, previéndose ocho supuestos, en los que no resulte viable, es decir, aplicable la monitorización electrónica por razones laborales o residenciales del penado, brindándosele al penado la posibilidad de escoger otras medidas no telemáticas que garanticen suficientemente el control sobre el interno, a las que denomina complementarias o sustitutivas de la localización telemática, que podrán consistir en:

« a) Visitas de un profesional del establecimiento al lugar de trabajo u ocupación del interno. b) Presentaciones del interno en una unidad de la Administración Penitenciaria. c) Presentaciones del interno en dependencias policiales o de la Guardia Civil. d) Comunicaciones telefónicas en uno u otro sentido. e) Comprobaciones relativas a la documentación de carácter laboral. f) Controles sobre actividades terapéuticas. g) Entrevistas con el interno por parte de

diferentes profesionales penitenciarios. h) Entrevistas con miembros de la unidad familiar del interno».

Dependiendo del tipo de medidas se exigirá un tipo de control presencial. Así, si se trata de una medida de monitorización electrónica, se exige un (1) control presencial cada quince (15) días; empero, para los supuestos en los que no sean aplicables los dispositivos electrónicos, se establecen dos (2) controles presenciales semanales, medida que se consolida, en atención a los principios de confianza y autoresponsabilidad, que en este último caso, serán mayores. Cabe destacar, que la periodicidad y cadencia de las medidas se adecuaran a los fines perseguidos en el programa de tratamiento. Es decir, en función de las circunstancias particulares y de las necesidades que surjan del estudio de cada uno de los casos. Así como también, la posibilidad de efectuar controles aleatorios, de acuerdo, a las circunstancias especiales de cada momento. Exigiéndose constancia de todos los controles aplicados, lo que permitirá llevar un registro de la efectividad y eficiencia del programa de seguimiento acordado, o sea, de su nivel de cumplimiento.

Ahora bien, esta resolución administrativa permite que los penados a los que se les aplique esta especial tipología de régimen abierto, disfruten de sus permisos y salidas de fin de semana, durante los cuales no se exige cumplir con los controles característicos de esta modalidad del tercer grado. No obstante, si se acredita cualquier incumplimiento por parte del penado monitorizado, inmediatamente, se requerirá su presencia en el centro penitenciario del cual dependa, con el objeto de recabar la información pertinente, lo que permitirá adoptar las medidas reglamentarias conducentes.

Finalmente, en relación al procedimiento utilizado por la Administración Penitenciaria para su aplicación, puede sintetizarse:

Primero, la elaboración del correspondiente informe-propuesta motivado por parte de la Junta de Tratamiento. Es decir, la iniciativa parte de la Junta de Tratamiento, con la ayuda y colaboración del Equipo Técnico, en la que luego, de elaborar un informe mediante el cual se evalúa en forma global y exhaustiva el perfil del candidato que cumpla los requisitos exigidos, tal y como, se mencionó en los acápites anteriores, se procederá formular la propuesta correspondiente de aplicación del tercer grado con control telemático, adjuntando al informe la aceptación voluntaria de penado a favor de quien se

elabora la propuesta.

Segundo, una vez realizado el informe-propuesta motivado y, adjuntada la aceptación del interno, se eleva la propuesta actualmente al director del establecimiento al que pertenece el candidato, conforme a la orden INT/1117/2010, de 19 de abril, que faculta a los directores de los centros penitenciarios a decidir sobre la autorización o no de la aplicación del tercer grado con control telemático, prescindiendo ya, de la remisión obligatoria a la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social (Servicio de Tratamiento), siempre y cuando la opción de la delegación, este presente, de lo contrario, se deberá elevar la propuesta a este último órgano²²⁸. Con la delegación de esta facultad se busca descentralizar y agilizar la toma de decisiones, en otras palabras, desburocratizar el procedimiento. En cuyo caso, si el director del establecimiento decide autorizar la monitorización, elabora y remite una comunicación al Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP en adelante), mediante el cual le informa de la resolución que acuerda la aplicación del control telemático, art. 86.4 del RP. Asimismo, se exige que se le participe al JVP del acuerdo que ponga fin a la monitorización electrónica.

Tercero, se establece una revisión periódica de la medida, cada seis (6) meses, con el objeto de evaluar el grado de cumplimiento de los objetivos planteados en el correspondiente programa de tratamiento del penado monitorizado; se procederá a valorar todo tipo de incidencias, como manipulación de equipos o dispositivos, la existencia de riesgos de quebrantamientos, mal uso, comisión de nuevos delitos, etc. En estos casos, se faculta al director del establecimiento a suspender provisionalmente la medida hasta tanto se produzca la nueva resolución. Por otra parte, la medida puede prorrogarse si persisten los motivos mediante los cuales se procedió a aplicar la medida o si surgen nuevos motivos que justifiquen la extensión de esta. En caso contrario, la Junta de Tratamiento, formulará la propuesta de cambio en la situación del interno.

Ante la manifiesta laguna que deja el art. 86.4 del RP, la DGIIPP dicta la Instrucción 13/2001, de 10 de diciembre, mediante la cual se fija el procedimiento para su aplicación,

²²⁸ Conviene en este punto destacar, que cuando el supuesto elegido por el interno sea la monitorización por otras medidas de control, es decir, por aquellas que no impliquen la monitorización electrónica, caso en el cual, no se prevé delegación alguna en la orden INT/1117/2010, de 19 de abril, necesariamente, se elevará la propuesta a la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social, con el objeto de esta resuelva si autoriza o no el control complementario del penado.

con el objeto de apaciguar el evidente vacío del mencionado precepto. Instrucción que resulta derogada por la Instrucción 13/2006, de 23 de agosto, que finalmente resulta también derogada por la Instrucción 8/2019, de 23 de abril, que se dictó por la Secretaria General IIPP, para actualizar el procedimiento de aplicación del art. 86.4 del RP; modalidad que ya había superado en el ordenamiento español, las dos décadas de aplicación y, por tanto, se convierte en la Instrucción que se encuentra vigente y, en consecuencia, la que regula la aplicación del tercer grado con control telemático. Es decir, con la finalidad de hacer operativo la puesta en práctica del tercer grado con control telemático; iniciativa que se utilizó como la única vía para poder aplicar este especial régimen de vida, ante -la falta de regulación de su procedimiento-.

Finalmente, la empresa encargada de proveer los dispositivos electrónicos en España, pulseras o tobilleras electrónicas, luego de un proceso abierto de licitación, por concurso público, fue adjudicada a Elmo-Tech, 3M o Attenti, que en realidad se trata de la misma empresa, pero, que ha cambiado de denominación por procesos internos de compra de acciones o adsorciones posteriores. Muy importante, adaptando las prescripciones del contrato a los avances tecnológicos. Cabe destacar, que únicamente, la empresa se encarga a través de una empresa subcontratada de instalar los equipos, quedando en manos de la Administración penitenciaria la supervisión y vigilancia de los programas y de las condiciones de cumplimiento del control telemático (BERMUDO CASTELLANO, 2019, p. 89).

2.2. El Tercer grado con control telemático y el principio de legalidad

El principio de legalidad es, sin duda, una de las garantías básicas del Estado social y democrático de Derecho, que se proclama expresamente en la Constitución Española²²⁹. De manera que toda regulación jurídica que pretenda incorporarse al ordenamiento español debe, inescindiblemente, sujetarse al principio de legalidad, como tamiz obligatorio para adecuarse al modelo constitucional elegido democráticamente, lo que, configura en sustancia el sometimiento pleno al Estado de Derecho.

Por consiguiente, el aforismo clásico del Derecho penal, cuya paternidad se le asigna a

²²⁹ Vid. Art. 25.2 CE

FEUERBACH: «*nullum crimen nulla poena sine lege*» es extensivo al ámbito de la ejecución penitenciaria, lo que quiere decir, que no debe existir pena que no esté prevista en la Ley; ni tampoco, que su cumplimiento y ejecución no se encuentre legalmente establecida. O sea, el cumplimiento de la pena, en cualquiera de sus modalidades y formas, sólo puede estar regulado en una Ley. Entonces, la pena, su ejecución y cumplimiento es materia reservada sólo a la Ley, de acuerdo al principio de legalidad.

Es a partir de 1979 que España adopta la reserva de ley en el ámbito de la ejecución penitenciaria, adecuando su normativa penitenciaria a la exigencia del principio de legalidad, como premisa del modelo constitucional adoptado en 1978. Materia esta, que anteriormente se regulaba por vía de reglamento²³⁰, fue superado con la promulgación de LOGP. Una conquista del Derecho penitenciario español que asumió el principio de legalidad en materia penitenciaria, tradición que cuenta ya, con más de cuatro décadas. Pues bien, esta larga tradición se ha visto resquebrajada con la incorporación del tercer grado con control telemático, por vía reglamentaria, lo colisiona con el principio de legalidad en materia penitenciaria en España.

Ahora bien, la Administración penitenciaria dicta una “Instrucción”, no para “desarrollar” el tercer grado con control telemático previsto en el RP, lo que ya en sí, constituía una violación al principio de legalidad penitenciaria, sino, para regular *ex novo* situaciones no previstas en el art. 86.4 del referido instrumento, sin las cuales, no era posible materializar esta específica modalidad del régimen abierto y, por consiguiente, requerían ser reguladas, es decir, fijadas en un procedimiento, dado, por supuesto, la manifiesta insuficiencia legislativa de la única norma que introdujo el tercer grado con control telemático en el ordenamiento español, por vía exclusivamente reglamentaria; con lo cual, la Administración penitenciaria se extralimita de sus funciones, al establecer por esta vía -administrativa interna- el procedimiento regulatorio del control telemático, como especial modalidad del tercer grado. Extralimitación que ya se había configurado -en estricto rigor- al dictar y promulgar el punto cuatro de la mencionada norma, sin que esta especial modalidad de cumplimiento de pena estuviere prevista en una Ley, por cuanto, como lo sostiene acertadamente la mayoría de la doctrina, esta previsión ha debido partir de una Ley Orgánica, tanto, por su contenido: al afectar derechos fundamentales y

²³⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Lecciones... op. cit.*, p. 52.

libertades públicas; como, por su procedimiento: en la medida que requiere de un procedimiento especial para aprobación y elaboración de este tipo de normas.

De manera que, en atención al mandato constitucional que rige este tipo de materias, no podía legislarse invadiendo el ámbito competencial asignado a la Ley. Ya que, como sabemos: no puede ejecutarse pena alguna, sino, en la forma prevista en Ley.

La ejecución de las penas ha de ser prescrita en la Ley, atendiendo al principio de legalidad, que se extiende también a la ejecución penitenciaria. En este sentido, conviene hacer mención del fundamento jurídico que le da contenido a este principio en el marco del ordenamiento español, de manera que, de conformidad con los arts. 25.2²³¹ y 81.1 y 2²³², de la CE; en armonía, con el arts. 3.2²³³ y 35²³⁴ CP; concordantes, con el art. 2 LOGP²³⁵ y el art. 31.1 y 2²³⁶ del RP, es la Ley la única vía que permite regular las penas, su cumplimiento y su ejecución; todo lo cual, debe ser concatenado con la Regla núm. 2 de la Reglas Penitenciarias Europeas²³⁷, que en forma palmaria establecen el principio de legalidad penitenciaria, el cual se vulnera con la previsión del art. 86.4 del RP. Vulneración, que se extiende hasta la Instrucción dictada por la Administración penitenciaria para rellenar el vacío dejado la norma mencionada. Lo que en definitiva, acredita la conculcación del principio de legalidad, en este sentido.

²³¹ Art. 25.2 CE: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. **El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria...**».

²³² Art. 81 CE: «1. **Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas**, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. **La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso**, en una votación final sobre el conjunto del proyecto».

²³³ Art. 3.2 CP: «**Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita en la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. (...)**».

²³⁴ Art. 35 CP: «Son penas privativas de libertad... la prisión... **Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código**».

²³⁵ Art. 2 LOGP: «La actividad Penitenciaria se desarrollará con las garantías y **dentro de los límites establecidos por la Ley**, los reglamentos y las sentencias judiciales».

²³⁶ Art. 31 RP: «1. **La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley.** 2. **Los derechos de los internos sólo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las leyes**».

²³⁷ Art. 2 Reglas Penitenciarias Europeas: «**Las personas privadas de libertad conservan todos sus derechos, salvo aquellos que les hayan sido retirados de acuerdo con la ley por su condición de condenados a una pena de prisión o sometidos a prisión provisional**».

De donde se deduce, que el principio de legalidad se debe respetar con mayor celo en la ejecución penitenciaria, ello, porque es la etapa donde se despliega el alcance y poder de la respuesta punitiva, en toda su expresión; es decir, donde materialmente, el Estado afecta derechos fundamentales al ejecutar la pena, lo que sólo es plausible si tal ejecución viene establecida en la Ley. Sin cuya previsión, se estaría incurriendo en una arbitrariedad propia de estadios punitivos ya superados.

Por consiguiente, tal actividad ha de estar expresamente prescrita en la Ley, de forma que, mediante su regulación legal, se evita que la Administración penitenciaria no se extralimite en la ejecución de la pena; sirviendo en este sentido, la Ley de escudo protector para evitar que la ejecución de esta especial modalidad de pena se convierta en un acto arbitrario y discrecional de la Administración, dado, su excesivo poder para limitar, restringir o afectar derechos fundamentales de los internos que se encuentren bajo su disposición; que para mayor abundamiento, ostentan una posición especialmente vulnerable, dada su condición de reclusos y, de acuerdo, a su especial relación de sujeción. Lo que debe, considerablemente, hacer sonar las alarmas para que la regulación parta -necesariamente- de la LOGP, si se quiere -hacer respetar el principio de legalidad penitenciaria- en el ordenamiento español.

A este respecto, debe evitarse el quiebre del principio de legalidad, debido a la laxitud de su regulación, y con ello, a la falta de rigidez en la expresa delimitación de materias que -únicamente pueden ser prescritas en la Ley-; provocando con ello, no sólo la interferencia reglamentaria en el ámbito competencial exclusivo de la Ley, sino incluso, llegando al extremo de relajar este principio hasta Circulares o Instrucciones que violan flagrantemente la reserva de Ley y, por tanto, la seguridad jurídica propia de un Estado social y democrático de Derecho²³⁸. Seguridad jurídica de la que inexorablemente, debe, revestirse toda limitación a los derechos fundamentales y libertades públicas, de la población reclusa en España.

Esta visión relajada, ha provocado que por vía reglamentaria, mejor dicho, por vía de Instrucciones se invada las competencias expresamente reservadas a la Ley, y, que se

²³⁸ Art. 1.1 CE: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

pervierta el propósito de la norma, que permite que, en lugar, de desarrollar la Ley, se creen nuevas y definitivas regulaciones por efecto de comunicaciones administrativas “no vinculantes”; que de este modo, limitan, sin duda, el ámbito de la Ley. Es decir, permitiendo que por esta vía se establezcan restricciones *ex novo* que carezcan de la más mínima cobertura legal. Con lo cual, no se respeta el principio de jerarquía normativa establecido en el artículo 9.3 de la CE²³⁹. Asimismo, lo no previsto en la Ley, jamás podrá ser regulado en el Reglamento y, por tanto, permitir tal relajación, es violar el principio de legalidad. En consecuencia, la falta de regulación legal expresa, en esta materia -control electrónico penitenciario-, es una protuberante violación de este principio, aunque se regule lacónicamente en el RP.

Recuérdese que la insuficiente regulación del control telemático en el RP, ha provocado que esta extralimitación se extienda al ámbito administrativo interno de la Administración penitenciaria, al tener que regular por vía de Instrucción, una materia exclusivamente reservada a la Ley, lo que sin duda, viola el derecho a la libertad previsto en el art. 17.1 de CE²⁴⁰; así como también, el principio de resocialización protegido en el art. 25.2 de la Carta Magna²⁴¹.

Ha de quedar claro que las Instrucciones, Circulares y Órdenes de Servicio dictadas por la DGIIPP, no son “normas jurídicas” en sentido estricto, como ya se advirtió en los acápites anteriores y, por consiguiente, no son espacios creadores de Derecho, conforme al art. 6.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015, de 01 de octubre)²⁴², como directrices de actuación, mediante las cuales los órganos administrativos superiores dirigen, ordenan y dictaminan mandatos de actuación, con el propósito de delegar funciones y actividades a sus órganos dependientes, para que estos,

²³⁹ Art. 9.3 CE: «**La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.**».

²⁴⁰ Art. 17.1 CE: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de los establecido en este artículo y **en los casos y en la forma previstos en la ley.**».

²⁴¹ Art. 25.2 CE: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social... ».

²⁴² Ley 40/2015, de 01 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: Art. 6. **Instrucciones y órdenes de servicio.** 1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio».

las ejecuten en cumplimiento del mandato superior²⁴³.

Además, la Administración penitenciaria dirige las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante este tipo de comunicaciones internas, según se dispone en la Disposición Transitoria Cuarta del RP de 1996; esto es, una directriz que funge como criterio de interpretación para la actuación del órgano dependiente, que no puede normar, regular ni exceder la voluntad de la Ley, si esta, por el contrario, no prevé tal situación.

Pero, es que, además, tampoco puede, por esta vía, innovar el ordenamiento jurídico; en dos platos, no puede regular situaciones nuevas, establecer condiciones, trámites, crear requisitos a terceros ajenos a la Administración penitenciaria, o a sus órganos dependientes, demás instrumentos y, mucho menos, fijar un procedimiento para cumplir una pena privativa de libertad por vía de una Instrucción administrativa, si, tal procedimiento no está previsto en la Ley²⁴⁴.

2.3. Debate constitucional: tercer grado telemático

La Instrucción “administrativa” que regula esta modalidad del tercer grado con control telemático, a la que acude la Administración penitenciaria, no constituye en puridad de rigor una “norma jurídica”. Lo que confirma de forma concluyente su insuficiencia normativa. Es decir, su falta de regulación legal adecuada; carencia esta, que no puede

²⁴³ Al respecto, CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho penitenciario... op. cit.*, p. 56. Autora que en relación a las Circulares e Instrucciones Penitenciarias, sostiene: «En el ámbito administrativo hay que tener en cuenta las Circulares e Instrucciones dictadas por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias para ordenar el régimen interno de los establecimientos, aunque a veces entran en aspectos legales y reglamentarios. Este tipo de normas según el art. 21.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común permite que los órganos administrativos dicten directrices a sus inferiores jerárquicos. Dado su carácter interno de organización, no deben ocuparse de aspectos sustanciales ni regular lo no previsto en la Ley y en su Reglamento, exigencia que no siempre se cumple como lo demuestra el contenido de alguna de ellas ya derogadas como pueda ser la Instrucción 21/96 de 16 de diciembre sobre régimen y seguridad de los internos FIES o la Instrucción 22/96 de 16 de diciembre sobre tablas de riesgo para concesión de permisos de salida». Pues bien, esta exigencia de la que nos habla CERVELLÓ DONDERIS, tampoco se cumple con la I 8/2019, sobre la aplicación del control telemático, al entrar a ocuparse de aspectos sustanciales y regular lo no previsto en la LOGP.

²⁴⁴ Conviene hacer mención aquí, a un caso en el cual se declaró que una “instrucción” contravenía el principio de jerarquía normativa. Vid. LEGANÉS GÓMEZ, S.: *Clasificación penitenciaria... op. cit.*, pp. 170 y 171. Al respecto, afirma: «En este sentido se pronuncia el Auto del Juzgado de Vigilancia Nº 5 de Valencia, de fecha 13 de abril de 2011, al indicar que esta instrucción va más allá de lo previsto en el art. 108 RP, por lo cual no puede servir de fundamento jurídico para aplicar una regresión provisional». Argumentos estos, enteramente trasladables al caso de la regulación por vía de instrucción del tercer grado con control telemático.

ser complementada por vía de una Instrucción, toda vez, que no es el instrumento normativo apropiado, adecuado e idóneo para regular este innovador instituto penitenciario; dado -ratifico- la especial trascendencia de la institución jurídica examinada; por tanto, no puede delegarse el grueso de su regulación a una Instrucción dictada por la Administración penitenciaria, lo que constituye, en estricto *sensu*, una delegación administrativa del órgano superior, -DGIIPP para que sus subordinados CIS cumplan con ese mandato superior-, en la medida, que dicha Instrucción sólo ha de tener efectos puertas adentro de la institución, o sea, sus efectos resultan vinculantes en estricto rigor para toda dependencia de la Dirección General; sin pretender, que dicha regulación “administrativa”, tenga efectos *erga omnes* -hacia terceros ajenos a la institución-, como si lo tendría una Ley Orgánica.

Sin embargo, como lo sostiene VEGA ALOCÉN (2010): «La regulación jurídica es tan deficiente que la Instrucción adquiere en la práctica una relevancia decisiva»²⁴⁵. Relevancia esta que no se justifica, en consideración, a la seguridad jurídica que ha de impregnar este tipo regulaciones que fijan el procedimiento y los trámites de los sistemas de vigilancia telemática, en el ámbito penitenciario, del tercer grado. Máxime, cuando con su aplicación se afecta derechos fundamentales y libertades públicas, lo que evidencia, la vulneración del principio de jerarquía normativa, del que no escapa el modelo español. Principios nucleares que se encuentran expresamente establecidos en la CE. Con lo cual, se reviste esta institución de una dudosa constitucionalidad.

En sentido similar, PARÉS I GALLES, advierte con razón, que: «...parece que el legislador [...] no se atrevió a introducir la modalidad de control electrónico en el catálogo de penas del CP de 1995, [aunque] haya, no obstante, dejado la puerta abierta para una cierta experimentación en el ámbito penitenciario»²⁴⁶. No obstante, esta experimentación a que hace referencia el autor citado, no puede desconocer la normativa constitucional, mucho menos invadir el principio de reserva normativa, que impone que estas materias sean especialmente reguladas en una Ley. Regulación reglamentaria que evidencia un defecto de técnica jurídica, como acertadamente lo afirmó VEGA ALOCÉN, cuando aludiendo a las deficiencias técnicas del art. 86.4 del RP, destaca en relación a la insuficiencia normativa, como primer defecto de la norma mencionada, que:

²⁴⁵ *Ibid.* p. 4.

²⁴⁶ Vid. PARÉS I GALLES, R., «Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro»... p. 270.

Un Reglamento no es la norma más apropiada para regular una figura de tanta trascendencia. Lo correcto hubiese sido su regulación mediante una Ley Orgánica. Las dos razones siguientes demuestran esta teoría: la posible vulneración de derechos fundamentales y la anticipación de la libertad efectiva²⁴⁷.

Estas dos razones hacen que la regulación del tercer grado con control telemático deba necesariamente partir del marco de la LOGP, por cuanto, con su aplicación se afectan directamente los derechos fundamentales a la dignidad, intimidad, privacidad y la igualdad de los penados que resulten monitorizados electrónicamente; afectación, que obliga a que su regulación no pueda en modo alguno efectuarse por una norma jerárquicamente inferior a la Ley, mucho menos permitir que el procedimiento de aplicación de esta modalidad de pena se regule mediante una comunicación administrativa, incluso, jerárquicamente inferior a un Reglamento, esto es: una Instrucción.

Además y, para mayor abundamiento, ningún derecho fundamental es en estricto rigor renunciabile, como parece aceptarlo la mayoría de la doctrina, dándole carta de naturaleza y visos de legalidad a una regulación que viola de manera manifiesta el ámbito competencial asignado constitucionalmente a la Ley. Porque no puede afirmarse que es legal asesinar a un ser humano, sólo porque este haya prestado su consentimiento. O, tampoco pudiera retenerse y privarse de libertad a ninguna persona, solo porque la misma haya prestado su consentimiento. Además, en qué circunstancias y bajo qué garantías se concedió dicho consentimiento. El consentir su afectación, no significa renunciar al derecho fundamental, significa renunciar a su ejercicio, en otras palabras, el derecho fundamental es irrenunciabile, es decir, siempre ha de ser garantizado por el Estado, por lo que, goza de una protección reforzada, al estar positivizado en la Carta Magna.

No obstante, su afectación es plausible, siempre y cuando, esa afectación se justifique legalmente. En definitiva, es la Constitución la que establece la única vía que permite afectar derechos fundamentales, esto es, sin ningún género de duda: a través de la Ley.

Lo que permite concluir que la actual regulación del tercer grado con medios de control telemático es una regulación sumamente insuficiente, que viola la jerarquía normativa por

²⁴⁷ *Op. cit.*, p. 5

la especial materia que regula y, por consiguiente, los derechos fundamentales que directamente resultan afectados o que puedan resultar con su aplicación, en la esfera subjetiva de los internos que se sometan a ella; lo que, por supuesto, carece de una adecuada regulación legal.

Adecuar el marco normativo de esta especial institución penitenciaria es una necesidad que no es posible seguir aplazando, su rápido acometimiento representará en igual proporción, su correcto desarrollo, progresión y expansión a otros nuevos escenarios, lo que dotaría de un mejor piso jurídico a esta modalidad novedosa e innovadora del tercer grado. Piso que estará justificado si su regulación se origina de una Ley Orgánica, conforme se prevé en los arts. 25.2 y 81.1 y 2 de la Carta Magna; de lo contrario, se estará contribuyendo a un estancamiento de su progresión y desarrollo en el campo de las penas del ordenamiento español.

Ahora bien, lo que es cierto, es que el artículo 86.4 regula la figura más novedosa; que constituye, sin ambages, la experiencia más innovadora que se haya adoptado en el campo penitenciario español, a lo largo de su historia penitenciaria. Con la cual, se ha hecho ingresar los avances tecnológicos en el Derecho penitenciario, lo que, sin duda, transformará sus estructuras tradicionales. No obstante, tal y como acertadamente lo afirmó VEGA ALOCÉN:

Ni el legislador, ni la administración penitenciaria, ni la doctrina científica lo saben todavía, ni siquiera lo sospechan; pero se ha producido un acontecimiento insólito en el ordenamiento jurídico español, el nacimiento de una nueva institución: la libertad con control telemático (...) La necesidad apremiante de acometer una reforma legislativa para subsanar los defectos de técnica jurídica y la expansión imparable de esta experiencia novedosa, le obligaran a buscar la solución más acertada, que no es otra que la creación de una nueva institución jurídica: la libertad con control telemático. Sólo es una cuestión de tiempo²⁴⁸.

Este mecanismo de ejecución penal se ha venido convirtiendo a lo interno de la actividad penitenciaria como el instrumento preferido por la población reclusa clasificada en el

²⁴⁸ Vid. VEGA ALOCÉN, M.: *El tercer grado con control telemático...* p. XVIII.

tercer grado. De acuerdo al nivel de aceptación y preferencia de la vigilancia electrónica, en el tercer grado. Lo que representa una buena señal, para buscar perfeccionarle, haciendo de ella una opción custodial más viable dentro de las distintas opciones que permitirán anticipar o adelantar la libertad efectiva de los penados a estadios más seguros y positivos, que hagan viable su real resocialización, esto es, su inserción social en un marco más respetuoso con sus derechos fundamentales. Lo que permitirá mayores garantías para su adopción y aplicación.

La insuficiencia técnica-jurídica de la actual regulación, representa un escollo que no permite desarrollar el instituto y hacer progresar el necesario despeje de este especial mecanismo de control formal institucionalizado, dentro de un marco de garantías que haga particularmente viable su adopción. Adopción que necesariamente tiene que partir de una previsión normativa puntualizada y desarrollada -insisto- desde una Ley Orgánica, mediante la cual se prevea esta innovadora opción custodial de la mano de la técnica y de los avances científicos.

Sus condiciones básicas de adopción, presupuestos, condicionamientos, requisitos, en fin, toda la normativa relacionada con su tramitación y aplicación, lo que, una vez establecido en un marco normativo acorde con la regulación legal de este tipo de mecanismos, permitirá ampliar y desarrollar el instituto, por vía reglamentaria, -siempre que su previsión parta, repito, de una Ley -, dada la especial trascendencia de la materia que toca y del ámbito de aplicación para el cual resulta erigida, es decir: la ejecución penal.

Con lo cual, el origen de esta institución es una decisión poco acertada, ello en razón, de que tal y como lo sostiene la mayoría de la doctrina, se llega a ella por una vía legislativa no acorde con la entidad y los derechos fundamentales que pueden verse afectados o comprometidos con el uso de sistemas y medios telemáticos de vigilancia, como: el derecho a la intimidad y a la privacidad. Por consiguiente, se evidencia una falta de ponderación y, por tanto, una regulación que además de insuficiente viola la jerarquía normativa y el ámbito competencial asignado a la Ley.

Asimismo, el elegir este camino para hacer ingresar el control telemático, representa una decisión poco coherente y, debidamente equilibrada, que genera más tropiezos que avances en su progresión y desarrollo. No se puede seguir esta línea, si se desea cumplir

los mandatos que en materia de ejecución de penas exige la Constitución. Incluso, no sólo es que se utiliza la vía reglamentaria para incorporar este mecanismo especial de cumplimiento de pena, sino que además, se recurre una vía normativa inferior a la reglamentaria para darle cuerpo al procedimiento, esto es, la de las comunicaciones administrativas que regulan las relaciones internas de la administración pública, -como ya se dijo en los acápites anteriores-, al elegir una “Instrucción” para fijar el procedimiento de aplicación del art. 86.4 del RP. Situación que compromete seriamente la supuesta constitucionalidad del tercer grado con control telemático en España.

En este sentido, puede afirmarse que su entrada y admisión ha debido ser, sin duda, por vía de la aprobación de una Ley Orgánica²⁴⁹ y, no, de acuerdo una disposición reglamentaria, siendo en consecuencia delegada legislativamente a la Administración penitenciaria, para que esta, incorporara -insisto- por esta vía el tercer grado con control telemático en el modelo español, a pesar de que, tal regulación toca indefectiblemente derechos fundamentales y libertades básicas de los reclusos; quienes, en última instancia, deciden voluntariamente su adopción; circunstancia esta, mediante la cual, se intenta dar visos de legalidad a esta opción custodial reglamentaria. Sin embargo, el legislador ya no puede esconderse más tiempo, para regular de *lege ferenda* esta institución, por vía de una Ley Orgánica²⁵⁰. Es decir, la regulación del control telemático ha de realizarse e incorporarse con una reforma de la LOGP; texto este, a través cual, tiene que necesariamente partir su regulación al ordenamiento español, dando estricto cumplimiento al mandato constitucional, que obliga a que estas materias sean reguladas por una Ley Orgánica.

En este sentido, se denuncia desde la doctrina especializada en la materia, su marcada insuficiencia normativa (previsión exclusivamente reglamentaria), así como una serie de deficiencias técnicas, como la transgresión de la reserva jurisdiccional (su aplicación y adopción no la decide un juez, o sea, no parte de una decisión judicial, sino por el contrario la decide la Administración penitenciaria), su manifiesta ambigüedad e indeterminación

²⁴⁹ Conforme se establece en el art. 81 CE.

²⁵⁰ Sobre este punto, puede consultarse en extenso a LEGANÉS GÓMEZ, quien al respecto escribe: «Estamos de acuerdo en que esta forma de ejecución debería de estar recogida en LOGP, pues aunque es una ley relativamente moderna (sólo tiene veinticinco años de vigencia) no podía prever este tipo de avances tecnológicos, con lo cual sería oportuna su reforma». Cfr. LEGANÉS GÓMEZ, S., *La clasificación penitenciaria: Nuevo régimen jurídico*, 2ª ed., Madrid: Editorial Dykinson, 2006, p. 159.

jurídica (una regulación manifiestamente indeterminada, superficial y genérica), que resulta desarrollada por vía administrativa, mediante instrucciones administrativas que en rigor no pueden tener efectos hacia terceros y, por tanto, se evidencia su palmario quebrantamiento de la jerarquía normativa (por su falta de previsión legal), que ha de exigirse, sin duda, a este tipo de regulación normativa.

Lo que convierte, más que por defecto que por coherencia legislativa, en el instrumento normativo que pasa a regular *inextenso* la operacionalización de la institución del tercer grado con medios de control, en el sistema penitenciario español. Razón por la cual, ante la falta de regulación y el vacío que deja la norma del art. 86.4 del RP, la Administración penitenciaria recurre para corregir y llenar ese vacío a la emisión de esa Instrucción.

El que se genere un debate constitucional sobre este punto, es tan necesario, para proceder a buscar mecanismos que de acuerdo al principio de legalidad y al irrestricto respeto de los derechos humanos no choquen abiertamente con la Constitución Española.

2.4. Normativa Internacional

2.4.1. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mándela)

Dentro del ámbito internacional²⁵¹, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los

²⁵¹ BUENO ARÚS, F.: «Las reglas penitenciarias europeas», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Núm. 238, Madrid, Ministerio de Justicia, p. 11. Como antecedentes de la normativa internacional, el autor afirma que: «la idea de elaborar unas reglas internacionales para el tratamiento de las personas privadas de la libertad, en el contexto de las corrientes reformistas del siglo pasado y principios del actual, procede de 1925, cuando Maurice Wallès, Director de Prisiones de Inglaterra y Gales así lo propuso a la Comisión Penitenciaria Internacional (luego, Comisión Internacional Penal y Penitenciaria)». En igual sentido y, sobre el trabajo de esta comisión, RIVERA BEIRAS, ilustra que: «En 1929, esta comisión aprobó la primera versión de un Conjunto de Reglas para el Tratamiento de los Reclusos que, a su vez, desarrollaba criterios establecidos en los congresos penitenciarios internacionales». Cfr. RIVERA BEIRAS, I.: *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*, Volumen I, 2ª edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 138. A propósito de los congresos penitenciarios internacionales, puede consultarse en extenso a CADALSO, F. (1922), *Instituciones penitenciarias y similares en España*, Madrid, José Góngora Impresor (Biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona), pp. 831 y siguientes. El autor afirma que estos congresos comienzan a celebrarse en Europa -Frankfurt, Alemania-, en 1846. Un año después, se celebra en Bruselas, posteriormente, adoptan una periodicidad aproximada de una vez cada cinco años. Celebrándose los de Londres, Estocolmo, en el que se constituye la Comisión Penitenciaria Europea, en 1878, Roma, San Petersburgo, París, Bruselas, Budapest, Berlín. Encuentros, de donde surge la necesidad de fijar criterios internacionales para el tratamiento de reclusos: legislación penal, arquitectura penitenciaria, delincuencia juvenil, etc. Estas ideas, se extienden a América, puntualmente, a los EEUU, en donde se celebran los congresos de Baltimore, San Luis, Nueva York, New Port y Cincinnati, que fue el

Reclusos (RM, en lo adelante), fueron adoptadas inicialmente por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra, el 30 de agosto de 1955, siendo aprobadas por el Consejo Económico y Social de la ONU, mediante resolución 663 C (XXIV) de 31 de julio de 1957. Estas reglas constaban en su primera versión de observaciones preliminares y dos partes con 94 reglas. Se trató de un punto de partida importante para reconocer la necesidad de protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, estableciendo un conjunto de principios y buenas prácticas en materia penitenciaria, con el objeto de fijar criterios orientadores o estándares mínimos en el manejo de la población reclusa: condenados y preventivos; aportando de esta manera a las Administraciones penitenciarias de los países miembros criterios o directrices no vinculantes que permitían adaptar sus legislaciones nacionales a los principales avances en esta materia, con la finalidad de propiciar la protección de un sector de la población, bastante olvidado por la sociedad. Reconociendo con esta declaración conjunta la necesidad de proteger la dignidad humana de las personas privadas de libertad.

Es necesario sobre este punto, destacar que la protección de los derechos humanos no ha sido una tarea fácil, como bien, se ha encargado de evidenciarlo la historia. No obstante, la protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, además, de ser un tema polémico, solapado y esquivo para el resto de la sociedad, es un tema que tiende a pasar al olvido; circunstancia esta, que propició la necesidad de promulgar un conjunto de reglas mínimas por parte de la Organización de las Naciones Unidas (en lo adelante, ONU), con el objeto de significar la importancia de la protección de este grupo especialmente vulnerable de seres humanos. Lo que ha permitido que los países miembros adopten criterios progresistas en la gestión penitenciaria.

Pasados más de medio siglo desde que se adoptaran las RM, se acoge en el seno de las Naciones Unidas, la necesidad de actualizar, ampliar y modernizar tales principios y reglas, con el objeto de acoger los avances más significativos de la ciencia penitenciaria. Es así como, el 17 de diciembre de 2015, se adopta una nueva versión revisada,

primer congreso internacional celebrado en América. En lo que a España se refiere, fue participando progresivamente y, por consiguiente, celebra por primera vez en 1909, el Congreso Nacional de Valencia, luego, el de La Coruña, en 1914, y el de Barcelona, en 1920. A raíz de los cuales, se propició la necesidad de fijar criterios uniformes en materia de tratamiento de reclusos.

actualizada y ampliada de las RM por unanimidad en la 70ª sesión de la Asamblea General de la ONU. Constan, ahora, de cuatro observaciones preliminares, y un conjunto de 122 recomendaciones en las que se detallan principios rectores como: dignidad humana, prohibición de tortura, seguridad, no discriminación, objetivo de las penas y medidas de prisión, etc.

Asimismo, se detallan un conjunto de materias como: centros de reclusión, régimen penitenciario, gestión de expedientes, alojamiento, higiene personal, ropa y camas, alimentación, servicios médicos, disciplina y sanciones, contacto con el mundo externo, entre otras materias. Esta labor de revisión, significó un proceso que inicio en el año 2010, cuando se conformó una comisión de expertos que tenía como finalidad presentar una propuesta de actualización de las RM, dado los avances ocurridos en la ciencia penitenciaria en las cinco décadas de trayectoria con las que ya contaba este instrumento internacional de protección de derechos humanos de la población privada de libertad, desde su aprobación por Naciones Unidas; es decir, desde que tales estándares mínimos habían sido aprobados; con lo cual, se decidió ampliar e incorporar nuevas estrategias en el ámbito penitenciario, para buscar establecer, más y mejores condiciones dignas de reclusión.

En este sentido, las RM describen en la observación preliminar número 1, que «El objeto de las siguientes reglas no es describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sino únicamente establecer, inspirándose en conceptos generalmente admitidos en nuestro tiempo y en los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados, los principios y las reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos»²⁵².

Ahora bien, este conjunto de criterios orientadores, conforme se establece en la observación preliminar 2, constituyen un conjunto de condiciones mínimas admitidas por Naciones Unidas, que servirán para reorientar las políticas penitenciarias de los países miembros a los estándares internacionales más avanzados de su tiempo, con el objeto, de hacer respetar los derechos humanos de los privados de libertad y, con ello, adoptar mejores condiciones de vida de la población reclusa en prisión. Resaltando en el punto 2

²⁵² Cfr. Reglas Nelson Mandela, disponible en: <http://fileserv.idpc.net/library/Nelson-Mandela-rules-SPA.pdf> (Consulta 05 de julio de 2021).

de la observación en cuestión la necesidad de adoptar los cambios en esta materia, por lo que, se establece la necesidad de acometer una reflexión intelectual que evoluciona constantemente y, para la cual, es necesario, establecer un marco de respuestas, acorde con las necesidades y cambios de nuestro tiempo.

En ese sentido, se fomenta una posición aperturista respecto a la adopción de nuevos experimentos y prácticas siempre que estos se ajusten a los principios e impulsen los propósitos que se desprenden del texto en su conjunto. Lo que permite a las Administraciones penitenciarias que se guíen por ese espíritu reflexivo-transformador y, se les permita siguiendo tales principios autorizar excepciones.

Asimismo, se establece en la regla 1 un criterio teleológico que impregnará todo el sistema, esto es, que: «Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario. Se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos, el personal, los proveedores de servicios y los visitantes».

Esta regla consagra el principio de dignidad humana que ha de ser especialmente garantizado a toda persona privada de libertad, así como también, la prohibición de tortura que es un criterio medular que ha de guiar a toda Administración penitenciaria y que, por consiguiente, posee una especial vinculación con los sistemas de vigilancia electrónica, como una modalidad más de cumplimiento de la pena de privación de libertad. Significación, que encuentra su justificación dado el potencial efecto que puede aparejar una aplicación inadecuada del control telemático, en el ámbito penitenciario.

Por otra parte, se consagra en la regla 2 el principio de no discriminación por razón de «raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o cualquier otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación»; asimismo, en la regla 4.1 se establece que el «objetivo de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia». Buscando en este sentido, la reinserción social del penado, en atención, a la programación, diseño y disposición de un tratamiento que satisfaga las necesidades individuales de cada recluso,

conforme se establece en el punto 2 de la regla 4, comentada. Cabe en relación a este punto, afirmar que tales objetivos pueden lograrse de una manera menos aflictiva y más eficaz, con la aplicación del tercer grado con control telemático en el modelo español.

Por su parte, la regla 5, establece la necesidad de reducir las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad, objetivo este que se logra con la aplicación de los sistemas de vigilancia electrónica, al permitir que el penado monitorizado se desenvuelva en su comunidad, en compañía de su familia y, se le permita afianzar su relación laboral.

Por lo que se refiere al contacto con el exterior, regla 58 y siguientes, los sistemas de control telemático mejoran todas estas previsiones al permitir que el condenado se desenvuelva en un medio abierto, pernote en su domicilio, mantenga sus vínculos familiares, sociales y laborales. Afianzando, desarrollando y consolidando el espíritu que guía la previsión de este conjunto de reglas que fomentan el contacto con el exterior, dado los significativos resultados que se alcanzan con el mantenimiento y potenciación de tales vínculos; apertura que fomenta, sin duda, su reingreso en la sociedad, alejado del delito.

Especial mención, posee la regla 87 que prevé la ejecución de medidas que fomenten en el recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad, en la que se establece que: «Es conveniente que, antes que el recluso termine de cumplir su pena, se adopten las medidas necesarias para asegurarle un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la puesta en libertad, organizado dentro del mismo establecimiento penitenciario o en otra institución apropiada, o mediante la libertad condicional bajo una vigilancia que no deberá confiarse a la policía y que comprenderá una asistencia social eficaz». Objetivos que bien pueden satisfacerse con la aplicación del control electrónico de la pena.

Por su parte, la regla 88, en su punto 1 establece: «En el tratamiento de los reclusos no se hará hincapié en el hecho de su exclusión de la sociedad, sino, por el contrario, en el hecho de que continúan formando parte de ella». Fin que persigue facilitar las condiciones de reinserción de los reclusos en la sociedad. Pues, bien, con los sistemas telemáticos se evita segregar a los reclusos, potenciando su reintegración en la sociedad, a través del mantenimiento de sus vínculos externos, con lo cual se satisface más eficazmente este principio rector.

En esta misma línea, la regla 89, reconoce la necesidad de diseñar un tratamiento individualizado, para lo cual será necesario un sistema flexible de clasificación de los reclusos, que satisfaga las necesidades individuales de cada penado. Individualización y flexibilización de la que se hace eco los sistemas de control telemático, con el objeto de fomentar su reinserción y reincorporación en la sociedad, de acuerdo al cumplimiento de las necesidades particulares que demande el programa de tratamiento que para tal efecto se aplique.

A continuación, en lo que se refiere a el principio de participación de la sociedad, la regla 90, establece este principio rector, al demandar un interés especial en fomentar la cooperación y ayuda que requiere el penado, una vez puesto en libertad. Fundamentalmente, se ha de incentivar a que la sociedad disminuya los prejuicios hacia los reclusos, con el objeto de favorecer y garantizar su adecuada reinserción social. En este sentido, siguiendo el propósito y espíritu de esta regla nuclear de tratamiento, se deberá potenciar la participación activa de la sociedad para que el penado alcance su plena reincorporación a la sociedad. Esta regla se verá especialmente potenciada con la aplicación del control telemático que fortalece en el penado monitorizado su relación con el mundo exterior, esto es, con la sociedad; al punto, de favorecer su arraigo familiar, social y laboral.

La regla 90 establece que «[e]l tratamiento de las personas condenadas a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en la medida en que la duración de la pena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo y crear con ellos la aptitud para hacerlo... desarrollar su sentido de responsabilidad». Regla de capital importancia que hace hincapié en desarrollar el sentido de la responsabilidad del penado, que se verá especialmente incrementado con la aplicación de los sistemas de vigilancia electrónica, en virtud, que fomentan la confianza y ese sentido de responsabilidad del recluso monitorizado, propiciando un ambiente en el que asimile de la mejor manera, la voluntad propia de vivir conforme a la ley; además de, fortalecer su relación laboral, de una manera más eficaz, a través del uso de las herramientas y dispositivos telemáticos.

Finalmente, puede sintetizarse que las RM buscan que las penas y medidas de privación

de libertad se cumplan persiguiendo un propósito: fijar un conjunto de criterios orientadores y estándares mínimos que permitan, principalmente, proteger a la sociedad del delito y reducir la reincidencia, o sea, reinserter al penado en la sociedad, evitando que este incurra en nuevos delitos, haciendo del tiempo de aflicción que supone todo castigo, que el mismo se irroge con una finalidad, esto es, reeducar y, por consiguiente, buscar la reinserción social del penado en la sociedad, fomentando la creación de alternativas a la prisión cerrada, es decir, potenciando la iniciativa de instaurar instituciones que fomenten la creación espacios de cumplimiento abierto, con la finalidad de provocar e incrementar el contacto con el exterior.

Lectura esta que asumió el ordenamiento español, al incorporar en su sistema penitenciario el tercer grado con control telemático, como una alternativa a la prisión, en la medida en que fomenta tales principios que establecidos en el marco de las RM han servido para que el sistema español se adecue a los mismos con la promulgación de la LOGP.

De manera que, este conjunto de reglas mínimas son la base y, la fuente del sistema penitenciario español. Es así como, se cumple con una labor de sistematización en el ordenamiento jurídico español, fundamentalmente, la Ley 1/1979 General Penitenciaria, los deseos programáticos de las Naciones Unidas expuestos desde 1955, y recientemente actualizadas en diciembre de 2015²⁵³. Circunstancia esta última, que seguramente demandará la necesidad actualizar la LOGP española, tal y como, se hizo con las RM para el Tratamiento de los Reclusos o “Reglas Nelson Mandela”, con el objeto de adecuarla a los recientes avances científicos y, por tanto, a los cambios que se han venido sucediendo con respecto a la irrupción de las nuevas tecnologías, en el ámbito penitenciario: ejemplo de ello, los sistemas de vigilancia telemática, que reclaman la necesidad de que su regulación parta, indefectiblemente, del marco de una Ley Orgánica.

²⁵³ Conviene significar en este punto, que la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución 70/175, de 17 de diciembre de 2015, no sólo decidió adoptar la revisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, sino, que también, aprobó que estas sean conocidas como «Reglas Nelson Mandela» en honor al expresidente de Sudáfrica Nelson Rolihlahla Mandela, quien pasó 27 años en prisión, como parte de su lucha por los derechos humanos. En este sentido, para que también se utilice con el objeto de promover condiciones de encarcelamiento dignas, para sensibilizar al conjunto de la sociedad acerca del hecho de que los reclusos son parte integrante también de la sociedad y que podamos valorar la labor del personal penitenciario como servicio social de especial importancia.

2.4.2. Reglas Penitenciarias Europeas

En 1957, el Consejo de Europa constituyó un Comité de Expertos en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente, que adopta un año después, el nombre de Comisión Europea de Problemas Criminales. Comisión esta, que se planteó armonizar y concordar las distintas legislaciones nacionales, en aquellas materias de Derecho penal y penitenciario que fuesen susceptibles de una regulación regional. En ese sentido, la Comisión inicia una tarea de revisión y estudio de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, procediendo a realizar un examen completo que finaliza, luego de ocho reuniones, con la tarea encomendada, presentando su propuesta del texto revisado de las RM, a la Primera Conferencia de Directores de las Administraciones Penitenciarias de los Estados miembros, en febrero de 1972. Al año siguiente, mediante Resolución (73) 5, de 19 de febrero, el texto resulta adoptado por el Comité de Ministros (García Basalo 1977: 521-524)²⁵⁴.

Aprobado el texto revisado, en 1973, se recomendó a los Estados miembros que adaptasen y adecuasen su legislación y sus prácticas a los principios expuestos en el nuevo instrumento regional, igualmente, se pidió que cada cinco años se elevasen informes al secretario general del Consejo de Europa, respecto a su aplicación. Informes que fueron presentados, posteriormente, en el VI Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Caracas, en el año 1980. Cabe destacar, que de entre las modificaciones más importantes que se introdujeron en la versión europea de 1973, respecto de la de la ONU de 1955, merece especial mención la regla 56.2, en la que se introdujo por primera vez, la figura del control jurisdiccional de la administración penitenciaria, con el objeto de asegurar el «respeto a los derechos individuales de los reclusos». Figura cuya relevancia se concentró en garantizar «la legalidad de la ejecución de las penas».

Este conjunto de reglas representa un reservorio de valores éticos y axiológicos de los cuales se sirven los Estados miembros de la UE, para estructurar sus políticas penitenciarias domésticas, de acuerdo, a los estándares mínimos regulados en la Reglas

²⁵⁴ Vid. GARCÍA BASALO, J. C.: «Las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos del Consejo de Europa», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Núm. 216 – 219, Madrid, Ministerio de Justicia, 1977, pp. 519 -591.

Penitenciarias Europeas (en lo adelante, RPE). Asimismo, se constituyen, con un valor jurídico que influencia directamente el derecho positivo de sus Estados miembros, en la medida, que las Reglas se integran a sus correspondientes ordenamientos jurídicos, lo que permite que su normativa pueda ser invocada por cualquier interesado que lo solicite, en defensa de sus derechos e intereses.

Con esta iniciativa -afirma BUENO ARÚS- se trata de conferir directamente a los reclusos derechos individuales exigibles y, por tanto, garantizar, por parte, de los Estados miembros su celoso respeto, en la gestión penitenciaria²⁵⁵. Sin embargo, el reto más inmediato, es y será instrumentalizar un verdadero sistema garantista que asegure la tutela de los derechos fundamentales de los reclusos, más allá de una declaración meramente programática. O sea, el hecho de consensuar su fijeza en una declaración común, ha convertido a la RPE, en el compromiso seriamente asumido por los países miembros de superar la hipótesis de los derechos fundamentales de los reclusos ya no se consideren como “derechos de segunda categoría”, es esa la real dimensión de la protección que ahora demandan estos derechos en Europa.

Ahora bien, estas reglas fueron revisadas en el año 1987, mediante recomendación Número R (87) 3 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre las normas penitenciarias europeas; revisión adoptada, el 12 de febrero de 1987. Posteriormente, en el año 2006, se realiza una nueva revisión de las Reglas, el 11 de enero de 2006 a raíz de la 952ª reunión de delegados. Y finalmente, las RPE, resultan nuevamente examinadas y actualizadas por el Comité de Ministros el 1 de julio de 2020, en la 1380ª reunión de delegados, en la que se efectúa su última y más reciente actualización.

Con el establecimiento de las RPE, se persigue en la región asegurar el respecto a los derechos humanos de los reclusos, con lo cual, se exhorta y estimula a sus Estados miembros, particularmente, a las administraciones penitenciarias a configurar un tratamiento moderno, progresivo e individualizado, que este orientado a la reinserción social y, por tanto, a la recuperación de una vida alejada del delito. Se subraya, la función social que cumple el personal penitenciario, aspecto medular, sin el cual, es prácticamente imposible conseguir los objetivos que persiguen los establecimientos penitenciarios de la

²⁵⁵ Cfr. BUENO ARÚS, F.: «Las reglas penitenciarias europeas», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Núm. 238, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987, pp. 11 -18, específicamente, p. 13.

región. Los principios fundamentales, que se establecen como criterios axiológicos interpretativos, tales como: dignidad humana, no discriminación, libertad de culto, y, el principio cardinal de legalidad de la ejecución de las penas, entre otros.

Aunque la normativa penitenciaria europea no haga alusión expresa a los sistemas de vigilancia telemática como una modalidad de cumplimiento de las penas privativas de libertad, han de ser, sin duda, configuradas siguiendo el espíritu que guía las RPE, ello por cuanto, el fin que orienta el ordenamiento penitenciario europeo ha de ser el escrupuloso respeto a los derechos humanos de los reclusos sobre los cuales pese una pena o medida privativa de libertad, cualquiera que sea. En este sentido, y al igual que con las RM de la ONU o las “Reglas Nelson Mandela”, la regulación del control telemático en la región debe perseguir criterios comunes y principios orientadores que se encuentran establecidos en la normativa europea.

Por tanto, en la medida en que la prisión electrónica se expanda en los sistemas penitenciarios europeos, y, en función, de la constante actualización a que se somete este sistema de reglas continental: los cambios en esta materia, producto de los avances tecnológicos que vienen revolucionando y, que, revolucionaran la ejecución de la pena en las próximas décadas, tendrán que, necesariamente, partir de criterios comunes; en consecuencia, las nuevas e innovadoras prácticas penitenciarias, producto de la constante penetración e infiltración de las nuevas tecnologías, esto es: de la digitalización, de las tecnologías de la información y comunicación, se tendrán que regular desde la normativa internacional, siguiendo un espíritu común. Por consiguiente, la aplicación de estos dispositivos electrónicos de control penal, seguramente, se regularan bajo criterios comunes que permitan limitar la capacidad de desborde de los dispositivos telemáticos, en materia penitenciaria.

Este conjunto de estándares mínimos regionales, deben estar enmarcados a partir de los principios o valores axiológicos de la dignidad humana, la no discriminación, la prohibición de la tortura o tratos inhumanos o degradantes, legalidad de las penas, entre otros, que delimiten suficientemente a los sistemas de vigilancia electrónica, en la región. Es decir, será a partir de estos principios éticos que se construirán los nuevos sistemas de vigilancia telemática, o en otras palabras, la cárcel electrónica europea.

Tras el proceso de revisión de las RPE de 1 de julio de 2020, a continuación, se comentará sólo aquellos aspectos que suponen una vinculación directa con los sistemas de vigilancia electrónica²⁵⁶.

En este sentido, las nuevas Reglas europeas inicia su regulación, en su Parte I, con la consagración de un conjunto de principios fundamentales, a los cuales ya hemos hecho referencia, de entre los que destaca, el respeto de los derechos fundamentales de los privados de libertad (Regla 1), la promoción y fomento de una relación fluida entre el sistema penitenciario -la cárcel- y la sociedad; vinculación que ha de enmarcarse siguiendo la orientación axiológica reinsertadora de toda pena o medida privativa de libertad, el contacto con el mundo exterior (Reglas 5, 6, 7); orientación esta que, sin duda, es más factible con la aplicación de los dispositivos de control electrónico.

Sin embargo, con la aplicación de los sistemas de vigilancia electrónica pudiera verse afectada el derecho fundamental a la intimidad, lo que, necesariamente, tendría que ponderarse, con arreglo al principio fundamental consagrado en la RPE de reducir al mínimo las restricciones que se generan con la ejecución o cumplimiento de la medida o pena privativa de libertad (Regla 3). No olvidemos que el derecho a la intimidad de los reclusos se consagró también en las RPE, a través, de la previsión del principio celular, al que, poca o nula importancia se dispensa en la práctica de sus países miembros, permitiendo que se relaje su debida protección. Derecho fundamental extensible, con mayor razón y celo, a los sistemas de vigilancia electrónica, en el ámbito penitenciario.

Asimismo, el establecimiento del principio de legalidad y reserva de ley, que ha de regular todo este tipo de medidas. Principio extensible a los sistemas de vigilancia telemática que como una de las variantes de cumplimiento de la modalidad excepcional del régimen abierto, exige, que la aplicación del control electrónico sea efectivamente regulada siguiendo tales principios por una Ley, en virtud, de los derechos fundamentales que pudiera afectar, por ejemplo: el derecho a la intimidad, que consagra las RPE.

El fomento del contacto con el mundo exterior, al que se hace especial insistencia en el Texto comunitario, en su Parte II. Contacto este, que se potencia con la aplicación de los

²⁵⁶ Extensamente, TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Las nuevas reglas penitenciarias del Consejo de Europa. (Una lectura desde la experiencia española)*, Edisofer, Madrid, 2006.

sistemas de vigilancia telemática, que permite que interno no abandone sus vínculos, familiares, sociales y laborales, lo que garantiza la efectividad de una reinserción real y no idealizada.

Sobre la Parte V, que se reserva al personal penitenciario, es necesario destacar el carácter de «servicio público» que debe inspirar toda gestión penitenciaria y, que por tanto, cobra particular importancia, en la aplicación de los dispositivos telemáticos, en la medida que este criterio común deberá seguir rigiendo la aplicación y seguimiento del control telemático, en la gestión penitenciaria. Sistema electrónico de control sobre el que se erige una seria amenaza de privatización, en virtud, de la facilidad con la que las nuevas tecnologías se germinan desde los grandes monopolios tecnológicos de nuestro tiempo.

Especial atención ha de tener la Parte VIII, Internos condenados, a los que las reglas dedican un conjunto de derechos que han de ser escrupulosamente resguardados, con el firme propósito de dar cumplimiento a los estándares mínimos que se consagran en este apartado del Instrumento comunitario. Fundamentalmente, el establecimiento de los programas de preparación para la puesta en libertad o de la puesta en libertad controlada acompañada de asistencia social (Regla 107.3). En igual sentido, el compromiso que han de asumir las autoridades penitenciarias, los servicios sociales y demás organismos, de ayudar, cooperar y contribuir a que los internos liberados encuentren un lugar en la sociedad, especialmente en volver a conectarse con la vida familiar y encontrar trabajo (Regla 107.4). Recomendaciones que se ven recompensadas con la aplicación de la vigilancia telemática.

Para finalizar este punto, es preciso señalar que recién ha transcurrido un año de la adopción de la última revisión de este importante instrumento comunitario de recomendaciones penitenciarias; sin embargo y, en virtud, del espíritu de constante actualización del que se nutre las RPE²⁵⁷, posiblemente, los cambios que se producirán con la expansión de los dispositivos electrónicos en el ámbito penitenciario, obligaran a modular las nuevas versiones, que estarán muy próximas a llegar, haciendo ingresar los sistemas de vigilancia electrónica, como una nueva realidad penitenciaria europea.

²⁵⁷ Vid. Parte IX. Regla 108. Las Reglas Penitenciarias Europeas se actualizarán regularmente.

3. CONTROL TELEMÁTICO: LATENTE AMENAZA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1. Nota introductoria

Los sistemas de vigilancia electrónica representan una amenaza a los derechos fundamentales de los sujetos monitorizados, incluso, a los de su entorno más inmediato: familiares que convivan con el recluso. El que se limite, adecuadamente, su radio de acción a la transmisión de información o data del penado o interno monitorizado, únicamente, respecto a su «localización» en un espacio temporal previsto en su plan de tratamiento, representará, sin duda, una garantía para que con la aplicación de los dispositivos telemáticos no se afecten, más allá de lo estrictamente necesario, sus derechos fundamentales.

Ahora bien, la tarea del legislador es delimitar nítidamente los marcos de aplicación de estos dispositivos electrónicos para que no sobrepasen la labor encomendada de control y supervisión del cumplimiento y ejecución de la sanción penal, con la cual fueron diseñados.

La capacidad disruptiva con la cual pueden ser empleados, estos innovadores dispositivos tecnológicos, implica una amenaza latente que ha de calibrarse suficientemente, desde una perspectiva democrática, en la que su objeto y alcance estén claramente definidos en el marco de una Ley Orgánica; que sería el único instrumento jurídico que posibilitaría en Derecho su implementación y aplicación²⁵⁸. No olvidemos que son herramientas que sirven a un propósito; pues bien, delimitar este propósito es tarea encomendada, de acuerdo a la Constitución, al legislador.

El respeto irrestricto a los derechos fundamentales de los reclusos, representa una garantía que deberá permanecer incólume con la aplicación de los sistemas de vigilancia electrónica, si queremos, construir una opción a la prisión cerrada más civilizada, que se

²⁵⁸ Como afirma OTERO GONZÁLEZ: *Control Telemático... op. cit.*, p. 88. «Al mismo tiempo, se cuestiona la utilización de un RD para la aplicación de la vigilancia electrónica a determinados internos de tercer grado, por ser una disposición infralegal muy indeterminada de acuerdo con pautas marcadas por el Ejecutivo, que no da la correcta cobertura jurídica a una medida que afecta directamente a la intimidad de los internos y de sus familiares».

nutra del principio fundamental de humanización, con el que han sido incorporados a los sistemas de administración de justicia penal. Sabemos, sin embargo, que con las nuevas tecnologías, tal propósito, significará un desafío, difícil de contener. Es por ello, que la mejor manera de encarar esta protección es: asumir que su implementación sólo puede estar regulada por vía de una Ley Orgánica. No sin antes advertir, las posibles amenazas que encierra su aplicación.

Como acertadamente afirma Vega Alocén: «La aplicación del tercer grado con control telemático lleva un riesgo inherente: la posible vulneración de determinados derechos fundamentales»²⁵⁹.

3.2. Derecho a la Intimidad: posible afectación

El derecho a la intimidad es la garantía que ostenta todo ser humano de que su vida privada no será vulnerada, invadida, ocupada o irrumpida por ningún factor externo que exponga su dignidad públicamente, sometiéndole al escarnio público. En este sentido, la privacidad representa un espacio inviolable que garantiza la dignidad de la persona, en su completa acepción. Por tanto, la intimidad es ese espacio que reserva la persona para sí misma, evitando que el mundo exterior acceda a esa esfera íntima a la que se concede un grado de confidencialidad, que permite el libre desarrollo de su personalidad. Sin embargo, es necesario recalcar que este derecho es uno de los más afectados, en el ámbito penitenciario²⁶⁰ y, particularmente, uno de los más intensamente comprometidos con el uso de los sistemas de vigilancia electrónica.

Ese espacio que reserva la persona, en su más íntima y libre convicción, protegiéndole de presiones del mundo exterior, determinará el derecho a la intimidad que se acopia en el numeral primero del art. 18 de la CE²⁶¹; al cual, el constituyente -acertadamente- vincula

²⁵⁹ Vid. VEGA ALOCÉN, M.: *op. cit.*, pp. 12 -17.

²⁶⁰ Vid. DELGADO DEL RINCÓN, L.E.: «Algunas consideraciones sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de los reclusos en los centros penitenciarios», en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, nº 18, 2006, p. 192. En la misma línea, puede consultarse extensamente y en profundidad a DE DIEGO ARIAS, J.L.: *El derecho a la intimidad de las personas reclusas*, Tesis doctoral, UNED, 2015 (Consulta 21.07.2021) disponible en: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Jldiego/DE_DIEGO_ARIAS_Juan_Luis_Tesis.pdf]

²⁶¹ Art. 18 CE: 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de

al derecho al honor, a la intimidad no sólo entendida esta en su esfera personal, sino, también familiar y, por tanto, a la propia imagen. Lo que configura un marco que preserva su más concéntrico derecho a la intimidad, en su más amplia acepción. Asumiendo, claro está, que la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, en cualquiera de sus manifestaciones: postales, telegráficas y telefónicas (digitales: imágenes, videos, mecanismos de almacenamiento de voz), e incluso, las informáticas (correos electrónicos – redes sociales) integran en el contexto de la norma antes citada, el derecho a la intimidad de la persona. Lo que cobra especial significación y trascendencia con la aplicación de los dispositivos telemáticos de control.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha identificado el derecho a la intimidad como una derivación de la dignidad de la persona, al vincular este derecho fundamental a la esfera privada que conserva esa persona, como la más directa manifestación de su dignidad. Al respecto, la máxima instancia constitucional española pasa a definir este derecho en su Sentencia 231/1988, de 2 de diciembre, al afirmar que es «un derecho personalísimo ligado a la misma existencia del individuo que tiene por objeto garantizar la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana»²⁶².

La aplicación del control telemático encierra en sí misma, la efectiva amenaza a la vulneración del derecho a la intimidad de la persona monitorizada, por supuesto, dependerá del grado e intensidad con que se aplique el seguimiento telemático del penado o interno sujeto a esta medida de control penal y penitenciario. Las opiniones al respecto están divididas.

Por su parte, LUZÓN PEÑA, considera que con la aplicación de estos dispositivos electrónicos se produce, sin duda, un ataque frontal y directo a la dignidad personal y a la intimidad del penado. Destacando que con el uso de los sistemas de vigilancia electrónica se evidencia la tendencia actual del Estado a vigilar y controlar a los ciudadanos²⁶³, una actividad muy propia de la modernidad tardía (GARLAND, 2005).

la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

²⁶² Vid. SSTC: 231/1988; 197/1991; 20/1992; 219/1992; 142/1993; 117/1994 y 143/1994.

²⁶³ Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., *op. cit.*, p. 60. Aunque este autor reconoce las múltiples ventajas que implica la aplicación de la vigilancia electrónica desde la perspectiva de la resocialización (p. 58).

De la misma opinión es ESCOBAR MARULANDA, quien considera que el tercer grado con control telemático vulnera la dignidad del penado, al limitar su autonomía ética, ya que permite que otras personas conozcan sus actividades y rutinas, lo que lo convierte en un instrumento y, por consiguiente, en objeto de control, al igual, que reduce significativamente la calidad de vida del penado monitorizado²⁶⁴.

Por su parte, OTERO GONZÁLEZ, sostiene que los dispositivos telemáticos pueden afectar fundamentalmente el derecho a la intimidad, pero, no como se conceptúan tradicionalmente, de prohibición de conocimiento a terceros, sino, como presupuesto de otros derechos, en cuya evolución ha sido determinante el impacto de las nuevas tecnologías²⁶⁵. No obstante, POZA CISNEROS, no comparte tal opinión, por cuanto, considera afecta en muy escasa medida a la autonomía ética del penado, al que se le aplica este régimen de vida; al contrario, con la aplicación de estos dispositivos telemáticos se fomenta su integración y, por tanto, su reinserción social, al sacarle del medio patógeno, marginal y desocializador, que sin ninguna duda, se promueve en la prisión²⁶⁶.

Un punto crucial, es la posición del TC, en virtud, de que a raíz de su jurisprudencia se viene legitimando la utilización de las nuevas tecnologías de modo que no vulneren el derecho a la intimidad²⁶⁷. De esta manera, la monitorización deberá comportar una limitación por el tiempo absolutamente imprescindible, o sea, el estrictamente necesario y proporcional al fin de la medida.

Desde esta perspectiva, se establece un límite infranqueable, que se configura al permitir con la aplicación de estas herramientas tecnológicas que se registre sólo desplazamientos de la persona, en otras palabras, información que acredite la correcta localización del recluso monitorizado, sin que en ningún caso, se permita transmitir o transferir imágenes, información confidencial que afecte su intimidad o sensaciones y, demás, datos biológicos que supongan una indebida intromisión a la esfera privada de la persona. Sin

²⁶⁴ Vid. ESCOBAR MARULANDA, G., *op. cit.*, p. 220.

²⁶⁵ Vid. OTERO GONZÁLEZ, P., *op. cit.*, pp. 86 y 87.

²⁶⁶ Vid. POZA CISNEROS, M.: «Las nuevas tecnologías en el ámbito penal», en *Revista del Poder Judicial* n° 65, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 123.

²⁶⁷ Puede consultarse en extenso sobre este punto en «Monografías de jurisprudencia», en *La Ley Penal, Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n° 4, 2004, pp. 39 a 54.

embargo, el punto más neurálgico en relación a los dispositivos de control telemático es, sin duda, la regulación de la medida con una norma que no tiene rango de Ley.

Según doctrina jurisprudencial reiterada del TC, el derecho a la intimidad personal, es como lo dijimos en los acápites anteriores, una derivación del derecho a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), es decir, ese espacio vital mediante el cual el individuo desarrolla su personalidad, para el cual reserva una esfera de protección personal, frente al conocimiento de los demás.

DIEZ PICAZO distingue en la configuración de este derecho, la existencia de dos criterios: i) uno formal, que será todo aquello que cada persona libremente decida excluir del conocimiento de los demás; y ii) otro material, que se configura a partir de un conjunto de pautas sociales imperantes, a través de las cuales se reserva o protege del ajeno interés de los demás²⁶⁸.

De modo que, la vida privada se reserva a la existencia de esos dos criterios. No obstante, desde la visión jurisprudencial del TC y la del TEDH, en cuanto al objeto de protección de este derecho, se inclinan por el segundo criterio, es decir, por el material u objetivo, en la medida en que entienden que será la colectividad la que configure ese ámbito de protección personal. En este sentido, pueden consultarse las SSTC 231/1988, 197/1991 y 143/1994, entre otras. Lo que no quiere decir, que abandonen la visión formal o subjetiva, tal y como se desprende de los fallos del TC 134/1999; 187/1999 y 115/2000.

En cualquier caso, la afectación del derecho a la intimidad, también configura la afectación de los derechos a la dignidad de la persona, al libre desarrollo de su personalidad, y, como consecuencia de ello, al derecho a la libertad, todos resultan afectados por el nivel de interconexión que ostentan tales derechos en su conjunto. Es como afirma GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, «se ataca el derecho a la intimidad para que el hombre no pueda elegir, abortando su posibilidad de ser libre»²⁶⁹. Ahora bien, este derecho a la intimidad debe ser redefinido a partir de un nuevo tipo de sociedad, esto es: de la sociedad digital a la que pertenecemos.

²⁶⁸ Cfr. DIEZ PICAZO, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid: Thomson Civitas, 2003, pp. 254 – 255.

²⁶⁹ Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: *Cárcel electrónica... op. cit.*, p. 104.

Como afirma BAÓN RAMÍREZ, de una sociedad «en la que el hombre puede ser contemplado como un ininterrumpido rastro de huellas informativas que cualquiera puede ir recogiendo con método y que luego puede utilizar a capricho. Son datos personales que de una u otra forma aislada no aportan una información sustantiva sobre su titular, pero debidamente agrupados e incluso manipulados, pueden ofrecer un perfil muy completo del individuo»²⁷⁰.

En definitiva, el *quid* de la cuestión será dotar de un adecuado marco jurídico la concreta regulación de los sistemas de vigilancia telemática, con el fin de establecer límites claros a lo que supone una clara intromisión por parte del Estado, sobre los derechos fundamentales del recluso monitorizado (intimidad, dignidad personal, libre desarrollo de la personalidad y libertad), si, inexorablemente, esta intromisión o afectación no parte de una Ley Orgánica, como contundentemente, lo ordena la CE.

3.3. La prohibición de penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes

La consagración de este derecho fundamental en el art. 15 de la CE, proporciona una clara delimitación a cualquier norma que pretenda diseñar una pena o medida privativa o restrictiva de libertad, en el sistema jurídico español. En especial, los dispositivos telemáticos, pueden convertirse con extrema facilidad en mecanismos que amanecen esta garantía fundamental.

La elevada capacidad de las nuevas tecnologías para degradar la integridad moral de las personas, afectando su fundamento ético y, por tanto, convirtiéndoles en instrumento de seguimiento y control, constituye una preocupante realidad, que posiblemente tengamos que enfrentar en el futuro, si, no delimitamos mediante un sólido marco legal la regulación de los sistemas de vigilancia electrónica.

En este sentido, ESCOBAR MARULANDA, es de la opinión que con la aplicación del tercer grado con control telemático se vulnera la dignidad del penado, convirtiéndola en una pena inhumana o degradante, principalmente, porque instrumentaliza al sujeto monitorizado, convirtiéndole en un simple objeto de observación y control, lo que, por

²⁷⁰ Cfr. BAÓN RAMÍREZ, R.: «Visión general de la informática en el nuevo Código Penal», en *Cuadernos de Derecho judicial*, Núm. XI, Madrid, 1996, pp. 77 y ss.

consiguiente, reduce su calidad de vida.

Es decir, su dignidad como persona. Afortunadamente, este autor, advierte los peligros que pudieran generarse con la aplicación de estos dispositivos telemáticos de control. Por tanto, tal advertencia deberá tomarse con especial cautela, al momento de regular los contenidos, que supondrán, el grado de intensidad con el que se implemente el seguimiento telemático.

De manera que, de acuerdo a la medida de esa intensidad y al grado de extensión con que se ejecute el control telemático, dependerá, que no se conviertan en tratos inhumanos y degradantes. Una línea muy delgada, que, para no sobrepasar, se tendrá que delimitar a través de una Ley²⁷¹; cobertura legal que reforzará los controles, para que la Administración, no desborde la frontera de los tratos inhumanos y degradantes, que en sí, pudiera presuponer la aplicación de los sistemas de vigilancia telemática.

En todo caso, sobre este punto, conviene puntualizar, -como acertadamente afirma RIVERA BEIRAS- que, sobre el concepto de pena “degradante”, según la jurisprudencia del TEDH, interesa es que la humillación se produzca, no por la mera condena, sino por la forma en que se ejecuta²⁷².

En consecuencia y, para concluir, tal determinación dependerá de las técnicas y del grado de intromisión de los dispositivos electrónicos, en la esfera privada del vigilado y su familia, lo que, en definitiva, podrá configurar una pena degradante en función del grado de envilecimiento y humillación que efectivamente produzca en el sujeto pasivo.

Para lo cual, será, supremamente esencial, que se delimiten los contenidos que puedan resultar afectados legalmente, en función de la forma en que se ejecuta el control electrónico de penados.

²⁷¹ Así OTERO GONZÁLEZ, P.: *Control Telemático... op. cit.*, pp. 88 y 87. La autora destaca: «si no se mantienen firmemente pautas de autocontrol se crea el riesgo de caer en un control orwelliano de continua vigilancia mediante la observación que conlleva una represión del vigilado basada en la incertidumbre. Desde esta perspectiva, está demostrado que cuanto más antiguo y rudimentario es el sistema de vigilancia electrónica menos vulnera la intimidad del penado, pues cuenta con menos posibilidades técnicas de intromisión. Y viceversa, cuanto más avanzada sea la tecnología aplicada, el ilícito acceso a la intimidad deviene más seguro, certero, intenso y penetrante».

²⁷² Cfr. RIVERA BEIRAS, I.: *La cuestión carcelaria... op. cit.*, p. 193.

4. OTRAS MODALIDADES DE CONTROL TELEMÁTICO

4.1. La Localización permanente como pena

La pena de localización permanente²⁷³ fue incorporada por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con lo cual, el legislador español, rectificó el rumbo respecto a la primera modalidad de incorporación del control telemático, esto es: el tercer grado con control telemático, que fue incorporado al ordenamiento español por vía exclusivamente reglamentaria. Se incorporó como una pena privativa de libertad de corta duración, que se reservó exclusivamente a las faltas y, por tanto, una pena de carácter leve, cuya pretensión inicial era sustituir la pena de arresto de fin de semana. Esta fue su configuración inicial.

Esta nueva modalidad²⁷⁴ fue incorporada, por tanto, en sustitución de la pena de arresto de fin de semana, la cual, no cumplió con los fines y, objetivos asignados a este tipo de pena, es decir, se argumentó una insatisfactoria aplicación práctica²⁷⁵ según se explicitó

²⁷³ Respecto a la denominación de esta nueva modalidad de pena en el catálogo de penas español, desde la doctrina científica se discute y crítica la incoherencia de la mencionada denominación de «Localización permanente», porque –como afirma OTERO GONZÁLEZ– se trata de una pena privativa de libertad, que afecta la libertad ambulatoria y, que según se establece en la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, «más clarificador hubiera sido denominarla arresto en sitio o lugar determinado, pues la localización permanente parece aludir a la necesidad de estar localizados o localizables sin privación efectiva de libertad ambulatoria». A la que califica de «desacertada denominación». Cfr. OTERO GONZÁLEZ, P.: *Control telemático... op. cit.*, p. 24. Por su parte, RUBIO LARA, al respecto sostiene que: «Esta pena mejor habría tenido la denominación de “arresto no penitenciario” para poder así distinguirlo de la pena de prisión». Cfr. RUBIO LARA, P.Á.: «Dos penas controvertidas en el código penal español: problemas dogmáticos sobre regulación y aplicación de las penas de localización permanente y trabajos en beneficios de la comunidad. Posibles soluciones», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 17, (enero de 2017), p. 278.

²⁷⁴ A la que la doctrina científica califica de “supuesta novedad”, ya que su antecedente más directo es el arresto domiciliario del CP de 1973. Al respecto, puede consultarse extensamente a BALDOVA PASAMAR, M.Á.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2004, p. 73 y ss.

²⁷⁵ Sobre esta supuesta argumentación, la doctrina científica adujo que «lo cierto resultó ser que no pusieron los medios necesarios y adecuados para su aplicación». Vid. RUBIO LARA, P.Á.: *Dos penas controvertidas... op. cit.*, p. 285. En sentido similar, TERRADILLOS BASOCO, J.M.: «Las reformas penales españolas de 2003: valoración político criminal», en *Revista Nuevo Foro Penal*, nº 67, 2005, p. 143; MESTRE DELGADO, E.: «La prisión eludible», en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 2005, p. 4; POZA CISNEROS, M.: «Las nuevas tecnologías en el ámbito penal», en *Revista del Poder Judicial*, nº 65, p. 109. Asimismo, FERNÁNDEZ GARCÍA, J.: «¿Un Derecho Penal mejor?», Opinión, El País, 16 de febrero de 2003, versión *on line* (consulta 16.07.2021), en [https://elpais.com/diario/2003/02/16/opinion/1045350009_850215.html]. Al respecto, sostuvo: «No se puede argumentar que los arrestos de fin de semana hayan sido una medida ineficaz y el supuesto fracaso no se deriva de la aplicación de estas penas, sino de la escasez de medios existentes para que los arrestos se cumplan con las garantías necesarias; responsabilidad también del Gobierno».

en la exposición de motivos de la referida LO. Es decir, a través de la reforma se introdujo una nueva modalidad de pena al catálogo de penas del Código Penal, modificando, en consecuencia, el régimen de penas de la LO 10/1995, de 23 de noviembre. Es así, como el legislador en la exposición de motivos de la LO 15/2003 justificó esta innovadora incorporación al régimen de penas, destacando las reformas más significativas en el apartado II, punto *d*), en los siguientes términos:

La pena de localización permanente es una importante novedad que trata de dar una respuesta penal efectiva a determinados tipos delictivos y que basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología. La configuración de esta pena permite su aplicación con éxito para prevenir conductas leves, al mismo tiempo que se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios. En relación con su aplicación, se prevé que se cumpla en el domicilio o en otro lugar señalado por el juez o tribunal por un período de tiempo que no puede exceder de doce días, ya sean consecutivos o los fines de semana, si el tribunal sentenciador lo considera procedente.

De esta manera, se hizo ingresar la -tecnología- al nuevo catálogo de penas privativas de libertad (Art. 33.4 g) CP –LO 15/2003-). Configurándose según esta reforma, como una pena alternativa a la prisión de corta duración de carácter leve, que, ejecutada ya no en un establecimiento cerrado, sino, en el domicilio del penado o en el sitio escogido para tal efecto por el juez o tribunal sentenciador, se imponía con el propósito de cumplir y ejecutar la pena de localización permanente fuera de la prisión, es decir, en un medio menos desocializador y patógeno, por medio del cual, se evitaba, principalmente, el contagio criminal y, por consiguiente, los efectos perversos, -en otras palabras corruptores-, que se venían produciendo con la privación de libertad de corta duración, o sea, con la pena de arresto de fin de semana, que, como lo demuestra la experiencia, se había convertido en un significativo fracaso²⁷⁶. Era esta la supuesta argumentación inicial del nacimiento de la pena de localización permanente, en el ordenamiento español. Buscando con esta medida, configurar una alternativa más apropiada, que cumpliera de manera más satisfactoria y efectiva la función de prevención general adecuada a esta tipología de delitos.

²⁷⁶ Sobre este punto, puede consultarse a MUÑOZ CUESTA, J., «La nueva pena de localización permanente introducida por la LO 15/2003 y el fracaso de la pena de arresto de fin de semana», en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 6, 2004, pp. 73 -76.

Sin embargo, esta intención inicial del legislador español, -luego cambiaría radicalmente-, en virtud, de las sucesivas reformas efectuadas al CP, particularmente, la operada según la LO 5/2010, de 22 de junio, que aumenta su duración a seis meses, la eleva a una pena menos grave, con el objeto de potenciar su efecto intimidatorio y, a su vez, permite que su ejecución se verifique también en centro penitenciario, con lo cual, se desnaturaliza la configuración inicial de esta modalidad de pena, como será advertido más adelante. Desechándose de esta manera la justificación que en principio se utilizó para sustituir la pena de arresto de fin de semana por la de localización permanente. Lo que, sin duda, configuró una estrategia precipitada²⁷⁷, poco razonada, como podrá concluirse de las sucesivas reformas a las que se ha sometido esta pena, en sus cortos dieciocho años de existencia.

Por otra parte, se estableció según la -LO 15/2003- una duración máxima de doce días; duración que se instituyó en ese término para no hacer inejecutable la medida con los fines asignados a esta nueva modalidad tecnológica de pena. Es decir, buscando con ello, que se cumpliera de una manera más adecuada con el fin preventivo general mediante el cual se configuró la pena de localización permanente, obligando de esta manera, a que el penado permaneciera en su domicilio o en su defecto, en el lugar determinado fijado por el juez en su sentencia, garantizando la efectiva ejecución de la medida, en función de un corto periodo de tiempo, esto es, los doce días de duración, que se estimaron como límite suficiente para garantizar la viabilidad y eficacia de la pena, cuyo control y seguimiento, se implementó por medio de dispositivos tecnológicos o biométricos de reconocimiento de voz.

Duración, que como ya se advirtió, cambio por efecto de la reforma efectuada al CP, o sea: a raíz de la LO 5/2010, a seis meses, con lo cual, se abandonaron las posturas iniciales que permitieron limitar su duración a doce días y, por consiguiente, tal justificación quedó político criminalmente desechada por el legislador penal, sin que se aportará explicación alguna, respecto del aumento en su duración.

En este sentido, la verificación telemática de esta modalidad de pena se realizó, en

²⁷⁷ Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Cárcel Electrónica... op. cit.*, p. 130. Autor que afirma: «Con seguridad con este tipo de normativas precipitadas estamos desprestigiando antes de nacer una medida que pudiera llegar a ser sumamente eficaz».

principio, por reconocimiento biométrico de voz²⁷⁸. Procedimiento que se llevó a cabo, mediante la grabación y registro automatizado de la voz del penado²⁷⁹, a quien se hacía repetir tres frases diferentes, con el objeto de registrar los patrones de reconocimiento, que luego serían sometidos a verificación e identificación inteligente por medios telemáticos, al igual, que se registrarían los datos, esto es: los códigos de identificación del dispositivo telefónico que se asignaba al penado para garantizar el cumplimiento y ejecución de la sanción de localización permanente, que, además, podía y aún puede verificarse en forma discontinua, si así lo determinaba el juez sentenciador (Art. 37.2 CP -LO 15/2003-).

La cadencia y periodicidad de las llamadas diarias, generalmente, se fijaron entre cinco y ocho llamadas al día, efectuándose de forma aleatoria; una vez que el funcionario encargado de IIPP efectuaba la llamada y, se contactaba con el penado, se pedía que repitiese las tres frases, que ya previamente habían sido registradas por el sistema de identificación de voz, lo que permitía reconocer biométricamente la voz y, por tanto, la identidad del vigilado, detectando el sistema si se trata o no del penado. De esta manera, se garantizaba la ejecución de esta modalidad de pena privativa de libertad de corta duración en medio abierto -domicilio o lugar fijado por el juez sentenciador-, conforme se hubiera decidido en la sentencia.

No obstante, con la reforma de la LO 5/2010, se vuelve a implementar la posibilidad de cumplimiento en centro penitenciario, siempre que sea pena principal, con lo cual, se

²⁷⁸ Al respecto, ARENAS GARCÍA, L.: *Los medios de control... op. cit.*, p. 37. La autora define este sistema biométrico de la siguiente manera: «Los sistemas de verificación de voz o *voice recognition* se basan en la verificación de patrones vocales y necesitan para su instalación que el sujeto disponga de una línea telefónica en casa. Con anterioridad a la instalación del aparato, el sujeto es sometido a unas pruebas biométricas de verificación de voz. Una vez esta ha sido grabada y determinada como propia de un individuo concreto, el sistema telemático es capaz de reconocer mediante análisis de los parámetros fonéticos la identidad de la persona. El sistema opera realizando llamadas aleatorias al domicilio del sujeto durante el tiempo que se encuentre allí. La persona ha de descolgar el teléfono y contestar en todas las ocasiones en que se efectúen llamadas desde el centro de control. Así, cuando las llamadas no son contestadas, se establece la ausencia de la persona y se emite una alerta automática en el centro de seguimiento».

²⁷⁹ En relación a este punto, el número 5, del apartado II -servicio penitenciario-, en el anexo I, de la I 13/2005, del procedimiento para la ejecución del cumplimiento de la pena de localización permanente, se establece: «Durante la entrevista, en el caso que el cumplimiento se realice mediante el control de verificación de voz, se realizará un registro inicial de voz (según Orden de Servicio, 'Seguimiento Telemático de la Pena de Localización Permanente', de 8 de julio de 2005), que servirá para hacer el seguimiento de cumplimiento de la pena, cuando se ejecute dicha pena. Se deberá contar con la conformidad de los titulares de la vivienda/ línea telefónica, debidamente documentada, para realizar el seguimiento y control».

regresa nuevamente al arresto de fin de semana, encubierto. Caso en el cual, se posibilitó que el cumplimiento de esta sanción se lleve a efecto los fines de semana y festivos, fundamentalmente, para la falta reiterada de hurto, como se advierte en la exposición de motivos de la mencionada reforma.

El procedimiento, requisitos, seguimiento y demás circunstancias de ejecución de la pena de localización permanente se fijó, en principio, en el RD 515/2005, de 6 de mayo (*por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de la libertad -BOE 7 de mayo-*)²⁸⁰. Ante la ausencia de desarrollo reglamentario de esta modalidad de pena privativa de libertad y, de acuerdo, a la obligación de la Administración penitenciaria de hacer efectivo el cumplimiento de las penas, conforme a las resoluciones judiciales que se dictasen al respecto, en consecuencia, por imperio de la LOGP 1/1979 de 26 de septiembre, se procedió a dictar este RD, con la finalidad de atender, la puesta en práctica más eficaz de la reforma del Código Penal que introdujo esta tipología de pena de privación de libertad carácter leve. Limitándose, a regular la asignación de funciones que se encomendaron a los servicios sociales penitenciarios, órgano que se encargó de efectuar el seguimiento y, velar por el cabal cumplimiento de la pena de localización permanente.

Por otra parte, las demás circunstancias de la ejecución de la pena de localización permanente pasaron a regularse, inicialmente, en la Instrucción 13/2005 de la Dirección General de IIPP, de 29 de julio, sobre el procedimiento de ejecución de la pena de localización permanente²⁸¹. Sin embargo, tanto el RD 515/2005, como la I 13/2005, fueron calificados por la doctrina como insuficientes y, particularmente, ambiguos, lo que trajo, significativos problemas en su aplicación: lugar y forma de cumplimiento, autorización de los titulares del domicilio o de la línea telefónica y, la no menos confusa, posición del penado, respecto a la exigencia de su autorización, para efectuar el control telemático, en fin, problemas de ejecución de seguimiento y control, así como, respecto

²⁸⁰ Versión *on line*, consulta 21.07.2021, disponible en [https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-7426]

²⁸¹ I 13/2005 de 29 de julio, versión *on line*, consulta 24 de julio de 2021 en [<https://aladinoprisiones.webcindario.com/legislacion/ins13de2005.pdf>]

al quebrantamiento de dicha pena.

Ahora bien, esta síntomas de incoherencia de la pena de localización permanente nacieron desde su denominación, la cual resultaba completamente incoherente con su contenido, ello porque, la pena sólo obligaba a permanecer en un lugar determinado, que casi siempre era el domicilio, no se ejercía ninguna vigilancia continua, es decir, no obligaba al penado a estar localizado permanentemente, sino a permanecer en un lugar localizable.

Con lo cual, presentó un importante paralelismo con la suprimida pena de arresto domiciliario y, con la ya derogada pena de arresto de fin de semana, convirtiéndose en un sustituto claro de esta última. También se adujeron problemas en relación a su naturaleza jurídica, como pena privativa de libertad. Considerándose desde un reconocido sector de la doctrina científica que ha debido asignársele en su lugar, como restrictiva de derechos, particularmente, del derecho a la intimidad, lo que hubiera sido mejor para su adecuada materialización en el modelo español. Discusión que al día de hoy se sigue planteando.

Dado que una de las principales novedades efectuadas por la reforma operada en la LO 5/2010 del CP, se contrajo en regresar a la posibilidad del cumplimiento de la pena de localización permanente en centro penitenciario²⁸², con lo cual, el legislador penal pretendió incrementar su efecto intimidatorio, para lograr combatir la inseguridad ciudadana, como se destaca en la exposición de motivos de la mencionada reforma, se eliminaron las diferencias con la penas cortas de prisión y, por lo tanto, con sus efectos desocializadores y criminógenos, a los que se acudía en la configuración inicial, para justificar la creación e incorporación de esta pena, creándose a partir de esta radical modificación dos regímenes de cumplimiento de la pena de localización permanente, esto es: i) la pena de localización permanente en centro penitenciario, que paso a depender de la Administración penitenciaria; y ii) la pena de localización permanente en domicilio o lugar determinado por el Juez o Tribunal sentenciador.

De manera que cuando se trata del cumplimiento y ejecución de la pena de localización permanente en centro penitenciario, se promulgó por parte de la Administración penitenciaria el RD 840/2011 de 18 de junio, que regula las circunstancias de ejecución

²⁸² Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Derecho penitenciario... op. cit.*, p. 75.

de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, suspensión de ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas. El resto de las circunstancias de ejecución se establecieron en la Instrucción de la Secretaria General IIPP 11/2011 de 7 de julio. Modalidad que resultó muy poco aplicada en la práctica, o, mejor dicho, casi nunca aplicada, como lo afirma OTERO GONZÁLEZ (2019: 16) ²⁸³.

Y en relación, al cumplimiento de la segunda modalidad, es decir, la pena de localización permanente en domicilio o lugar designado por el juez sentenciador, se abandona con esta reforma -LO 5/2010- el sistema de verificación por voz, incorporando los medios de control telemático, cambio que buscó mejorar los problemas de aplicación que se generaron con el anterior sistema de verificación del cumplimiento de la pena de localización permanente, que incluía, los medios de control policial. Incorporando así, el control telemático como medio de seguimiento y control de la medida.

Respecto, a la reforma del CP operada en la LO 1/2015, de 30 de marzo, se mantiene idéntica su regulación con relación a los cambios efectuados a la pena de localización permanente en la LO 5/2010, esto es: previsión, naturaleza y modo de ejecución de esta modalidad de pena. No obstante, a partir de esta última reforma la pena de localización permanente, comienza a ostentar un carácter residual, por cuanto, se elimina o suprimen las faltas del Libro III del CP, con lo cual, se reduce completamente el ámbito de aplicación de la pena de localización permanente, respecto a las infracciones de carácter leve.

Si bien, algunas de estas faltas se transforman por efecto de la reforma -LO 1/2015- en delitos leves y, por tanto, se incorporan al Libro II del CP. No olvidemos, que la reforma mantiene una doble concepción respecto a la pena de localización permanente, la de pena menos grave (de hasta seis meses), así como también, la de carácter leve (de hasta tres meses), al suprimir las faltas se reduce su aplicación, concentrándose así, esta última

²⁸³ Vid. OTERO GONZÁLEZ, P.: «La desnaturalización de la pena de localización permanente 16 años después, ¿Historia de un fracaso o fraude legislativo?», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, núm. 21-16. Versión *on line* (consulta 12.07.2021) en <http://criminnet.ugr.es/recpc/21/recpc21-16.pdf>. Autora que afirma que existe un vacío normativo respecto: «al desarrollo de las circunstancias de ejecución de esta pena cuando no se cumple en centro penitenciario, que es SIEMPRE, por lo que deberá ser el juez o tribunal sentenciador quien diseñe el plan de ejecución».

modalidad en los delitos leves, que como ya advertimos fueron incorporados al Libro II del CP.

Para finalizar, conviene puntualizar las valoraciones críticas que ha realizado la doctrina especializada a esta pena, respecto a su utilidad y justificación, en el marco del modelo español. Al respecto, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS²⁸⁴ afirmó: «Económicamente la medida sólo puede ser considerada poco apropiada pues la utilización de la alta tecnología en el marco de un juicio de faltas, desconociendo las posibilidades liberatorias que pueden desempeñar para condenados con penas largas privativas de libertad... Causa cierta sorpresa que la introducción legal de las nuevas tecnologías venga supeditada a unos hechos menores y con una duración temporal tan limitada». Así como también, la evolución de esta pena, ha valido que se le califique de «fraude legislativo», de ser una pena «incoherente», y, por consiguiente, de resultar siendo más una manifestación del «derecho penal simbólico» (OTERO GONZÁLEZ, 2019; RUBIO LARA, 2017). En definitiva, se opta por aquello que se quería evitar: el ingreso en prisión, desechando enteramente su justificación inicial.

Será, en todo caso, la seria ponderación de su eficacia en el sistema de penas español y, en consecuencia, su nivel de correspondencia con la efectiva practicidad de la medida, lo que, develará su acertada o desacertada configuración.

Al parecer, el pulso de su evolución se inclina por la primera opción, esto es: una desacertada configuración de la pena de localización permanente.

4.2. Los permisos de salida y la vigilancia telemática

Los sistemas de vigilancia electrónica pueden convertirse en herramientas de gran utilidad, para garantizar el seguimiento y control efectivo de los permisos de salida de los internos con especiales características penales y penitenciarias, fundamentalmente, para aquellos delitos de índole sexual: agresores, violadores, etc.; asimismo, para los de terrorismo, que hayan superado un minucioso, individualizado y científico pronóstico de reinserción social favorable, a través del sistema de monitorización móvil o activa, esto

²⁸⁴ Vid. *Cárcel electrónica... op. cit.* p. 130.

es, mediante el sistema de posicionamiento global -GPS- activa: posibilidad de retransmisión de datos en tiempo real al centro de control y seguimiento, sobre la localización exacta del reo monitorizado.

Lo que convierte a los dispositivos telemáticos de control en instrumentos complementarios que cumplen la función de garantizar el goce efectivo del permiso de salida, a su vez que, reviste la concesión del permiso de la garantía electrónica de cumplimiento, con unos niveles de seguridad reforzados, dada las especiales características de los beneficiarios del permiso, en cuestión. Además que, como lo afirma MAPELLI CAFFARENA²⁸⁵, debe garantizarse por igual a todos los reclusos al margen de cualquier consideración penitenciaria. O sea, cuyo propósito principal será brindar una mayor seguridad, consistente, en que, en el desarrollo del permiso, el comportamiento del interno, se verá coaccionado psicológicamente a seguir un patrón de conducta acorde con las expectativas de concesión del permiso, evitando de esta manera, que se produzcan incidentes, que en estos casos, pueden ser significativamente lamentables²⁸⁶.

De esta manera, los dispositivos electrónicos se constituirán en instrumentos complementarios que permitirán a las IIPP acrecentar la misión de custodia, que también, se erige como un objetivo constitucional de las penas y medidas de privación de libertad, cuando, en casos puntuales, y por tanto, excepcionales, se necesite reforzar las garantías de cumplimiento de las salidas temporales de los reclusos y, con ello, potenciar sus contactos con el mundo exterior; reduciendo así, los niveles de incidencia o fracaso al mínimo, que pudieran presentarse.

Ahora bien, los permisos de salida, son una figura jurídica que permite fomentar, de acuerdo, con el principal objetivo de esta pena, los fines esenciales de reeducación y

²⁸⁵ Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, Barcelona, Ed. Bosch, p. 206.

²⁸⁶ *La Razón*, de 4 de febrero de 2005, p. 24. Refleja que esta iniciativa de aplicar la vigilancia electrónica a delincuentes condenados por agresión sexual, parte del Ministerio del Interior y, se debió, principalmente, al hecho trágico que conmovió la opinión pública como fue el asesinato y violación de dos policías femeninas en Barcelona por un condenado por agresión sexual durante -un permiso penitenciario-. Trágico suceso, que desencadenara la urgente necesidad de emplear sistemas de control GPRS -localización y comunicación a través de telefonía móvil- que, además, incluye la emisión de sonido e imágenes, en tiempo real, fomentando la implementación de programas de rehabilitación para violadores. Sobre los pormenores de este trágico suceso, véase *La Vanguardia*, *Sucesos* de 8 de febrero de 2005, recuperado en [<https://www.lavanguardia.com/sucesos/20050208/51262804467/el-sumario-del-doble-crimen-de-bellvitge-apunta-a-que-el-asesino-escogio-a-sus-victimas-al-azar.html>]

reinserción social, como lo ordena el mandato constitucional previsto en el art. 25.2 de la CE, y lo desarrolla el art. 1 de la LOGP. Forman parte del tratamiento y responden a la finalidad esencial de la pena privativa de libertad, antes descrita (TAMARIT SUMALLA)²⁸⁷. Los permisos de salida están regulados en el art. 47 de la LOGP y en el art. 154 y siguientes del RP. Las demás circunstancias respecto a los requisitos de concesión de los permisos de salida se desprenden de la Instrucción 1/2012 de 2 de abril, de la Secretaria General de IIPP²⁸⁸.

Según GARCÍA BASALO²⁸⁹, los permisos de salida constituyen uno de los instrumentos más eficaces del moderno tratamiento penitenciario. En tanto, que para CUELLO CALÓN²⁹⁰, se erigen como un verdadero medio de prueba que permite comprobar si se ha alcanzado un grado de resistencia que le permite vencer las tentaciones de la vida libre. Así GARRIDO GUZMÁN²⁹¹ destaca que sirven para estimular la buena conducta de los reclusos, y sobre todo, para fomentar su propia responsabilidad, influyendo favorablemente sobre su psicología. Por su parte, GARCÍA VALDÉS²⁹², subraya sus ventajas al convertirse en un buen medio para la solución de la tensión sexual carcelaria. En definitiva, como afirma CERVELLÓ DONDERIS²⁹³, son medios para preparar la vuelta progresiva del sujeto a la libertad.

Al aplicar el control telemático, en estos casos, se incrementa la concesión de un régimen abundante de permisos penitenciarios. Lo que permite a la Administración Penitenciaria mantener una política de cumplimiento humanizado de la pena, incrementando en estos casos especiales el papel de las pulseras telemáticas para favorecer la concesión de los contactos temporales con el mundo exterior. Siempre, -como acertadamente afirma FERNÁNDEZ GARCÍA- con las máximas garantías posibles y mediante un previo, exhaustivo y pormenorizado estudio, realizado de cada interno, para su concesión. Lo

²⁸⁷ Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M./ GARCÍA ALBERO, R./ SAPENA GRAU, F./ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: *Curso de derecho penitenciario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 160.

²⁸⁸ I-1/2012, de 2 de abril. SGIIPP. Permisos de salida y salidas programadas, puede consultarse en [https://www.infoprision.com/sites/default/files/docs_recibidos/Permisos%20de%20salida%202012.pdf]

²⁸⁹ Vid. GARCÍA BASALO, J.C.: «Salidas transitorias de los reclusos del Establecimiento Penitenciario», en *R.E.P.*, nº 160, enero-marzo 1963, p. 179.

²⁹⁰ Vid. CUELLO CALÓN, E.: *La moderna penología*, Barcelona 1958, Reimpresión 1973, Editorial Bosch, p. 505.

²⁹¹ Vid. GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual de ciencia penitenciaria...* p. 426.

²⁹² Vid. GARCÍA VALDÉS, A.: «Soluciones propuestas al problema sexual de las prisiones», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 11, 1980, p. 99.

²⁹³ Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Derecho penitenciario... op. cit.*, p. 263.

que, sin duda, permitirá potenciar los permisos de salida en los casos en que por sus circunstancias particulares se requiera blindar la concesión del permiso con una herramienta tecnológica eficaz y efectiva de seguimiento y control de cumplimiento. Acrecentando la confianza de la sociedad y ciudadanía en general en el sistema penitenciario²⁹⁴.

Si, efectivamente, los permisos de salida juegan un papel clave en el tratamiento penitenciario moderno, que sirve de plataforma para que los internos se vayan incorporando paulatinamente a la sociedad²⁹⁵. Los sistemas de control telemático, simplemente, servirán de apoyo a la gestión penitenciaria para reducir las tasas negativas de incidencias, en estos casos puntuales, lo que de entrada, ya predispone el comportamiento de interno beneficiario del permiso, quien tendrá la plena certeza de que su conducta determinará su acercamiento o alejamiento con el mundo exterior. Lo que supondría, en términos prácticos, un medio que permitirá reforzar los efectos beneficiosos del tratamiento penitenciario, columna vertebral del sistema de individualización científica, y, de su segura apuesta, por alcanzar la finalidad de la figura, es decir, la reinserción social del interno.

No olvidemos, como justamente advierte, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, que «las autoridades encargadas de concederlos se mueven entre dos variables de un lado aprecian los efectos positivos de la medida, de otro deben responder ante la sociedad y sus superiores cuando un delincuente comete un infracción grave, máxime si esta aparece reflejada en los medios de comunicación social como responsable de un nuevo hecho delictivo»²⁹⁶.

²⁹⁴ Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, J.: «La prevención especial: implementación a través de los permisos penitenciarios. Mantenimiento o reforma», Tesis doctoral, *El sistema garantista en derecho penitenciario*, director Ignacio Berdugo Gómez De La Torre, Universidad de Salamanca, p. 2, recuperado en [https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/128779/DDAFP_Fern%C3%A1ndezJ_SistemaGarantista.pdf?sequence=1&isAllowed=y]

²⁹⁵ Respecto a las ventajas de los permisos de salida, el Tribunal Constitucional se ha encargado de resaltar en numerosas sentencias, por ejemplo, las SSTC 112/1996 de 24 de junio y la 2/1997 de 13 de enero, en las que resaltó, que: - cooperan a la preparación de la vida en libertad; - fortalecen los lazos familiares; - reducen las tensiones propias del internamiento y el alejamiento de la vida diaria; - son un estímulo para la buena conducta; - ayudan a crear un sentido de responsabilidad y con ello un desarrollo de la personalidad; - proporcionan información sobre el medio social al que ha de retornar; y – indican cual será es la evolución del penado.

²⁹⁶ Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: *Cárcel electrónica... op. cit.*, p. 136.

En efecto, proporcionar medidas de precaución para garantizar y limitar al máximo la concesión de permisos de salida sin incidencia negativa, en la medida de lo posible y, para estos casos, entendiendo que: la absoluta certeza jamás existirá. Sin embargo, con la adecuada adopción de estos dispositivos se facilitará el cumplimiento de la finalidad recogida en la Constitución, o sea, la de implementar medidas que coadyuven y cooperen con la reeducación y reinserción social, de quienes aún siguen perteneciendo a la sociedad. Pensemos, por ejemplo, en las ventajas que pueden alcanzarse con el uso de los sistemas de control telemático con los permisos de salida, en estos casos: a) potenciarían su concesión; b) los revestirían de una mayor seguridad; c) fomentarían la confianza de la sociedad en el sistema penitenciario; y d) reducirían las incidencias negativas en el desarrollo de estos, es decir, las variables de riesgo.

Por otra parte, pensemos también el papel que jugarían los dispositivos telemáticos de control, en reforzar las garantías de los permisos de salida, para los internos preventivos²⁹⁷.

En definitiva, facilitarían el papel de los permisos de salida²⁹⁸, esto es, como preparación para la vida en libertad. Finalmente, pueden los permisos de salida custodiados por dispositivos electrónicos resultar una estrategia beneficiosa para potenciar medidas humanitarias en situaciones de emergencia extrema, como las recientemente vividas con la pandemia -Covid-19-, que en España, potenciaron las medidas de carácter excarcelatorias, y, por consiguiente, el uso de las pulseras telemáticas²⁹⁹.

²⁹⁷ Art. 48 LOGP: «Los permisos a que se refiere el artículo anterior podrán ser concedidos asimismo a internos preventivos con la aprobación, en cada caso, de la autoridad judicial». Y, conforme al art. 159 RP: «Los permisos de salida regulados en este Capítulo podrán ser concedidos a los internos preventivos, previa aprobación, en cada caso, de la Autoridad judicial correspondiente».

²⁹⁸ En este sentido, véase la iniciativa de Prisiones al potenciar el tercer grado y los permisos de salida con control telemático, desde el pasado año (2020). Recuperado en [https://cadenaser.com/ser/2020/03/18/tribunales/1584568438_412452.html]

²⁹⁹ Respecto a la gestión de los permisos de salida en la emergencia suscitada por la Covid-19 en España y el sistema penitenciario puede consultarse en extenso a RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: «Covid-19 y prisiones: Un desafío no sólo sanitario y de seguridad, también humanitario», en *Revista General de Derecho Penal* núm. 33, mayo 2020. Recuperado en: [file:///C:/Users/34621/Downloads/Covid_19_y_prisiones_un_desafio_no_solo%20(1).pdf]

Particularmente, sobre los desafíos que han significado para la Administración penitenciaria española afrontar la pandemia y, asimismo, asumir un conjunto de políticas que llegaron para quedarse, como por ejemplo: el de adoptar una política radical de reducción de la población penitenciaria, en el marco de UE; el tratamiento de los controles telemáticos en los permisos de salida; el carácter imperativo del recurso a las alternativas de privación de libertad en situaciones de hacinamiento, y más aún, en casos de emergencia. En definitiva, se subraya la necesidad de la reducción del uso de la prisión, y, por consiguiente, se intensifica el uso de dispositivos tecnológicos o electrónicos, garantizando de esta manera un mejor tratamiento desde el punto de vista humanitario y, también sanitario, al minimizar los riesgos de contagio.

4.3. El control electrónico en el ámbito de la violencia doméstica y de género

La implementación de los sistemas de control telemático en el ámbito de los delitos de violencia doméstica y de género, sólo, persigue una finalidad: la efectiva y más eficaz protección integral de la víctima. Con ello, se busca implementar un conjunto de medidas más acordes y eficientes con este tipo de delitos, con lo cual, se centra este tipo de respuestas penales, de acuerdo, con los fines característicos de protección y de seguridad de las víctimas que han de rodear a esta especial tipología delictiva. En este sentido, la violencia de género representa un fenómeno social singular, que demanda una especial función tuitiva del Derecho penal, cada vez más eficaz, efectiva y eficiente.

La creciente comisión de infracciones relativas a la violencia doméstica puso en riesgo la eficacia del sistema penal y penitenciario, lo que, sin duda, afectó significativamente la prevención general positiva, en el marco de la comisión de estos delitos. En efecto, este bajo resultado intimidatorio³⁰⁰, que ostentaban las penas y medidas de protección existentes en gran parte de los maltratadores, ha llevado a que se busquen otras medidas más eficaces, que persigan un fin inocuidador de la violencia machista. Lo que generó una preocupante desconfianza de los ciudadanos en el sistema, en general. En este sentido, fueron la ineficacia e incapacidad de las medidas existentes, lo que hizo que las autoridades acudieran a los dispositivos de vigilancia electrónica³⁰¹.

La principal discusión que orienta este tipo de respuestas, es: ¿cuál es la mejor forma de brindar una efectiva protección a las mujeres frente a este tipo de comportamientos, bastante silenciosos y, además, con una abundante cifra negra? Asimismo, ¿cómo poder evitar las reiteraciones en la agresión, -bastante recurrentes en este ámbito-, y, por tanto, reducir la significativa escalada en este tipo de violencia?

³⁰⁰ Respecto al escaso efecto intimidatorio de estas medidas, puede verse, extensamente, al respecto a LUACES GUTIÉRREZ, A. I. / VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: «La respuesta del Derecho penal español ante la violencia doméstica», en *Revista de Derecho privado*, nueva época, Año V, n° 13-14, enero-agosto, 2006, pp. 109 y ss.

³⁰¹ Así lo indica GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: *Cárcel electrónica... op. cit.*, p. 124. El autor que refiere: «En nuestro país actualmente esta vertiente de la vigilancia electrónica ha alcanzado un inusitado avance. Las medidas cautelares de protección a los perjudicados, antaño previstas en el art. 13 de la LECr, se vieron reforzadas primero con la orden de alejamiento del art. 544 Bis de la LECr y posteriormente con la orden de protección integral del art. 544 Ter del mismo cuerpo legal. Fue la ineficacia y la insatisfacción hacia las medidas de protección existentes, pues seguían incrementándose alarmantemente el número de víctimas, las que forzaron a las autoridades a fijarse en la vigilancia electrónica».

Ahora bien, el problema no se soluciona con incrementar las penas, sino, en mejorar las repuestas del sistema frente a este tipo de violencia. O sea, en hacer que las penas sean efectivamente creíbles, no por su dureza, sino por su efectivo cumplimiento, en la medida, en que se acreciente su riguroso cumplimiento. De este modo, las nuevas tecnologías se convierten en herramientas poderosas que pasan a tener un papel cada vez más relevante en el marco de la correcta aplicación de las penas alternativas a la prisión, en los delitos relacionados con la violencia de género. Se trata, pues, de utilizar adecuadamente los instrumentos que brindan las nuevas tecnologías para potenciar las respuestas que el sistema penal proporciona a través de una correcta, acertada y proporcionada imposición y, por consiguiente, una apropiada ejecución de la pena, como la mejor respuesta para intentar contener este grave fenómeno social.

De manera que, la privación de libertad sea efectivamente considerada como último recurso³⁰², subrayando así, el principio de subsidiariedad de la pena de prisión, en la medida que se considere, racionalmente, que, cualquier otra reacción penal se muestre manifiestamente inadecuada en atención a la gravedad del delito y, por supuesto, en atención, a las particulares circunstancias de su comisión.

Es así como, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en lo sucesivo LIVG), estableció que el juez podrá acordar la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato el incumplimiento de las medidas de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de comunicaciones³⁰³ del victimario, en protección de la víctima de violencia de género, a través de la cual, se introduce la medida más novedosa, creando así, mecanismos de aseguramiento y control que actúan en forma conjunta a la orden de alejamiento. Pretende así el legislador español garantizar la integridad física y moral de la víctima, haciendo efectiva la distancia que le separa del victimario, con la utilización de dispositivos de seguimiento y control telemático.

Asimismo, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO

³⁰² Vid. Grupo de Estudios de Política Criminal en su *Propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Málaga: Grupo de Estudios de Política Criminal, 2005, pp. 26-27. La privación de libertad como último recurso.

³⁰³ Art. 64.3 de la LIVG.

10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, faculta al juez o tribunal para acordar el control de medidas de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos se realice a través de los medios electrónicos, que hagan asegurar el cumplimiento efectivo de esta medida. Iniciativas legislativas que se enmarcan dentro de la obligación asignada constitucionalmente por vía del art. 9.2 de la CE, de exigir a los poderes públicos que adopten medidas de acción positivas para hacer reales y efectivos los derechos, que se vean vulnerados por esta violencia, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud, tal y como lo refiere enfáticamente el legislador español en la exposición de motivos de la LO 1/2004, antes mencionada.

De esta manera, destaca la medida judicial de protección y de seguridad de las víctimas contemplada en el Título IV de la LIVG, art. 64.3 que, en armonía con lo dispuesto en el artículo 544 Ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que faculta al juez a decretar la prohibición de aproximación a la víctima como medida cautelar, en virtud, de una orden expresa de protección de las víctimas de violencia doméstica (CEREZO DOMÍNGUEZ, 2017). Por eso, la apuesta decidida por mecanismos de protección más eficaces, representa la plena adopción en los casos de violencia de los sistemas de control telemático, como una medida de acción positiva para erradicar este tipo de violencia³⁰⁴.

Al respecto, el control de cumplimiento de la orden de alejamiento, como pena accesoria privativa de derechos³⁰⁵, supone un mecanismo distinto, innovador y complementario de la ya tradicional privación de libertad, aplicable, particularmente, a los delitos de violencia doméstica. Desde esta perspectiva, la orden de alejamiento, puede agruparse bajo tres modalidades: a) la prohibición de aproximarse a la víctima, a sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal; b) la prohibición de comunicarse con la víctima y demás personas que establezca el juez, en su sentencia; y, c) la prohibición de residir o acudir al lugar en que resida la víctima, su familia, si fueren distintos, o, que se haya cometido el delito, conforme se decida judicialmente.

³⁰⁴ Para información ampliada y detallada respecto a criterios de concesión de la medida cautelar de alejamiento en casos de violencia de género, gestión de la medida, operadores jurídicos encargados del seguimiento y control de la medida, metodología y resultados, con incidencia y evolución por provincias en España, véase a ARENAS GARCÍA, L.: *Los medios de control telemáticos en el sistema español... op. cit.*, pp. 245 y ss.

³⁰⁵ Vid., al respecto, los arts. 39, 48 y 57 del Código Penal. Normas que prevén la figura del “alejamiento” como una pena accesoria de derechos, lo que, supone un mecanismo distinto y complementario de la tradicional medida de privación de libertad, aplicable en determinados casos, a los delitos de violencia doméstica.

Ahora bien, la orden de alejamiento puede ser adoptada en cuatro casos: 1) como medida cautelar³⁰⁶; 2) como medida de seguridad³⁰⁷; 3) como condición de suspensión de la pena³⁰⁸; y, por último, 4) como regla de conducta para el mantenimiento de la situación de la libertad condicional³⁰⁹.

Los dispositivos de control telemático de medidas y penas de alejamiento, se articulan a través de un sistema de seguimiento, de acuerdo con un conjunto de pautas y reglas que, en cada caso, haya establecido el juez de violencia sobre la mujer o tribunal de guardia, que ordene su utilización y conforme a lo establecido en los protocolos de actuación. No obstante, en España se aplica un pequeño porcentaje de este tipo de medidas telemáticas, en relación con las medidas tradicionales³¹⁰, a pesar de su efectividad y eficiencia en contener potenciales ataques contra la mujer víctima de violencia de género.

Actualmente se distinguen dos protocolos de actuación: un primer protocolo de actuación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de este tipo de medidas de alejamiento, en materia de violencia de género, aprobado por medio del

³⁰⁶ Art. 544 ter LECr.

³⁰⁷ Art. 105.1 g CP.

³⁰⁸ Art. 83.1 1º y 2º CP.

³⁰⁹ Art. 93 CP y 64 LO 1/2004 LIVG.

³¹⁰ ARENAS GARCÍA, L.: *Los medios... op. cit.*, pp. 267 y 268. Respecto a la aplicación de las medidas de alejamiento monitorizadas según su incidencia y evolución por provincias, así como sus tendencias según comunidad autónoma en el territorio español, la autora afirma: «Las medidas de alejamiento que contemplan la utilización de sistemas de seguimiento monitorizados representan un pequeño porcentaje respecto del total de medidas cautelares. En concreto, se imponen una media de 2,6% de medidas monitorizadas en comparación con un 97,4% de órdenes tradicionales. Así, en el año 2009 los jueces decretaron un 0,7%, en el año 2010 representaron un 2,6%, en 2011 un 4,1%, en 2012, un 2,6%, en 2013, un 2,8% y en un 3,0% en 2014. A pesar de que en 2011 experimentaron su tendencia al alza es estable y pausada. En cualquier caso cabe afirmar que, aunque se trate de un tímido incremento, los medios de control telemático son aplicados cada año a pesar de su minoritaria presencia en el sistema de protección de la mujer. Examinando esta cuestión según provincia, se aprecia que los juzgados más activos a la hora de aplicar la tecnología en todo el periodo son los de Teruel (8,4%), Segovia (7,4%), Málaga (5,9%), Madrid (5,7%), Granada (5,5%), Palencia (5,1%), Soria (4,9%) y Valencia (3,6%). Por el contrario, se sitúan a la cola las provincias: Burgos (0,19%), Cuenca (0,31%), Girona (0,4%), Castellón (0,4%), Murcia (0,6%), Albacete (0,7%), Zaragoza (0,7%), Barcelona (0,7%), Ávila (0,8%) y Zamora (0,8%). El resto de ellas se posicionan en la centralidad siendo representativas de un uso medio moderado. Ejemplo de lo anterior serían La Rioja (2,2%), A Coruña (2,2%), Toledo (2,2%), Cáceres (2,1%), Ciudad Real (2,0%) y Lugo (2,2%). Agrupando las anteriores provincias según comunidad autónoma se advierte que Andalucía (27,7%), Castilla y León (22,6%), País Vasco (13,7%) y Aragón (10,5%) son aquellas que más medidas cautelares de alejamiento monitorizadas aplican en relación al total de medidas decretadas. Por el contrario, en Ceuta y Melilla nunca han llegado a aplicarse y, en La Rioja (2,2%), Islas Baleares (1,4%), Navarra (1,1%) y Murcia (0,6%), la prevalencia es mínima. Con respecto a la evolución de las comunidades autónomas según año, en el gráfico inferior se aprecia que Andalucía, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha y Murcia presentan una tendencia al alza a diferencia de Aragón, Asturias, Castilla y León y Galicia, cuyo descenso anual es claro. El resto de comunidades autónomas se caracterizan por presentar una tendencia inestable con continuos altibajos».

Acuerdo suscrito entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, de 11 de octubre de 2013³¹¹; y, un segundo protocolo, correspondiente a la actuación en el ámbito penitenciario del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas y penas de alejamiento, en materia de violencia de género, aprobado según Acuerdo suscrito entre el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y la Fiscalía General del Estado, de 19 de octubre de 2015³¹².

Con la implementación de este sistema de seguimiento, se permite verificar el efectivo cumplimiento de las medidas y penas de prohibición de acercamiento o aproximación a la víctima, judicialmente impuestas en los procedimientos que se sigan por violencia de género, en los que atendiendo a las circunstancias del caso, se acuerde su empleo y utilización.

En este sentido, el sistema proporciona información actualizada y permanente de las incidencias que se produzcan en la activación y control de los dispositivos de control, sean estas provocadas o accidentales, registrando cada una de ellas, con el objeto de adoptar las medidas correspondientes de acuerdo a cada caso que se presente. Con el empleo de este sistema de seguimiento y control, se busca principalmente: i) hacer efectivo el derecho de la víctima a su seguridad y, por tanto, contribuir a su pronta recuperación; ii) documentar y registrar el posible quebrantamiento de la medida y, iii) disuadir al vigilado para que no cometa nuevos actos de violencia sobre la mujer víctima.

En relación a los resultados, esto es, a la efectividad, eficacia y eficiencia de las medidas de alejamiento monitorizadas telemáticamente en territorio español, puede afirmarse siguiendo a ARENAS GARCÍA (2018: 266 y ss.), que transcurrieron cinco años desde la aprobación del protocolo que permitía decretar la aplicación de la medida hasta su

³¹¹ Protocolo de 11 de octubre de 2011, versión *on line*, recuperado de: [<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/profesionalesInvestigacion/juridico/protocolos/docs/ProtocoloDispositivos2013.pdf>]

³¹² Protocolo de 19 de octubre de 2015, versión *on line*, recuperado de: [<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/profesionalesInvestigacion/juridico/protocolos/docs/ProtocoloAmbitoPenitenciarioDispositivosTelematicos19octubre2015.pdf>]

efectiva puesta en marcha en julio de 2009. Lo que evidencia, la extrema cautela con la que se asumió el reto de implementar las pulseras telemáticas para maltratadores en el ámbito de protección de la mujer.

Desde entonces su presencia no ha cesado de crecer año tras año pasando de 166 pulseras en 2009 a 509 en 2014. Además, se constata el elevado efecto disuasorio en el victimario, lo que hace a la medida de alejamiento un instrumento muy eficaz, para detener potenciales ataques, principalmente, cuando no se ha dado un solo caso de víctima mortal con dispositivos electrónicos, lo que, sin duda, ha logrado frenar las intenciones homicidas de sujetos que han quebrantado el área de exclusión, evidenciándose, que los quebrantamientos han sido muy escasos. Los tiempos de reacción se acortan. El seguimiento y control, permite una localización constante de la víctima y del victimario, lo que incrementa las variables de protección, por el uso de los dispositivos telemáticos. Por lo tanto, las pulseras para maltratadores ha demostrado ser un instrumento muy eficaz, en España.

Sin embargo, preocupa su escasa utilización, en tanto que los jueces justifican su escasa aplicación con el argumento de que limita los derechos fundamentales, lo que también ocurre con cualquier otra medida. Como afirma ARENAS GARCÍA, «parece que la falta de conocimiento sobre la eficiencia de los sistemas» condicionan la aplicación de los dispositivos electrónicos en estos casos. En este sentido, se requiere fomentar e incentivar su uso, fomentando la investigación científica de los resultados de la medida, para dar a conocer los beneficios de su adopción en el marco de la violencia de género.

Finalmente, para que el juez resuelva de forma más razonable sobre la posibilidad de la pena alternativa a la libertad, contará con la ayuda de un servicio especializado, cuya principal función será asesorar al juez sobre la imposición de la medida, para lo cual, emitirá un informe psico-social sobre el infractor, en relación a sus necesidades de rehabilitación; servicio este, que controlará la ejecución de la pena y, que a su vez, comunicará al órgano judicial cualquier incidencia relevante en la ejecución de la sanción penal³¹³. En efecto, en opinión de CID y LARRAURI este sistema resulta más efectivo, que

³¹³ Sobre el servicio especializado de asesoría al Juez, concretamente, los servicios sociales penitenciarios, puede consultarse el capítulo II del RD 515/2005, de 06 de mayo, recuperado en [https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-7426]

la última tendencia que se está imponiendo en España consistente en crear jueces especializados en la ejecución de penas, pues, se entiende más razonable no disgregar la labor de sentenciar, de la, de determinar la pena definitiva en la fase de ejecución³¹⁴.

Por último, actualmente en España, la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias (Área de Medio Abierto y Control Telemático), dispone de los siguientes sistemas de vigilancia electrónica: a) Monitorización a través de dispositivos sujetos al beneficiario (pulsera) mediante un sistema dual de telefonía, es decir, por red conmutada, terrestre o vía móvil; b) Monitorización por verificación biométrica de voz por red telefónica terrestre o móvil; c) Sistemas de seguimiento continuo por satélite (GPS), que permite en tiempo real la ubicación del sujeto monitoreado, para el cual, pueden establecerse con esta técnica, zonas de inclusión o exclusión; d) Unidades móviles de seguimiento, para el control de sujetos monitoreados que se encuentren fuera del perímetro establecido, por ejemplo, su lugar de trabajo; e) Sistemas combinados de localización por pulseras electrónicas y control del consumo de alcohol a distancia.

³¹⁴ Vid. CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E., (coords.): *Jueces penales y penas en España (Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 121, nota nº 140.

5. SINOPSIS

En España, se inicia la aplicación del control telemático, con la implementación de un programa piloto en abril de 2000, en el Centro de Inserción Social Victoria Kent de Madrid. A pesar de que la figura normativa que posibilitó el ingreso de la vigilancia electrónica, había sido introducida desde el año 1996, lo que evidencia, la gran cautela y especial reserva con la que se afrontó este reto por parte de la Administración Penitenciaria española, demorándose en su implementación un periodo de 4 años, lo que tomó a Instituciones Penitenciarias realizar la primera prueba para poner en movimiento y hacer posible la aplicación de la vigilancia telemática en el caso español.

Los sistemas de vigilancia electrónica han sido legalmente incorporados al ordenamiento español a través del Reglamento Penitenciario (en lo adelante, RP) de 1996; introduciendo esta innovadora posibilidad en el artículo 86.4 de dicho instrumento normativo, como una nueva forma de cumplimiento de régimen abierto o semilibertad, que exime a los penados clasificados en el tercer grado de la obligación de pernoctar en el centro de inserción social.

Con la introducción del control telemático en el ordenamiento español, a través de la modalidad del tercer grado con monitorización electrónica, se ha abierto una ventana que ha permitido al legislador incursionar en nuevos y cada vez más arriesgados escenarios. Ampliación, que ha acontecido precisamente por los resultados positivos que se han evidenciado de la experiencia en su aplicación; a pesar, de la muy reducida y tímida experiencia del control telemático en su sistema penitenciario. Esta particular apertura a permitido, que el legislador español haya ampliado su radio de acción, posteriormente, en el ámbito de la violencia de género, con la introducción de la medida cautelar de alejamiento por medios telemáticos. Asimismo, en el ámbito de las penas privativas de libertad, se ha introducido la pena de localización permanente y, la pena de alejamiento. Y más recientemente, la libertad vigilada postpenitenciaria, que ha traído un sin fin de críticas al fundar una medida que desnaturaliza por completo los principios más básicos del sistema penal. Lo que permite vislumbrar un escenario cada vez más amplio, en el que, sin duda, se pueda acudir a estas modernas e innovadoras técnicas de monitorización electrónica, en el sistema penal y penitenciario español.

El marco jurídico normativo aplicable a los sistemas de vigilancia electrónica en el

ordenamiento español, se inicia con la Constitución Española de 1978 (en lo sucesivo CE), como norma rectora de su ordenamiento, de donde parte el modelo que ha de orientar toda política pública que pretenda consolidar el sistema de administración de justicia penal y, por consiguiente, el sistema penitenciario, como último eslabón de la cadena. La ley marco de este sistema penitenciario, consolidada en la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 (en lo adelante, LOGP) , -que aunque no haga ninguna mención de la vigilancia electrónica-, es la norma que desarrolla el modelo constitucional del sistema penitenciario, cuya larga trayectoria y vigencia de sus postulados han llevado a calificarla por la doctrina especializada como una ley de avanzada, es decir, progresista, lo que, sin duda, se evidencia por sus más de cuatro décadas de promulgación y vigencia. El Reglamento Penitenciario de 1996 (en lo sucesivo, RP). Fuente esta, a partir de la cual, se consolida la introducción de los avances tecnológicos, de la técnica y de la ciencia aplicable en el campo de la ejecución de las penas privativas de la libertad. Se advierte, que la vía utilizada para hacer ingresar los sistemas de vigilancia electrónica no es la más congruente con los principios de legalidad y de jerarquía normativa, previstos en la CE. La normativa internacional, fundamentalmente, con la Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, reformadas recientemente, en 2015 (Reglas Mandela) y, las Reglas Penitenciarias Europeas, que regulan los principios y estándares mínimos de la Unión en el marco de las penas de prisión en la región. Así como también, jurisprudencia española, que nutre y le da vida a la aplicación de los sistemas de vigilancia electrónica.

La insuficiente regulación del control telemático en el RP de 1996, ha provocado que esta extralimitación se extienda al ámbito administrativo interno de la Administración penitenciaria, al tener que regular por vía de Instrucción, una materia exclusivamente reservada a la Ley, lo que sin duda, viola el derecho a la libertad previsto en el art. 17.1 de CE; así como también, el principio de resocialización protegido en el art. 25.2 de la Carta Magna. Ha de quedar claro que las Instrucciones, Circulares y Órdenes de Servicio dictadas por la DGIIPP, no son “normas jurídicas” en sentido estricto, por consiguiente, no son espacios creadores de Derecho, conforme al art. 6.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015, de 01 de octubre), como directrices de actuación, mediante las cuales los órganos administrativos superiores dirigen, ordenan y dictaminan mandatos de actuación, con el propósito de delegar funciones y actividades a sus órganos dependientes, para que estos, las ejecuten en cumplimiento del mandato superior. Además, la Administración penitenciaria dirige las actividades de sus órganos

jerárquicamente dependientes mediante este tipo de comunicaciones internas, según se dispone en la Disposición Transitoria Cuarta del RP de 1996; esto es, una directriz que funge como criterio de interpretación para la actuación del órgano dependiente, que no puede normar, regular ni exceder la voluntad de la Ley, si esta, por el contrario, no prevé tal situación. Tampoco puede, por esta vía, innovar el ordenamiento jurídico; es decir: regular situaciones nuevas, establecer condiciones, trámites, crear requisitos a terceros ajenos a la Administración penitenciaria y, mucho menos, fijar un procedimiento para cumplir una pena privativa de libertad por vía de una Instrucción administrativa, si, tal procedimiento no está previsto en la Ley.

La regulación del tercer grado con control telemático deba necesariamente partir del marco de la LOGP, por cuanto, con su aplicación se afectan directamente los derechos fundamentales a la dignidad, intimidad, privacidad y la igualdad de los penados que resulten monitorizados electrónicamente; afectación, que obliga a que su regulación no pueda en modo alguno efectuarse por una norma jerárquicamente inferior a la Ley, mucho menos permitir que el procedimiento de aplicación de esta modalidad de pena se regule mediante una comunicación administrativa, incluso, jerárquicamente inferior a un Reglamento, esto es: una Instrucción. Además y, para mayor abundamiento, ningún derecho fundamental es en estricto rigor renunciable, como parece aceptarlo la mayoría de la doctrina, dándole carta de naturaleza y visos de legalidad a una regulación que viola de manera manifiesta el ámbito competencial asignado constitucionalmente a la Ley.

Los sistemas de vigilancia electrónica representan una amenaza a los derechos fundamentales de los sujetos monitorizados, incluso, a los de su entorno más inmediato: familiares que convivan con el recluso. El que se limite, adecuadamente, su radio de acción a la transmisión de información o data del penado o interno monitorizado, únicamente, respecto a su «localización» en un espacio temporal previsto en su plan de tratamiento, representará, sin duda, una garantía para que con la aplicación de los dispositivos telemáticos no se afecten, más allá de lo estrictamente necesario, sus derechos fundamentales. Ahora bien, la tarea del legislador es delimitar nítidamente los marcos de aplicación de estos dispositivos electrónicos para que no sobrepasen la labor encomendada de control y supervisión del cumplimiento y ejecución de la sanción penal, con la cual fueron diseñados.

La capacidad disruptiva con la cual pueden ser empleados, estos innovadores dispositivos tecnológicos, implica una amenaza latente que ha de calibrarse suficientemente, desde una perspectiva democrática, en la que su objeto y alcance estén claramente definidos en el marco de una Ley Orgánica; que sería el único instrumento jurídico que posibilitaría en Derecho su implementación y aplicación. No olvidemos que son herramientas que sirven a un propósito; pues bien, delimitar este propósito es tarea encomendada, de acuerdo a la Constitución, al legislador.

El quid de la cuestión será dotar de un adecuado marco jurídico la concreta regulación de los sistemas de vigilancia telemática, con el fin de establecer límites claros a lo que supone una clara intromisión por parte del Estado, sobre los derechos fundamentales del recluso monitorizado (intimidad, dignidad personal, libre desarrollo de la personalidad y libertad), si, inexorablemente, esta intromisión o afectación no parte de una Ley Orgánica, como contundentemente, lo ordena la CE.

La pena de localización permanente fue incorporada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con lo cual, el legislador español, rectificó el rumbo respecto a la primera modalidad de incorporación del control telemático, esto es: el tercer grado con control telemático, que fue incorporado al ordenamiento español por vía exclusivamente reglamentaria. Sin embargo, esta intención inicial del legislador español, -luego cambiaría radicalmente-, en virtud, de las sucesivas reformas efectuadas al CP, particularmente, la operada según la LO 5/2010, de 22 de junio, que aumenta su duración a seis meses, la eleva a una pena menos grave, con el objeto de potenciar su efecto intimidatorio y, a su vez, permite que su ejecución se verifique también en centro penitenciario, con lo cual, se desnaturaliza la configuración inicial de esta modalidad de pena, como será advertido más adelante. Desechándose de esta manera la justificación que en principio se utilizó para sustituir la pena de arresto de fin de semana por la de localización permanente. Lo que, sin duda, configuró una estrategia precipitada, poco razonada, como podrá concluirse de las sucesivas reformas a las que se ha sometido esta pena, en sus cortos dieciocho años de existencia.

Los sistemas de vigilancia electrónica pueden convertirse en herramientas de gran utilidad, para garantizar el seguimiento y control efectivo de los permisos de salida de los

internos con especiales características penales y penitenciarias, fundamentalmente, para aquellos delitos de índole sexual: agresores, violadores, etc.; asimismo, para los de terrorismo, que hayan superado un minucioso, individualizado y científico pronóstico de reinserción social favorable, a través del sistema de monitorización móvil o activa, esto es, mediante el sistema de posicionamiento global -GPS- activa: posibilidad de retransmisión de datos en tiempo real al centro de control y seguimiento, sobre la localización exacta del reo monitorizado. Lo que convierte a los dispositivos telemáticos de control en instrumentos complementarios que cumplen la función de garantizar el goce efectivo del permiso de salida, a su vez que, reviste la concesión del permiso de la garantía electrónica de cumplimiento, con unos niveles de seguridad reforzados, dada las especiales características de los beneficiarios del permiso, en cuestión.

La implementación de los sistemas de control telemático en el ámbito de los delitos de violencia doméstica y de género, sólo, persigue una finalidad: la efectiva y más eficaz protección integral de la víctima. Con ello, se busca implementar un conjunto de medidas más acordes y eficientes con este tipo de delitos, con lo cual, se centra este tipo de respuestas penales, de acuerdo, con los fines característicos de protección y de seguridad de las víctimas que han de rodear a esta especial tipología delictiva. En este sentido, la violencia de género representa un fenómeno social singular, que demanda una especial función tuitiva del Derecho penal, cada vez más eficaz, efectiva y eficiente. Por tanto, la influencia de los sistemas de control telemático será cada vez mayor, como se evidencia de la experiencia española.

*LA CUESTIÓN CARCELARIA EN VENEZUELA:
¿ES LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA UNA ALTERNATIVA
FACTIBLE!*

1. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR

1.1. Estado actual de la cuestión penitenciaria

Venezuela registra los problemas más graves de la región en materia penitenciaria, las condiciones de vida en las prisiones son inhumanas, dantescas e infernales; dado el completo abandono por parte del Estado de los centros penitenciarios, internados judiciales, y demás recintos policiales -calabozos- donde se retiene a la población privada de libertad, los cuales se acrecientan y multiplican de manera alarmante con el transcurrir del tiempo. Venezuela es el país latinoamericano que registra más muertes violentas y heridos entre su población reclusa. No existe ningún otro país en la región que registre los niveles de violencia carcelaria que registra Venezuela. Incluso, como bien lo afirmó AYALA CORAO, podría calificarse como el país que registra las cárceles más violentas del mundo³¹⁵. Es decir, el Estado no garantiza el derecho a la vida y a la integridad personal dentro de las prisiones. Las masacres registradas a lo largo de las dos últimas décadas son en gran medida ocasionadas por rencillas internas entre reclusos, así como también, por funcionarios militares del Estado.

Asimismo, tampoco garantiza los derechos fundamentales más básicos, como: el derecho a la alimentación, a la salud, a la higiene y salubridad de sus edificaciones, a un trato digno y humanitario, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, que son derechos fundamentales que no se pierden por efecto de la condena; mucho menos, por

³¹⁵ Cfr. «Presentación», en *Portafolio de Propuestas Penitenciarias*, OBSERVATORIO VENEZOLANO DE PRISIONES, Caracas-Venezuela, Gráficas Lauki, 2016, p. 12.

efecto de una resolución judicial que acuerde una medida de privación preventiva de libertad. El sistema de (in)justicia en general y la administración penitenciaria en su conjunto aunque ignoren y cierren los ojos, o, escondan la cabeza como el avestruz, es el único y el principal responsable de la problemática penitenciaria que afronta el país caribeño. Este sistema está compuesto por los tribunales penales (poder judicial), el ministerio público, la policía, el cuerpo de investigaciones científicas, penales y criminalísticas (policía judicial), el sistema de defensa pública de presos y el ministerio del poder popular para el servicio penitenciario. Órganos a quienes compete coordinar esfuerzos para desarrollar una política penitenciaria acorde con los postulados constitucionales y, a quienes, les corresponde garantizar los derechos humanos de los privados de libertad. O sea, rediseñar y reelaborar un marco de políticas públicas que se adecue a los estándares mínimos internacionales en el manejo y gestión de los privados de libertad (Reglas Mandela)³¹⁶.

De acuerdo a lo anteriormente comentado, la Administración penitenciaria hace parte o integra el Sistema de Administración de Justicia y, es sólo, el último eslabón de la cadena³¹⁷. De manera que, el mal funcionamiento del Sistema en general impactará radicalmente en el subsistema penitenciario, —a quien en última instancia sólo le corresponde ejecutar la pena— y, velar porque se respeten los derechos humanos dentro de las edificaciones carcelarias. En este sentido, los órganos de Administración de Justicia Penal, son a quienes les compete decidir cuál es la clientela del subsistema penitenciario³¹⁸. Y el mal funcionamiento del todo, —es decir, del sistema en general—

³¹⁶ REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS (Naciones Unidas, 21 de mayo de 2015 Consejo Económico y Social).

³¹⁷ Vid. al respecto, LINARES ALEMÁN, M.: *El sistema penitenciario venezolano*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, 1977, p. 17. Autora que en este sentido, escribe que: «Si le otorgamos a la administración de justicia la categoría de sistema, lo que hemos llamado sistema penitenciario constituye más un subsistema. Subsistemas serían también, en este sentido, el jurídico penal y el judicial. La filosofía, formas organizativas y el funcionamiento de estos últimos producen amplias repercusiones en lo penitenciario, último eslabón del engranaje». De manera que, si no funcionan correctamente los demás subsistemas que integran el sistema en general, el último de ellos sólo será un reflejo de ese mal funcionamiento.

³¹⁸ Vid. MORAIS DE GUERREO, M.G.: *El sistema penitenciario venezolano durante 50 años de la democracia petrolera 1958-2008*, Caracas, Fundación Polar, Publicaciones UCAB, 2011, p. 25. Respecto al trabajo coordinado de los tribunales, la policía y la administración penitenciaria, escribe que los dos primeros son los que: «deciden, en la práctica, cuál es la clientela del subsistema penitenciario».

repercutirá decididamente en la capacidad de respuesta y gestión de ese último engranaje de la cadena.

No obstante, y ante la falta de una política penitenciaria que se plantee enfrentar toda esta grave situación. Por el contrario, la falta de una gestión adecuada de políticas públicas en esta materia es, sin ambages, absolutamente inexistente. En efecto: El retardo procesal es, sin duda, uno de los principales problemas que se multiplica a lo largo del tiempo, lo que genera los altos niveles de hacinamiento, corrupción y violencia carcelaria; esta última, sufre una escalada como nunca antes se había visto, en la historia del penitenciarismo venezolano. No existe atención integral a la salud. En su gran mayoría los privados de libertad en Venezuela mueren dentro de las prisiones por tuberculosis y desnutrición. Los servicios básicos como la luz y el agua son muy escasos, por no decir, prácticamente inexistentes en las cárceles venezolanas. Existe un enorme déficit de personal penitenciario capacitado y formado para gestionar la actividad penitenciaria. No se clasifica a la población reclusa³¹⁹, con lo cual, se incumplen los criterios internacionales de clasificación, en este sentido.

Los altos niveles de corrupción que exhiben los funcionarios encargados de gestionar la labor penitenciaria, son, manifiestamente impresionantes, cobros por traslados a las sedes judiciales, así como por traslados para atención médica, cobros por el paso de alimentos a lo interno de las prisiones, -son los propios internos los que tienen que garantizar su alimentación ante la falta de alimentos por parte del Estado-, cobros por permitir el tráfico ilegal de armas y drogas. En fin, por un largo etcétera. Lo que hace de la corrupción un caldo de cultivo que genera los altos niveles de violencia que

³¹⁹ Sobre la pena de prisión en América Latina, BARROS LEAL afirma contundentemente: «Hacinadas, promiscuas, malolientes, incubadoras de tuberculosis, de enfermedades epidérmicas, del VIH y del sida, las cárceles albergan en sus edificios ruinosos, por donde circulan cucarachas y ratones, a centenas de prisioneros inertes, *cuerpos dóciles*, sin asistencia material, jurídica y médica, sin ningún género de clasificación (lo cual hace caer la propuesta de individualización, esencial para la ejecución científica de la pena, en las telarañas del embuste), de separación (ni siquiera entre provisionales y sentenciados, en desarmonía con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado y ratificado por ... [Venezuela]: 2.a. Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas), compartiendo, en celdas colectivas, en patios infectos, un ambiente anárquico, propicio al contagio moral y la diseminación de toda suerte de enfermedades». Cfr. BARROS LEAL, C.: *La vigilancia electrónica a distancia. Instrumento de control y alternativa a la prisión en América Latina*. Porrúa/Ilanud/Cela, México, 2010, p. 18.

exhiben las cárceles venezolanas. Por tanto, no se cumple con el mandato constitucional consagrado en el artículo 272 de la Constitución Venezolana³²⁰.

Ante toda esta grave situación nos plantearemos realizar una visión panorámica y microscópica del estado de las prisiones en Venezuela, de los principales problemas que enfrenta el sistema penitenciario nacional³²¹, esto es: del estado deplorable de la infraestructura carcelaria; de los altos niveles de violencia en las cárceles venezolanas; del retardo procesal como uno de los males más estacionarios y característicos de nuestro sistema de justicia penal; asimismo, del hacinamiento, como fenómeno principal que evidencia la inexistencia de una política seria que se corresponda con los mínimos estándares internacionales; males estos que se acentúan y multiplican por la extrema perversión del sistema, lo que será desarrollado partiendo de dos tópicos esenciales: como primer aspecto, las pésimas condiciones de vida en las prisiones y demás centros de detención en Venezuela; y dos, la ausencia de una política penitenciaria seria que contribuya a superar esta grave crisis, a partir de: el oscurantismo o hermetismo de las autoridades en compartir y hacer pública la información penitenciaria; del desacato por parte del Estado venezolano a las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos, esgrimidas en relación a su sistema penitenciario; y, de la corrupción que se gesta desde las prisiones venezolanas.

³²⁰ Art. 272 «El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estatales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias. En todo caso las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia postpenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico».

³²¹ En este sentido, nos plantearemos como primera tarea identificar los principales problemas que deben ser atacados en el sistema penitenciario venezolano, si, queremos -siguiendo a Elías Carranza- ser eficaces en la mejora y recuperación de este sistema de ejecución de penas; es decir, determinar los factores que desencadenan la dramática y crítica situación por la que atraviesa, en su conjunto: el sistema de la justicia penal en Venezuela. Vid. CARRANZA, E.: *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*. Siglo XXI/ILANUD, 2009. p. 28. El autor afirma: “Una primera tarea indispensable para ser eficaces en la labor de mejorar los sistemas penitenciarios, es determinar los principales problemas que deben ser atacados”.

Luego, y, una vez desarrollado los puntos antes descritos, realizaremos un balance sobre este punto, en el que sintéticamente se recogen las principales consideraciones que hemos identificado producto del arqueo y recuento del estado actual de la problemática carcelaria en Venezuela. Identificado los males característicos que presenta el sistema penitenciario nacional, es la mejor manera de atacarlos, con lo cual, se intentará sintetizar un cambio de rumbo que permita revertir la crítica situación que se vive a lo interno de las prisiones.

De seguidas, intentaremos buscar respuestas del porqué de esta grave e insuperable crisis, en este sentido, desarrollaremos como siguiente punto: el encarcelamiento como única respuesta, es decir, el uso excesivo y, con ello, el abuso del viejo recurso a la prisión, lo que nos llevará a plantearnos la necesidad de un nuevo catálogo de penas en el Ordenamiento jurídico venezolano. Una vez dotado de contenido este punto, nos plantearemos, la viabilidad de la implementación de la vigilancia electrónica como una de las posibles alternativas al encarcelamiento en Venezuela, lo que nos llevará a ponderar los argumentos a favor y en contra de la medida. O sea, la viabilidad de su implementación y gestión desde el contexto venezolano. Llegado este punto, nos preguntaríamos: ¿Cuál sería la base internacional y regional, que permitiría incorporar el control telemático en Venezuela?

Posteriormente, se procederá a construir una iniciativa de propuesta normativa desde el Ordenamiento jurídico nacional que permita implementar en el sistema de justicia penal la vigilancia electrónica como una más de las opciones del control formal alternativo a la prisión.

Finalmente, y a modo de conclusión, esgrimiremos una sinopsis o resumen general del capítulo, todo ello, con el firme propósito de intentar cohesionar esfuerzos en la búsqueda de posibles soluciones -una de muchas que habrá que plantearse- a tan grave crisis, que, en efecto, sufre este país latinoamericano, lo que, en definitiva, se corresponde con un régimen político excesivamente represivo que muestra su absoluta indiferencia y miopía ante el drama humano que afrontan los privados de libertad y sus familias, en Venezuela.

1.2. El deplorable estado de la infraestructura carcelaria

Venezuela cuenta con 34 cárceles nacionales, distribuidas a lo largo y ancho del país, sin embargo, siete de estas cárceles se encuentran ubicadas en el Área Metropolitana de Caracas, la capital de la República, donde se concentra una cuarta parte de la población penitenciaria del país. En su gran mayoría las prisiones: cárceles, retenes e internados judiciales presentan problemas en su infraestructura física, fundamentalmente, sus tuberías de aguas blancas y negras, dada la falta de mantenimiento y la antigüedad de las edificaciones penitenciarias, muchas de las cuales, en un 70 %, ya sobrepasan los 30 años.

La infraestructura presenta un deterioro sistemático que se magnifica por efecto de los altos índices de hacinamiento carcelario, es decir, de la sobrepoblación a la que se someten estas edificaciones, de la alta y grave acumulación de desechos sólidos o basura, de la proliferación de roedores y plaga, generada por esa misma acumulación, así como de la grave escases de agua y del servicio eléctrico, que se ha intensificado últimamente por las constantes fallas en el suministro de estos servicios básicos, lo que, en consecuencia, genera una insalubridad generalizada de sus edificaciones.

De manera que, ante esta problemática se expone a la población reclusa a contraer enfermedades infectocontagiosas, respiratorias, de la piel, gastrointestinales, entre otras, que en su gran mayoría son producto de las condiciones insalubres que presentan las prisiones en general. Enfermedades que ya habían sido erradicadas de Venezuela, tales como la tuberculosis o el paludismo, sólo por nombrar dos de ellas. Es de destacar, que prácticamente no se garantiza el suministro de agua potable.

La capacidad instalada de las edificaciones penitenciarias en Venezuela según información aportada por el Observatorio Venezolano de Prisiones (en lo adelante OVP), es de 21.000 plazas, sin embargo, para el año 2019, se contaba con una población penitenciaria que sobrepasaba los 40.000 reclusos, lo que significa que el nivel de

sobrepoblación presenta una media del 120 % ³²². No obstante, hay que tomar en cuenta que gran parte de la población reclusa en Venezuela se encuentra en los calabozos policiales, un número bastante aproximado a la población que se encuentra en las cárceles e internados judiciales, en donde las condiciones de hacinamiento sobrepasan un 400% ³²³. De esta población reclusa, más de la mitad de los reclusos son procesados, es decir, esperan por juicio, no tienen una sentencia condenatoria firme, frente a los condenados que representan una minoría.

En este sentido, la inversión de la pirámide procesal cada año se acentúa más por los altos niveles de retardo procesal a los que se somete a la población reclusa en Venezuela. Esta grave problemática -el retardo procesal-, es la causa principal del hacinamiento en las prisiones venezolanas, al sobrepasar el número de plazas y de recursos disponibles, se genera un uso intensificado de las edificaciones, lo que obviamente acelera su deterioro, magnificando las condiciones de insalubridad, haciendo que las condiciones de vida intramuros se endurezcan por efecto mismo del --ya insostenible hacinamiento--; condiciones que tienden a desmejorar y a multiplicarse por los significativos niveles de violencia carcelaria que exhiben las cárceles venezolanas.

De esta manera, ante el deterioro crónico de la infraestructura carcelaria, los altos índices de sobrepoblación y la falta de transparencia en el manejo del presupuesto penitenciario, se forma un excelente caldo de cultivo que atenta directamente contra las condiciones mínimas de vida, lo que, acertadamente ha sido calificado como un “infierno”³²⁴, dado la depauperada vida a la que se somete a la población reclusa en Venezuela. Situación que ha venido agravándose por la pandemia. Se han suspendido las visitas a los recintos

³²² Cfr. al respecto entrevista realizada a la directora del OVP, Carolina Girón. Disponible en línea [<https://monitoreamos.com/destacado/ovp-denuncio-ante-la-corte-interamericana-de-ddhh-la-precariadad-de-las-carceles-venezolanas>] Consulta [Abril 2021].

³²³ Cfr., ampliamente al respecto la denuncia del OVP. Disponible en [<https://globovision.com/article/ovp-alerta-sobre-la-falta-de-medicinas-y-alimentos-en-carceles-venezolanas>] Consulta [Abril 2021]

³²⁴ Sobre la identificación de las cárceles latinoamericanas como un infierno, puede verse a BARROS LEAL, C.: *La ejecución penal en América Latina a la luz de los derechos humanos: Viaje por los senderos del dolor*, Porrúa/Ilanud/Facultad de Derecho de la UNAM, México, 2009, pp. 98 – 99. El autor cita el relato avasallador de José Raúl Bedoya, un contrabandista de armas que pasó más de la mitad de su vida en prisión en los calabozos sudamericanos, en su libro *Infierno entre rejas*, en el que afirma «que el submundo de los ergástulos no puede ser reproducido con frases adornadas ni palabras rebuscadas, pues para describir las realidades desnudas la lírica debe estar ausente, y sería tanto como querer adornar un cadáver».

penitenciarios, y con ello, la única vía para que los internos se procurasen la alimentación básica.

Es decir, la gesta calórica mínima necesaria para poder subsistir. Es, precisamente, en la falta de alimentación respecto a la cual se han suscitado los mayores abusos y atropellos por parte de la Administración penitenciaria, toda vez que la partida asignada desde el Estado venezolano como parte del presupuesto para atender esta necesidad básica, se desaparece o evapora, ya sea, por distracción de fondos y/o apropiación indebida de los rubros alimenticios³²⁵. Corruptelas que son auspiciadas por el Estado, lo que, sin duda, origina una precaria e ínfima alimentación del recluso en cantidad y calidad. Es decir, una alimentación indigna.

Ante esta realidad, los reclusos en Venezuela tienen que ingeniárselas para poder subsistir, razón por la cual dependen casi exclusivamente de sus familiares, -los que tienen y los que pueden contar con ese apoyo, que por supuesto, no son la mayoría-, es por ello, que la población reclusa exhibe los alarmantes niveles de desnutrición, dada la escases de alimentos a la que se expone a los privados de libertad. Desnutrición que junto con la tuberculosis se han convertido en las principales causas de muerte en las prisiones venezolanas.

Es así como a las prisiones en Venezuela se identifican con una pena de muerte, o sea, quien ingresa a una prisión en este país suramericano tiene más próxima la muerte que la libertad y la vida. Cabe a este propósito, citar lo afirmado por POSADA y DÍAZ-TREMERÍAS (2008), quienes confirman esta conclusión, cuando a este respecto escriben:

En este sentido, expertos opinan que en Venezuela parece existir la pena de muerte en las penitenciarías; refieren que en Estados Unidos mueren más presos por pena de muerte que por rencillas, y tienen una población reclusa de 2.700.000 presos; en Brasil, existen

³²⁵ NIUS: “¿Cómo son las cárceles en Venezuela?: retrato de un sistema de hacinamiento y corrupción” por Esther Yáñez. Caracas 16-07-2020. «Y es que, en muchas ocasiones, la corrupción de los militares a cargo, los directores o los custodios provocan que los escasos alimentos y el resto de los rubros que el gobierno envía a los centros penitenciarios nunca lleguen a su destino. El pasado mes de junio, por ejemplo, fue noticia nacional la detención del subdirector de la Comunidad Penitenciaria de Coro (Copeco), en el Estado Falcón, al occidente del país, por vender la comida del penal a los presos de manera privada. El tipo estaba vendiendo cada plato a 800 mil bolívares, unos 4 dólares, casi el equivalente al salario mensual mínimo en Venezuela». Disponible en [https://www.niusdiario.es/internacional/latinoamerica/como-son-carceles-venezuela-retrato-sistema-hacinamiento-corrupcion_18_2979120003.html] Consultado [octubre 2021].

400.000 presos y mueren 1,5 internos por cada mil; y en Venezuela, que tiene 20.000 presos, mueren 20 cada mil³²⁶.

1.3. La violencia carcelaria

Una de las problemáticas más grave que presenta el sistema penitenciario venezolano, es precisamente, la violencia carcelaria. Esta violencia es generada principalmente por las propias carencias de la institución penitenciaria. Es decir, por el significativo deterioro de su infraestructura, por los altos niveles de hacinamiento evidenciado, por la sobrepoblación reclusa, el alarmante retardo procesal al que se somete a cada uno de los internos en Venezuela, por la corrupción propiciada por el Estado venezolano, por el ocio campante que se experimenta a lo interno de las prisiones, por la falta de alimentación y servicios básicos, por la falta de atención médica integral, lo que hace que la subcultura penitenciaria que subyace en este perjudicial entorno, y, por muchos otros factores, que hacen que las prisiones sean espacios idóneos para: corromper y atropellar las condiciones de vida de la población privada de libertad.

Indudablemente, este es un coctel suicida que reproduce hostilidad, discordia, agresividad, irritación entre quienes resultan sometidos a estas infernales condiciones de vida, y, por supuesto, quienes reaccionan naturalmente, con violencia, si, quieren sobrevivir. De manera que para poder sobrevivir en estas condiciones tienen que defender con su vida los pocos espacios que logran ocupar. En este sentido, son las luchas por el control territorial las que ocasionan las rencillas más sangrientas entre la población reclusa³²⁷, lo que trae como resultado la elevada cantidad de muertos y heridos que se sucede cada año en las cárceles venezolanas³²⁸.

³²⁶ POSADA, A., y DÍAZ-TREMERIAS, M.: «Las cárceles y población reclusa en Venezuela», en *Revista Española de Sanidad Penitenciaria* 2008. [Fecha de acceso 06 de abril de 2021] Disponible en [https://scielo.isciii.es/pdf/sanipe/v10n1/04_especial.pdf] Si bien es cierto, tal apreciación fue efectuada en el año 2008, la situación con el transcurso del tiempo, se muestra estacionaria, incluso, la tendencia en las últimas décadas, es a agravarse e intensificarse, significativamente.

³²⁷ Sobre la violencia extrema en las cárceles latinoamericanas puede verse por todos a ARIZA, L.J. y TAMAYO ARBOLEDA, F.L.: «El cuerpo de los condenados. Cárcel y violencia en América Latina», en *Revista de Estudios Sociales* 73 (2020): 83-95. Disponible en [<https://revistas.uniandes.edu.co/doi/10.7440/res73.2020.07>] Consultado [03-12-2021].

³²⁸ Vid. a este respecto, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 06 de julio de 2009, Considerando 11º. Asunto: Internado Judicial de Ciudad Bolívar “Cárcel de Vista Hermosa”. Medidas provisionales respecto de Venezuela. Disponible en [<https://summa.cejil.org/api/files/103194.pdf>] Consultado [25-07-2021].

Esta violencia en gran medida también viene representada por la violencia oficial que dispensa el Estado a la población reclusa, el trato inhumano y hostil por parte de los guardas y custodios de las prisiones; vemos como en las cárceles venezolanas se asesinan impunemente a los privados de libertad por parte de efectivos militares encargados de la seguridad externa de los penales.

Estas muertes causadas directamente por el Estado, no resultan investigadas en la gran mayoría de los casos, y si resultan, jamás se conoce a los responsables, manteniéndose un hilo de impunidad al no generarse responsabilidades por parte del sistema, es más, el Estado se muestra hermético y, por tanto, no suministra información fidedigna, en tiempo real sobre estos episodios de violencia carcelaria, con saldos mortales y gran número de heridos. Los cuales, luego intenta enmascarar atribuyendo el uso desproporcionado e inhumano de la fuerza letal a supuestas fugas, motines y/o rencillas entre la población reclusa, cuando, por el contrario, son acciones directas de los funcionarios encargados de la “seguridad” de los penales y centros penitenciarios³²⁹.

Ahora bien, es a raíz de esta violencia, tan característica de las penitenciarías venezolanas, lo que permite afirmar que en Venezuela no se garantiza ni protege los derechos a la vida y a la integridad física de los privados de libertad, lo que, por consiguiente, viola flagrantemente la Constitución Venezolana³³⁰; muy por el contrario, desde el Estado, se crean las condiciones y se somete a este colectivo a condiciones antagónicas que permiten que se violen o conculquen indiscriminadamente estos derechos básicos e inalienables, que para mayor abundamiento, constituyen el núcleo inderogable de los derechos humanos³³¹.

³²⁹ Sobre este punto, cabe referirse, recientemente, a la masacre del Cepella, Internado Judicial Los Llanos, Guanare, Estado Portuguesa, ocurrida hace un año, el 01 de mayo de 2020, en la que funcionarios del Estado (Guardias Nacionales), asesinaron a 45 presos y lesionaron a 75 internos, todos por armas de guerra. Luego, el Estado venezolano, manifestó que se trataba de un «intento de fuga», cuando, la realidad era que estaban protestando por falta de alimentos. Consulta en línea, disponible en [<https://oveprisiones.com/masacre-de-cepella-un-ano-sin-justicia/>].

³³⁰ Vid. al respecto, los artículos 43 y 46, ambos de la Constitución venezolana.

³³¹ Vid. en este sentido: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 1. Disponible en [<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>]; Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 4 y 5. Disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf]; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, arts. 3 y 5. Disponible en [<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>]; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 6, 7 y

Si el Estado no protege ni genera condiciones de no violencia y respeto irrestricto por los más elementales derechos humanos, los cuales, conviene advertir, no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia: guerra, estados de excepción y alarma, emergencia, peligro, calamidades públicas, o, cualquier otra amenaza. Es decir, cuando desde el Estado no se impide que sus agentes o custodios, así como también, que ningún particular o tercero atente contra estos derechos básicos³³², se auspicia indudablemente, un ambiente hostil, que eleva los niveles de violencia al máximo, al no propiciar una cultura de máximo respeto por la vida y la integridad física de las personas.

Con mayor razón aún, si estas se encuentran privadas de libertad a la orden del Estado. Y, es el uso desproporcionado de la fuerza por parte de los agentes militares -Guardia Nacional Bolivariana- que exacerba la violencia carcelaria, cuando estos ingresan con armas de guerra a los recintos carcelarios para restablecer el “orden”, generando un buen número de saldos mortales y heridos³³³.

Por otro lado, esta misma violencia hace que los privados de libertad atenten contra su vida e integridad personal, cuando para reivindicar o exigir mejores condiciones de

10. Disponible en [<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>]; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, arts. 2, 4 y 10. Disponible en [<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>]; y el Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, arts. 1, 3 y 4. Disponible en [<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCAT.aspx>].

³³² Vid. en este sentido, la Sentencia de 5 de julio de 2006, emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH): caso Montero Aranguren (Retén de Catia) y otros vs. Venezuela. Párr. 64. Disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf] Consultado [10-06-2021].

³³³ Vid. OBSERVATORIO VENEZOLANO DE PRISIONES: *Portafolio de Propuestas Penitenciarias*, Caracas-Venezuela, Gráficas Lauki, 2016, pp. 42-43. Muestra de esta violencia, son: «Los hechos ocurridos en el Retén de Catia (27 de noviembre de 1992), la Cárcel Nacional de Maracaibo (3 de enero de 1992), la Casa de Reeducción y Trabajo Artesanal El Paraíso “La Planta” (22 de octubre de 1996), el Centro de Reeducción Agropecuario “El Dorado” (28 de agosto de 1997), la Cárcel Nacional de Ciudad Bolívar “Vista Hermosa” (10 de noviembre de 2002), el Internado Judicial de la Región Capital Rodeo II (11 de junio de 2011) y el Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental “Uribana” (23 de enero de 2013), son ejemplo de ello, pues a raíz de los operativos realizados para controlar desórdenes y motines, decenas de personas privadas de libertad fallecieron y resultaron heridas». Uno de los más recientes ejemplos del uso de esta fuerza desproporcionada por parte agentes militares del Estado, ocurrió el pasado 01 de mayo de 2020, cuando los internos protestaban por falta de alimentos en el Internado Judicial Los Llanos, mejor conocido como Cepella, en Guanare, estado Portuguesa, en donde se produjo la mayor masacre en la historia de las cárceles venezolanas, que dejó un saldo de 45 muertos y 75 heridos, todos por impactos de armas de guerra. Es así como, una de las voces más respetadas del penitenciarismo venezolano, ya advertía a finales de la década del setenta, que las cárceles venezolanas son un baño de sangre y, por lo tanto, escribía: «Todo un baño de sangre que debe servirnos de lección definitiva para entender que, o hacemos una verdadera reforma penitenciaria en Venezuela, o corremos el riesgo de precipitarnos en un verdadero apocalipsis carcelario». Cfr. GÓMEZ GRILLO, E.: *Diario de Criminología*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, publicaciones, 1977, p. 69.

vida³³⁴, demandan que se cumpla, por ejemplo: el derecho a la alimentación, o, a la atención médica, concurren a mecanismos de protestas y/o huelgas que atentan contra su propia integridad física, incluso, la de sus familiares, como por ejemplo: las huelgas de hambre, las huelgas de sangre³³⁵ o el auto secuestro de sus familiares, de autoridades y custodios. Situaciones muy cotidianas en las cárceles venezolanas³³⁶. Una de las problemáticas más grave que presenta el sistema penitenciario venezolano, es precisamente, los altos niveles de violencia carcelaria.

1.4. El retardo procesal

El retardo procesal puede definirse como la dilación prolongada o la demora injustificada y marcada lentitud en celebrar los actos definitivos de un proceso judicial, esto es, en la tramitación del juicio, por parte de los órganos a quienes compete su realización e impulso procesal. Esta demora dilatada e injustificada en el tiempo, genera unas consecuencias nefastas para quien resulta procesado y, espera por la definición de su situación procesal, particularmente, por su sentencia, cuando se está privado de libertad.

Todo proceso penal se diseña en función de una serie de plazos que hacen de la dinámica procesal una consecución ordenada de actos y fases que se cumplen bajo unas formalidades para poder arribar a una sentencia. El incumplimiento injustificado y sistemático de estos plazos hace que los procesos se retrasen, lo que desnaturaliza la debida tramitación del juicio, ocasionando una seria y arbitraria prolongación de los procesos penales.

³³⁴ Sobre las demandas carcelarias, cabe aquí, reproducir el discurso foucaultiano de la miseria carcelaria, de muy vieja data, que desde su nacimiento acompaña a la prisión: «En el transcurso de estos últimos años, se han producido acá y allá en el mundo rebeliones de presos. En sus objetivos, en sus consignas, en su desarrollo había indudablemente algo paradójico. Eran rebeliones contra toda una miseria física que data de más de un siglo: contra el frío, contra el hacinamiento y la falta de aire, contra unos muros vetustos, contra el hambre, contra los golpes. (...)¿Rebeliones cuyos objetivos no eran sino materiales? (...) De hecho era realmente de los cuerpos y de las cosas materiales de lo que se trataba en todos esos movimientos, del mismo modo que se trata de ello en innumerables discursos que la prisión ha producido desde los comienzos del siglo XIX». FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión... op. cit.*, pág. 37.

³³⁵ Vid. al respecto nota de prensa de CCNesnoticias, de 30 de diciembre de 2020. Disponible en [<https://ccnesnoticias.com/2020/12/30/al-menos-14-reclusos-iniciaron-una-huelga-de-sangre-por-retardo-procesales>] Consultado [12-07-2021]; Asimismo, nota de prensa de El Nacional, de 30 de diciembre de 2020. Disponible en [<https://www.elnacional.com/venezuela/reclusos-iniciaron-huelga-de-sangre-en-lara/>] Consultado [12-07-2021].

³³⁶ «En 2018, en la cárcel de Valencia, en Venezuela, más de sesenta personas murieron en un incendio ocasionado durante un motín, y se repitieron así los hechos ocurridos en la prisión de Sabaneta, en la ciudad de Maracaibo, en 1994 (Delgado, 1994)». Cfr. ARIZA, L.J. y TAMAYO ARBOLEDA, F.L.: *ob. cit.*, p. 85.

Sorprende la forma como esta problemática se magnifica y agrava en el tiempo³³⁷, lo que trae como consecuencia los altos índices de hacinamiento carcelario en Venezuela. A pesar de esta grave situación, las autoridades competentes aunque se muestren indiferentes e ignoren deliberadamente este fenómeno característico del sistema penitenciario venezolano, deben procurar tarde o temprano, solventar esta inhumana situación, la cual se muestra, sin duda, insostenible, por los problemas que ello genera, a lo interno de las prisiones.

No obstante, puede afirmarse -sin temor a equivocarse- que a pesar de que este es uno de los males más serios que históricamente ha afrontado el sistema de (in) justicia venezolano. No existe una política pública seria y adecuada para lograr superar este flagelo. De esta manera, la sobrepoblación de las edificaciones carcelarias es producto de ese marcado retardo procesal que sufre cada preso en Venezuela. No hay preso en Venezuela que no esté afectado por este fenómeno. Lo que hace que las condiciones de vida en las cárceles de este país sean cada vez más duras e inhumanas.

El retardo procesal genera el hacinamiento y, a su vez este, produce y multiplica la violencia en los centros penitenciarios. Es la más natural consecuencia de la sobrepoblación penitenciaria. De manera que la regla matemática es simple, retardo procesal más hacinamiento es igual a violencia carcelaria. Ahora bien, aunque las autoridades a quienes compete solventar esta grave situación se rasguen las vestiduras y procedan *vox populi* a ufanarse de los planes y proyectos para enfrentar el retardo procesal en Venezuela; pareciera que estas demoran más en fotografiarse ante la prensa nacional que en producir serios y permanentes resultados, que impulsen una seria política --repito que ha de ser mantenida en el tiempo, si se quiere producir cambios en el manejo de esta problemática--; cambios estos, dirigidos a alcanzar una: radical descarceración. En definitiva, el retardo procesal no es más que el mal funcionamiento del sistema de justicia penal.

³³⁷ Vid. PEÑA RANGEL, A.: «El diferimiento como acto central de la justicia penal en Venezuela», en AA.VV, *El Retardo procesal le Roba la vida al ser humano*, Caracas, Observatorio Venezolano de Prisiones, 2019, pp. 75 y ss.

La falta de conciencia de las graves y perjudiciales consecuencias que se generan con el retardo procesal, además de ser invisibilizadas, no ayuda en forma alguna a combatir este flagelo. Es por ello, que resulta prioritario una toma de conciencia al respecto, como primer paso, si se quiere revertir permanentemente el retardo procesal, asumiendo como principal premisa que la regla ha de ser que todos los actos, audiencias y juicios se realicen dentro de los plazos previstos, con mayor razón, si tales actos han de realizarse con privados de libertad; asimismo, que se evite acudir al uso de prisión preventiva como única medida en la mayoría de los procesos penales, radicalizándose al máximo, el carácter excepcional de esta medida; de lo contrario, cada juez o tribunal que retarde injustificadamente un proceso y, dicte medidas preventivas privativas de libertad sin una verdadera justificación, esto es, sin necesidad, le debe ser inmediatamente abierta una investigación disciplinaria, que culmine con una sanción ejemplarizante, que sirva como precedente para combatir verdaderamente el retardo procesal en Venezuela. Es decir, el ejemplo ha de comenzar por casa: el Poder Judicial.

Finalmente, el retardo procesal, --como era previsible se ha agravado en estos dos últimos años--, por efecto de la pandemia de la COVID- 19, pues, durante buena parte de 2020 los Tribunales penales en Venezuela sólo atendieron causas a las que denominaron “urgentes”; y no celebraron audiencias preliminares, ni tampoco juicios orales. Lo que ha venido magnificando a niveles exponenciales este flagelo, elevando como consecuencia de esta medida las cifras relacionadas con el retardo procesal a escalas bastante alarmantes; --sino antes-- ya eran bastante sorprendentes, ahora lo son aún más.

No fue sino hasta octubre de 2020, que las máximas autoridades del Poder Judicial autorizaron la reapertura del Sistema de Administración de Justicia, en correspondencia con las semanas de “flexibilización” que para tales efectos decretó el Ejecutivo Nacional, en función, de los medios tecnológicos y recursos existentes que permitan darle continuidad a las labores ordinarias judiciales, que, en efecto, ya venían siendo retrasadas como consecuencia de la pandemia, durante la llamada “cuarentena radical”.

No obstante, conviene advertir que los Tribunales penales en Venezuela carecen del equipamiento tecnológico y de los medios necesarios para poder asumir esa enorme carga que ha dejado el retardo procesal agravado por esta situación de emergencia puntual, así como también, de la falta de capacitación necesaria y de las graves fallas, tanto en el

servicio de energía eléctrica como del internet. Lo cual dibuja un panorama bastante sombrío, en el que se pueda, efectivamente celebrar las mayorías de las audiencias: audiencias de presentación de detenidos, preliminares, juicios orales y audiencias de apelación, por medio de videoconferencias.

Esta es una realidad que conoce cualquier venezolano de a pie. De manera que, la brecha digital y/o tecnológica es un obstáculo que agrava aún más esta situación. No porque no existan recursos para adquirir los equipos necesarios para superarla, sino por los altos niveles de corrupción que han colocado en jaque a todos los servicios básicos en Venezuela, incluida, por supuesto, la justicia.

Aunque desde las altas esferas del Poder Judicial, esto es, del Tribunal Supremo de Justicia se intente vender la idea que se están realizando por vía de videoconferencia las audiencias en la mayoría de los procesos penales, la realidad es muy distante de esta consigna propagandística, lo que en definitiva, recrudece el retardo procesal y, con él, todos los males que de ello derivan. La situación es grave, y el primer paso para enfrentar seriamente esta situación es: tomar conciencia y reconocer el problema.

1.5. El hacinamiento

El hacinamiento³³⁸ puede definirse como la irregular acumulación y/o aglomeración de privados de libertad, que se verifica cuando el número de plazas de una edificación penitenciaria se ve excedida por el número de privados de libertad que ingresan, o, hacen vida dentro de un centro de reclusión. En este sentido, puede afirmarse que este fenómeno penitenciario tan característico y estacionario en Venezuela³³⁹ se manifiesta cuando se supera la capacidad física de la edificación penitenciaria. Es decir: —número de plazas disponibles— para albergar a un número limitado de privados de libertad.

³³⁸ Vid. en extenso, Observatorio Venezolano de Prisiones: *Portafolio de Propuestas Penitenciarias*, Caracas-Venezuela, Gráficas Lauki, 2016; pp. 130 y ss.

³³⁹ Vid. Gómez Grillo, E.: *Las cárceles en Venezuela*, Caracas, Segunda edición, publicaciones Seleven, 1980, p. 75. El autor escribía respecto al hacinamiento, como un mal tan característico, estacionario y permanente en el penitenciarismo venezolano, que: «los problemas del drama penitenciario que estremece al país -tráfico y consumo de drogas, envilecimiento sexual, inseguridad personal... tienen como fuente original tal promiscuo hacinamiento».

Esta situación genera a lo interno de la prisión, cuya población reclusa —insisto— excede la capacidad física del número de celdas disponibles, una problemática que se ve colapsada en los servicios básicos, y demás, prestaciones asistenciales, que necesita un privado de libertad para procurar que su estadía en prisión se desarrolle en condiciones de vida digna.

Por tanto, la aglomeración excesiva de privados de libertad en espacios físicos no diseñados para recepcionar un número superior a la capacidad instalada del penal, en el que se exceden las dimensiones físicas para albergarlos, ocasiona una serie de efectos adversos y perjudiciales, que inciden directamente en las condiciones de vida de los reclusos. Haciendo de la estadía en prisión un campo de batalla, es decir, un ambiente extremadamente tenso y hostil³⁴⁰, que fomenta la agresividad y la violencia, que a su vez, eleva los niveles de estrés y, por consiguiente, endurece las condiciones de vida, al máximo.

³⁴⁰ En Venezuela los niveles de tensión y conflictividad en los recintos penitenciarios y demás centros de reclusión son bastante elevados, a pesar del hermetismo del sector oficial, quienes se niegan a compartir y dar a conocer estadísticas oficiales respecto a los motines, huelgas y demás acciones violentas, que muy regularmente se suceden en las cárceles venezolanas, dado los crecientes niveles de precariedad y las pésimas condiciones de vida en dichos establecimientos carcelarios. Es más, deliberadamente, las autoridades ocultan los sucesos violentos que ocurren, diariamente, dentro de las prisiones. Con lo cual, los índices de violencia carcelaria, —cada vez más—, van en aumento: tasa de homicidios, suicidios, lesiones personales por armas de fuego y, con armas blancas, tráfico, comercio, distribución y consumo de drogas dentro de las prisiones, tráfico ilícito de armas y explosivos, planificación y comisión de ilícitos penales que se gesta desde las prisiones (secuestros, robos, extorsión, homicidios, etc.), cobro de vacunas, todas estas producto del autogobierno de “pranes”; un “pran” es, según la subcultura carcelaria: un preso rematado, asesino nato, esto es, jefes o líderes negativos de la población reclusa que se autoeligen de entre los presos más violentos de las prisiones, por medio de la fuerza y la violencia extrema, asesinando impunemente a sus rivales y opositores, para hacerse del poder interno de las cárceles, convirtiéndose en la cabeza visible, es decir, la autoridad más temida dentro de la prisión, lo que le permite a su antojo realizar todo tipo de negocios ilícitos en las prisiones, liderar redes de extorsión y sicariato que se manejan con absoluta impunidad, al extremo, de contar con equipos electrónicos dentro de las prisiones, teléfonos, portátiles, internet, etc., así como, por supuesto, la posesión de armas de fuego (semiautomáticas), municiones y explosivos (granadas fragmentarias), siendo, —claro está— los únicos que pueden poseer armas dentro de las cárceles; ningún otro interno fuera del pran o líder y, por supuesto, su círculo más estrecho de seguridad, al cual se le denomina “carro”, o sea, —fuera de este reducido número de internos—, no le está permitido poseer armas a ningún otro, lo que garantiza su gobierno dentro de estos establecimientos carcelarios y, por tanto, lo que les permite planificar sus golpes desde el interior de las prisiones, —en muchos casos—, con la connivencia y aprobación de las autoridades estatales —directores de cárceles e internados judiciales e incluso de la ministro de asuntos penitenciarios—; son las manifestaciones más naturales de la subcultura carcelaria en Venezuela. Violencia utilizada por el Gobierno venezolano “revolucionario” de forma descarada para amedrentar a la población civil, lo que es del conocimiento público y comunicacional. Esta grave situación representa una problemática, en extremo particularmente preocupante. A diferencia de España, en la que el grado de conflictividad es muy leve, casi cero, no existen motines, agresiones y violencia dentro de las cárceles, datos aportados por estadísticas oficiales (Informe ODA 2010/2011, Realidad y política penitenciaria, GARCÍA ESPAÑA, E. y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. [Dirs.]).

Ante la superpoblación de espacios físicos, se produce, naturalmente, la insalubridad y la falta de higiene, por efecto de la aglomeración de privados de libertad, viéndose como consecuencia de esta, limitada al máximo su privacidad. De acuerdo, a los niveles de aglomeración se irán reduciendo significativamente la privacidad e intimidad de los internos, es decir, ante una mayor aglomeración menos privacidad, hasta el punto, que la concentración o acumulación excesiva de internos en espacios físicos reducidos, hacen desaparecer por completo tanto la privacidad como la intimidad, ambas condiciones necesarias para garantizar la existencia de la dignidad humana.

Como vemos, el hacinamiento no es más que la natural consecuencia de la actuación precaria de los tribunales, es decir, de su mal funcionamiento. De suerte que, la inversión de la pirámide procesal es el efecto directo de ese mal funcionamiento de la Administración de Justicia Penal. A este respecto, LINARES ALEMÁN, ya en 1977, advertía sobre la lentitud de la justicia, que:

La interferencia del sistema judicial sobre el penitenciario es tan acentuada que ha llevado a algunos especialistas a concluir que en Venezuela no hay propiamente un problema penitenciario sino procesal, aludiendo al hacinamiento de las cárceles, producto de la tardanza de los jueces en dictar sentencia y causa directa de que la población reclusa sea mayoritariamente procesada y no condenada³⁴¹.

Esta opinión en la doctrina nacional, se había constituido en un grito a voces, inalterado en el tiempo, mediante el cual se alertaba de las gravísimas consecuencias que generaba el retardo procesal y la falta de celeridad en la tramitación de los procesos penales en Venezuela; de todas ellas, la más perjudicial para el sistema en general lo era el hacinamiento penitenciario, generador de otro conjunto de anomalías que eran y son producto de la precariedad del sistema en proveer una respuesta rápida a los asuntos que se sometían a la justicia penal³⁴².

³⁴¹ Ibid. p. 43.

³⁴² Vid. GÓMEZ GRILLO, E.: *Las cárceles en Venezuela... op. cit.*, p. 75. El autor escribía respecto al hacinamiento, como un mal tan característico, estacionario y permanente en el penitenciarismo venezolano, que: «los problemas del drama penitenciario que estremece al país -tráfico y consumo de drogas, envilecimiento sexual, inseguridad personal... -tienen como fuente original tal promiscuo hacinamiento».

De manera que, el letargo en los procesos penales incidía en el incremento de los elevados niveles de hacinamiento y, por tanto, la extensión de este fenómeno hacía que se incrementará la violencia carcelaria, la promiscuidad, el ocio, el contagio criminal, la corrupción dentro de los recintos penitenciarios y, por supuesto, la falta de atención integral en todos los aspectos: asistencia sanitaria, alimentación, programas educativos, culturales y deportivos, asimismo, la total inexistencia de programas de reinserción, haciendo que el sistema colapsara por completo.

Situación que intentó solventarse con la promulgación y posterior entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal venezolano, en el año 1998³⁴³, instrumento que entró en vigencia plena en el año 1999, dado que, como acertadamente lo afirmó MORAIS DE GUERRERO, con

la introducción del sistema acusatorio oral abreviaría los juicios y la celeridad procesal permitiría reducir el hacinamiento, donde reside, en nuestra opinión, el foco de los demás problemas que se viven en las cárceles venezolanas, principalmente la promiscuidad, el ocio y la violencia³⁴⁴.

Esta grave problemática, también era denunciada por la organización internacional no gubernamental *Human Rights Watch* (en lo adelante HRW), mediante su informe del año 1998, identificado como «Castigos sin condena. Condiciones en las prisiones de Venezuela», en el que se sostiene que,

casi el 70 por ciento de la población carcelaria está compuesto por procesados: personas cuyos casos están pendientes en alguna de las etapas de las lentas diligencias penales venezolanas. Una proporción alta de esos presos no han sido condenados por ningún delito, pero se les mantiene en detención preventiva; el resto está apelando sus condenas.

³⁴³ CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.208 de 23 de enero de 1998.

³⁴⁴ Cfr. MORAIS DE GUERRERO, M.G.: «Los derechos de los adolescentes durante la fase de ejecución de las medidas impuestas en virtud de la condena penal. Especial referencia al derecho a un trato humanitario y digno», en Javier Llobet Rodríguez, coord., *Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González*, San José de Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, Naciones Unidas, ILANUD, 2007, p. 17.

Como sucede con el hacinamiento, la mayoría aplastante de procesados en el sistema de prisiones también viene de largo³⁴⁵.

2. LA EXTREMA PERVERSIÓN DEL SISTEMA

2.1. Las pésimas condiciones de vida en las cárceles de Venezuela

Las cárceles venezolanas se caracterizan y distinguen por sus pésimas y denigrantes condiciones de vida³⁴⁶. Se respira dentro de las mismas un ambiente hostil, insalubre, antihigiénico, frío, patógeno y particularmente humillante, que hace insostenible la vida en condiciones mínimas de dignidad. El hambre es uno de los factores más característicos de las prisiones venezolanas, lo que se evidencia por los altos índices de desnutrición que presentan los privados de libertad en Venezuela³⁴⁷. Esta grave situación se ha agravado en la última década al punto que la desnutrición se ha convertido en una de las principales causas de muerte de las prisiones en Venezuela.

Por otra parte, la insalubridad generalizada y la falta de higiene de los recintos carcelarios crea las condiciones propicias para la proliferación de enfermedades infectocontagiosas, gastrointestinales, infecciones bacterianas, virales, por hongos (micosis), respiratorias, de transmisión sexual, entre otras, que al colonizar estos espacios, carentes de las mínimas condiciones epidemiológicas y, con la alta aglomeración de privados de libertad; factores estos, que potencian y elevan su fácil y rápida transmisión entre la población penitenciaria. Una de las más letales últimamente, y, que ya había sido erradicada de Venezuela, es la tuberculosis, que se ha convertido también en una de las principales causas de muerte en las cárceles venezolanas.

³⁴⁵ Cfr. HUMAN RIGHTS WATCH: *Castigos sin condena. Condiciones en las prisiones de Venezuela*, Nueva York, Human Rights Watch, 1998, p. 32.

³⁴⁶ Sobre este punto, la Sentencia de 19 de enero de 1995, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos adscrita al Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos, estableció en el emblemático caso Neira Alegría y otros vs. Perú, de acuerdo al contenido del artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme al cual toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con la dignidad humana, siendo el Estado por su posición de garante el principal actor que debe garantizar la plena vigencia de sus derechos a la vida e integridad personal. Disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf] Consultado [08-08-2021].

³⁴⁷ OVP: Los familiares son los salvavidas de los presos venezolanos. 14-09-2021. Disponible en [<https://www.youtube.com/watch?v=fr1gdHi93jI>] Consulta [Noviembre, 2021].

La falta de salas de baño medianamente dignas, sanitarios y demás espacios que permitan a los privados de libertad procurarse un aseo e higiene elemental, hace que tales enfermedades y patologías se multipliquen. En mucho de los casos, los excrementos y orina quedan esparcidos por los espacios comunes -pasillos y caminerías-. No hay agua. No hay luz eléctrica. El fallo en el suministro de estos servicios puede durar días, semanas o meses. Lo que hace de las condiciones medio ambientales, literalmente un infierno, insufrible.

De manera que el hambre, las condiciones insalubres y antihigiénicas, la multiplicación de patologías infecciosas, la falta de atención médica, la proliferación de drogas y alcohol artesanal, la desnutrición generalizada, el tráfico de armas y municiones, hace de las prisiones venezolanas un auténtico escenario para la muerte. Con lo cual, definitivamente, ser privado de libertad en Venezuela, es sin ambages, ser condenado a una pena de muerte.

2.2. La ausencia de una política penitenciaria seria

El fracaso estrepitoso en la gestión y manejo de las cárceles en Venezuela, evidencia de modo manifiesto y, con sórdida rotundidad, la inexistencia de una política penitenciaria seria para gestionar con civilidad, humanidad y dignidad el problema carcelario; a pesar, que desde el año 2011 se creará por parte del Ejecutivo Nacional una cartera ministerial específica: -el Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario-, con el propósito de ocuparse de este grave problema nacional, en lugar, de descentralizar la gestión carcelaria, tal y como lo ordena la Constitución Venezolana³⁴⁸, los problemas se han agravado.

La corrupción, la violencia carcelaria, el retardo procesal, el hacinamiento, la falta de atención médica integral, la falta de personal capacitado para el manejo de la labor penitenciaria y, con ello, la ausencia de programas educativos, deportivos y culturales, el ocio, la falta de clasificación de los internos, la falta de unidades de transporte operativas para garantizar el traslado de los internos a las sedes judiciales, la falta de alimentos, de servicios básicos, como: agua potable, electricidad y medicamentos; el deterioro

³⁴⁸ Art. 272 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (CRBV).

sistemático de las prisiones, o, mejor dicho, el mal estado de sus edificaciones; la insalubridad; la pésima gestión de las aguas servidas; así como, el marcado tráfico de armas y explosivos y, por supuesto, el elevado tráfico de drogas y el más gigantesco descontrol de la gestión carcelaria puertas adentro de estos recintos, en donde el Estado cede la dirección de las cárceles y demás centros de reclusión a los líderes negativos de las prisiones, mejor conocidos como “pranes”, quienes imponen su “ley” a su antojo, en dónde, incluso, para respirar hay que pagar a estos regentes de las cárceles, que se autoimponen a la fuerza –por las armas y la sangre– se toman para sí, el autogobierno como un negocio redondo, con la mirada complaciente del Estado; en la mayoría de los casos, puede afirmarse que los directores de las prisiones se convierten en cómplices de los antros de corrupción, violencia y criminalidad en que se han transformado las cárceles en Venezuela, autoridades que toman parte de este festín, son por nombrar sólo algunos de los principales logros de la nefasta gestión de este Ministerio³⁴⁹. Cabe aquí, citar lo afirmado sobre este punto, por CARLOS AYALA CORAO, quien al respecto escribe:

La política penitenciaria o, mejor dicho, la ausencia de ésta por parte del Estado en los últimos 17 años, ha tenido las consecuencias que eran previsibles: Venezuela tiene las cárceles más violentas del mundo, donde las cifras de asesinatos y heridos dentro de sus recintos claman con dolor la presencia de la justicia, no sólo para sancionar a los responsables y reparar a las víctimas y sus familiares, sino para adoptar las medidas efectivas de no reiteración a fin de evitar su continua y diaria repetición.

La grave situación carcelaria es sin duda el producto de su abandono: la ausencia de una política de Estado democrático para prevenir y sancionar adecuadamente la delincuencia; la entrega del gobierno interno de las cárceles a las mafias de los “pranes” que son quienes controlan (o descontrolan) a su antojo; la ausencia de personal penitenciario civil debidamente capacitado; la colaboración de los agentes de seguridad civiles y militares en el ingreso de armas y explosivos a las cárceles; la ausencia de un programa de dotación

³⁴⁹ Sobre la radiografía estacionaria de las cárceles en Venezuela, GÓMEZ GRILLO, ya en 1980, escribía: «La Cárcel Nacional de Maracaibo ofrece el mismo esquema dramático característico de los establecimientos penales del país. El ocio, el hacinamiento, el tráfico y consumo de drogas, la inseguridad personal, el envilecimiento sexual, la ausencia de una verdadera custodia asistencial y de un mínimo tratamiento penitenciario, la concentración masificada de reclusos... son los tonos relevantes que ofrece el diapason del penal maracucho, semejantes a los del país todo». Lo que demuestra cuan permanentes en el tiempo son nuestros grandes males penitenciarios. La evidencia estrepitosa del nefasto fracaso en la gestión penitenciaria. Ibid. p. 76.

y gestión de infraestructura penitenciaria moderna; la ausencia de políticas judiciales de penas alternativas a la prisión; el retardo procesal, y un largo etc., etc³⁵⁰.

La cruda realidad de las prisiones en Venezuela, es pues, producto de la ausencia o, mejor dicho, de la inexistencia de una política penitenciaria acorde con los postulados constitucionales que han de orientarla. Lamentablemente, el gobierno y todas las instituciones encargadas de gestionar y coordinar esta labor, en lugar, de sumar y coadyuvar a su superación, diariamente la ignoran, no por desconocerla, sino por ocultarla y radicalizarla. La radicalización de esta problemática penitenciaria genera réditos y ganancias incalculables para quienes se lucran de la misma, en la que cabe destacar el aparato estatal no es ajeno, lamentablemente. En definitiva, será la búsqueda de una toma de conciencia lo que realmente ayudará a revertir esta grave situación. ¡No es posible, seguir perdiendo el tiempo, para enfrentarla!

2.2.1. Oscurantismo e inexistencia de información fidedigna oficial

Uno de los factores que más dificulta el poder realizar este tipo de investigaciones es el hermetismo del Estado venezolano, en hacer pública todas las estadísticas e información referente con el subsistema penitenciario. El poder acceder a las cifras oficiales de, por ejemplo: la población reclusa; del hacinamiento; del retardo procesal -si es que existen, lo cual dificulto-, del número de preventivos y condenados privados de libertad, discriminado por cada recinto; del número de fallecidos y heridos dentro de los recintos carcelarios, por año; incluso, conocer en detalle cuántos recintos se destinan a privar a la basta clientela de la justicia penal en Venezuela, tomando en consideración los innumerables retenes policiales, celdas y calabozos del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, de la Guardia Nacional Bolivariana, de la Policía Política (SEBIN) y, de los Organismos de Inteligencia Militar y Contra Inteligencia del Estado y, de tantos otros recintos que sin ser diseñados para tales propósitos, son utilizados por el Estado venezolano, para mantener privados de libertad, en condiciones manifiestamente inhumanas, a la población reclusa en Venezuela, -cifras estas que son desconocidas por muchos y, es más, me atrevería a asegurar, incluso, por la propia Administración penitenciaria a nivel central-; por otra parte y, no menos importante, de

³⁵⁰ Cfr. OBSERVATORIO VENEZOLANO DE PRISIONES: *Portafolio de Propuestas...*, op. cit., p. 12.

la transparencia del presupuesto que se destina a este Ministerio y, por tanto, en qué medida y para qué, se emplean los recursos del Estado destinados a atender esta grave problemática, en fin, que la gestión penitenciaria en general es, particularmente, impenetrable.

En este sentido, Linares Alemán (1977: 47), subrayaba que en Venezuela: «La magnitud de la injusticia que padece la población reclusa procesada, víctima de la torpeza judicial, no podrá conocerse nunca por las peculiaridades propias de nuestros establecimientos penitenciarios, cuyos muros silencian los atropellos y por las trabas que la misma Administración opone a quienes quieren penetrarlos con fines de investigación». Nada más estacionario, que los males carcelarios característicos de nuestro sistema penitenciario, lo que evidencia en forma palmaria la incapacidad del Estado en superar los mismos, evitando que el ojo de la ciencia penetre puertas adentro de la prisión. Una política estatal que se ha radicalizado con el actual régimen que promueve la opacidad y el hermetismo de la grave crisis penitenciaria que flagela nuestras cárceles y demás centros de detención, convertidos en espacios de indignidad humana, tortura y las más degradantes condiciones de vida.

Esta política de Estado, muy característica de los regímenes NO democráticos, se ha acentuado en la última década e impide conocer cifras oficiales en el manejo de la grave problemática penitenciaria. Esta falta de transparencia imposibilita en rigor realizar un diagnóstico con la tesitura que la problemática penitenciaria requiere; lo que en definitiva, entorpece la búsqueda de soluciones coherentes con la “realidad real” que se vive en las cárceles venezolanas. Por la falta de información veraz, que, sin duda, ha de ser proveída de primera mano, el Estado venezolano, dado que es quien, en definitiva, maneja y dirige las prisiones. De manera que, lo poco que puede hacerse, acudiendo a la información, informes, publicaciones, notas de prensa de ONG no gubernamentales nacionales (OVP / PROVEA/ UVL) e internacionales (*Human Rights Watch*) y, por supuesto, de las sentencias, resoluciones y recomendaciones, de los organismos de protección de derechos humanos de la región (CIDH y Corte IDH), asimismo, de los pronunciamientos e informes del Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura (CAT, por sus siglas en inglés) y, del Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CCPR en la nomenclatura de la ONU). Lo que en modo alguno contribuye a la búsqueda de una

solución, por el contrario, con la política oficial del hermetismo de la información penitenciaria se fomenta la anarquía y el descontrol en las cárceles del país.

2.2.2. Desacato a las sentencias y resoluciones del Sistema IDH

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), con sede en San José de Costa Rica, dictó medidas provisionales para proteger la vida e integridad personal de todas las personas privadas de libertad, es decir, a favor de la población reclusa de nueve cárceles venezolanas: Internado Judicial Rodeo I y Rodeo II, Centro Penitenciario Metropolitano Yare I y Yare II, Centro Penitenciario de Aragua “Cárcel de Tocarón”, Centro Penitenciario de Región Oriental Monagas “Cárcel La Pica”, Internado Judicial Bolívar “Vista Hermosa”, Centro Penitenciario David Vilorio “Cárcel de Uribana” y Centro Penitenciario de la Región Andina “Cepra”, sin que hasta la presente fecha se hayan cumplido los requerimientos exigidos por la Corte IDH ³⁵¹.

Estas medidas provisionales fueron adoptadas por las graves condiciones de reclusión a las que se somete a la población de esos nueve centros penitenciarios, -en los que, insisto, no se garantizan los derechos a la vida y a la integridad personal-, sin que el Estado adoptase las medidas y recomendaciones efectuadas en este sentido, desacatando abiertamente una decisión que ha de tener efectos vinculantes, como Estado parte³⁵². Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) dictó medidas cautelares relacionadas con las condiciones de detención en prisiones venezolanas incompatibles con los estándares internacionales. Al igual, que el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas se ha pronunciado sobre esta problemática. Sin embargo, tales pronunciamientos no han tenido la receptividad necesaria para superar la

³⁵¹ Vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH). Resolución de 6 de septiembre de 2012. Solicitud de ampliación de medidas provisionales a favor de Marianela Sánchez Ortiz y familia respecto Venezuela. Disponible en [https://corteidh.or.cr/docs/medidas/centrospenitenciarios_se_02.pdf] Consultado [10-08-2021].

³⁵² En este sentido, cfr. Introducción punto 4 del Informe Anual de 2015, Capítulo IV, Venezuela. Punto en el que refirió la Comisión: «Como se explica en el presente informe, durante el período bajo estudio la Comisión identificó la persistencia de las situaciones estructurales señaladas». Asimismo, destacó que: «preocupa a la CIDH el incumplimiento por parte del Estado a las decisiones del sistema interamericano, tanto respecto a las sentencias y medidas provisionales dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante ‘Corte IDH’) como las recomendaciones y medidas cautelares emitidas por la Comisión». Disponible en [https://issuu.com/proveaong/docs/informeannual2015-cap4-venezuela-es] Consultado [27-07-2021].

grave crisis penitenciaria que flagela al depauperado sistema penitenciario venezolano. Cabe destacar que la CIDH constató la persistencia de las situaciones estructurales señaladas en el Informe Anual 2015, sobre Venezuela, lo que generó preocupación en el organismo³⁵³.

Ante esta problemática, -desacato por parte de los Estados miembros-, el desafío más inmediato, será generar mecanismos de cumplimiento de los Estados afectados respecto de las decisiones de la Corte IDH, con el objeto de evitar que sus fallos queden ilusorios, es decir, no se traduzcan en acciones concretas a los fines de la efectiva reparación y/o protección a las víctimas³⁵⁴. El debate pendiente, en este sentido, será crear estos mecanismos, con el propósito de que sus decisiones no se conviertan en letra muerta.

Asimismo, necesario es advertir, que Venezuela ya no hace parte de la Corte IDH desde septiembre de 2013, puesto que denunció la Convención Americana de DD.HH que la creó, y al haber transcurrido el plazo de un año desde que se materializó la denuncia por parte de Venezuela, este país se une a EE.UU. y Canadá, como los únicos países de la OEA que están fuera de la jurisdicción de la Corte IDH. Es decir, como los países de la región que desconocen la competencia de la Corte. No obstante, como acertadamente lo afirma LIGIA BOLÍVAR (2012), en relación a la salida de Venezuela, escribe:

Todo lo expuesto permite afirmar que, una vez que la comunidad internacional ha reconocido a la persona humana como sujeto de derechos, la responsabilidad de protección y garantía de los estados no cesa con el retiro por la denuncia del convenio. Por otra parte, invocar la soberanía por encima de los derechos de las personas, compromete seriamente el talante democrático del Estado. Aun así, los venezolanos estarán menos protegidos, pero no indefensos³⁵⁵.

³⁵³ Cfr. Introducción punto 4 del Informe Anual de 2015, Capítulo IV, Venezuela. Punto en el que refirió la Comisión: «Como se explica en el presente informe, durante el período bajo estudio la Comisión identificó la persistencia de las situaciones estructurales señaladas». Asimismo, destacó que: «preocupa a la CIDH el incumplimiento por parte del Estado a las decisiones del sistema interamericano, tanto respecto a las sentencias y medidas provisionales dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) como las recomendaciones y medidas cautelares emitidas por la Comisión».

³⁵⁴ Vid. Informe Anual 2015 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Capítulo IV. Venezuela. B. Personas privadas de libertad, párrs. 319- 328. Disponible en [<https://issuu.com/proveaong/docs/informeannual2015-cap4-venezuela-es>].

³⁵⁵ Cfr. BOLÍVAR, L.: *Venezuela y la CIDH*, Centro de Derechos Humanos, UCAB, 2012. Disponible en [<https://archivo.provea.org/actualidad/centro-de-derechos-humanos-ucab-venezuela-y-la-cidh/>] Consultado [27-07-2021].

Ahora bien, Venezuela ya venía incumpliendo las sentencias de la Corte IDH, asimismo, lo hacía con las resoluciones de la CIDH. A partir de ahora, sólo cuenta con el sistema de protección internacional de la Naciones Unidas y, con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por formar parte de la OEA. Recordemos que la Comisión funciona como una especie de fiscalía que puede emitir informes y adoptar medidas cautelares, es decir, resoluciones que si bien no tienen la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH, estas tendrán que ser cumplidas por el Estado venezolano de buena fe. Lo cual, -dado el actual panorama-, no parece muy probable. Sin embargo, como lo afirma ASDRÚBAL AGUIAR, el mecanismo más idóneo en este sentido, será notificar a la Asamblea General de la OEA: «En cada oportunidad en que se reúna, que no les otorgan nada por estar en mora con el cumplimiento de los DD.HH»³⁵⁶. Esta lucha es una postura que no se vislumbra al corto plazo, como acertadamente lo afirma CARLOS AYALA CORAO: «La lucha por los Derechos Humanos no es una necesariamente de corto plazo»³⁵⁷. ¡El tiempo lo dirá!

2.2.3. Corrupción carcelaria

Los niveles de perversión y, por lo tanto, de corrupción que exhiben los funcionarios encargados de la seguridad interna y externa de las cárceles en Venezuela, son cada vez más sorprendentes, lo que hace que el sistema se sumerja en una vorágine de depravación y desenfreno, que, sistemáticamente conculca los derechos humanos de la población reclusa. Es decir, este sistema de perversión y corrupción, hace que se posibiliten situaciones de violencia carcelaria que, a pesar, de ser lo suficientemente conocidas por el Estado venezolano; este, muy diligentemente se encarga de silenciar y ocultar a la opinión pública. No obstante, la circulación de videos por las redes sociales, en los que se muestra como los reclusos a lo interno de las prisiones poseen y hacen uso indiscriminado de armas de guerra, granadas de mano y explosivos, evidencian —rotundamente— que la fuerzas de seguridad que resguardan la supuesta seguridad externa de las cárceles en Venezuela, -GNB- y, demás custodios civiles, en el interior de

³⁵⁶ Cfr. «Venezuela abandona la Corte Interamericana ¿cambia algo?» por Abraham Zamorano, BBC Mundo, Caracas, 09 de septiembre de 2013. Consulta en línea, disponible en: [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/09/130909_venezuela_corte_interamericana_salida_derechos_humanos_az] Acceso a la página [08-05-21].

³⁵⁷ Ibid.

los recintos penitenciarios, están directamente comprometidos con el ingreso de este tipo de armamento (armas largas, municiones y explosivos).

Este tráfico ilegal de armamento, hace deducir con un alto grado de certeza que, la obscena recepción de cantidades considerables de dinero es una monumental realidad; cantidades con que resultan comprados tales funcionarios para permitir -felizmente- el ingreso de semejante armamento. Lo que se materializa con absoluta impunidad, en las cárceles venezolanas. Asimismo, con el tráfico de drogas a lo interno de las prisiones y, con un largo etcétera.

De manera que, las cárceles en Venezuela son antros de corrupción que generan cuantiosos réditos a las mafias, bandas y organizaciones criminales que controlan este depravado sistema. Mafias que se encuentran integradas por altos funcionarios del Estado, quienes permiten y participan, sin duda, de semejante festín. En este sentido, lo urgente será replantearse una revisión a fondo de este tipo de situaciones, que por cierto, se encuentran suficientemente documentadas en la prensa nacional.

2.3. Balance

Luego de hacer una revisión parcial de la situación penitenciaria en Venezuela, la sensación que se alcanza es, en cierta medida, la de hacer privar la sindéresis, lo que sentaría la apertura a una verdadera reforma penitenciaria que tanta falta hace, no sin antes advertir, que tal reforma debe, necesariamente, formar parte de una reforma integral a todo el sistema de justicia penal en Venezuela. El que los venezolanos nos concienticemos de la necesidad de cambiar el estado actual de esta triste y lamentable situación carcelaria, representará un avance para la efectiva protección de los derechos humanos de todos los privados de libertad. Pero, también de toda la sociedad en general.

Hacer cambiar el actual sentido de la pirámide procesal, es un desafío que requiere un compromiso político serio y gigantesco, para que la población reclusa sea, por lo menos, la mínima imprescindible. Es decir, que dicha inversión de la pirámide no se nutra de un alto número de procesados, en su gran mayoría, que acabe, revirtiendo sus números por la de los condenados, minimizando al máximo la población reclusa que se constituye por

aquellos internos que esperan juicio en prisión. En fin, las cárceles son, sin duda, el reflejo más palmario del sistema político imperante; de aquel, que las sostiene y reproduce.

Ahora bien, acabar con el retardo procesal, es un compromiso, que inicia con comprender efectivamente que el uso excesivo de la prisión es una posición altamente perjudicial y nociva para el sistema en general, lo que en definitiva, reproduce los altos niveles de hacinamiento y la cruda y real violencia carcelaria, que a diario, se vive en las cárceles venezolanas.

La alarmante aglomeración de procesados en los establecimientos penitenciarios, pero, más preocupante aún la alta concentración de procesados en los calabozos policiales, será un problema indetenible, si no se propone una política permanente en el tiempo, de respeto por las formalidades y plazos de los procesos penales, donde con mayor preferencia ha de fomentarse un estricto cumplimiento de estos, cuando los procesos se adelanten contra privados de libertad. Asimismo, ha de trabajarse de inmediato en verdaderos programas que patenticen el uso real y efectivo de medidas y penas alternativas a la prisión.

Adecuar el abanico de medidas y sanciones penales a los estándares internacionales más aceptables, que se inclinen por la aplicación efectiva de la afirmación de la libertad, como principio axiológico esencial, para materializar la excepcionalidad de la prisión y, por tanto, de un estado social y democrático de derecho y de justicia. El gran desafío será formar y capacitar un recurso humano capaz de asumir esta tarea: la de adecuar integralmente la justicia penal en Venezuela.

El diagnóstico penitenciario no puede ser más que parcial, obviamente, si el Estado, que es quien maneja la Administración penitenciaria y, por lo tanto, si este, se niega y no adecua sus políticas a un marco de real transparencia en el ejercicio público de esta labor trascendental para el Estado de Derecho, la anarquía seguirá apoderándose de las cárceles en Venezuela. En este sentido, el hermetismo y la impenetrable gestión por parte de esa Administración, necesariamente, ha de constituir un obstáculo, para superar los graves problemas que enfrenta el sistema penitenciario.

El derecho a la información es derecho público trascendental en un Estado democrático. Es por lo que, las instituciones penitenciarias han de propender por la implementación de una política seria de publicidad y transparencia en el manejo y gestión de la población privada de libertad, lo que realmente contribuirá a dignificar estos espacios, que forman parte, del Estado venezolano.

Finalmente, debemos retomar el cauce democrático, para lo cual será imperioso y urgente, regresar a ser un Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, reconociendo nuevamente la competencia contenciosa de la Corte IDH. Con lo cual, será inescindible retomar el cumplimiento de los dictámenes y sentencias de este órgano judicial del sistema interamericano para la efectiva protección de los derechos humanos de los venezolanos, adecuando y adaptando, las políticas públicas penitenciarias al marco de sus decisiones, en las que haya resultado condenado el Estado venezolano, con el firme propósito de dar cabal cumplimiento y garantizar la protección y amparo a los fallos emanados de la Corte.

Así como también, a las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en particular, a las medidas cautelares dictadas por ese organismo y, a los informes y recomendaciones del Comité para la protección de los Derechos Humanos de la ONU, y del Comité contra la Tortura, que también se ha pronunciado sobre la grave situación de las cárceles en Venezuela. ¡Es, supremamente necesario que, no perdamos más tiempo! Por último: *«No puede juzgarse a una nación por la manera en que trata a sus ciudadanos más ilustres, sino por el dispensado a los más marginados: sus presos»*. Nelson Mandela. Ante toda esta grave problemática nacional, lo más coherente es plantearse la búsqueda de respuestas a tan crítica situación, punto que se desarrollará a continuación.

3. EN BUSCA DE RESPUESTAS

3.1. El encarcelamiento como la respuesta más ordinaria y recurrente

Venezuela se ha caracterizado, en estas últimas décadas, por desarrollar una cultura del encarcelamiento, como la respuesta más ordinaria a la inmensa mayoría de los conflictos penales que llegan a judicializarse, convirtiendo, sistemáticamente, a la prisión como la

medida de coerción más impuesta y aplicada en los procesos penales. De esta manera, la cultura que subyace en la mayoría de tales conflictos, los cuales, resultan resueltos por vía del encarcelamiento, o sea, la regla que caracterizó la incorporación del sistema acusatorio ha quedado derogada, mejor dicho: sepultada; al convertir la libertad como la excepción y, por tanto, la prisión como la mejor salida que provee el Estado a quien infringe una norma penal. Es decir: -la prisión es la regla, su libertad es la excepción-. Es esta la verdadera reacción del Estado ante la comisión de un hecho punible, en la inmensa mayoría de los casos.

Hemos construido una sociedad en la que resulta más conveniente privar de libertad, que, acudir a alternativas serias que permitan en la mayoría de los casos, sustituir la prisión por otras formas de reacción penal. Nuestro catálogo de penas, da cuenta, de esta visión tan arraigada en nuestra sociedad. Se hace particularmente fácil a un juez -de control o de juicio- privar de libertad, que, -por el contrario-, procurar acudir a medidas sustitutivas a la prisión.

El incremento de la tasa de encarcelamiento, ha ido continuamente en aumento, en las últimas décadas. Las cárceles venezolanas evidencian este conjunto de aseveraciones. Una radiografía a las cárceles venezolanas evidenciaría una genuina pornografía del dolor: hacinamiento, es decir, sobrepoblación carcelaria y, por tanto, -absoluta inexistencia de la privacidad e intimidad-; retardo procesal -justicia excesivamente lenta-; violencia carcelaria -muertes violentas y heridos- hechos de sangre producidos puertas adentro de las prisiones; corrupción carcelaria -cobro de tasas o vacunas por los líderes de las prisiones- (autogobierno de líderes negativos -tolerado y, hasta auspiciado por el Estado-); pésimas condiciones higiénicas de los recintos penitenciarios -insalubridad generalizada -falta de agua potable- fallas en el servicio eléctrico; hambre -desnutrición severa- falta de alimentación; falta de atención sanitaria -incremento de muertes por salud-; en fin, -violación sistemática de derechos fundamentales-.

La población reclusa se acrecienta a pesar de la falta de condiciones mínimas de los recintos y, demás, centros de reclusión. En consecuencia, la hegemonía de la prisión en Venezuela es particularmente indetenible. En la región debemos ser los campeones suramericanos en encarcelamiento, represión y segregación.

3.2. La ausencia de voluntad política para generar un cambio

Todo este panorama influye significativamente en la falta de voluntad por parte del Estado, de construir una política decente de descongestión carcelaria. Es decir: de radical descarceración. Los calabozos, retenes y celdas policiales son auténticas cámaras del horror, todos los males penitenciarios se intensifican, agravan y multiplican en estos centros de detención “preventiva” que muy felizmente resultan convertidos por el Estado venezolano en cárceles paralelas, es decir, en depósitos de seres humanos abandonados en recintos cerrados, sin acceso a luz natural, esto es: celdas policiales, militares y, demás espacios cerrados, que resultan improvisados como calabozos por los cuerpos de seguridad del Estado en las que se mantienen a setenta o más personas en espacios diseñados para detenciones preventivas temporales en los que un privado de libertad debe permanecer en teoría no más de 48 horas. Cuya capacidad -celdas- no ha de superar los dos o cuatro detenidos preventivos. Sin embargo, son utilizadas, incluso, para depositar a reclusos condenados, violando los estándares internacionales mínimos para las personas privadas de libertad.

El hacinamiento ha llegado a afirmarse supera un 400%, en estos centros de detención preventiva o cárceles paralelas, es sin duda, una gestión que sólo puede compararse con los niveles más desconcertantes de falta absoluta de humanidad, esto es: dignidad humana, de violación masiva de los derechos humanos más elementales. No obstante, tal situación resulta normalizada, incluso, invisibilizada por las autoridades oficiales a quienes compete intentar estimular, potenciar y fomentar la búsqueda de soluciones a esta grave e inhumana situación.

La capacidad instalada en las prisiones y recintos carcelarios en Venezuela asciende -según afirma el Observatorio Venezolano de Prisiones en su último informe- a 21.848 plazas para personas privadas de libertad. Si tenemos en cuenta que para esta ONG la población reclusa en el país, hasta el año 2020 es de 37.543 reclusos, existe un nivel de hacinamiento crítico de 173.83%³⁵⁸. En efecto: «Se registró -para el año 2020- un uso

³⁵⁸ Vid. *Informe 2020. Muerte en las cárceles por denegación de alimentos*. Observatorio Venezolano de Prisiones (OVP), Caracas, 2021. Disponible en [<https://oveprisiones.com/informes/>] Consultado [Octubre de 2021].

excesivo y generalizado de la prisión preventiva»³⁵⁹. Tendencia que no deja de incrementarse, muy a pesar a que en el año 2020, el ejecutivo ordenara los últimos cierres de centros de reclusión y prisiones estatales, a los que de forma improvisada, incluso, como medida desesperada “sanitaria”, sea visto obligado a tomar la Administración penitenciaria, más impulsada por los efectos devastadores de la pandemia mundial de la COVID -19, en función, del alto grado de vulnerabilidad de la población reclusa hacinada, que bien podía convertirse en foco de contagio y transmisión del virus³⁶⁰, que, por una política de estado de real descarceración permanente y coherente ante la grave crisis de la sobrepoblación carcelaria en Venezuela. Lo que, por supuesto, confirma la recurrencia -cada vez más acentuada- de acudir a la prisión, como la respuesta más ordinaria ante la supuesta comisión de hechos punibles, en Venezuela. En efecto, el encarcelamiento masivo en condiciones infrahumanas representa, sin duda, una problemática insostenible, para un Estado que deliberadamente omite tomar consciencia de la real dimensión de esta tragedia nacional.

Por otra parte, las máximas autoridades judiciales de este país, -Sala Constitucional o Penal del Tribunal Supremo de Justicia-, en lugar de dictar criterios restrictivos y limitativos respecto del uso de la prisión, emiten criterios jurisprudenciales cada vez más extensivos, en lo que a la medida de privación de libertad respecta, es decir: se fomenta y legitima por parte de estas instancias criterios que tienden a justificar graves violaciones al principio de interpretación restrictiva, de limitación máxima de la prisión preventiva, en el marco de un sistema acusatorio, que ha de seguir el principio de intervención mínima, que orienta, por supuesto, la imposición de toda medida privativa de libertad, en el marco de los procesos penales. Desconociendo, abiertamente, que la prisión ha de ser considerada como instrumento de último recurso, según la normativa internacional y nacional.

³⁵⁹ *Informe 2020, ob. cit.*, p. 99.

³⁶⁰ Particularmente, en Venezuela se desconocen las cifras de contagios correspondientes a la población reclusa, por COVID -19, clasificada por regiones, centros penitenciarios, internados judiciales y retenes o calabozos policiales, ante la política de total hermetismo oficial seguida por la Administración penitenciaria, de negarse a hacer pública tales cifras y estadísticas. Desconociendo en este sentido, el número de fallecidos ocurrido dentro de las prisiones por la letalidad de este virus. Lo que permite inferir que tales cierres obedecieron, lógicamente, a la presencia del virus dentro de tales establecimientos. Lo que nunca será posible confirmar ante la política del Estado de ocultar y denegar tal información.

Se convalidan en este sentido y, por esta vía, decisiones de primera instancia que transgreden flagrantemente este criterio de interpretación, como por ejemplo: la violación del lapso improrrogable de presentación de detenidos ante los jueces y tribunales de control, constitucionalmente establecido, obedeciendo a concesiones políticas e intereses oficiales en detrimento del Estado de Derecho. Al igual, que siguiendo criterios manifiestamente extensivos y no limitativos se convalidan claros y patentes abusos de poder, en el marco de cualquier detención o privación de libertad. Asimismo, la falta de limitación temporal de las privaciones preventivas de libertad, genera prolongadas privaciones que se convierten en la totalidad de los casos, en la imposición de penas anticipadas, sin que, tales violaciones se condenen y corrijan por parte de estas instancias judiciales³⁶¹.

El retardo procesal, como fenómeno más característico de los procesos penales con privados de libertad, es, sin rodeos, la causa directa de los alarmantes niveles de hacinamiento en Venezuela. Fenómeno este que, sin duda, contribuye a los altos niveles de violencia y corrupción carcelaria. Lo que evidencia el mal funcionamiento de la administración de justicia penal³⁶².

La instauración de figuras inquisitivas incorporadas por vía de reformas parciales, como la conocida y criticada figura del efecto suspensivo en juicio, que posibilita al ministerio público a anunciar una futura apelación de sentencia definitiva, en contra de la decisión judicial que acuerda la libertad del acusado, y, por consiguiente, una sentencia absolutoria, luego de verificado un juicio oral, público y contradictorio con todas las garantías, manteniéndose la privación de libertad de quien resulta absuelto, a pesar del criterio del juez o tribunal sentenciador, representa, sin ninguna duda, la incorporación más sinuosa, perversa y regresiva al sistema penal venezolano; figura manifiestamente inquisitiva esta que desconoce principios básicos del proceso penal acusatorio adoptado

³⁶¹ Sobre este punto, vid. ampliamente a PEÑA RANGEL, A.: «Prisión preventiva en Venezuela. ¡Hacia el establecimiento de un límite temporal improrrogable como presupuesto de civilidad! Breve alusión al modelo español», en *Revista General de Derecho Penal* 35 (2021). Disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7963356>].

³⁶² Como acertadamente lo afirmó LINARES ALEMÁN (1977, op. cit., p. 47), sobre la duración de los juicios penales y el retardo procesal en Venezuela: «La magnitud de la injusticia que padece la población reclusa procesada, víctima de la torpeza judicial, no podrá conocerse nunca por las peculiaridades propias de nuestros establecimientos penitenciarios, cuyos muros silencian los atropellos y por las trabas que la misma Administración opone a quienes quieren penetrarlos con fines de investigación». Nada más estacionario, que este mal tan característico y constante de nuestro sistema de justicia penal; el cual, se ve agravado y magnificado por el transcurso del tiempo.

desde el año 1998, convirtiendo al proceso penal en un procedimiento inquisitivo, propio de un régimen totalitario, que desconoce las reglas básicas del estado de derecho³⁶³.

Por otra parte, la inmensa mayoría de los procesos penales en Venezuela se definen por vía del procedimiento “especial” por admisión de los hechos, con lo cual, se ha construido una política procesal invertida, que sitúa a la justicia penal de este país como la principal fabricante de sentencias condenatorias, sin que, ni siquiera el juez presencie, escuche y reciba una sola prueba, ni garantizar fórmula de juicio alguna: contradicción, defensa e intermediación. Pervirtiendo un procedimiento especial que nació como “excepcional”, a la más ordinaria y aplicada fórmula para resolver los procesos penales en Venezuela: la condena por admisión de hechos³⁶⁴. El registro de cualquier estadística nacional en este sentido, sorprendería a cualquier organismo internacional que constate el número de sentencias condenatorias que se resuelven por la supuesta fórmula de “admisión de los hechos”; que, por sobre, las sentencias condenatorias que se resuelven en un juicio oral, público y contradictorio. De manera que, la intermediación y, en efecto, las demás garantías del juicio han sido borradas por este cómodo, satisfactorio y ordinario “procedimiento especial”.

En este sentido, la falta de voluntad política del Estado en consolidar esfuerzos dirigidos a contener las masivas violaciones de derechos humanos que se suceden diariamente en cualquier centro de reclusión venezolano, es prácticamente, inexistente. La tarea más inmediata, es aunar esfuerzos, para superar esta cultura por la prisión como única reacción hegemónica del Estado, ante la comisión de hechos punibles que de acuerdo a su mediana o escasa gravedad y magnitud, no deberían ser sancionados, incluso, con la prisión. Nuestras cárceles, como la gran mayoría de las cárceles de nuestro entorno están masivamente pobladas por delitos que ni siquiera deberían ser considerados como delictivos, en estricto de derecho, así como también, por infracciones penales que no deberían tener como única respuesta la prisión.

³⁶³ Sobre este punto puede consultarse en extenso a PEÑA RANGEL, A.: «Algunas consideraciones en torno al efecto suspensivo ejercido por el Ministerio Público en la fase de juicio en contra de la orden de excarcelación del absuelto», en *El sistema ¿acusatorio? venezolano a 18 años de su vigencia, XIV Jornadas de Derecho Procesal Penal Homenaje a Vicente Puppio González*, Caracas, UCAB, 2017, pp. 137 - 139.

³⁶⁴ Extensamente, vid. PEÑA RANGEL, A.: «Hacia una política procesal invertida: la condena sin juicio como regla», en *Revista Academia, Julio- Diciembre 2019, Volumen 18, Nro. 42*, Trujillo - Venezuela, Universidad de Los Andes, pp. 129 - 142. Disponible en <http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/46339?locale-attribute=fr> Consultado [29.09.2021].

El que reflexionemos sobre las razones o motivos que nos impiden construir, desde nuestra visión local, regional y nacional, una reacción penal distinta, más humana e inclusiva, permitirá abonar el terreno para edificar una alternativa seria y factible de sustituir la cárcel como sanción reina, en nuestro sistema de administración de justicia penal. Avanzar a estadios más dignos, civilizados y respetuosos de los derechos fundamentales de quienes aún forman parte de nuestra sociedad, significará con absoluta certeza, la mejor estrategia para ir superando la prisión.

La clave de bóveda será apostar por un sistema que priorice medidas que reduzcan radicalmente la prisión como principal reacción. Que sustituyan el escenario de la prisión, en el que jamás, y de acuerdo, -al actual estado de cosas, en las cárceles y prisiones de Venezuela-, podrá garantizarse ninguna oferta reinsertadora, mucho menos, reeducativa. Es decir: la rehabilitación es la falacia más prominente, que, discurso alguno puede esgrimir en las cárceles venezolanas.

Es una auténtica utopía, seguir insistiendo en que desde una prisión venezolana puede garantizarse la reinsertión social, siguiendo con el mandato constitucional. La radiografía de nuestra realidad es aplastantemente convincente a este respecto. La necesidad de instaurar un cambio radical en este sentido, es, sin duda, la piedra angular que permitirá avanzar a estadios e instancias superiores, en las que se respete y garantice la dignidad humana, -o en otras palabras-, se preserven los derechos fundamentales de quienes resulten perseguidos o condenados por la comisión de un ilícito penal.

En efecto: la necesidad de adoptar un nuevo catálogo de penas y medidas privativas o restrictivas de la libertad, acorde con los nuevos tiempos en los que vivimos; o sea: de la sociedad de la información y de la comunicación, donde los sistemas penales se modernicen y transforman a través del uso de innovadores dispositivos tecnológicos, más eficientes, menos intrusivos que la prisión, más económicos, y, por supuesto, significativamente, menos desocializantes, no es, mera retórica o romanticismo exagerado; por el contrario, es: justicia social, equidad, igualdad, libertad, en definitiva, exaltar la dignidad humana como supremo valor axiológico de nuestro sistema de justicia penal acusatorio. De nuestro sistema penitenciario, como último eslabón de la cadena de esa justicia penal democrática y profundamente humana.

Adoptar como premisa capital la transformación y modernización nuestro sistema de justicia, y, con ello, de la reacción penal; trascender los viejos esquemas decimonónicos centrados en la prisión, construir nuevas y más eficientes alternativas, a partir de las nuevas tecnologías, de los sistemas electrónicos de control, -o mejor dicho-, de las pulseras o brazaletes electrónicos ya presentes desde finales del siglo pasado y comienzos del presente, en nuestra región. Acogidos ya en América Latina por Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Panamá, República Dominicana, El Salvador, Honduras, Perú, Ecuador y Uruguay, en los que el control telemático es una realidad. Países en donde se han desarrollado las experiencias positivas más importantes en esta materia, con la finalidad de acoger las nuevas tecnologías a lo interno de sus sistemas penitenciarios.

En la constante búsqueda por la modernización, los gobiernos de la región han acogido estas nuevas tecnologías con el objeto de innovar sus sistemas penitenciarios, y apostar, de esta manera, decididamente, por alternativas a la prisión, para reducir su ámbito de aplicación. En definitiva, descomprimir el sistema carcelario nacional, apostando, -claro está-, por la implementación de mejores estrategias, más civilizadas, humanas e innovadoras que conduzcan a incorporar medidas que fomenten un camino más eficaz y eficiente, a través del cual, poder racionalmente alcanzar los mismos objetivos de la pena prisión, a un menor coste material y humano.

Es decir: la reinserción social integrada, desde la sociedad, con la participación de la comunidad y en la sociedad a la que pertenece. Manteniendo, consolidando y reforzando sus vínculos familiares, laborales y, sociales en general. Sin olvidar, los peligros y amenazas que trae consigo la adopción de estas nuevas tecnologías, en los que será absolutamente necesario, mantener incólume una de las finalidades del Derecho penal, esto es, tratar al ser humano como un “fin” y no como un “medio u objeto” de información y vigilancia. Evitando, en consecuencia, la entrada de más individuos en nuestro depauperado sistema carcelario.

Para encarar este reto, será preciso adoptar un nuevo catálogo de penas en nuestro Ordenamiento jurídico, que permita incorporar desde esta perspectiva los sistemas de vigilancia electrónica de acuerdo a las posibilidades, condiciones y limitaciones que supongan, desde el terreno, la adopción de tales tecnologías.

4. LA NECESIDAD DE UN NUEVO CATÁLOGO DE PENAS

Es prioritario adecuar el catálogo de penas de la legislación penal venezolana, hacía una visión innovadora, acorde con las nuevas realidades de nuestro tiempo, quiero decir, con la sociedad digital³⁶⁵ en la que nos encontramos inmersos, con el objeto de acoger un nuevo marco de medidas y penas, que se nutra de la aplicación de las nuevas tecnologías, como ha sucedido, en los países de nuestro entorno. No obstante, necesario es, antes de modernizar el régimen de medidas y penas del ordenamiento jurídico venezolano, que se adopte una profunda transformación del sistema de justicia penal, y, con ello, del sistema penitenciario nacional.

Dignificar cada eslabón de la cadena, de un sistema que en estas dos últimas décadas, ha sufrido una regresión profundamente negativa, que desfavoreció el régimen de libertades y, por consiguiente, la protección de los derechos fundamentales de su población reclusa, en general. Posibilitar la entrada de las nuevas tecnologías en el sistema de justicia penal venezolano, representa un desafío casi utópico y, poco consecuente, con el estado actual; es decir: con la realidad “real” que enfrenta un país que ha sido convertido en cenizas por parte de un régimen político que desconoce abiertamente los valores superiores de la Constitución Nacional. Es supremamente necesario, recuperar la institucionalidad democrática.

Venezuela cuenta con recursos humanos y materiales para llevar a cabo esa transformación. La larga tradición en este sentido, para acometer este tipo de reformas, en el pasado, le ha granjeado una posición de liderazgo en la región. Liderazgo este, que se ha venido perdiendo por la nefasta conducción de la gestión pública, en estos últimos veinte años. A finales de la década de los noventa del siglo pasado, ya nuestro país, se había sumado a los países de la región que adoptaron el sistema penal acusatorio, lo que, permitió transformar su sistema de justicia penal, al estándar medio regional. Apartándose

³⁶⁵ «El elemento crítico que ha permitido todas estas transformaciones que nos está tocando vivir ha sido sin duda la llamada revolución digital; esto es, el conjunto de innovaciones tecnológicas que han hecho posible que la voz y el sonido, la imagen y los datos puedan transmitirse de un lugar a otro reduciendo toda su carga de información a simples combinaciones de “ceros” y “unos”, lo cual, integrado dentro de un circuito eléctrico, se traduce a *on-off*, esto es, señal eléctrica o no señal eléctrica. Esta simplificación permite el envío de una gran cantidad de información de un lugar a otro a gran velocidad» (BALLESTEROS, 2002, p. 32).

del viejo sistema de justicia inquisitivo: arbitrario, escrito y extremadamente lento, que, en gran medida, multiplicaba los males característicos de la administración de justicia penal.

Sin embargo, este recorrido se ha visto cercenado, *ergo*, ensombrecido, por el accionar y, por la adopción, de un conjunto de reformas que han debilitado el sistema penal acusatorio, transformándolo sistemáticamente en lo que, al día de hoy, puede calificarse de una vuelta al sistema inquisitivo. Devolver el carácter acusatorio al sistema de justicia penal es una necesidad prioritaria para poder encarar las transformaciones que requiere el sistema de administración de justicia, en las que, sólo será posible avanzar, siempre y cuando se persiga instaurar un sistema respetuoso de la dignidad humana, y, por tanto, coherente con la irrestricta protección y resguardo de los derechos humanos de todos los consumidores de la justicia penal en Venezuela.

De acuerdo a esta perspectiva, la reforma del catálogo de penas, ha de hacer parte de un plan integral de desarrollo nacional, que coadyuve a solucionar la grave crisis penitenciaria y procesal que enfrenta el país: retardo procesal y sobrepoblación carcelaria. En poco más de dos décadas se ha consolidado un sistema político antidemocrático, que ha erosionado por completo toda la institucionalidad democrática, y, por supuesto, con el sistema de justicia, en general.

Este escenario, no es el más esperanzador. No obstante, esta situación representa la mejor oportunidad para proponer una seria reflexión, y, por consiguiente, un cambio de rumbo, que permita recuperar esa institucionalidad perdida, retomar la discusión de una agenda penal y penitenciaria, que en gran medida, contribuirá a dar solución a la grave crisis penitenciaria, que, sin lugar a dudas, no podrá superarse si la invisibilizamos, la ocultamos o la manipulamos; impidiendo así, instaurar las bases del desarrollo nacional.

El carácter estacionario de la problemática carcelaria en Venezuela, representa un atraso, que limita en este sentido el objetivo de recuperar un sistema de sanciones coherente con un Estado de Derecho y de Justicia, comprometido con la exaltación de la dignidad humana, como premisa fundamental. En definitiva, cuando tomemos consciencia de la extrema necesidad de dar solución a esa grave problemática, estaremos apostando por adecentar las condiciones de vida, de uno de los colectivos más vulnerables, sometido constantemente a la vorágine de la violencia oficial; al trato inhumano y degradante

—dispensado hoy por el Estado venezolano—. Al grave problema de la seguridad pública, que no es ajeno, al penal y penitenciario. En efecto, la clave de bóveda será dignificar y descomprimir esos espacios de reproducción y multiplicación de la violencia: de la criminalidad desbordante que crece y se reproduce, puertas adentro de la prisión.

En este sentido, si la tecnología puede coadyuvar a alcanzar esas metas de manera más eficiente y eficaz; como se ha hecho en los países de nuestro entorno, entonces, será correcta la posición que se adopte para abonar el terreno, que permita, definitivamente, implementar los cambios necesarios para superar esta crisis. Uno de los cuales, es plantearse la posibilidad de incorporar la vigilancia electrónica en nuestro Derecho penal. Lo que intentaremos contextualizar en el siguiente punto.

La incorporación de la vigilancia electrónica al catálogo de penas supone la concienciación del principio de mínima intervención al que se subordina la estructura del edificio penal presente en nuestra Constitución. En este sentido, con la incorporación al Código Penal de esta nueva pena, se refuerza la necesidad de reducir la aplicación de la prisión, con lo cual, se estaría enviando un mensaje de política criminal acertado y acorde con los nuevos tiempos; tiempos marcados por la revolución tecnológica y las tecnologías de la información y la comunicación. O sea, sociedad digital³⁶⁶.

Es preciso convencer con la fuerza de la razón, es decir, si mediante la introducción de los dispositivos telemáticos de control se busca superar la sobreocupación carcelaria, y con ello, atacar el fenómeno del hacinamiento en las cárceles venezolanas, con todo y los problemas que genera este fenómeno tan característico en el sistema penitenciario venezolano, adecuando —claro esta— su contenido a las exigencias constitucionales; esto es: construir una pena que tenga como límite infranqueable la dignidad humana y el respeto de los derechos fundamentales de quienes resulten monitorizados, se estará acogiendo el camino correcto. En este camino, dos son las interrogantes por resolver: 1) la vigilancia electrónica es una pena necesaria; y 2) si con ella se respeta las exigencias constitucionales.

³⁶⁶ Así: «El nuevo orden tecnológico impulsado por las tecnologías de la información y la comunicación ha comenzado a configurar una nueva realidad social que requiere nuevos enfoques, formas y maneras de hacer política y de gobernar, y todo ello tanto a nivel local y nacional como de estados, de grandes bloques, o a nivel mundial» (Aguadero Fernández, 1997, p. 23).

En este sentido, cabe plantearse si esta pena es necesaria y por qué. ¿Qué finalidad se intenta alcanzar con la misma? Sobre este punto, es imprescindible la referencia a la adecuación de los fines preventivos. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (2018: 52), cuando cita a ANTÓN ONECA, subraya: «Respecto a la respuesta penal del Estado, hay que tener presente, como ya razonaba Antón, que se debe encaminar a una doble finalidad preventiva: de prevención general, cuya eficacia está vinculada a la racionalidad de su utilización, a sus límites y de prevención especial, con límites relacionados con su eficacia y con la dignidad del hombre». Y, en esta medida, la vigilancia electrónica en comparación con la prisión, ha de representar esta doble finalidad preventiva.

Por otra parte, esta pena permitirá amoldarnos a la realidad de nuestro tiempo presente y futuro; una realidad marcada profundamente por la vertiginosa irrupción de la tecnología, en la que la realidad ha de trascender la ya hoy tradicional respuesta a la pena de prisión, que no es posible seguir prolongando. Con lo cual, entiendo, se busca reducir al mínimo indispensable el recurso a la prisión, de manera que, esta reforma si es necesaria; es decir, debe producirse en nuestro ordenamiento jurídico penal.

Dialécticamente, es saludable, que esta posición no se comparta. Lo que tendrá que ser resuelto por las vías jurídicas, que no son otras, que su necesaria decantación por los mecanismos de la constitucionalidad de la medida. Pues, tratándose de la incorporación de una nueva pena, la discusión o conflicto, solo es posible resolver acudiendo al máximo órgano jurisdiccional encargado de establecer la referida adecuación, ello porque: «Todas las decisiones del legislador deben pasar por el filtro de su conformidad con el texto constitucional». Filtro a través del cual se buscará la compatibilidad de la vigilancia electrónica en el acervo penológico y su correspondiente adecuación a la Constitución. Recordemos que para el caso venezolano la norma rectora que establece el marco a seguir en materia de ejecución de penas, se encuentra establecida en el art. 272 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, la cuestión más inmediata es abordar desde esta perspectiva, si una pena como el control telemático es o no compatible con la idea de rehabilitación o, mejor dicho, con el principio de resocialización exigido en el contenido de la referida norma; esto es,

que pueda en términos prácticos materializar esta finalidad asignada constitucionalmente a la pena; aun y cuando, pueda concurrir con otros fines asignados a la misma.

Por tanto, es imperativo resolver las siguientes interrogantes, de acuerdo a lo expuesto en el acápite anterior: ¿con la introducción de esta pena se crean las condiciones necesarias para que se haga posible la rehabilitación del condenado? Es decir, ¿con la vigilancia electrónica se puede cumplir la finalidad constitucional asignada a este tipo de penas? Respuesta que permitirá, justificar o no, la incorporación de esta modalidad de pena al ordenamiento jurídico penal venezolano.

En efecto, si con su incorporación se respeta el contenido sustancial del mandato constitucional, entonces, conviene apostar por su introducción, por cuanto, objetivamente, puede calificarse como favorable a la idea de reinserción social, es decir, de la rehabilitación. En síntesis, puede concluirse que su contenido se muestra congruente con el modelo de Estado descrito en el texto constitucional.

En mi opinión, existen argumentos de peso para impulsar la implementación de esta modalidad de pena en Venezuela. Sin embargo, como ya se dijo, su incorporación, ha de pasar necesariamente por el filtro constitucional, en la medida que las mismas, sean o se puedan convertir, si no se dota de un marco legal adecuado, en penas inhumanas o degradantes, lo que sin duda, las calificaría como inconstitucionales. En este punto, es conveniente partir por el mal menor dentro de la concepción del pensamiento ilustrado, que como sabemos propugna por una pena «la más pequeña de las posibles».

En conclusión, y para finalizar, con la introducción de la vigilancia electrónica, se produce un cambio de paradigma, en la medida que, con su incorporación se refleja la apertura de un legislador comprometido con la modernización de la justicia penal; pero, también, y más importante aún, por la apuesta de la prisión como instrumento de *ultima ratio*, en otras palabras, acogiendo el compromiso de buscar opciones alternativas o sustitutivos a la prisión, es decir, garantizar una opción menos desocializante que el encierro. Esto es, hacer del Derecho penal un instrumento menos violento, --dentro de lo cabe la expresión--. En otras palabras: más humano.

De hecho, con esta transformación en el ordenamiento jurídico venezolano se busca recuperar, en palabras de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, el viejo camino de las garantías –hoy bastante perdido–,

El camino de las garantías que también deben proyectarse sobre el ciudadano que delinquirió y recuperar las políticas que traigan consigo el recurso a las penas o la agravación de las mismas.

Es decir, el camino a la atenuación de las penas, que, no por ser menos duras, son menos efectivas.

4.1. La vigilancia electrónica como alternativa al encarcelamiento en Venezuela

Objetivo: promover el análisis, es decir, la discusión académica, que permita impulsar los cambios necesarios para la posible implementación de la monitorización electrónica como alternativa al encarcelamiento en Venezuela. Adoptando una perspectiva constructiva-propositiva a partir del marco de los derechos humanos, esto es, de la defensa de los derechos fundamentales de la población reclusa; históricamente negados, asimismo, de las limitaciones que pudiera enfrentar, a día de hoy, este país, para implementar e incorporar en su sistema de justicia penal, el uso del brazalete electrónico como alternativa a la prisión.

La irrupción de las nuevas tecnologías en la administración pública es la tendencia más significativa a escala mundial, por tanto, resulta innegable que en nuestros días nos replanteemos –o mejor dicho– tratemos de construir sobre el terreno, las líneas evolutivas de un fenómeno que, sin duda, ha representado un avance para las principales administraciones de la región. La mayoría de los países de América Latina se encuentran en vías de desarrollo, unos más atrasados que otros, de acuerdo, a sus particulares características sociales, políticas, económicas y culturales. Circunstancias estas, que no impiden que de acuerdo a cada uno de sus contextos; sus administraciones, se planteen evolucionar de la mano de las nuevas tecnologías.

En este sentido, es la tecnología el principal motor de cambio de nuestras sociedades modernas; es decir, de una sociedad que se construye día a día a través de las tecnologías

de la información y de la comunicación, de los sistemas de información digital, de las técnicas y medidas de control telemático, de la videovigilancia, del internet de las cosas, de la inteligencia artificial, etcétera. Efectivamente, entendemos por sociedad de la información, este nuevo tipo de sociedad que está emergiendo y en la que las TIC juegan un papel preponderante, esto es, clave en su configuración. En definitiva, de la revolución 4.0. Un fenómeno imparable, a nivel global.

América Latina ha comenzado a adoptar estos cambios en sus administraciones, con el fin de adoptar nuevos mecanismos más eficientes, eficaces e innovadores. El diseño de políticas públicas en este sentido, ha supuesto un avance y progresión hacia el desarrollo de la gestión pública: nuevos equipos, dispositivos tecnológicos y software que buscan simplificar tareas, agilizar procedimientos, construir y diseñar respuestas más expeditas y precisas a demandas colectivas, implementar redes, generando más confianza y mayor cooperación interinstitucional. O sea, adoptar procedimientos más seguros y fiables, por medio de las nuevas tecnologías. Lo que ha sido acogido por el conjunto de la población: positivamente. Aunado, a la no menos importante racionalidad de costo-beneficio, que significa la adopción por parte de las administraciones de las nuevas tecnologías.

En síntesis modernizar el sector público. Y, en este punto, los sistemas penitenciarios no son una excepción. Las penas y, la ejecución de estas, se han convertido en un desafío para cualquier administración pública, que, en su gran mayoría, y, particularmente, en América Latina, se han visto superadas en su intento por alcanzar por las vías tradicionales los objetivos perseguidos por el programa penal, impreso en sus ordenamientos locales. En este sentido, estas administraciones se han replanteado la consecución de esos mismos objetivos por vías más eficaces, eficientes y menos aflictivas, recurriendo a la implementación del uso del brazalete electrónico como alternativa a la prisión. La adopción de la tecnología avanzada supone un reto que ha favorecido la modernización y transformación de los sistemas penitenciarios de la región.

En efecto, los gobiernos de la región han ido incorporando la monitorización electrónica como alternativa al encarcelamiento, con el objeto de modernizar sus sistemas de justicia penal. Por tanto, la vigilancia electrónica presenta en este sentido tres opciones: 1) el seguimiento por radiofrecuencia (RF); 2) el control por sistemas de posicionamiento

global (GPS por sus siglas en inglés); y 3) el sistema de reconocimiento de voz (VV). Cada uno persigue propósitos específicos.

En el primer caso, la RF o control pasivo, se utiliza para determinar el cumplimiento de una orden de localización geográfica específica, en un periodo de tiempo determinado, y, generalmente, como complemento o refuerzo de otra medida descarceratoria, como por ejemplo: el arresto domiciliario. En términos comparativos con la prisión, resulta ser un mecanismo menos intrusivo y, significativamente, más económico. Pero, lo que es más importante menos desocializante. La segunda opción, el GPS o control activo, establece un seguimiento en tiempo real continuo, de un sujeto monitorizado, respecto a un área determinada, generalmente, utilizado para monitorizar permisos de trabajo, programas de estudio e incluso reclusos que por sus especiales características requieran un seguimiento más intensivo; también, es utilizado para la protección de víctimas y testigos.

La constante evolución tecnológica permite el uso de dispositivos móviles para la realización de este seguimiento, es decir, del usuario del brazalete con la central de monitoreo. La última opción, la VV, supone la previa recolección del patrón de voz del sujeto que resulta registrada por un sistema inteligente que reconoce la voz e identifica a la persona monitorizada; control que se efectúa realizando llamadas telefónicas aleatorias al domicilio o lugar que se fije, para determinar el cumplimiento de la medida, desde una unidad o centro de seguimiento y control. La adopción de estas distintas opciones de la vigilancia electrónica, dependerá de las posibilidades y limitaciones que de su aplicación, supongan, el adoptar estos sistemas tecnológicos, de acuerdo al contexto del país en el que se pretenda implementar este sistema.

En este sentido, el previo análisis de la infraestructura necesaria para la implementación de un plan piloto es la regla para la incorporación de esta tecnología en el sistema penitenciario, más, en los países latinoamericanos que se encuentran en vías de desarrollo. De acuerdo a ese especial y particular contexto, se determinará el uso de la tecnología más eficaz, o por su parte, la combinación de las distintas opciones.

Siguiendo estas consideraciones, resulta imprescindible antes, plantear una interrogante, de acuerdo, al contexto particular venezolano, esto es: ¿Cuál es el desafío que la tecnología pretende resolver? Partiendo de ese contexto, el uso del brazalete electrónico

puede ser implementado como una medida o pena alternativa a la prisión, que contribuya a descongestionar las cárceles, ofreciendo de esta manera, una opción custodial menos desocializante que el encierro, que, voluntariamente aceptada por el reo, se convierta en una herramienta útil y eficaz, para lograr consolidar sus vínculos familiares, laborales y sociales; en otras palabras, que mediante el uso del control telemático este coopere en su efectiva reinserción social, evitando de esta forma, los tan perjudiciales efectos del encierro, al mantenerle en un ambiente que facilite el respeto a la ley: la sociedad, y, por supuesto, asuma desde esta perspectiva y, por convicción propia, apartarse del delito, acatando y respetando las más elementales normas de convivencia.

Eligiendo esta opción, se le está ofreciendo una oportunidad para empoderarle en su propia corrección, despertándole su sentido de la responsabilidad social, al generar la confianza necesaria para que pueda, efectivamente, enmendar su conducta; mecanismo que de no ser cumplido a cabalidad, generará consecuencias negativas que, sin duda, limitaran y empeoraran su régimen de libertades. Incumplimiento, que, con toda certeza puede ser acreditado, por la misma fiabilidad y eficacia de los dispositivos electrónicos, esto es, por los sistemas de vigilancia telemática, lo que psicológicamente condicionará su comportamiento.

De modo que, si a pesar de todo ello, decide, perder los beneficios que supone cumplir una pena fuera de la prisión, será producto de su propia decisión, en lo que concierne -claro está-, a las condiciones de cumplimiento y ejecución de esta. Una vez resuelta la pregunta, podrá avanzarse en la implementación del sistema de vigilancia electrónica correspondiente, adaptando el control telemático a las necesidades y posibilidades que se susciten en el marco de esa implementación. Razón por la cual es necesario que se planteen qué argumentos pueden obstaculizar o viabilizar la medida.

4.2. Argumentos que pueden condicionar o favorecer su adopción

4.2.1. En contra:

- Puede percibirse como una medida inconstitucional por violación de los derechos a la dignidad humana, a la intimidad y a la privacidad, además, que puede ser considerado un trato inhumano y degradante.

- Se trata de una medida altamente estigmatizante, al exponer con los dispositivos telemáticos -pulsera o tobillera- su condición. Es decir, su identificación pública.
- Puede ser percibida como una medida no equitativa, desigual y discriminatoria, al requerir ciertas condiciones necesarias para su adopción, como: vivienda o domicilio, acondicionada con luz eléctrica y línea telefónica, infraestructura mínima, fundamentalmente, en los países en vías de desarrollo, como los latinoamericanos en donde existe mayores niveles de desigualdad entre su población.
- Se utilizarían para servir de complemento y reforzar medidas alternativas ya existentes, lo que supondría agravarlas.
- El sistema no garantiza mecanismos eficientes y eficaces para atender posibles fallos, perturbaciones, manipulaciones y transgresiones a los dispositivos de control que puedan suscitarse en el curso de la ejecución de la medida.
- Con la adopción de los sistemas de control telemático se estaría expandiendo y ampliando la red penal. Es decir, el sistema captaría una mayor clientela penal, en lugar, de contribuir a su disminución y racionalización.
- La implementación del sistema de control telemático generaría altos costos, que no se corresponden con las condiciones económicas de países en vías de desarrollo.

4.2.2. A favor:

- Se trata de una medida voluntaria, que fomentará la participación del penado o procesado en el cumplimiento de esta.
- Es una medida tecnológica altamente fiable y eficiente, con la cual pueden alcanzarse de una manera más racional los fines de la pena.
- Su adecuada aplicación e implementación, contribuirá a descomprimir las cárceles en Venezuela.
- Es una medida que, sin duda, facilita la reinserción social, al contribuir a reforzar los vínculos familiares, laborales y sociales del beneficiario de la misma.
- Se trata de una medida menos desocializante y perjudicial, que evita el contagio criminal. Es decir, el ingreso en prisión.
- Resulta menos costosa que la cárcel. Lo que hace que su implementación sea

efectivamente factible.

- En comparación con la cárcel, es una medida menos intrusiva, es decir: violatoria de su intimidad y privacidad, sí, claro está, se realiza adecuadamente; esto es: que se regule y garantice mediante el diseño de un marco legal que límite las incidencias potencialmente violatorias que pudieran generarse con la aplicación de tales sistemas de control telemático.
- Es una medida que complementada con otros programas puede resultar altamente beneficiosa, como lo han demostrado los países que tienen una larga experiencia en su aplicación, por ejemplo: que se efectúe y verifique el cumplimiento de programas laborales o educativos, que faciliten que el sujeto monitorizado se aparte definitivamente de la comisión de delitos, y logre encauzar definitivamente su vida.

4.3. Motivos que pudieran perseguirse con su introducción

1. Reducir la sobrepoblación carcelaria.
2. Que se dote de mayor eficiencia el control y seguimiento de las medidas no privativas de libertad, como por ejemplo: el arresto domiciliario o la suspensión condicional de la pena. Asimismo, el cumplimiento y seguimiento de los programas de formación y/o laborales, que por su naturaleza, deban ser monitorizados, en el marco de la ejecución de la pena.
3. Garantizar el cumplimiento y eficacia de sanciones comunitarias. Lo que, sin duda, abre una ventana para diseñar e implementar este tipo de medidas en el marco jurídico venezolano, que sería visto por la población en general, muy positivamente, como ha sucedido en los países de nuestro entorno, que han recurrido a esta inmejorable medida, lo que se traduciría en la obtención de beneficios tanto para la comunidad como para quien resulte beneficiario con la misma.
4. Garantizar el control y seguimiento de penados con categorías especiales: drogodependientes; aquellos que resulten perseguidos o penados por violencia de género o doméstica; madres o padres con hijos menores de tres años, etc.
5. Como mecanismos para reforzar medidas de protección a la víctima de

delitos de violencia de género: órdenes de alejamiento.

6. Posibilitar con este medio las indemnizaciones de las víctimas. Al conservar el sujeto beneficiario de control telemático, su relación laboral y puesto de trabajo.
7. Reducir los perjudiciales efectos desocializantes de la prisión, evitando el ingreso en prisión.
8. Fomentar la participación de la sociedad.
9. Reducir los costos que supone el mantenimiento de privados de libertad para el Estado.
10. Modernizar el sistema de justicia penal y, por ende, el sistema de medidas o penas, esto es, su catálogo coercitivo. Adoptando o incorporando las nuevas tecnologías como herramientas o mecanismos fiables que permitan perseguir los mismos fines que la pena de prisión, evitando, precisamente, el encarcelamiento.

5. LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA: FACTIBILIDAD JURÍDICA DE SU IMPLEMENTACIÓN

5.1. Viabilidad de acuerdo a la normativa internacional

La vigilancia electrónica como medida alternativa a la prisión hace parte del compromiso que han adquirido los Estados de desarrollar nuevas modalidades de medidas no privativas de la libertad, en el marco de sus legislaciones nacionales. Este compromiso internacional se enmarca dentro de la justificación de reducir el encarcelamiento como la sanción penal reina, convertida en la respuesta penal más aplicada en los países de América Latina; sanción que ha de ser considerada un instrumento de *ultima ratio*, de acuerdo, con el principio de intervención mínima del Derecho penal contemporáneo, en tanto y en cuanto, la mayoría de los objetivos que se persiguen con la aplicación de la pena de prisión, pueden ser, racionalmente alcanzados con medidas alternativas al encarcelamiento, en la medida en que resultan normalmente más efectivas y eficientes, esto es, -más útiles-, menos perjudiciales, porque no comportan los efectos desocializantes que produce la prisión, es decir, -más humanas- y, significativamente, menos costosas, lo que en definitiva -permite ponderar la variable costo/beneficio, o sea,

una opción más inteligente, esto es: racional-. Por tanto, los dispositivos de control telemático son, en este sentido, consecuencia directa de ese compromiso internacional.

Teniendo en cuenta tales consideraciones, el compromiso al que se ha hecho referencia se basa en los siguientes instrumentos internacionales: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas según resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, de 7 al 22 de Noviembre de 1969; y Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas según resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

Esta base jurídica internacional permite vertebrar la incorporación de la vigilancia electrónica, como nueva medida alternativa a la prisión en los países en vías de desarrollo, que pretendan reducir al mínimo indispensable el uso de las medidas privativas de libertad (control social). Incorporación que busca diversificar el catálogo de medidas punitivas no privativas, mediante el diseño de políticas innovadoras con el fin de incluir el uso de las nuevas tecnologías por parte del sistema de justicia penal. Es decir: modernizar su sistema penal y penitenciario, con la adopción de la tecnología avanzada y adecuada a sus posibilidades y limitaciones.

Ahora bien, la incorporación de la tecnología en el sistema de sanciones penales, requiere de la correcta ponderación de las posibilidades de implementación con que cuente el sistema penitenciario, en el que pretenda introducirse; esto es, de las distintas necesidades y objetivos que se busquen satisfacer con la puesta en práctica de los sistemas de control telemático como alternativa a la prisión. En este sentido, la infraestructura necesaria para llevar a cabo semejante implementación, exige en principio, hacer un estudio previo sobre los requerimientos y exigencias que supone para cualquier administración asumir semejante reto. Fundamentalmente, el poder contar con recursos mínimos materiales y humanos, para poder despegar y consolidar de manera sostenible y progresiva el cambio de paradigma.

En lo que respecta a los recursos materiales, o sea, a la red de telecomunicaciones disponible para implementar y gestionar el sistema de monitorización electrónica, velocidad requerida para operar, niveles de cobertura espacial, tipología: línea fija o GSM; evaluación de equipos y dispositivos de vigilancia electrónica que mejor se adapten a las características de la zona de vigilancia: topografía, por ejemplo; por otra parte y, en lo que respecta, a los recursos humanos, es decir, a la capacitación de personal técnico de instalación, control, seguimiento, supervisión y evaluación de los sistemas de control telemático.

Asimismo, empresas tecnológicas proveedoras del servicio, con amplia experiencia acreditable en el área de la vigilancia electrónica, que además, cuenten con suficiente personal capacitado para formar el recurso humano de la administración pública, en el manejo y gestión de los dispositivos tecnológicos; seguridad de los equipos y, por tanto, fiabilidad de la tecnología seleccionada; presentación de un plan piloto o experimental para evaluar en términos cualitativos y cuantitativos los costes y beneficios, que supone su implementación; establecimiento de criterios subjetivos y objetivos para la selección de la población elegible; gestión y operacionalización de la medida; finalmente, la evaluación de riesgos y resultados.

Sin embargo, tal introducción en el ordenamiento jurídico venezolano debe inexorablemente estar consagrada legalmente. Exigencia que parte del orden internacional, antes citado, asimismo, del orden interno; también de la dogmática penal comparada, que exige que una medida o sanción penal que se ejecute por medio de la vigilancia electrónica deba estar establecida o fijada con absoluta claridad en una ley formal, como exigencia del principio de legalidad.

Adopción que permitirá su adecuado encaje constitucional de acuerdo al edificio legal propuesto: procedimiento, autoridad competente para su concesión, población elegible, requisitos, perfil del beneficiario, gestión, tramitación, incidencias, duración de la medida, supuestos de incumplimiento, reacción en casos de incumplimiento, y revocación de la medida.

Partiendo de esta premisa a continuación desarrollaremos el posible encaje constitucional de la vigilancia electrónica en el Ordenamiento jurídico venezolano.

5.2. Encaje constitucional

De acuerdo al engranaje constitucional venezolano, el modelo de Estado, se encuentra establecido en el artículo 2 de la Carta Magna; y se corresponde con *Estado social y democrático de Derecho y de Justicia*³⁶⁷, con lo cual, es a través de este modelo político que se garantizaría la viabilidad de una pena o medida que busque erigirse como una verdadera alternativa a la prisión. Es decir, siguiendo este modelo de Estado, se puede erigir, o mejor dicho construir, un marco jurídico que haga viable la introducción de los sistemas de vigilancia electrónica en el modelo constitucional venezolano. Asimismo, el programa constitucional del sistema penitenciario queda plasmado en el art. 272, del referido texto constitucional, cuyo contenido es del siguiente tenor:

El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estatales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias. En todo caso las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia postpenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico.

Partiendo de este programa constitucional, puede afirmarse que es posible la introducción en el catálogo de penas y medidas restrictivas de libertad, de los sistemas de control electrónico, ello porque este mandato prioriza *el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas. En todo caso las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria.*

³⁶⁷ Art. 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Una vez fijada esta preferencia desde la norma rectora por las fórmulas o medidas de naturaleza no reclusoria, la viabilidad en construir una propuesta de estas características, pasa: primero, por moldear el contenido que se proponga la introducción de los sistemas de vigilancia electrónica, efectivamente, desde la premisa fundamental, de fomentar la implementación en el contexto venezolano, que sin duda, significará la apuesta por propiciar el salto histórico más significativo en la modernidad de su sistema penitenciario, esto es, asumir la introducción de la medida más innovadora, tecnológicamente hablando, que de seguro acogerá el Derecho penitenciario patrio, a lo largo de toda su historia; y segundo, el poder instrumentalizar la implementación de un sistema de vigilancia electrónica que se corresponda con las necesidades y peculiaridades del contexto político, social y cultural del país; es decir: ponderar los requerimientos materiales y demás condiciones técnicas necesarias para la implementación de un programa piloto, que permita evaluar el posible impacto y los resultados de su incorporación; asimismo, la evaluación previsible de riesgos, en este sentido; lo que, supondrá un estudio que necesariamente a de partir al evaluar el contexto nacional; es decir, la viabilidad en incorporar una medida, que requiere la adquisición de una infraestructura física, tecnológica y humana básica para gestionar con éxito cualquier ejercicio de implementación de los sistemas de control electrónico.

Ahora bien, este ejercicio debe partir necesariamente del modelo o programa constitucional que soporte semejante incorporación en su ordenamiento jurídico³⁶⁸. En efecto, tal encaje permitirá edificar una propuesta cuya principal premisa será dignificar el sistema: humanizarlo³⁶⁹. Por tanto, hacerlo más viable con la garantía estatal de asegurar el efectivo respeto por los derechos humanos, en la medida en que se posibilite la finalidad constitucionalmente fijada, esto es, la prevención especial positiva, que forma parte, del modelo constitucional propuesto. En este sentido, conviene preguntarse si con la introducción de la vigilancia electrónica, se contribuiría a potenciar y reforzar dicha finalidad, o sea, en el que con la aplicación adecuada de estos dispositivos de control telemático se posibilite la efectiva rehabilitación de quien resulte sometido a esta medida,

³⁶⁸ Art. 7. La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.

³⁶⁹ Art. 3. El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto de su dignidad... y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución.

evitando de esta manera su ingreso en prisión. Es decir, el contagio criminal y su segura desocialización.

Es decir, con la entrada de los dispositivos de control telemáticos -pulseras o tobilleras electrónicas- se garantizaría una opción custodial y tratamental que fomente la efectiva rehabilitación del interno, al ofrecer una medida que no comporta un desarraigo o separación de su comunidad, ni de su núcleo familiar, permitiéndole además que pueda conservar su relación laboral. De esta manera, la reinserción social no sería, como hasta ahora, más que una regla divorciada de la realidad. Al fomentarse, por el contrario, a través de estos dispositivos electrónicos, la consolidación de los vínculos sociales de quien resulte monitorizado, se estaría también fomentando su adecuada rehabilitación. Ello, porque no existe mejor escenario para propiciar esta finalidad, que la misma sociedad.

El Derecho penal, como un instrumento de control social, ha de ser utilizado como último recurso, dado que su aplicación comporta el ejercicio más violento por parte del Estado, para sancionar las conductas que de acuerdo al principio de legalidad son merecedoras de esta violencia institucionalizada, a través de la cual, el Estado recurre a la pena. Una de las principales falencias de la pena de prisión, más que su dureza, ha sido su acreditada ineficacia para alcanzar con su materialización la idea de la rehabilitación, como finalidad preferente del modelo constitucional.

No obstante, con la incorporación de los sistemas alternativos de vigilancia telemática, se abre una ventana en el ordenamiento jurídico venezolano, que aplicado al ámbito penitenciario, posibilitaría el encuentro de una solución más eficaz y menos aflictiva, que reduciría significativamente las perjudiciales consecuencias de la prisión como mal necesario.

En función de esta perspectiva, se tendrán que construir una opción o programa de vigilancia electrónica de la Administración penitenciaria venezolana, que permita conectar con la realidad, al posibilitar de forma más precisa, segura y eficaz, con la idea de la rehabilitación, siempre y cuando se fomente un respeto irrestricto a los derechos humanos de ese colectivo. Si se logra alcanzar este objetivo, la entrada de estos dispositivos telemáticos estará suficientemente legitimada. Lo que tendrá que ponderarse,

al momento de establecer para el contexto nacional, que posibles afectaciones de derechos fundamentales se generarían con su incorporación.

Asimismo, la reducción de costes, como la posibilidad real de acrecentar los beneficios que conlleva su introducción, estará sujeta a la evaluación del nivel de factibilidad que para el modelo venezolano represente su adecuada incorporación.

En definitiva, si el modelo constitucional viabiliza su posible introducción, es necesario asumir el reto de su introducción en el ordenamiento jurídico venezolano. A continuación se desarrollará una propuesta, que podría materializar dicho encuentro.

5.3. Base legal y propuesta de incorporación

En el contexto interno del ordenamiento venezolano, es posible conectar la normativa adjetiva vigente, que permitiría promover la implementación de un programa de vigilancia electrónica. Partiendo desde esta perspectiva, conviene resaltar que a partir de finales de la década de los noventa, Venezuela se sumó al elenco de países latinoamericanos que adoptaron el sistema penal acusatorio, como modelo de enjuiciamiento penal. Reafirmando un conjunto de valores axiológicos que posibilitaron un cambio de paradigma en el sistema de administración de justicia penal, al pasar de un sistema inquisitivo, escrito y excesivamente lento a un sistema acusatorio, cuyo principal propósito era rediseñar un modelo que ya se encontraba obsoleto y que se mostraba demasiado ineficiente a la hora de alcanzar los objetivos marcados por los compromisos internacionales adquiridos en materia de protección de derechos humanos, esto es, por la falta de congruencia entre estos compromisos y la legislación nacional en lo que respecta al modelo de justicia penal imperante para la época.

Al adoptar un nuevo sistema de justicia penal, se buscaba principalmente cumplir con los compromisos adquiridos, adaptando la legislación adjetiva penal al marco del derecho internacional y regional humanitario. Lo que permitió, en principio, modernizar el sistema: infraestructura; capacitación del recurso humano para la implementación del nuevo modelo; y, la puesta en marcha en todo el territorio nacional del sistema penal acusatorio. En este sentido, se buscaba atacar los males estacionarios de un sistema penal y penitenciario que se mostraba incoherente con las nuevas corrientes; situación, que, sin

duda, permitió avanzar en la construcción de un proceso penal de corte acusatorio más ágil, transparente, imparcial, eficiente y humano.

Con la adopción del principio acusatorio, se estableció la necesaria distinción entre las labores instructoras o de investigación de las tareas decisorias, en esta primera fase del proceso, que en el anterior modelo inquisitivo se concentraban en una única figura: el juez de instrucción que investigaba y, que a su vez, resolvía sus propias ejecutorias.

Esta necesaria distinción permitió asignar de acuerdo al mencionado principio acusatorio la dirección de la investigación a un órgano diferente, es decir, autónomo e independiente del juez; esto es: el ministerio público, que paso a ser el titular de la acción penal y director de la investigación; asumiendo así, con el nuevo sistema este nuevo rol, en el proceso penal venezolano, dejando al Juez de Control, como el órgano judicial decisor que se encargaba -exclusivamente- de controlar esa investigación, preservando los derechos fundamentales y adoptando en la primera fase la medidas coercitivas o de investigación que requirieran un pronunciamiento judicial reforzado, por significar, su adopción una posible afectación de derechos fundamentales. En este sentido, su intervención en la primera fase del proceso penal se circunscribía a la toma de decisiones que pudieran comprometer los derechos fundamentales del o los justiciables.

En el marco de este nuevo modelo de justicia penal, y con la introducción de la oralidad como principio característico de este sistema, se buscaba dinamizar y acelerar la producción de una respuesta judicial más expedita, transparente, objetiva e imparcial. Garantizando el derecho a la defensa, o sea, el control y contradicción de la persecución penal desde el inicio del proceso. Estructurando así el nuevo proceso penal en base a tres fases: una primera fase de investigación; una segunda fase, denominada intermedia; y finalmente, una tercera fase de juicio oral y público.

La primera fase de investigación a cargo del ministerio público, quien se encargaba de recabar los elementos de convicción necesarios para construir la hipótesis fiscal, hasta concluir su investigación, facultando a este sujeto procesal con la posibilidad de solicitar medidas de coerción personal para sujetar al imputado o persona identificada -individualizada- como autor o partícipe del hecho investigado, garantizándole desde un inicio su derecho a la defensa, etapa que se desarrolla con la supervisión y fiscalización del tribunal de control, órgano judicial encargado de adoptar medidas de coerción

personal; empero, además, de una doble vertiente. Por un lado, garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la defensa del imputado y, por el otro, garantizar que la actividad fiscal no se extralimitara en el ejercicio de sus funciones, al desarrollar su actividad investigativa, permitiendo así, que este violase los derechos fundamentales del imputado. Propósito este, al que obedece su denominación: tribunal de “control”.

Una segunda fase, la intermedia que permite someter al escrutinio judicial el resultado de esa investigación fiscal, si esta, -claro está-, concluía en una acusación, lo que abría la posibilidad del acto central de esta etapa, es decir: la audiencia preliminar para enjuiciar la acusación del ministerio público; en efecto, ese tribunal de control debía realizar un control material y formal de la acusación, garantizando la defensa del imputado, acto dirigido por dicho órgano judicial en presencia únicamente del fiscal acusador, de la víctima y su querellante, para el caso, en que la víctima presentase una acusación particular propia, del imputado y su defensor; es decir, una audiencia oral o vista cerrada, no pública, en la cual, el órgano judicial se encarga de escuchar los alegatos expuestos oral y sintéticamente por las partes: el fiscal su acusación, la representación de la víctima su acusación particular, la defensa su contestación a las mismas, escuchando el tribunal directamente a la víctima, así como también, al imputado, si este último decide voluntariamente declarar, para luego, pronunciarse sobre la admisibilidad o no de la acusación fiscal, al igual, que la de la víctima, y, por consiguiente, proceder a dictar la admisión de la acusación, con el correspondiente auto de apertura a juicio.

Y finalmente, una tercera fase de juicio oral y público, como la fase más garantista del proceso, donde se verifica el debate probatorio, bajo la dirección de un órgano judicial diferente, esto es, distinto del de las dos primeras etapas, evitando así su contaminación con la investigación e identificado como el juez de juicio, con el objeto de garantizar su imparcialidad a la hora de formar su convicción en la etapa definitiva del proceso penal, ante quien se recibe la prueba en un escenario pleno de garantías: oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, concentración.

Es decir, cuya convicción debía nutrirse, exclusivamente de ese debate oral. Escenario propio para garantizar la formación de la convicción judicial que permitirá arribar al juez de juicio a una sentencia definitiva: absolución o condena. Es decir, cada una de estas fases con sus propósitos y finalidades específicas, estableciendo así un sólido marco de

garantías en el proceso penal y, por tanto, haciendo del proceso penal, en general: un instrumento más dinámico, pero, también más justo y coherente con la efectiva protección de los derechos fundamentales de todos sus intervinientes.

Asimismo, se crea y judicializa la fase de ejecución penal, con lo cual se buscaba incorporar la figura y protagonismo del Juez de Ejecución de Penas. Materializando así, en el tribunal de ejecución, la efectiva fiscalización judicial de la ejecución de la pena. Al judicializar esta última etapa, se lograba dotar a la ejecución penal en Venezuela de un órgano judicial independiente de la Administración penitenciaria que velara por la efectiva preservación de los derechos fundamentales de los condenados. Bueno, esta era en apretada síntesis la justificación inicial, sin embargo, este nuevo sistema de justicia penal que precedió la adopción del nuevo modelo político constitucional. Es decir, antecedió la Constitución vigente, desde sus inicios se erigió en un clima político, social y económico conflictivo, que marco desde su nacimiento su gradual desmantelamiento³⁷⁰.

Es así como a pesar de adoptarse un nuevo modelo político de *Estado social y democrático de Derecho y de Justicia*, -más en el papel que en la realidad³⁷¹-, con el transcurrir de los años, y al cabo, de poco más de dos décadas de vigencia, la letra de la Constitución se ha convertido en puro papel mojado³⁷²; como se acaba de advertir, el sistema penal acusatorio se fue desmantelando por completo, y con ello, el sistema político imperante arrastró e impactó el sistema de justicia en Venezuela³⁷³. Sistema que, sin duda, fue erosionando sistemáticamente toda la institucionalidad democrática, lo que

³⁷⁰ Como subraya Gilda Núñez: «A sólo tres meses de entrar en vigencia plena el Código Orgánico Procesal Penal, se presentan huelgas y motines carcelarios, y nuevamente el escenario se torna dantesco». Cfr. NÚÑEZ, G.M., *Las Fórmulas Alternativas de Cumplimiento de Pena en el Sistema Penitenciario Venezolano*. Disponible en [<https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06739-2.pdf>] Consulta [Noviembre, 2021]. Asimismo, puede verse en este punto también a MORAIS, M.: «Enfoque evaluativo del Código Orgánico Procesal Penal en lo referente a la ejecución de sentencias», en *Ciencias Penales: Temas actuales*. Publicaciones UCAB, Caracas, 2003. Fundamentalmente, al colapso que supuso el otorgamiento de beneficios de prelibertad, obviando por completo los criterios de selección, lo que colocó en tela de juicio el propio proceso de reforma procesal penal en Venezuela.

³⁷¹ No puede dejar de recordarse en este sentido, el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que afirma: «Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los Derechos y determinada la separación de los poderes no tiene Constitución». Disponible en [http://tratadoseuropeos.eu/Documents/Declaracion_de_los_Derechos_del_Hombre_y_del_Ciudadano.pdf] Consulta [Noviembre de 2021].

³⁷² Son particularmente oportunas las valiosas reflexiones que sobre la Constitución subrayan la necesidad de dotar a la misma de aplicación directa, para evitar precisamente que su letra se convierta en puro papel mojado. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991, Madrid: Civitas, pp. 41 y ss.

³⁷³ Sobre el impacto del régimen político en el sistema penal, véase por todos el clásico BARBERO SANTOS, Marino, *Política y Derecho Penal en España*, Madrid, Tucur, 1977.

no ha sido ajeno al modelo de justicia penal y a la administración penitenciaria. No obstante, en este punto, es necesario rescatar la motivación que sirvió de justificación inicial en el cambio de modelo, esto es, la originaria concepción del Código Orgánico Procesal Penal de 1998. Producto de un consenso y de una comisión de expertos nacionales e internacionales que sentaron las bases para la creación de un verdadero sistema penal acusatorio.

Volver a las bases de la implantación del sistema acusatorio en Venezuela, es una necesidad prioritaria para lograr reencontrar ese modelo de justicia que se identificó con la creación de un modelo de Estado democrático, que fomentó desde sus raíces, el celoso respeto de los derechos humanos del justiciable ante la violencia estatal institucionalizada, en el que el hombre sea el faro central de la reflexión y el vínculo más sólido de la institucionalidad perdida. Esto es: fundamento y límite de la actividad del Estado democrático.

Bases estas que nos permiten edificar una propuesta de incorporación de la vigilancia electrónica en aquel sistema primigenio u originario, de justicia penal. De forma que, de acuerdo a los principios medulares del proceso penal³⁷⁴, fundamentalmente: de la afirmación de libertad³⁷⁵, de la garantía del respeto de la dignidad humana³⁷⁶, de la presunción de inocencia³⁷⁷, es decir, desde el marco de las medidas de coerción personal, esto es, del estado de libertad como regla general del proceso penal³⁷⁸, de la interpretación restrictiva de estas medidas³⁷⁹ y, fundamentalmente, del régimen de las medidas

³⁷⁴ Estos principios medulares están establecidos en el Título Preliminar del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL venezolano (2012); y resultan desarrollados en toda su normativa.

³⁷⁵ Artículo 9°. Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o imputada, o su ejercicio, tienen carácter excepcional, sólo podrán ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta. Las únicas medidas preventivas en contra del imputado son las que este Código autoriza conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

³⁷⁶ Artículo 10. En el proceso penal toda persona debe ser tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano, con protección de los derechos que de ella derivan (...).

³⁷⁷ Artículo 8°. Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme.

³⁷⁸ Artículo 229. Toda persona a quien se le impute participación en un hecho punible permanecerá en libertad durante el proceso, salvo las excepciones establecidas en este Código.

La privación de libertad es una medida cautelar, que sólo procederá cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso.

³⁷⁹ Artículo 233. Todas las disposiciones que restrinjan la libertad del imputado o imputada, limiten sus facultades y las que definen la flagrancia, serán interpretadas restrictivamente.

cautelares sustitutivas preferentes a la privación de la libertad³⁸⁰, es posible adoptar un marco coherente que permita la introducción de la monitorización electrónica en el elenco de estas medidas cautelares. En efecto, la implementación de una verdadera alternativa a la prisión preventiva.

Hemos podido formarnos un panorama cercano a la realidad penal y penitenciaria en Venezuela, a raíz de la revisión de una mirada a su sistema penitenciario y del desmantelamiento de su sistema acusatorio, es decir, de la pérdida de la institucionalidad democrática, lo que nos permite distinguir que su contexto político, social y jurídico es muy diferente al de otros países de la región. El sistema penal precisa de una reforma integral que verdaderamente ataque los males característicos y estacionarios del subsistema penitenciario, como último eslabón de la cadena. Por consiguiente, es en la región capital dónde existe la mayor concentración de delitos y donde se encuentra la mayoría de los encarcelados.

Lo que no deja de lado, por supuesto, las principales regiones del país, en las que también existe un alto número de presos preventivos. Es por lo que Venezuela presenta actualmente una de las mayores cifras de presos preventivos de toda la región. Cifras a las que no es posible tener acceso oficialmente, en razón, de la celosa y perjudicial opacidad del régimen político imperante, en particular del órgano burocrático del Estado, encargado de desarrollar y gestionar la política penitenciaria en el país, esto es, el Ministerio del Poder Popular para los Asuntos Penitenciarios.

No obstante, es esta inversión de la pirámide procesal, la que hace necesario que se establezcan mecanismos verdaderamente alternativos a la prisión, como la principal respuesta de un sistema que defienda los derechos fundamentales, esto es, que priorice la construcción de opciones que reduzcan significativamente esta institución. En consecuencia, edificar las bases que permitan estructurar un cambio de rumbo radical³⁸¹, es concienciarnos de que la prisión preventiva precisa de un tratamiento serio y

³⁸⁰ Artículo 242. Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser razonablemente satisfechos con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado o imputada, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del imputado o imputada, deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motivada, (...).

³⁸¹ Sobre el cambio de ruta y los sustitutivos penales, véase por todos las acertadas consideraciones que sobre América Latina en general nos enseña BARROS LEAL, C., «La pena de prisión en América Latina: los privados de libertad y los derechos humanos»... *op. cit.*, en especial pp. 108 y 109.

absolutamente minimalista. O sea, que el viejo recurso a la prisión se reduzca al mínimo imprescindible. En este sentido, conviene, como acertadamente apunta GUDÍN RODRÍGUEZ- MAGARIÑOS, subrayar que:

Nuestro sistema Jurídico Constitucional apuesta decididamente por la libertad como base y fundamento de su esquema jurídico y el principio *pro libertate* ilumina todas y cada una de los rincones del Ordenamiento, por lo que en principio la prisión preventiva debe ser reputada [no] como un mal necesario sino como como un mal absolutamente necesario por las circunstancias. La libertad no es un valor, es un polo vertebrador del ordenamiento jurídico que no debe contemplarse simplemente como un derecho fundamental, muy por el contrario, al estar vinculado a la dignidad humana se constituye en plataforma de otros derechos y libertades y su ausencia marca el sentido autoritario o represivo de un ordenamiento jurídico. Dado que la libertad es el oxígeno que respire la democracia debemos ser ambiciosos en su consagración³⁸².

Por tanto, resignarnos ante la hegemonía de la prisión preventiva es olvidar el drama humano y la sistemática violación de los derechos fundamentales, que desde siempre existe en las cárceles venezolanas. Todo esfuerzo en disminuir significativamente la prisión preventiva, representa, sin duda, instar un cambio en la política criminal, subrayar la naturaleza estrictamente subsidiaria de la prisión preventiva: reafirmar que solo cabe recurrir a su imposición cuando otras medidas menos gravosas se muestren ineficaces. En efecto, la presunción de inocencia ha de erigir un verdadero cambio en el razonamiento de su empleo; es, como subraya FERRAJOLI³⁸³ una garantía tanto para la libertad como para la verdad. Garantía que arrastra sus raíces y antecedentes históricos desde el pensamiento de la ilustración³⁸⁴.

³⁸² Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: *Cárcel electrónica versus prisión preventiva*. Disponible en [https://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/Gudin_Prision_Preventiva.pdf] Consultado [23-08-21].

³⁸³ Vid. FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón... op. cit.*, p. 549.

³⁸⁴ Así BECCARIA, advertía en relación a la presunción de inocencia, que: «Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que fue concedida». Cfr. BONESANA, Cesare, marqués de BECCARIA: *De los delitos y las penas*, (trad. Thomas y Valiente, Francisco), Ed. Aguilar, Madrid, 1982, p. 82. En igual sentido, FILANGIERI, afirmaba la necesidad de: «tratar al acusado como ciudadano, hasta que resulte enteramente probado su delito». Cfr. FILANGIERI, G.: *Ciencia de la legislación*, Tomo III, (trad. de J. Ribera), Madrid, 1981, p. 81. Finalmente, este es el sentido del art. 9 de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, al proclamar que: «Toda persona se presume inocente hasta que sea declarada culpable».

Es por ello, que resulta necesario recordar, que la presunción de inocencia que acompaña desde un inicio al imputado en el proceso, puede convertirse, luego, en estadios posteriores, en un estado de simple inocencia. En definitiva, someter a quien se presume inocente a un encarcelamiento preventivo, cuando las circunstancias hagan de la medida un mal, además de amargo, innecesario, resulta cuando menos, un ataque directo a la dignidad humana, de manera que, si tal proceder no se limita, confina y reduce al máximo, la idea de una descarada aberración aflora y se convierte en el más caro apremio que cualquier ser humano puede afrontar y, a su vez, estaríamos renunciando al Estado de Derecho.

Corregir el rumbo, es una medida prioritaria. Si queremos descongestionar el sistema carcelario, esto es, dignificar estos espacios de profunda decadencia y envilecimiento humano, es imprescindible esforzarnos por ampliar el abanico de opciones alternativas a la prisión, con fórmulas que eviten el sometimiento a ese mundo artificial y totalizador, que supone, sin duda, esta institución; empero que, con la implementación de estos nuevos mecanismos se persigan de una forma más eficiente, segura y menos aflictiva los mismos objetivos asignados desde siempre a *esta cárcel que tenemos, pero que no queremos*³⁸⁵.

Querámoslo o no reconocer la prisión preventiva funda su manifiesta justificación en la presunción de culpabilidad, desplazando la principal garantía de nuestro Estado de Derecho, cuando se trata de afrontar un proceso penal: la presunción de inocencia. Por consiguiente, si nuestro ordenamiento jurídico, reconoce expresamente el valor superior de la libertad³⁸⁶, el principio *pro libertate* y la estricta excepcionalidad de la prisión preventiva; es decir, su subsidiariedad³⁸⁷. Este cambio se convierte en una humana necesidad, cuando en un país como Venezuela se abusa del recurso a la prisión.

Por tanto, en el catálogo de medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad, actualmente previsto en el art. 242 del Código Orgánico Procesal (2012), se propone la adición de la monitorización electrónica de la siguiente manera:

³⁸⁵ BERGALLI, R.: Introducción al libro *Cárcel y Derechos Humanos: Enfoque Relativo a la Defensa de los Derechos Humanos Fundamentales de los Reclusos*, coordinado por Iñaki Rivera Beiras, Barcelona, J.M. Bosch, sin fecha, p. 20.

³⁸⁶ Art. 2 de la CRBV

³⁸⁷ Art. 9 y 229 COPP

Art. 242. Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser razonablemente satisfechos con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado o imputada, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del imputado o imputada, deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motivada, algunas de las medidas siguientes:

1. La detención domiciliaria en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal ordene.
2. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, la que informará regularmente al tribunal.
3. La presentación periódica ante el tribunal o la autoridad que aquel designe.
4. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
5. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
6. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
7. El abandono inmediato del domicilio si se trata de agresiones a mujeres, niños o niñas, o de delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado o imputada.
8. La prestación de una caución económica adecuada, de posible cumplimiento por el propio imputado o imputada o por otra persona, atendiendo al principio de proporcionalidad, mediante depósito de dinero, valores, fianza de dos o más personas idóneas, o garantías reales.
9. Cualquier otra medida preventiva o cautelar que el tribunal, mediante auto razonado, estime procedente o necesaria.
- 10. En cualquier caso, de forma independiente o adicionalmente, podrá el tribunal imponer la obligación de someterse a dispositivos de vigilancia electrónica o control por otros medios, según se acuerde judicialmente, en atención a las circunstancias particulares de cada caso; debiendo firmar, en caso afirmativo un acta de compromiso, mediante la cual se facilite toda la información necesaria al respecto.**

En caso de que el imputado o imputada se encuentre sujeto a una medida cautelar sustitutiva previa, el tribunal deberá evaluar la entidad del nuevo delito cometido,

la conducta predelictual del imputado o imputada y la magnitud del daño, a los efectos de otorgar o no una nueva medida cautelar sustitutiva.

En ningún caso podrán concederse al imputado o imputada, de manera simultánea tres o más medidas cautelares sustitutivas.

La incorporación del cardinal 10 del art. 242, posibilita la aplicación de los mecanismos de vigilancia electrónica, bien en forma independiente, o también, como medida complementaria o de refuerzo de cualquiera de las medidas cautelares sustitutivas a la privación de la libertad, por ejemplo, como medida adicional a la detención domiciliaria. Asimismo, a cualquier supuesto que se adecue en su contenido a ser complementada con la monitorización electrónica. Órdenes de alejamiento, en materia de violencia de género, que en el contexto español han resultado ser tan efectivas y exitosas, es un escenario, que muy posiblemente contribuirá de manera decidida a descongestionar el sobrecargado sistema penitenciario venezolano.

Ahora bien, para efectos de determinar los criterios de aplicación de la vigilancia electrónica como medida sustitutiva a la prisión preventiva, es conveniente tener presente que no en todos los delitos esta medida es recomendable, lo que legislativamente debe depurarse.

Por otra parte, como sustitutivos a la pena de prisión, los mecanismos de vigilancia electrónica pueden incorporarse como fórmulas de naturaleza no reclusoria, es decir, como penas alternativas a la prisión, mediante las cuales se otorgue preferencia al régimen abierto, como lo ordena la Constitución. En este sentido, puede construirse una propuesta sobre la base de que sea el juez de ejecución la autoridad competente para ordenar la utilización de sistemas de vigilancia electrónica durante la ejecución de la pena, bien como fórmula anticipatoria a la libertad condicional, o como régimen sustitutivo a la prisión, estableciendo claramente los requisitos de procedencia de la medida.

De acuerdo a esta proposición tal introducción facultaría a los tribunales de ejecución de penas, a acordar razonadamente la elección de la monitorización electrónica, siempre y cuando se cuente con libre consentimiento del condenado. En este sentido, será el condenado quien voluntariamente acepte el seguimiento telemático. Debiendo en caso afirmativo, constar por escrito, en acta que al respecto levante el tribunal de ejecución y,

por consiguiente, mediante la cual se informe en forma oral y por escrito, lo que supone someterse al seguimiento telemático.

No obstante, este mecanismo sólo se otorgará cuando el juez de ejecución cuente con un informe psicosocial de la persona, que garantice la viabilidad de la medida, la disponibilidad de la infraestructura básica, al igual, que la existencia de los dispositivos telemáticos de control; asimismo, se defina y establezca el área de movilización y seguimiento, su retorno al domicilio o al lugar que fije el tribunal, duración de la medida, causas de revocación y demás circunstancias que suponen la efectiva operacionalización de la medida de la monitorización electrónica.

Ahora bien, tal incorporación debe necesariamente acompañarse con una definición clara de lo que ha de entenderse por vigilancia electrónica, esto es, de los mecanismos o dispositivos necesarios para sustituir la pena de prisión o la medida cautelar de prisión preventiva. Identificando las tres categorías de seguimiento telemático: i) Seguimiento Pasivo RF; ii) Seguimiento Activo GPS; y iii) Reconocimiento de Voz VV. Especificaciones que en cualquier caso deberán ser fijadas legalmente.

En efecto, el control por radio frecuencia -seguimiento pasivo- es útil para supervisar si alguien está obediendo la orden de permanecer en una dirección o localización geográfica específica. Empleándose regularmente para reforzar el arresto o la detención domiciliaria, resultando una técnica de vigilancia menos intrusiva y más económica, en comparación con otras tecnologías.

Por su parte, el control con GPS -seguimiento activo- es útil para efectuar un seguimiento en tiempo real, en la que el monitorizado se sujeta a circular en un área previamente delimitada: ciudad o barrio. Resulta empleado para asegurar el cumplimiento de los permisos de salida, de trabajo y estudio. Asimismo, como mecanismos de protección en materia de violencia de género.

Además, el reconocimiento de voz, es el sistema de vigilancia electrónica que se efectúa o verifica a través de una llamada al lugar de residencia del condenado, o a la dirección que fije el tribunal, autenticando la identidad del sujeto así monitorizado, de acuerdo a un registro de voz previamente colectado que resulta comparado por un software inteligente

que identifica al sujeto monitorizado con absoluta certeza. Esta técnica resulta utilizada para acreditar la localización o ubicación en el domicilio, de acuerdo a un horario previamente determinado. Resulta una técnica menos invasiva que puede ser altamente eficiente.

Dependiendo de las necesidades particulares y específicas de cada caso, se podrá recurrir a estas modalidades de control telemático, bien, en forma independiente o combinada, de acuerdo a la disponibilidad de los dispositivos, a la viabilidad y existencia de la infraestructura, así como, a las limitaciones o posibilidades que suponga su empleo en cada caso específico. Debiendo asignarse cualquiera de estos sistemas de vigilancia electrónica según considere la autoridad judicial competente, de acuerdo a la opinión de los expertos. Esta opinión deberá constar en un informe técnico que se le facilite al juez antes de proceder a tomar cualquier decisión al respecto, junto con el informe psicosocial del beneficiario, que elabore el Equipo Técnico Multidisciplinar para garantizar la viabilidad y cumplimiento de la medida.

De esta forma, es posible hacer una propuesta para la incorporación de la vigilancia electrónica en el sistema de ejecución penal venezolano, de acuerdo, a lo descrito a los acápites anteriores. En efecto, el Libro Quinto del COPP, establece las disposiciones aplicables a la ejecución de la pena, desarrollando su contenido en dos capítulos, el primero en el que se establecen las disposiciones generales y, el capítulo dos, donde se fija la normativa aplicable a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, las fórmulas alternativas de cumplimiento de la pena, a la redención de la pena por el trabajo y el estudio, al régimen abierto, esto es, a las fórmulas alternativas de cumplimiento de condena no reclusoria.

En este sentido, la vigilancia telemática como fórmula alternativa o sustitutiva, puede contribuir a edificar una nueva opción independiente, o, adicional, esto es, -complementaria- a las ya existentes, con el objeto de garantizar un seguimiento y control más efectivo, asertivo y útil, al que la tecnología, sin duda, puede coadyuvar a mejorar. Incluso, puede incorporarse la regulación de los dispositivos electrónicos (pulseras) en un tercer capítulo, correspondiente a este Libro Quinto, que introduzca los presupuestos básicos de procedencia, tipologías disponibles, requisitos, duración, y, por último, causas de revocación. Como lo han hecho, países de nuestro entorno, por ejemplo, nuestros

vecinos: Colombia y Brasil, que ya tiene una larga experiencia en la aplicación de los sistemas de control electrónico como mecanismos alternativos a la prisión.

Opción esta que contribuirá a brindarle una mayor legitimidad a las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena en Venezuela, cuya historia y experiencia son bastante precarias, bien, por falta de voluntad política estatal; es decir, por ausencia de apoyo decidido por parte del Estado en fortalecer este tipo de mecanismos alternativos de cumplimiento de pena, principalmente, por la falta de infraestructura, como, por la ausencia de personal capacitado para efectuar las labores de control y seguimiento; así como, por la significativa falta de credibilidad que genera a lo interno de la sociedad este tipo de cumplimiento de penas alternativas.

Lo verdaderamente sustancial, será que se tomen en serio estos cambios, por parte del Estado venezolano. Esto es: que se ejecuten con absoluta convicción, en la medida que contribuyan a modernizar la justicia penal, reduciendo el uso y abuso de la prisión, es decir, descomprimiéndola significativamente y, no menos importante, reduciendo los costes que para el congestionado y depauperado sistema genera el encarcelamiento masivo, con lo cual, se estará sin duda contribuyendo a mejorar las condiciones de vida de la población reclusa. Es decir, de aquella que cumpla con el perfil requerido para optar voluntariamente, por esta nueva e innovadora fórmula de ejecución penal con control telemático. Tal y como ha sucedido en los países del continente iberoamericano que se han sumado a adecuar sus sistemas penitenciarios, adoptando estos nuevos paradigmas de la ejecución penal, emparejando de esta manera los desequilibrios que para la región supone no incorporarse a las nuevas tendencias tecnológicas que impone la sociedad de la información.

Cabe en este punto, recordar que desde las primeras décadas del siglo XX, la reclusión se improvisaba en fortalezas y castillos, y en efecto, el régimen penitenciario era muy básico, particularmente, empírico, como apuntaba CHIOSSONE era un sistema sin ninguna directriz científica³⁸⁸. No fue sino hasta que en 1961, que tras suceder varios intentos legislativos, se promulga la nueva Ley de Régimen Penitenciario (LRP), en cuyo texto se instauran como fórmulas de cumplimiento de penas: el destino a establecimiento abiertos,

³⁸⁸ CHIOSSONE, T.: *Apuntaciones de Derecho penitenciario*. Ministerio de Justicia San Juan de los Morros (Venezuela), 1952, p. 17.

el trabajo fuera del establecimiento y la libertad condicional. A raíz de esta iniciativa legislativa, el Ejecutivo, construye nuevos establecimientos a nivel nacional, los cuales desde sus inicios estarían caracterizados por la persistencia y agudización de los problemas históricos que desde siempre han identificado la crítica realidad penitenciaria venezolana, esto es, los altos índices de hacinamiento, causados directamente por el retardo procesal; así como también, la ausencia de clasificación reclusa, y sin duda, las tasas elevadas de violencia carcelaria.

En este camino, históricamente el Ejecutivo en lugar de fortalecer y potenciar la fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, quiero decir, dotarlas de la infraestructura necesaria que garantizara su buen funcionamiento y gestión, se ha dedicado -desde siempre- a ampliar, desarrollar y multiplicar la institución carcelaria, es decir, aumentar el número de las prisiones y penitenciarias. De manera que, en lugar de desarrollar y potenciar el régimen progresivo de las medidas de destacamento de trabajo, régimen abierto y libertad condicional, ha apostado por maximizar el encierro, como fórmula predominante de cumplimiento de pena.

Factores como la poca frecuencia con las que se acordaban dichas medidas, en gran parte, por el elevado retardo procesal al que se sometía a la población reclusa, inutilizaba por completo la aplicación de la fórmula alternativa más próxima a la libertad, es decir, del destacamento de trabajo. Circunstancia que dificultaba el acceso a las mismas; pero, también, por la inexistencia de sedes; asimismo, por la falta de personal calificado para velar por el seguimiento y control del régimen abierto. Al igual, que por la desconfianza reinante para acordar la libertad condicional, en razón, de que la misma, no estaba sometida a tutela alguna, lo que era prácticamente acordar la libertad definitiva. Lo que sin duda contribuyó a generar un efecto simbólico respecto a las fórmulas alternativas a la privación de libertad. Es decir, existían en el ordenamiento, pero, eran en la práctica muy poco aplicadas.

A raíz de esta problemática, a partir de la década de los setenta del siglo pasado se elaboraron un conjunto de anteproyectos de ley, recomendaciones y propuestas, para instaurar un verdadero sistema penitenciario en Venezuela, robustecido con fórmulas alternativas de cumplimiento de pena (QUINTERO MORENO, 2002). Sin embargo, mientras tales iniciativas eran archivadas o engavetadas en el Congreso Nacional, el Ejecutivo las

ignoraba, concentrándose en construir más y más cárceles, en las que predominaba y aún persiste la sobrepoblación o el hacinamiento, intensificado por el tan estacionario retardo procesal, que ascendía a un 70 %, o sea, de un arcaico sistema penal, que demandaba una urgente reforma penal y penitenciaria. Tal escenario de la ejecución penal era producto, entonces, de la reclusión injustamente prolongaba que generaba, como es lógico, un incremento de los niveles de conflictividad: muertes en riña, motines, huelgas, etc. Es decir, hablar de cárceles en Venezuela era hablar de indescriptibles escenarios de hacinamiento, perversión, violencia y muerte (LINARES ALEMÁN 1977: 224).

En definitiva, estos son a grandes rasgos los antecedentes de la actual política penitenciaria nacional, marcada por la insostenible crisis carcelaria, que llevó al acontecimiento legal más importante en la historia del penitenciarismo venezolano, tal y como lo subrayó en su tiempo GÓMEZ GRILLO en Prólogo a RODRÍGUEZ DÍAZ, con la aprobación y promulgación de la Ley de Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena, de 31 de diciembre de 1979, en vigencia plena desde abril de 1980³⁸⁹; Ley que supuso un cambio de paradigma, fundado en dos figuras: por un lado, el sometimiento a juicio para procesados en espera de sentencia, y por el otro, la suspensión condicional de la pena para la población condenada³⁹⁰, estableciendo para ambas figuras el régimen de prueba, que suponía el establecimiento de un control y supervisión por parte de un delegado de prueba, adscrito al extinto Ministerio de Justicia.

A pesar de que esta Ley se configuró con el firme propósito de descongestionar las cárceles venezolanas, la facilidad con que se concedía la libertad a los reclusos, sin establecer serios criterios de selección, supuso, una incesante y perjudicial alarma social (BRAVO DAVILA, 1983; MORAIS DE GUERRERO, 2003). No obstante, la tradición de un sistema institucional se había fracturado. Con lo cual se crea, un Programa de tratamiento no institucional, que es lo que en definitiva, produce el cambio de paradigma. Programa al que se le asigna la gestión del régimen abierto y la libertad condicional. No así, del destacamento de trabajo, que estaba asignado a la tradición institucional, o sea, al medio cerrado.

³⁸⁹ Cfr. RODRÍGUEZ DÍAZ, J. B.: *El sometimiento a juicio en la ley venezolana*. Bogotá, Temis, 1982; p. XI.

³⁹⁰ Vid. BRAVO DAVILA, L.A.: *Bases para el desarrollo de un sistema de probación en Venezuela*, Caracas, Dirección de Prisiones Ministerio de Justicia, 1981.

Ahora bien, muy a pesar de que este Programa no institucional nace de un sistema penitenciario altamente ineficiente, fue sembrando la semilla de la descentralización, esto es, de la regionalización, permitiendo su buen funcionamiento desde distintas instancias locales, lo que facilitó en gran medida su evaluación, supervisión y, por tanto, su continuo desarrollo o evolución. En este sentido, puede afirmarse que la consolidación del tratamiento no institucional es, fundamentalmente, el ejercicio del Derecho penal mínimo, al reducir los nocivos efectos que produce el encierro, maximizando la tutela (FERRAJOLI, 2001).

Es de advertir, que la principal diferencia entre el tratamiento institucional y el no institucional en Venezuela se distingue por la naturaleza de las estrategias empleadas para ejercerlo. Por tanto, en el institucional predomina el efecto totalizador que supone la privación de libertad, con sus efectos perjudiciales sobre todo aquel que ingrese en prisión, en tanto, que para el no institucional, se erige desde un núcleo profundamente humanista, al asegurar las condiciones del libre desarrollo individual, al tiempo que fomenta la responsabilidad individual, la confianza e incrementa la conciencia social, restableciendo los necesarios vínculos con la sociedad. En efecto, ambos -el institucional y el no institucional- son definitivamente, incompatibles.

El principal desafío que enfrentan estas fórmulas alternativas a la prisión, como mecanismos anticipados, se centra en corregir los excesos generados por la institucionalización que produce la prisión. En consecuencia, es tan grande como negativo el proceso de desocialización al que han estado expuestos los privados de libertad (BARATTA, 1989), que lógicamente el eje del tratamiento no institucionalizado debe inexorablemente estar encaminado a revertir el significativo deterioro marcado por el sistema cerrado, esto es, en palabras de ZAFFARONI construir una “clínica de la vulnerabilidad”³⁹¹.

En efecto, estas consideraciones son necesarias al momento de evaluar el programa a través del cual se ejecutan las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, a partir del Código Procesal Penal (COPP). Fórmulas que por supuesto han de ser potenciadas, si queremos cambiar nuestra crítica realidad carcelaria en Venezuela. Lo que supone,

³⁹¹ ZAFFARONI, E. R.: *Criminología. Aproximación desde un margen*. Bogotá, Temis, 1989, p. 28.

construir una seria e intensiva estrategia de información de cara a la sociedad en general, de la conveniencia de estas fórmulas alternativas no privativas de la libertad, para que la sociedad comprenda que las mismas son medidas necesarias para contribuir a la búsqueda de un mayor bienestar social, esto es, de la efectiva consecución de la paz social, como valor axiológico básico de toda sociedad democrática³⁹².

Asumiendo la sociedad venezolana en este sentido, un rol protagónico y no de mero observador, lo que, sin duda, supondrá acoger y profundizar la más moderna tendencia de los principales sistemas penitenciarios de nuestro tiempo: la real humanización de las penas, -como principal objetivo de toda sociedad democrática- y, por consiguiente, contribuir de forma más comprometida en la consecución de un valor social agregado para la sociedad: la paz social. En el que por su parte, se rescate de la profunda decadencia y la sensación de impunidad que los regímenes semiabierto y abierto, representan para nuestras sociedades latinoamericanas en general, por la falta de una vigilancia efectiva y la profunda desatención estatal de estas fórmulas alternativas³⁹³. Esto es, potenciar el cumplimiento de la fórmulas alternativas con los dispositivos electrónicos de control remoto.

Lo primordial será dotar de la infraestructura necesaria, tanto material -dispositivos y equipos, suficientes centros de control y tratamiento no institucionalizado- como humana -recurso técnico capacitado suficiente para gestionar de forma óptima las unidades de seguimiento y control-, para lograr implementar un verdadero sistema viable y sostenible que materialice el programa penitenciario constitucional, más allá de cualquier discurso político no comprometido, con la tendencia general de humanizar las penas, es decir, de

³⁹² Así la directora general de IIPP española, Mercedes GALLIZO, sostenía sobre la necesidad de profundizar una política abierta y decidida sobre las medidas alternativas a la prisión, que: «nuestra gran tarea pendiente es, en parte, también una tarea pedagógica hacia la sociedad en general y hacia las instituciones en particular, que es el convencimiento de que un sistema penal alternativo es realmente eficaz en la consecución de la paz social, es más sano desde la perspectiva de una ética social y más productivo económicamente mas ello solo es posible desde la corresponsabilidad de las diferentes administraciones». Cfr. Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión del Interior, IX Legislatura, 30 de septiembre de 2008.

³⁹³ Vid. BARROS LEAL, C.: *La pena de prisión en América Latina: los privados de libertad y sus derechos humanos... op. cit.*, p. 105. El autor afirma: «Los regímenes de semilibertad y abierto, acogidos en muchas naciones latinoamericanas, propenden a ser sinónimos de impunidad, sea por la ausencia de locales apropiados para el cumplimiento de la condena, sea por la imposibilidad de proporcionar vigilancia efectiva. Miles de reclusos, muchas veces sin un buen historial intramuros y sin trabajo fijo y estable, gozan de estos beneficios y están en las calles, sin cualquier control, cometiendo ilícitos y representando, ergo, un inmenso peligro a la seguridad pública».

dignificar o descongestionar el sobrecargado sistema penitenciario venezolano, que será el propósito fundamental a partir del cual será posible edificar esta propuesta.

En ese sentido, el control electrónico puede dotar de mayor credibilidad a la suspensión condicional de ejecución de la pena, en la medida, de colocar una herramienta tecnológica que facilitará el trabajo de la figura del delegado de prueba, o mejor dicho, lo complementará, haciendo de esta pena una sanción más seria y creíble, en el marco del cumplimiento de penas alternativas a la prisión.

Por tanto, con relación al delegado de prueba, que es la figura encargada de supervisar y gestionar la evolución y desarrollo de la suspensión condicional de ejecución de la pena, es decir, informar al tribunal de ejecución del cumplimiento de las condiciones impuestas al penado, o sea, del régimen de prueba, conforme al contenido del art. 484, descrito en los términos siguientes:

Artículo 484. Cuando se suspenda la ejecución de la pena, el Juez o Jueza solicitará al Ministerio con competencia penitenciaria, la designación de un delegado o delegada de prueba, quien será el encargado o encargada de supervisar el cumplimiento de las condiciones determinadas por el tribunal y de señalar al beneficiario las indicaciones que estime convenientes de acuerdo con aquellas condiciones. Adicionalmente a las condiciones impuestas por el Juez o jueza, el Ministerio con competencia penitenciaria podrá imponer otras condiciones, siempre y cuando éstas no contradigan lo dispuesto por el Juez o Jueza. Tales condiciones serán notificadas al Juez o Jueza de manera inmediata. El delegado o delegada de prueba deberá presentar un informe, sobre la conducta del penado o penada, al iniciarse y al terminar el régimen de prueba. También deberá informar al tribunal, cuando éste lo requiera, o a solicitud del Ministerio Público cuando lo estimare conveniente.

Con lo cual, la monitorización electrónica contribuirá significativamente a efectuar ese seguimiento y control de modo más riguroso, efectivo y eficiente; lo que permitirá al delegado de prueba potenciar sus labores en el seguimiento de esta fórmula alternativa de naturaleza no reclusoria. En definitiva, con el uso de esta herramienta se permitirá dotar de un medio tecnológico, además de innovador, moderno, más eficiente y seguro, en el control del cumplimiento del régimen de prueba, dotándole de una mayor credibilidad y,

por lo tanto, al estar acompañado del componente humano³⁹⁴, que en este caso sería, el delegado³⁹⁵, la suspensión condicional de la pena se verá beneficiada por tales mecanismos, al proporcionarle un medio que potenciará su vigilancia y control efectivo.

Por otra parte, esta potenciación que puede verificarse en mayor medida, con el destacamento de trabajo, como fórmula alternativa más coherente con los mecanismos de vigilancia electrónica, al servir de medio para supervisar el trabajo, como razón y justificación de esta medida. De acuerdo a este propósito, los sistemas de vigilancia electrónica pueden aportar mayor control y maniobra en la ejecución de esta medida alternativa.

Finalmente, ¿en qué ámbitos es posible aplicar el control electrónico, en Venezuela? Soy de la opinión, de que debería incorporarse, en principio, como medio sustitutivo a la prisión preventiva, con el objeto de descongestionar significativamente las cárceles y recintos penitenciarios, cuyo principal problema lo constituye el alarmante retardo procesal al que se somete a los presos preventivos, particularmente, en Venezuela. Lo que trae como consecuencia las abultadas cifras de hacinamiento en el país. Asimismo, pueden estudiarse la figuras del arresto sustitutorio por impago de multa, considerando sus matices y diferencias para adaptarlo a nuestro modelo.

De igual manera, la localización permanente del modelo español, para suprimir las penas cortas de privación de libertad. Al igual que como fórmula complementaria a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, la cual podría resultar una muy buena respuesta del sistema, ante las significativas ventajas que supone incorporar esta pena en los sistemas penales y penitenciarios como el nuestro, dado los exitosos resultados que está logrando

³⁹⁴ Así OTERO GONZÁLEZ, afirma: «Se advierte, así mismo, mejores resultados cuando el soporte electrónico va acompañado de la asistencia humana». Cfr. OTERO GONZÁLEZ, P.: *Control telemático de penados... op. cit.*, p. 108.

³⁹⁵ Como apuntan REVIRIEGO PICÓN y GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS: «el sistema precisa de un profesional que cumpla las funciones del *Probation officer* del derecho anglosajón o el *Delegado* del derecho penal chileno cuya misión es velar porque se cumplan los objetivos legalmente señalados e informar periódicamente al tribunal de los progresos, de las ausencias y de cuando las circunstancias determinan la revocación de la medida». Cfr. «Las alternativas a la reclusión y revolución telemática, en *Diario la Ley*, N° 7250, Sección Tribuna, 28 de sep. 2009, Año XXX, Ref. D-301, Editorial LA LEY, p. 6.

esta pena, en los sistemas más avanzados del planeta: Reino Unido, Alemania y Francia³⁹⁶. Pero, también en América Latina³⁹⁷.

En definitiva, partiendo de nuestro ordenamiento jurídico penal y penitenciario, puede incorporarse el control electrónico como medio complementario para mejorar el seguimiento y control, de: a) la suspensión condicional de la ejecución de la pena; b) el destacamento de trabajo; c) el régimen abierto; y, d) la libertad condicional. De manera que, las opciones y posibilidades son un campo abierto para potenciar y dotar de mayor credibilidad y control a las fórmulas alternativas a las penas privativas de libertad existentes ya, en Venezuela.

En última instancia, el gran desafío será edificar un eficiente, adecuado y respetuoso sistema de ejecución penal, en el que se garantice de una forma más viable y adecuada la efectiva protección de los derechos de los penados y, por tanto, coherente con un nutrido abanico de penas alternativas: solidas, operativas, creíbles, dinámicas, sostenibles y permanentes, capaces de reducir al mínimo el viejo recurso a la prisión; si, realmente se busca construir una propuesta para mejorar el deficitario escenario actual³⁹⁸, modernizando el sistema a través de la incorporación de las nuevas tecnologías. Dotando de la infraestructura necesaria y suficiente para gestionar con éxito el control y cumplimiento de las fórmulas alternativas al cumplimiento de la pena, que, en general, se abandonan a la suerte e intemperancia de un sistema, que se orienta, edifica y consolida a partir del encierro, como su principal herramienta de represión.

En definitiva, es necesario fortalecer las bases de un verdadero sistema de penas alternativas a la prisión, lo que, sin duda, se traducirá en la dignificación y humanización del sistema penitenciario venezolano. Como acertadamente concluye RIVIRIEGO PICÓN, al subrayar que,

³⁹⁶ REVIRIEGO PICÓN, F.: “¿Crisis de los sistemas penitenciarios europeos?” en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal Instituto de la Judicatura Federal – Consejo de la Judicatura Federal*, México, 2010, p. 187. Disponible en [<http://www.ijf.cif.gob.mx/>] Consultado [noviembre de 2021]

³⁹⁷ BARROS LEAL, C.: *La pena de prisión en América Latina: los privados de libertad y sus derechos humanos... op. cit.*, pp. 108 y 109.

³⁹⁸ En este sentido, véase por todos a GARCÍA ARÁN, M.: “La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo”, *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n° 30, 2006, p. 6.

...no existe un buen sistema de ejecución penal sin buen sistema de penas; cualquier buena intención o propuesta de mejora del entorno penitenciario tiene sus días contados si el sistema penal en su conjunto sigue optando por la cárcel como principal respuesta frente al delito si se deja dominar por el siempre irracional reivindicación de la retribución y el castigo³⁹⁹.

6. LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA EN AMÉRICA LATINA: VISIÓN PANORÁMICA

En América Latina, la vigilancia electrónica se extendió a países como Argentina, Colombia, Brasil, Chile, Panamá, República Dominicana, Costa Rica, México, El Salvador, Honduras, Perú, Paraguay, Uruguay y Ecuador. Esta opción ha nacido ante la marcada decadencia de sus prisiones, los degradantes espacios de ejecución penal en que se han convertido las cárceles de América Latina han obligado a los gobiernos a buscar soluciones más humanas y menos costosas; es decir, a modernizar sus sistemas penitenciarios, bastante obsoletos por cierto, mediante opciones tecnológicas innovadoras que contribuyan a descongestionar el hacinado de sus sistemas carcelarios, disminuir los costes del sistema y alcanzar en la sociedad abierta la tan aspirada reinserción social.

Desde este contexto, y en los albores de este nuevo siglo de globalización, el poder de la tecnología; es decir, de la sociedad de la información, ha permeado prácticamente todo el continente, casi todos los sistemas penitenciarios de Iberoamérica se han adherido a la vigilancia electrónica. Si Venezuela no se suma a la adopción de estas nuevas tendencias tecnológicas, en el marco de su ejecución penal, como puede verse al compararse con los países de su entorno que si las han incorporado en sus ordenamientos, -prácticamente todos- las desigualdades y desequilibrios serán cada vez mayores, convirtiéndose en el único; sino, en uno de los pocos países en el continente que todavía no han incorporado la vigilancia electrónica a su sistema de justicia penal. Lo que en definitiva, pone de manifiesto que los avances tecnológicos y el progreso no se extiende por igual, en la región. En este sentido, el desafío será reducir esas desigualdades, las distancias y desequilibrios, para este país se sume a la ola digital que gravita nuestro tiempo. Desde este contexto, intentaremos reflejar las experiencias más exitosas de nuestro continente

³⁹⁹ Ibidem, p. 194.

con el fin de conocer las principales razones que permitieron su incorporación en América Latina.

6.1. Argentina

Argentina implanta los sistemas de control telemático desde el año 1997, sin previsión legal, en la provincia de Buenos Aires, como instrumento de refuerzo a la prisión domiciliaria. Un año después, en 1998 entra en vigencia el nuevo Código Procesal Penal, previéndose esta posibilidad en los artículos 149 y 163, también como alternativa a la prisión preventiva.

Posteriormente, estos sistemas de monitorización comienzan a extenderse a otros supuestos como la libertad anticipada, aplicando los sistemas pasivo y activo, reservándose su aplicación para un buen número de delitos, como: delitos contra el patrimonio, delitos contra las personas, fraudes, delitos tráfico bajo efectos étlicos, uso y posesión de drogas, entre otros (BARROS LEAL, 2010).

Actualmente, la vigilancia electrónica se encuentra establecida según resolución N° 1379/15 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de 26 de junio de 2015, en la cual, se regula un programa de asistencia a personas bajo monitorización electrónica, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 10 del Código Penal y los artículos 32 y 33 de la Ley 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.

En efecto, la Ley 14.296, de la provincia de Buenos Aires, modificó en 2011 la Ley de Ejecución Penal bonaerense (Ley 12.256) para acoger, el uso de monitoreo electrónico para el arresto domiciliario, de acuerdo a su art. 20. De igual forma, la Ley 8218, de la provincia de Mendoza, regula la vigilancia electrónica en el ámbito penal y penitenciario (ABOSO, 2017).

Estas iniciativas legislativas se han extendido por todas las provincias de la República Argentina, con la finalidad de extender el ámbito de su aplicación en materia de ejecución de penas y medidas sustitutivas a la privación de la libertad. Evitando que con su implementación y gestión los penados y procesados ingresen a prisión.

6.2. Colombia

La primera iniciativa en esta materia, se da en Colombia a través del Decreto 2636 de 19 de agosto de 2004, mediante el cual se pretendió introducir la vigilancia electrónica de penados y procesados, con la adición efectuada por vía del art. 29B del Código Penitenciario y Carcelario, la cual no llega a implementarse por razones presupuestales⁴⁰⁰.

Posteriormente, con la reforma procesal penal de 2004, de la Ley 906 de 31 de agosto de 2004, se concibieron los sistemas de vigilancia electrónica como una medida de aseguramiento no privativa de libertad, implementándose de esta manera, un mecanismo innovador en el proceso penal colombiano. No obstante, no fue sino hasta la expedición de la Ley 1142 de 2007, de Convivencia y Seguridad Ciudadana, que definitivamente se incorpora en esta nación los dispositivos electrónicos de seguimiento y control, mediante el art. 50 de esta normativa se logra adicionar al Código Penal – Ley 599 de 2000, el art. 38A, como figura autónoma, previéndose de esta manera la posibilidad de sustituir la prisión por los dispositivos de vigilancia electrónica; estableciendo en este caso dos posibilidades: por un lado, sustituir la pena de prisión acordada mediante sentencia ejecutoriada; y, por el otro, se facultó al juez con función de control y garantías para sustituir la prisión preventiva por reclusión domiciliaria bajo vigilancia electrónica.

Cabe destacar, que por medio de esta misma Ley de Convivencia y Seguridad Ciudadana, también se incrementaron los mínimos punitivos de ciertos delitos, como por ejemplo: violencia intrafamiliar, amenazas, fabricación y porte de armas de fuego y municiones, hurtos, entre otros, lo que hizo que se generará un incremento de las tasas de hacinamiento en las cárceles colombianas, toda vez que estas conductas dejaron de ser excarcelables. En este sentido, en este mismo año y mediados del siguiente (2008), se incrementa la sobreocupación carcelaria pasando de un 14.7% al 27.7% , lo cual representó un aumento de 9000 internos (BELTRÁN, 2009).

⁴⁰⁰ BELTRÁN, J. (2009). «Los sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos a la prisión en Colombia», en *VI Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal 2009*. [https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/5272/13_vigilanciaelectronica_Beltran.pdf?sequence=1] Recuperado [Enero, 2022].

Situación que obligó a dictar un reglamento que paliara el incremento que generó la Ley 1142, dictando de esta manera el Decreto 177 del 24 de enero de 2008, expedido por el Ministerio del Interior y Justicia, mediante el cual se buscó, principalmente: i) hacer más dignas las condiciones de la población interna en los establecimientos penitenciarios; ii) propender por medidas que redujeran considerablemente los índices de hacinamiento generados y; iii) trabajar por reivindicar los derechos fundamentales de esta población, al ofrecer la posibilidad de los dispositivos electrónicos de vigilancia para aquella población que cumpliera con los requisitos exigidos.

Estos requisitos están exigidos en el art. 38A del Código Penal, de los sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos a la prisión, facultándose al juez de ejecución y medidas de seguridad, quien podrá ordenar la utilización de la vigilancia electrónica durante la ejecución de la pena, siempre que: 1) la pena no supere los ocho (8) años de prisión, salvo aquellas conductas que violen el Derecho Internacional Humanitario; 2) que el beneficiario de la medida no haya sido condenado por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores; 3) no colocará en peligro a la comunidad o evadirá la pena; 4) que realice el pago total de la multa; 5) que repare los daños ocasionados con su conducta; 6) que garantice mediante caución, en acta compromiso suscrita por el beneficiario: a) observar buena conducta; b) no incurrir en delito o contravención; c) cumplir con las restricciones de locomoción impuestas por la medida; d) comparecer cada vez que le sea requerido por la autoridad.

La puesta en marcha de la vigilancia electrónica en Colombia, se estableció por fases, de forma gradual, luego de efectuar estudios técnicos de infraestructura y tecnología por parte del Ministerio de Interior y Justicia, mediante la elaboración de un cronograma e implementación de un programa piloto, que dio lugar a la reforma procesal penal de este país, la cual se implementó en cuatro fases, siendo la última la correspondiente a 2008. Es así como se implementa en Colombia los sistemas de vigilancia electrónica, desarrollando de esta manera una experiencia exitosa en su implementación y evolución, adoptándose diferentes tipos de vigilancia electrónica: el seguimiento pasivo RF; el seguimiento activo GPS; y el sistema de reconocimiento de voz.

Especial mención, es la relevancia que para las víctimas en Colombia, significó la implementación de estos mecanismos de vigilancia electrónica, toda vez con atención al

proceso de paz que vive este país, son fundamentales las iniciativas que propendan a la efectiva reparación de las víctimas, con arreglo de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), normativa que desarrolló sus postulados en función de tres objetivos fundamentales: i) la verdad; ii) la justicia y; iii) la reparación. Asimismo, el espíritu del legislador, mediante la sanción de esta ley, fue instaurar la denominada justicia transicional, con el propósito fundamental de lograr la consecución de la paz.

En este camino, se logró comprender la capital importancia que para estos procesos significa las alternativas que busquen reparar efectivamente a las víctimas; es por lo que, en aras de implementar una política criminal más acorde con las necesidades particulares del proceso colombiano, puede advertirse que los sistemas de vigilancia electrónica se encuentran enmarcados dentro de esta línea.

En efecto: Colombia ha buscado modernizar y ponerse a tono con las nuevas tendencias del Derecho penal, buscando implementar una política criminal que se oriente a la consecución de dos objetivos fundamentales. Por un lado, ofrecer la posibilidad real de establecer mecanismos de resarcimiento de los perjuicios a las víctimas; y por el otro, se reivindique los derechos fundamentales de quienes resulten privados de libertad.

Ahora bien, con la implementación y gestión de la vigilancia electrónica no sólo se pretendió sustituir la privación de libertad en las cárceles y establecimientos de reclusión colombianos, sino también, realizar un control efectivo de la prisión domiciliaria, que era uno de los problemas más recurrentes del régimen penitenciario colombiano. Es decir, hacer más efectivo y eficiente, esto es, creíble, el seguimiento de la detención domiciliaria, con el objeto de garantizar su adecuado cumplimiento a través de los dispositivos electrónicos.

Convirtiéndose de esta forma la vigilancia electrónica en una solución eficaz para ejercer el seguimiento y control de la detención y prisión domiciliaria, al tiempo que se posibilitó la efectiva reducción de la situación de hacinamiento en el país.

Finalmente, a partir del año 2010, mediante la expedición del Decreto 1316 de 17 de abril de 2009, se extiende los sistemas de control telemático a todo el territorio nacional.

6.3. Brasil

A esta tendencia también se ha sumado Brasil, por iniciativa de la Comisión Especial de Seguridad Pública, del Senado Federal, se presentó un proyecto que incorporó el monitoreo electrónico de condenados en régimen de semilibertad o abierto. En este sentido, casi todos los estados que integran la República Federal del Brasil, han venido incorporando la vigilancia electrónica, en cada una de sus legislaciones locales, de conformidad con el art. 24 de la Constitución Federal brasileña (Cfr. BARROS LEAL, 2010, pp. 96 y ss.).

La primera iniciativa con dispositivos electrónicos se produce en el distrito judicial de Guarabira, estado de Paraíba. Luego, se extiende al estado de Sao Paulo, mediante la Ley estatal n° 12.906, del 14 de abril de 2008, a cargo de la Secretaria de Administración Penitenciaria, en supuestos delictivos de considerable gravedad, como por ejemplo: tráfico ilícito de drogas, terrorismo, tortura, crímenes cometidos por bandas organizadas, entre otras conductas. Exigiendo para poder otorgar la medida se realice una audiencia con el Ministerio Público y se apruebe la aplicación del dispositivo electrónico, requiriendo el consentimiento del condenado. Posteriormente, se fue extendiendo la vigilancia electrónica de penados y presos preventivos a los estados de Rio Grande Do Sul, Mato Grosso, Goiás, Mina Gerais, Alagoas, Pernambuco (Ibid.).

Cabe advertir, que no pocas experiencias de Brasil, extienden esta posibilidad a aquellos reclusos que acrediten un buen comportamiento carcelario, pero pueden ser de alta peligrosidad, lo que distingue la aplicación de estos mecanismos de seguimiento telemático en supuestos más complejos, aprovechando el alto poder de vigilancia y observación de estos sistemas tecnológicos. Para lograr este cometido se utiliza el monitoreo en tiempo real (GPS), las 24 horas, por funcionarios públicos capacitados para tal fin, en unidades administrativas especiales adecuadas técnicamente para realizar el seguimiento.

Por otra parte, un grupo de agentes especiales garantizan el seguimiento externo, prestos para actuar cuando sea necesario, bien por: manipulación o violación de dispositivos; ingreso a áreas restringidas o de exclusión; o, por fallas en el sistema. Se puede afirmar que con la implementación de los dispositivos electrónicos se ha estimado un ahorro, en

determinados de hasta un 50 % en proporción con los gastos que genera la infraestructura carcelaria. La tecnología empleada es suministrada por la empresa israelí Elmo-Tech, representada en Brasil por Seek Tecnología (Ibid., p. 101).

La experiencia brasileña puede calificarse de exitosa, al igual que en otros países de la región, con la implementación de los sistemas de vigilancia electrónica se ha permitido reestablecer el propósito resocializador universalmente compartido en los programas de ejecución penal, cumpliéndose con la aplicación de estas medidas una función rehabilitadora en la distintas fases de ejecución de las penas, hasta la libertad definitiva.

En síntesis, no se configura tales instrumentos tecnológicos de seguimiento remoto, como herramienta aislada, sino por el contrario, como un elemento que ha permitido profundizar la labor de reinserción social asignadas a las penas privativas de libertad. Además de convertirse en una herramienta muy importante para reducir el hacinamiento carcelario de las prisiones del Brasil y, por tanto, mejorar las condiciones de este colectivo.

6.4. Chile

La vigilancia electrónica ingresa a Chile por medio de la Ley 20.603, promulgada el 6 de junio de 2012. Normativa que tuvo por objeto modificar la Ley 18.216, que regula las medidas alternativas a la privación de libertad (PEÑA CAROCA, 2013, p. 172). Esta iniciativa buscó como propósito fundamental: i) que se alcanzara una real reinserción social del beneficiario de la medida y; ii) establecer un control efectivo mediante los dispositivos electrónicos de refuerzo a la penas sustitutivas a la prisión, ya existentes.

Desde esta perspectiva, se buscó robustecer el sistema de medidas alternativas con instrumentos más eficaces de seguimiento y control, aplicable a la población primeriza, con el objeto de evitar la reincidencia y dotar de una mejor herramienta de protección a las víctimas, mediante la imposición de penas más inteligentes, en la medida en que se mejoraba el control de cumplimiento y ejecución de penas alternativas por medio de la incorporación de las nuevas tecnologías.

En este sentido, la vigilancia electrónica no se concibe como una pena, en sí misma, sino como una herramienta de refuerzo o complemento a las penas sustitutivas ya existentes en el catálogo de penas chileno, en tanto que, el art. 23 bis de la Ley 20.603, prescribe: “Se entenderá por monitoreo telemático toda supervisión por medios tecnológicos de las penas establecidas por esta ley”. Utilizándose en tres casos: 1) para la supervisión de las penas de reclusión parcial; 2) de libertad vigilada intensiva y; 3) de libertad vigilada intensiva por aplicación de pena mixta⁴⁰¹.

En el primer caso, esto es, para la reclusión parcial, es decir, encierro en el domicilio o en establecimiento especiales, se establecen tres casos: a) reclusión diurna, por un lapso de 8 horas de duración entre las 8 y 22 horas; b) reclusión nocturna, entre las 22 y 6 horas del día siguiente y; 3) reclusión de fin de semana, desde las 22 horas del día viernes y las 6 horas del día lunes siguiente.

En el segundo, se somete al penado a un régimen de libertad de prueba, mediante una intervención individualizada efectuada por un delegado de la Gendarmería de Chile, a quien corresponde vigilar y orientar al beneficiario de la medida. En casos de violencia género o intrafamiliar y delitos contra la indemnidad sexual, de manera que, sólo para estos casos se prevé este tipo de vigilancia intensiva individualizada: cuando las circunstancias lo acrediten y las especiales necesidades de protección de las víctimas lo justifiquen.

Finalmente y, en el tercer caso, la libertad vigilada intensiva por aplicación de pena mixta, se aplica cuando se interrumpe y sustituye una pena privativa de libertad por la vigilancia electrónica intensiva y obligatoria. En otras palabras, cuando se acuerda la libertad anticipada del penado. Siempre que se verifiquen tres presupuestos de procedencia: i) se trate de delitos sexuales, o, de delitos de violencia de género y, se acrediten debidamente, las necesidades de protección de las víctimas, en el caso concreto; ii) que se justifique su empleo mediante un informe de factibilidad técnica y; iii) se soporte en una decisión judicial. Su duración va a correr la misma surte que la medida sustitutiva que refuerza.

⁴⁰¹ Sobre el ámbito de aplicación de la Ley 20.603, véase en extenso, PEÑA CAROCA, I.: “Monitoreo telemático: análisis crítico desde la sociología y la economía política del castigo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 18, Año 2013, pp. 161 – 198, especialmente, p. 175 y ss. Chile. Disponible en [file:///C:/Users/34621/Downloads/29922-1-99235-1-10-20131119%20(1).pdf] Consulta [Diciembre, 2021]

Ahora bien, la vigilancia electrónica surge como una herramienta necesaria para paliar el agudo problema del encarcelamiento masivo en Chile y, por tanto, el hacinamiento carcelario, situación que debía atacarse abriendo las posibilidades de acceso a regímenes de semilibertad, que desde el contexto chileno serían reforzados con la introducción de la vigilancia electrónica⁴⁰². Con lo cual, se intenta evitar el contagio o la infección criminal del infractor primario, sometidos a penas de corta duración. Además, de incrementar la participación comunitaria en la gestión de la justicia penal.

En este contexto, puede afirmarse que la vigilancia electrónica surge en Chile como consecuencia de la deslegitimación de la prisión. En consecuencia, busca atacar los problemas que surgen de la inadecuada aplicación del encierro, fundamentalmente: 1) Del hacinamiento; 2) Del alto costo del sistema y; 3) De los perjuicios que ocasiona.

6.5. Perú

La vigilancia electrónica se introduce en la República de Perú, de acuerdo a la expedición de la Ley N° 29.499, en el año 2010, (Ley de Vigilancia Electrónica Personal)⁴⁰³, principalmente por la grave situación de sus establecimientos penitenciarios: altos niveles de hacinamiento. En este sentido, el objetivo fundamental de ese instrumento normativo, se erigió en asumir como necesidad básica nacional una política de descarceración, esto es, en descomprimir las prisiones, o mejor dicho: en otorgar la libertad a la persona infractora de la ley penal, con la garantía de establecer un control efectivo mediante la aplicación de los dispositivos electrónicos, para así, disminuir los elevados índices de hacinamiento (USCAMAYTA CARRASCO, 2016, p. 174).

⁴⁰² Véase, por todos, el interesante trabajo del Centro de Estudios Penitenciarios en Seguridad Ciudadana, del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, “Debates Penitenciarios” en *Revista N° 18, Octubre de 2013*, Olga Espinoza (Coord.), Santiago de Chile, particularmente interesante, para conocer las razones de su introducción en este país latinoamericano y, además, sobre las cuestiones éticas que suscita la aplicación de la V.E. en Chile. Disponible en [https://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates_penitenciarios_18.pdf#:~:text=A%20semejanza%20de%20otros%20pa%C3%ADses%20en%20el%20espacio,la%20enorme%20presi%C3%B3n%20reca%C3%ADda%20sobre%20el%20sistema%20penitenciario]. Recuperado [Enero, 2022].

⁴⁰³ Sobre este punto, véase CALDERÓN SUMARRIVA, A. C.: *La vigilancia electrónica: una alternativa de humanización del derecho penal*. Lima: Editorial San Marcos. Escuela de Altos Estudios Jurídicos, 2012, pp. 61 - 84. También, LOZA AVALOS, G.: Comentarios a la Ley 29.499 Ley de Vigilancia Electrónica Personal. Instituto de Ciencia Procesal Penal (s.f.), pp. 1 – 7. Disponible en [file:///C:/Users/34621/Downloads/LEY_DE_VIGILANCIA_ELECTRONICA_PERSONAL_P.pdf] Recuperado [22-01-2022].

No obstante, y pesar que se introduce en el Ordenamiento jurídico peruano en el año 2010, no es sino hasta el año 2017, cuando se regula por primera vez la vigilancia electrónica personal, por vía del Decreto Legislativo (en lo adelante DL) 1322 de 5 de enero de 2017. Decreto este que fuera recientemente modificado por vía del DL 1514 de 4 de mayo de 2020, expedido con el propósito de optimizar la aplicación de la vigilancia electrónica personal, priorizando en este sentido la descongestión carcelaria. Evitando de esta manera, la desocialización que produce la prisión, sobre todo, las penas de corta duración; es decir, especialmente: para el caso de delitos menores e infractores primarios. Proceso este que se origina, al comprender que se hace imposible alcanzar la resocialización, dentro de la prisión, en las condiciones en las que se venía desatendiendo esa realidad, como fin esencial de la pena y exigencia constitucional, reconocida en el art. 139.22 de la Constitución Política del Perú. Es así como surge en el Perú la vigilancia electrónica.

Ahora bien: su aplicación se verifica mediante tres modalidades: i) como medida cautelar, cuando reemplaza la medida de prisión preventiva o provisional; ii) como pena alternativa a la prisión y; iii) como mecanismo de refuerzo o complemento de los beneficios penitenciarios existentes en la legislación peruana: la semilibertad y la liberación condicional. El órgano encargado de su implementación y gestión es el Instituto Nacional Penitenciario (INPE). La medida debe ser fijada por resolución judicial. Se aplica a sentencias que acuerden medidas privativas de libertad no mayores de ocho (8) años.

Procede la medida en los siguientes casos: a) procesados por delitos no menores a 4 años; b) condenados a penas no inferiores a 4 años, ni superiores a 8 años de privación de libertad; c) a quienes se les acuerde los beneficios penitenciarios y; d) quienes se procesen o resulten condenados por delitos culposos, en los casos previstos para tal fin. Se prioriza el otorgamiento de esta medida para sexagenarios, mayores de 65 años, discapacitados físicos, madres gestantes y con hijos menores de tres años, padres y madres cabezas de familia, etc.

Los problemas más serios de la gestión de los establecimientos penitenciarios peruanos son: la sobrepoblación y el presupuesto deficitario. Consecuencias estas que aceleran el constante deterioro de su sistema carcelario: hacinamiento, corrupción, violencia interna, trato indigno, falta de autoridad y condiciones infrahumanas. Atacar estos, es el principal

objeto de incorporación de la vigilancia electrónica. Lo que permite concluir, que con su implementación se han propuesto dignificar la población reclusa, mejorando sus condiciones de vida; eligiendo para ello, una medida que se dirige a los menores infractores, al mismo tiempo, que reduce su población penitenciaria.

6.6. Costa Rica

La vigilancia electrónica surge en Costa Rica como una respuesta a la crisis penitenciaria, fundamentalmente, ante la evidencia cada vez más notoria, de que la cárcel como castigo no soluciona los problemas sociales que pretende erradicar, todo lo contrario, los multiplica. Partiendo de esta premisa, la vigilancia electrónica resulta incorporada en este país centro americano, mediante la expedición de la Ley N° 9271, denominada “Ley de Mecanismos Electrónicos de Seguimiento en Materia Penal”, aprobada en 2010. Entró en vigencia el 30 de septiembre de 2014. No obstante, no es, sino hasta el 17 de abril de 2017, que se pone en marcha el uso de los dispositivos electrónicos para procesados en conflicto con la norma penal⁴⁰⁴.

Este proceso extremadamente lento evidencia la falta de coordinación de las distintas instancias e instituciones públicas en gestionar las acciones necesarias para implementar los sistemas de control telemático, como se había dispuesto por imperativo legal, principalmente, por dos razones: por una parte, la inexistencia de la plataforma tecnológica necesaria para iniciar tales programas y; por otra, por la complejidad del proceso licitatorio para proveer la tecnología requerida.

En efecto, los dispositivos electrónicos de seguridad y control, se incorporan como mecanismos tecnológicos para aplicar penas alternativas a la prisión. Es una medida que resulta implementada por el Ministerio de Justicia y Paz, se produce, por consiguiente, la

⁴⁰⁴ Respecto a la introducción de la vigilancia electrónica en Costa Rica, véase VARGAS, B.: *Los dispositivos electrónicos en Costa Rica, controversia jurisprudencial y administrativa en torno a su implementación*. Asesorías Integrales, Word Press, Opinión, 17 de Octubre de 2017. Disponible en [<https://asesoriasintegralesblog.wordpress.com/2017/10/17/los-dispositivos-vigilancia-electronica-en-costa-rica-controversia-jurisprudencial-y-administrativa-en-torno-a-su-implementacion/>] Consulta [Enero, 2022]. Asimismo, AGÜERO MENA, H. y MORA VEGA, A.: *La finalidad resocializadora de la pena alternativa desde la perspectiva del arresto domiciliario monitoreado*. Tesis de grado. Universidad de Costa Rica, 2018, especialmente, pp. 85 – 107. Disponible en [<https://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2018/11/5-TEISIS-para-imprimir.pdf>] Consulta [Enero, 2022].

reforma de su Código Penal (art. 57 bis) y del Código Procesal Penal Costarricense. Para su adecuada gestión se crea un Centro de Monitoreo, que realice las labores de vigilancia y supervisión del cumplimiento de la medida.

De manera que, la ley antes mencionada tiene por objeto regular los mecanismos electrónicos alternativos a la pena privativa de libertad, en la modalidad de localización permanente, que puede aplicarse como medida cautelar, es decir, como alternativa a la prisión preventiva y; como, pena alternativa a la privación de libertad. Se erige como autoridad competente para acordar la vigilancia electrónica al juez penal o al juez de ejecución de pena, quienes determinaran cuando así lo acuerden el ámbito de movilización del procesado o condenado beneficiario de la medida.

Como presupuestos para acordar la medida de arresto domiciliario con monitorización electrónica, se exige: a) consentimiento expreso de la persona beneficiada; b) que la autoridad judicial motive la procedencia de la medida y, que, explique suficientemente el alcance de la misma, o sea, los efectos o consecuencias de su incumplimiento; c) que no se genere un efecto estigmatizante con su aplicación; d) que el beneficiario vele por el correcto funcionamiento del dispositivo y reporte cualquier falla en el sistema.

Como requisitos para acordar la medida se requiere que: 1) La pena no supere los 6 años de privación de libertad; 2) Se restringe su aplicación en casos de delitos cometidos por bandas organizadas, delitos sexuales contra menores de edad y, delitos perpetrados con armas de fuego; 3) Procede únicamente para infractores primarios y; 4) Se evalúen, de forma pormenorizada las condiciones individualmente, que no suponga un peligro su libertad y que no represente un riesgo para evadir su condena.

Por otra parte, el hecho de que se exija el consentimiento del expreso, permite acreditar la actitud positiva del beneficiario para contribuir con su proceso de reinserción social, toda vez que el programa ofrece la posibilidad de que el monitoreado realice talleres educativos o de formación virtuales relacionados con la superación de su conducta, con el objeto, de cooperar con el mejoramiento de sus condiciones de vida, sin que, tales ofertas coincidan con su actividad laboral, lo que se convierte en una segunda oportunidad para elevar su crecimiento personal, bajo la exclusiva responsabilidad del beneficiario.

Empoderándole y facilitando herramientas necesarias para que no reincida y se apegue a las expectativas de convivencia pacífica y respeto por orden jurídico.

El mayor obstáculo para la correcta implementación de la vigilancia electrónica es, sin duda, cultural. En este sentido, se precisó desde la perspectiva costarricense la necesidad de educar a la sociedad de los beneficios y ventajas de esta medida, lo que representó para el sistema y para la sociedad en general un extraordinario avance en el sistema de penas y medidas alternativas a la privación de libertad; en otras palabras, que con la puesta en marcha de los dispositivos electrónicos, se garantizaba una convivencia pacífica y la posibilidad real de reintegrar miembros a la sociedad, que anteriormente, se encontraban excluidos de poder cumplir una sanción en libertad con control efectivo, esto es, con una garantía de seguridad ciudadana, gracias a los mecanismos electrónicos de control a distancia.

Por tanto, el hecho de que una persona sea productiva en términos laborales, resulta del beneficio no sólo desde el punto de vista personal, sino también colectivo. Al mismo tiempo, se eleva significativamente sus expectativas en cuanto el respeto a su dignidad como persona; en Costa Rica 3 de cada 10 penados cumplen su condena en condiciones deplorables.

Lo que se traduce en: i) un ahorro significativo para el sistema; ii) se garantiza una reinserción más directa y controlada, es decir, una sanción racionalmente más adecuada y coherente con las exigencias constitucionales; iii) disminuye el hacinamiento y; iv) genera un cambio cultural, en cuanto, a la forma de ejecutar la pena y efectuar un seguimiento más efectivo de su cumplimiento.

Cabe destacar, como para la implementación de vigilancia electrónica se adelantó en Costa Rica un intenso proceso de discusión parlamentaria, lo que llevo finalmente a aprobar su introducción en su ordenamiento jurídico, por vía de la Ley N° 9271.

Finalmente, desde esta perspectiva también interesa destacar que se incorporó esta tecnología para potenciar la reinserción social. En consecuencia, el arresto domiciliario con control electrónico en Costa Rica, no debe ser visto como una prisión virtual, sino como un medida alternativa al encierro, dado que de lo contrario, implicaría la violación de las Reglas de Tokio.

7. CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA EN AMÉRICA LATINA.

Después de conocer sintéticamente la regulación de la vigilancia electrónica en varios países de la región, con experiencias puntuales bastante positivas, podemos afirmar que su introducción e implementación presenta características comunes, como por ejemplo:

- 1) Surge su implementación como un mecanismo de respuesta ante los elevados índices de hacinamiento. Esto es: al adoptar la vigilancia electrónica como medida sustitutiva de la prisión preventiva.
- 2) La incorporación de los dispositivos electrónicos ha buscado disminuir los elevados costes de un sistema, que se torna cada vez más insostenible, en la región; al generar un lacerante déficit presupuestario, que sólo genera resultados negativos.
- 3) Se ha instaurado más como mecanismo de refuerzo o complemento de penas alternativas ya existentes en los distintos catálogos nacionales, que como pena autónoma e independiente. Con la finalidad de proveer a las mismas de un control efectivo y más creíble de cara a la sociedad en general.
- 4) Su puesta en marcha ha estado precedida de la ejecución de planes o programas piloto para conocer los alcances, consecuencias y obstáculos que pueden surgir con su completa implementación y gestión. Lo que ha permitido que su evolución y progreso se verifique en forma gradual y por etapas.
- 5) Se puede concluir que con su incorporación se generan más beneficios que desventajas, comenzando, porque evita la desocialización, impide la contaminación criminal tan común en la región, reduce los índices de reincidencia, a su vez, que permite una más ágil y adecuada reinserción social; es decir, se incorpora como un factor potenciador de la rehabilitación del penado. Para finalmente, dignificar sus condiciones de vida.

8. SINOPSIS

La cruda realidad de las prisiones en Venezuela, es producto de la inexistencia de una política penitenciaria acorde con los postulados constitucionales que han de orientarla. Lamentablemente, el gobierno y todas las instituciones encargadas de gestionar y coordinar esta labor, en lugar, de sumar esfuerzos que permitan superar el estado decadente de la realidad carcelaria, diariamente la ignoran, no por desconocerla, sino por ocultarla y radicalizarla. Una política de total hermetismo por parte del Estado, dificulta hacer una tesis con el rigor científico requerido, el oscurantismo es un signo característico del manejo arbitrario y antidemocrático del sistema penitenciario. Lo que naturalmente se corresponde con el régimen político imperante. Rescatar los valores democráticos, quiero decir la institucionalidad, el valor de la vida y la dignidad humana es quizás la tarea más inmediata para superar la crisis penitenciaria nacional, que se ha transformado, sin ambages, en una metástasis social.

El que los venezolanos nos concienticemos de la necesidad de cambiar el estado actual de esta triste y lamentable situación carcelaria, representará un avance para la efectiva protección de los derechos humanos de todos y cada uno de los privados de libertad. Pero, también de toda la sociedad en general.

Debemos retomar el cauce democrático, para lo cual será imperioso y urgente, regresar a ser un Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, reconociendo nuevamente la competencia contenciosa de la Corte IDH. Con lo cual, será inescindible retomar el cumplimiento de los dictámenes y sentencias del sistema interamericano, para lograr la efectiva protección de los derechos humanos de todos los privados de libertad en Venezuela. Para ello debemos, como tarea más urgente: i) disminuir radicalmente el recurso a la prisión al mínimo indispensable; ii) mejorar las dantescas condiciones de reclusión; y, iii) fortalecer las fórmulas y medidas no privativas de libertad.

Venezuela se ha caracterizado, en estas últimas décadas, por desarrollar una cultura del encarcelamiento, como la respuesta más ordinaria a la inmensa mayoría de los conflictos penales que llegan a judicializarse, convirtiendo, sistemáticamente, a la prisión como la medida de coerción más impuesta y aplicada por el sistema. Lo que genera y multiplica los males característicos, significativamente estacionarios presentes en el penitenciarismo

venezolano: excesivo abuso por el recurso a la prisión, retardo procesal, hacinamiento, violencia carcelaria extrema, condiciones dantescas e infernales de privación de libertad, corrupción a todos los niveles, autogobierno de estos espacios por líderes negativos, muerte, miseria, envilecimiento y multiplicación exponencial de los niveles de criminalidad. Lo que convierte a la cárcel y la cultura que desde allí se genera en el principal factor de criminalidad que mantiene en jaque a la sociedad en general.

La falta de voluntad política del Estado en consolidar esfuerzos que permitan contener las masivas violaciones de derechos humanos que se suceden diariamente en cualquier centro de reclusión venezolano, es una realidad lacerante. La tarea más inmediata será aunar esfuerzos, para superar esta cultura por la prisión como la reacción estatal más hegemónica, ante la comisión de hechos punibles que de acuerdo a su mediana o escasa gravedad y magnitud, no deberían ser sancionados, con la prisión. Nuestras cárceles, como la gran mayoría de las cárceles de nuestro entorno, están masivamente pobladas por delitos que ni siquiera deberían tener como única respuesta la prisión.

El que reflexionemos sobre las razones o motivos que nos impiden construir, desde nuestra visión local, nacional y regional, una reacción penal distinta, más humana e inclusiva y moderna, permitirá abonar el terreno para edificar una alternativa seria y factible que permita sustituir la cárcel como sanción reina, en nuestro sistema de administración de justicia penal. Por lo tanto, necesitamos avanzar a estadios más civilizados, esto es, más humanos y menos alienantes, que permitan extirpar por completo la continua e insostenible violación de los derechos fundamentales de quienes aún forman parte de nuestra sociedad, lo que en consecuencia, representará la mejor estrategia para ir superando la prisión.

Hemos podido formarnos un panorama cercano a la realidad penal y penitenciaria en Venezuela, a raíz de la revisión de una mirada a su sistema penitenciario y al sistemático desmantelamiento de su sistema acusatorio, es decir, de la pérdida de la institucionalidad democrática; lo que nos permite distinguir que su contexto político, social y jurídico es muy diferente al de otros países de la región. El sistema penal precisa de una reforma integral que verdaderamente ataque estos males característicos e invariables del subsistema penitenciario, como último eslabón de la cadena. El que cambiemos

definitivamente de rumbo, se convierte en la necesidad más urgente e imperante, si queremos ascender a estadios más civilizados de racionalidad punitiva.

Si queremos descongestionar el sistema carcelario, esto es, dignificar estos espacios de profunda decadencia y envejecimiento humano, es imprescindible esforzarnos por ampliar el abanico de opciones alternativas a la prisión, con fórmulas que eviten el sometimiento a ese mundo artificial y totalizador, que supone, sin duda, esta institución.

La posible implementación de los mecanismos de vigilancia electrónica, puede contribuir a edificar una propuesta coherente con la necesaria descongestión que precisan las cárceles venezolanas, además, que con su introducción se estaría contribuyendo a modernizar el tan desgastado y arcaico sistema penitenciario; así, con la implementación de estos nuevos mecanismos podría alcanzarse de una forma más eficiente, segura y menos aflictiva los mismos objetivos asignados desde siempre a *esta cárcel que tenemos, pero que no queremos*.

La vigilancia electrónica puede convertirse en un mecanismo muy importante para disminuir el recurso a la prisión preventiva en Venezuela, en la medida que permite una sujeción más precisa y segura, garantizada por la aplicación de los dispositivos electrónicos de seguimiento y localización remota; evitando así, -lo que es más importante-, la desocialización, el inevitable contagio criminal intramural, el desarraigo familiar y abriendo la posibilidad de que el monitorizado pueda conservar, de ser el caso, su actividad laboral, lo que le permitirá indemnizar los daños ocasionados a la víctima.

En efecto: si el propósito de la prisión cautelar, es garantizar la sujeción del imputado al proceso, por la existencia del peligro de fuga, o, por constituir su libertad una grave amenaza a la integridad de la víctima, evitando de esta manera que este se sustraiga del mismo y se obstaculice la investigación; objetivos estos, que también pueden ser alcanzados eficientemente con el monitoreo electrónico. Lo cual evitaría el ingreso a la prisión de colectivos que son los que en buena medida acrecientan sustancialmente las tasas sobre población carcelaria, disminuyendo la alta presión que genera la cada vez insostenibles tasas de sobreocupación.

Asimismo, su empleo, puede significar una herramienta muy importante que contribuirá -en gran medida- a tacer el grave problema del hacinamiento, que se ha convertido en las últimas décadas en una de las problemáticas más refractarias del sistema penitenciario venezolano, como factor generador de la aguda violencia carcelaria que diariamente se respira en las prisiones y demás recintos o calabozos en los que simplemente se depositan seres humanos que pierden toda subjetividad y humanidad. Escenario en el que se pierde toda esperanza de superación e incluso cada vez se reducen más las expectativas de vida para quien pisa o ingresa en una cárcel en Venezuela, no en valde, son consideradas las cárceles más violentas del mundo.

De este modo, no tiene sentido que pudiendo recurrir a mecanismos tecnológicos modernos e innovadores, que además, pueden transformar las concepciones que se utilizan para justificar la prisión preventiva, en innecesarias y desproporcionadas, se insista en medidas reclusorias que generalmente ocasionan más daño, del que intentan contener o evitar. Es por ello, que si a través de la vigilancia electrónica, se pueden conseguir racionalmente los mismos objetivos que en el encierro preventivo, su incorporación e implementación siempre constituirá una ventaja mucho más civilizada para el sistema.

Esto es: una opción más inteligente, racional, menos aflictiva, éticamente más correcta, pero incluso, mucho más eficiente, por su insuperable efecto disuasor, como lo acreditan de manera exitosa los resultados obtenidos en países de nuestro entorno que han recurrido a este tipo de tecnologías. No puede obviarse, ni desconocerse el poder transformador de las tecnologías. Evaluando, por supuesto, desde el contexto nacional, las circunstancias y los condicionamientos locales que pueden incidir en el manejo e implementación de esta tecnología en Venezuela.

De esta forma, es posible hacer una propuesta para la incorporación e implementación de la vigilancia electrónica en el sistema penal venezolano. En efecto, desde el contexto de las medidas cautelares, bien como refuerzo o complemento de estas, o, como medidas independientes, como pe., las órdenes de alejamiento en materia de violencia de género. Así como también, el Libro Quinto del COPP, establece las disposiciones aplicables a la ejecución de la pena, desarrollando su contenido en dos capítulos, el primero en el que se establecen las disposiciones generales y, el capítulo dos, donde se fija la normativa

aplicable a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, las fórmulas alternativas de cumplimiento de la pena, a la redención de la pena por el trabajo y el estudio, al régimen abierto, es decir, a las fórmulas alternativas de cumplimiento de condena.

En este sentido, la vigilancia telemática como fórmula alternativa o sustitutiva, puede contribuir a edificar una nueva opción independiente, o, adicional, esto es, -complementaria- a las ya existentes, con el objeto de garantizar un seguimiento y control más efectivo, asertivo y útil, al que la tecnología, sin duda, puede coadyuvar a mejorar. Como lo han hecho, países de nuestro entorno, por ejemplo, nuestros vecinos: Colombia y Brasil, que ya tiene una larga y exitosa experiencia en la aplicación de los sistemas de control electrónico como mecanismos alternativas a la prisión.

Opción esta que contribuirá a brindarle una mayor legitimidad y credibilidad a las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena en Venezuela, cuya historia y experiencia son bastante precarias, bien, por la falta de voluntad política estatal, en fortalecer este tipo de mecanismos, principalmente, en dotar de la necesaria operatividad a las instituciones encargadas de brindar y gestionar las mismas, esto es: infraestructura, personal calificado para efectuar las labores de control y seguimiento requeridas, de la logística necesaria para supervisar el efectivo cumplimiento de estas medidas; así como, por la significativa falta de credibilidad que genera a lo interno de la sociedad venezolana el cumplimiento de estas fórmulas alternativas, las cuales resultan percibidas como factores de impunidad, por su nula supervisión y control.

En definitiva, es necesario fortalecer las bases de un verdadero sistema de penas alternativas a la prisión, lo que, sin duda, se traducirá en la dignificación y humanización del sistema penitenciario venezolano. En síntesis: hacer desaparecer espacios de humillación, por nuevos escenarios de reinserción abierta y controlada. Disminuyendo costes, y por tanto, modernizando la justicia penal, como ya viene ocurriendo con los países de nuestro entorno. No olvidemos, que la vigilancia electrónica ya es una realidad en América Latina, lo que finalmente, hace factible su incorporación en el sistema penal y penitenciario venezolano. País que necesita sumarse al cambio de paradigma que ya se viene adoptando en la región Latinoamericana.

1. ¿CUÁL ES EL RESULTADO?

Después de examinar, describir, analizar, problematizar y cuestionar los sistemas de vigilancia electrónica en los sistemas penitenciarios, a partir de un discurso crítico de la prisión como castigo hegemónico de nuestros sistemas represivos modernos, con particular atención a la experiencia española y latinoamericana, podemos afirmar que estos instrumentos de control social se presentan en la esfera mundial como una tendencia imparable. Los resultados de su gestión y aplicación en los distintos países que los han incorporado, evidencian un uso cada vez más intensificado de esta tipo de herramientas tecnológicas; es decir, no hay sistema penitenciario moderno que no los utilice. Tal y como se encarga de subrayar BERMUDO CASTELLANO (2019: 90), «Los métodos de vigilancia electrónica se han convertido en parte sustancial de todo sistema penitenciario moderno».

Lo más revelador de la vigilancia electrónica es el efecto que ha tenido, está teniendo y va a tener en los sistemas penitenciarios modernos. En definitiva, en la sociedad. De la misma manera que la máquina de vapor revolucionó la producción, edificando la concepción de la sociedad industrial, las TIC sin duda han potenciado las capacidades intelectuales del hombre, y entre ellas, por supuesto, la vigilancia electrónica ha potenciado la ejecución, el control y el seguimiento de las penas en la aldea global. Lo que está llevando a configurar una nueva concepción de la sociedad, esto es, la sociedad de la información, o, mejor dicho, la sociedad digital a la que pertenecemos.

Ahora bien, el poder de control y dominación que subyace en estos dispositivos, tal y como en su momento lo denunciara FOUCAULT y lo describiera acertadamente GARLAND, es una advertencia que debe ponderarse en su justa medida. Los análisis que rechazan este tipo de tecnologías, en su mayoría, discrepan de su aplicación,

implementación y evolución, puesto que nos alertan del enorme poder intrusivo y dominador que su aplicación representa, en el campo jurídico penal.

En tanto y en cuanto, no se limite legalmente su radio de acción, bajo un marco jurídico lo suficientemente sólido, su poder controlador será cada vez más irrefrenable, lo que sin duda, dibujaría un escenario propicio para desarrollar y consolidar un estado orwelliano, esto es, un estado totalitario.

Si bien es cierto, que la vigilancia electrónica convive marginalmente con la pena de prisión, no es menos cierto, que en menos de cuatro décadas, su poder de penetración es cada vez mayor; su consolidación en los sistemas penitenciarios modernos, apunta a que esta tecnología, sin duda, se ira imponiendo paulatinamente en las siguientes décadas.

La clave de los dispositivos electrónicos, respecto a la pena de prisión se configura también en su extraordinario poder de globalización e internacionalización. Prácticamente en casi la totalidad de los sistemas penales más avanzados, son una realidad penitenciaria. Lo más significativo de estos cambios, producto de una sucesión de descubrimientos, avances y progresos tecnológicos, es, que han tenido lugar en un muy poco tiempo. Es decir, se han producido con extraordinaria rapidez, lo que denota, su alto poder de transformación. Y en este sentido, la convergencia de todos esos progresos, es, hoy por hoy, un hecho incuestionable (BALLESTEROS, 2002). Como afirma BARROS LEAL, para el caso Latinoamericano: "...los medios telemáticos han llegado a América Latina con visa de permanencia y es visible su expansión" (2010, p. 127).

Si hacemos un ejercicio retrospectivo, podemos evidenciar que en el siglo XIX se logró imponer la pena de prisión, en el contexto represivo global hasta la actualidad. No obstante, en el último cuarto del pasado siglo, la pena de prisión comenzó a resquebrajarse; es decir, a sufrir una crisis que patentizó el agotamiento de un modelo que transforma sistemáticamente sus cimientos, para dar paso a otras modalidades de castigo, que prescindiendo de la privación de libertad, esto es, del encierro, empiezan

progresivamente a posicionarse en el escenario punitivo de nuestro tiempo; es en este contexto, que nace la vigilancia electrónica como alternativa a la prisión⁴⁰⁵.

El siglo XXI viene profundamente influenciado por el *boom* tecnológico. En este sentido, el poder transformador de las nuevas tecnologías, esto es, de las tecnologías de la información y la comunicación, de la inteligencia artificial, del internet de las cosas, de la nanotecnología, de los microchips en fin, de la era de la digitalización en general⁴⁰⁶, viene configurando una *polis* global tecnológicamente evolucionada. Recordemos que fueron las ideas que se germinaron a partir de la ilustración los factores determinantes que permitieron que se gestara un cambio de paradigma en aquella época. Partiendo de este contexto, puede afirmarse que fue la evolución del régimen absolutista monárquico al estado liberal, lo que finalmente permitió ascender a estadios superiores de racionalidad punitiva.

Nos venimos acercando a un nuevo modelo de estado profundamente influenciado por la revolución tecnológica, la globalización⁴⁰⁷ y la internacionalización. Lo que implica importantes cambios sociales, políticos, jurídicos y culturales.

⁴⁰⁵ Recordemos que para el desarrollo inicial de estos sistemas de control telemático, se persiguieron como objetivos centrales: por un lado, hacer frente a la masificación carcelaria; y por el otro, alcanzar un ahorro en los costes del sistema (BERMUDO CASTELLANO, 2019, p. 90).

⁴⁰⁶ Sobre los procesos de digitalización a los que nos enfrentamos, puede consultarse a BORJA, J. y CASTELLS, M.: *Local y global. La gestión de las ciudades en la era de la información*, Madrid, Taurus, Segunda edición, 1998, pp. 28 y ss. Los autores afirman que, «[l]a comunicación, y por tanto la cultura, en la sociedad de la información está organizada, desde hace ya algún tiempo, en torno al sistema audiovisual. Pero en los últimos años un fenómeno de mayor alcance se ha producido: la creciente digitalización de todos los mensajes, audiovisuales, impresos, interpersonales, que forman un hipertexto globalizado e interactivo. [...] Lo más relevante, por el momento, es la amplitud y flexibilidad del nuevo sistema de comunicación ha aumentado su capacidad de absorción... en un universo digital electrónicamente comunicado y difundido. [...] hemos entrado en un nuevo tipo de sociedad que podría denominarse como ‘sociedad de los flujos’ (Castells, 1996a). Una sociedad en la que la base material de todos los procesos está hecha de flujos, en la que el poder y la riqueza están organizados en redes globales por los que circulan flujos de información. Dichos flujos son asimétricos y expresan relaciones de poder».

⁴⁰⁷ Sobre la globalización, puede verse el interesante y esclarecedor trabajo de ULRICH BECK: *¿Qué es la Globalización? Falacias del Globalismo, respuestas a la Globalización*. (trad. de Bernardo Moreno y M^a. Rosa Borràs). Barcelona: Paidós, 2008. En el que el sociólogo alemán nos sumerge en el problema de la globalización, cómo se configura políticamente este fenómeno social, mediante un recorrido crítico, de lo que realmente se condensa a través de la política de la globalización y de las nuevas perspectivas de la sociedad transnacional: controversias, paradojas y consecuencias. Escenario este, en el que el estado-nacional pierde soberanía, lo que facilita la consolidación de espacios sociales transnacionales. Es decir: estamos saliendo del marco categorial del estado-nacional. El discurso dominante de la política se edifica a partir de la retórica de las empresas transnacionales. Economía de mercados, mercados globales, escenificación del riesgo de globalización económica. En efecto, el poder de las empresas transnacionales pasa a ser el verdadero contrapoder. En síntesis, la globalización significa politización, no sólo a nivel de la economía mundial, sino también de la sociedad en su conjunto. Estamos transitando a nuevas formas de poder, o mejor dicho de estado, en el que la figuras políticas nacionales comienzan, por efecto mismo de la globalización, a resquebrajarse, por anquilosadas y anticuadas, ya no ostentan el poder de los estados

Los avances tecnológicos y científicos han descubierto nuevas formas de control social, que se irán profundizando en el corto y mediano plazo; el dinamismo con que se imprimen estos cambios, hace que tengamos que reflexionar sobre la sociedad que queremos. El ahora, es un desafío axiológico impostergable.

Es así, como BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (2021, p. 920) subraya:

Entre los factores que condicionan hoy el contenido del derecho, pueden hoy señalarse: la importancia del componente tecnológico, pues los cambios experimentados en los últimos tiempos llevan a que en 10 años pueda cambiar lo que no cambió en 100 años.

Y continúa:

La pregunta a la que ahora es preciso dar respuesta es si esta construcción es válida para la legislación penal vigente en el siglo XXI, pues su contenido responde a una realidad que ha experimentado importantes cambios y, cómo se adelanta, a un distinto modelo de Estado.

En este sentido, hay una realidad exterior a la pena, es decir, a la ciencia del derecho penal, que es aquella que se encarga de construir el discurso dominante de las ciencias sociales, como principal factor regulador de esa realidad externa, en el que las prácticas sociales terminan configurándose a partir de los fenómenos tecnológicos, que imprimen dinamismo y centralidad en el contexto social. A través de este discurso se configuran las estrategias de poder, que, en definitiva, vienen moduladas por estos avances científicos. Lo que hace que respondan a una lógica de control, esto es, de poder y dominación. Ahora bien: la idea principal que subyace en este nuevo modelo de control

nacionales característicos de los siglos XIX y XX, comienzan progresivamente a evaporarse. La efectividad, eficiencia y poder transformador de los modelos globales pasan a tomar partido en las nuevas sociedades transnacionales. Todas estas paradojas políticas y sociales, irrumpen desde la visión de una economía global, dirigida a eliminar las trabas y obstáculos nacionales, con la única pretensión de generar beneficios y mayor producción. En este sentido, se pulveriza el estado-nacional, se procede a dismantelar su poder y autoridad, para construir una suerte de estado mínimo. Mercado, mercado y más mercado. Se dismantela por completo el estado asistencial y el modelo democrático comienza a hacer metástasis. Todos estos cambios se llevan a cabo, sin que se cambien las Constituciones, las leyes o los ordenamientos nacionales, incluso, sin generar el más mínimo debate político a nivel de sus parlamentos. Y, en este camino, se legitima lo inevitable: la modernización de la sociedad. Las fronteras nacionales comienzan a desdibujarse, se comienza a imponer una red global de mercados, de comunicaciones, de tecnologías que progresivamente minan la configuración tradicional del estado-nacional, abriendo paso a la sociedad global.

social es la de colocar la tecnología al servicio del sistema penal, como factor de progreso y evolución.

La sociedad de control deleuzeana, es una sociedad profundamente impregnada de la tecnología del poder, que viene sucediendo las sociedades disciplinarias de las que nos habló Foucault, así estas últimas *son nuestro pasado más inmediato, en definitiva, lo que estamos dejando de ser* (DELEUZE, 2006). Son las nuevas armas de control, los dispositivos electrónicos de localización y seguimiento. En efecto: *estamos abandonando unas formas para transitar en otras*. La prisión como institución disciplinar por excelencia desarrolló su discurso y justificación a través de una retórica nada coherente con la verdad, esto es, con la realidad: su escaso o nulo poder reformador o rehabilitador. La eterna persistencia en la falacia que justifica la prisión. Porque la cárcel, -en palabras de FERRAJOLI-, *es por su naturaleza contrario al sentido de humanidad, capaz de des- educar y des- socializar mucho más que de re- educar y re- socializar al condenado* (RIVERA BEIRAS, 2017, p. 22).

La vigilancia electrónica debe transformar radicalmente el sistema de penas. Debe configurarse, necesariamente, como un programa de reducción permanente de la opción segregativa. Desde este contexto, no se puede naturalizar la cárcel como si fuera un fenómeno natural inmutable, es decir, como si no se tratara de un instrumento de control social creado por el hombre. En este sentido, debemos estar lo suficientemente convencidos, de que es más que posible, -necesario, transformar esta mentalidad-. Los únicos responsables de producir este cambio de paradigma son los políticos, legisladores y juristas, que hoy más que nunca deben estar persuadidos, de la pornografía del dolor en que se han convertido nuestras cárceles, incluso, las más modernas edificaciones⁴⁰⁸. Como si, no fuera posible, consolidar un conjunto de estrategias y medidas alternativas a la pena carcelaria. Sobre todo, porque aquel invento social creado por los padres de la “ilustración”; ya no es el modelo ideal humano, para hacer evolucionar nuestra civilización.

⁴⁰⁸ En todas las cárceles del planeta, las violaciones de derechos son la regla y no la excepción.

En síntesis: los derechos de los reclusos, deben inexorablemente tomarse en serio, como premisa jurídica básica, para iniciar el camino de la posible superación de la cárcel.

No olvidemos que la monitorización electrónica nace a partir de una ciencia disciplinar: la psicología. Como un programa estratégico de terapia y modulación de conductas, a la que se denominó “psicotecnología”. Este primer modelo buscaba modular comportamientos, apartándolos del error que suponía la desviación mediante un sistema bidireccional de comunicación, entre el terapeuta y el vigilado. Su propósito era reformar a los reincidentes crónicos. Aquellos que eran descartados por el sistema. Es decir: buscar un medio de recuperación y rescate más eficiente que el encierro, a través de estos dispositivos.

No obstante, de este primer modelo no queda prácticamente nada. Actualmente, el dispositivo electrónico, no vigila conductas, vigila movimientos. Es un instrumento que permite observar y registrar movimientos, construir trayectorias. O sea, se limita a localizar, más no ha transformar o rehabilitar, sólo controla una posición en un perímetro, y en una franja de tiempo. Por tanto, la concepción originaria de la vigilancia electrónica, ha quedado relegada; es decir, ya no se modula conductas, se registra movimientos. Lo que permite que la localización continua asegure una mayor y más completa visibilidad del vigilado (penado o preso) de forma más precisa que en la prisión. Se pasa de un sistema bidireccional a un sistema unidireccional, en el que sólo se limita a realizar un seguimiento o localización, es decir, se observa, no se orienta, ni educa. No hay *feedback* o retroalimentación, entre terapeuta y vigilado, como lo había en el primer modelo. De esta manera, *no se busca enseñar a ser libre, sino más bien a gestionar esa libertad* (VITORES & DOMÈNECH, 2007).

Este cambio de perspectiva que opera entre el primer modelo y el segundo, hace que esta sanción en libertad, que implica la vigilancia electrónica, obligue al monitorizado a autolimitarse a autocorregirse. De lo que se trata es de neutralizar peligros, gestionar riesgos⁴⁰⁹, abandonando la concepción original. De esta manera se intensifica el poder de observación y, por ende, de control, bajo el principio de mínima intervención. La tecnología de poder es la red que permite visualizar al vigilado, creando una sensación

⁴⁰⁹ Se asume plenamente la sociedad del riesgo, como aquella capaz de gestionar peligros o amenazas latentes, para una visión más profunda de este fenómeno puede consultarse, por todos, a BECK, U.: *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998, p. 30. El autor afirma: «La sociedad del riesgo es una sociedad catastrófica. En ella, el estado de excepción amenaza con convertirse en el estado de normalidad».

psicológica de vigilancia continua y permanente, que inhibe cualquier impulso desviado.

Sin embargo, debemos apostar por un control que no se traduzca, únicamente, en mera vigilancia; sino, que actúe como un dispositivo reformador, que busque rehabilitar, es decir, encausar determinadas conductas: orientar. El modelo original fue diseñado como un instrumento terapéutico, que permitía modular conductas o patrones de comportamiento, sin caer, por supuesto, en el exceso, como bien lo advirtió su creador. Educar más que intervenir es concienciar, esto es, sensibilizar que se posee un potencial para lograr superar cualquier adversidad.

Así, lo esencial es, no solamente imponer una lógica de los límites, sino también, motivar para que el individuo pueda por sí mismo generar el autocontrol necesario que le permita apartarse definitivamente del delito. Que pueda retomar su vida familiar, laboral y social, o sea, reforzar el aprendizaje de conductas adecuadas, dejando que el propio monitoreo vaya eliminando aquellas que se configuren como inadecuadas. En síntesis, que logre reintegrarse, definitivamente, a la sociedad.

Es así como las Recomendaciones del Consejo de Europa sobre libertad condicional, en lo referente a la vigilancia electrónica (VE)⁴¹⁰, expresamente pide a sus estados miembros, en su regla 57 que *“cuando la VE es usada como parte de la supervisión de la libertad condicional, debe ser combinada con intervenciones diseñadas para promover la rehabilitación y para contribuir al abandono de la actividad criminal”*. Lo que sugiere que tales mecanismos de control telemático deben estar orientados al fin constitucional, esto es, a la reinserción social y rehabilitación de los beneficiarios de la medida, combinando técnicas encaminadas para tal fin. Descartándose de esta forma, el uso de tales mecanismos sólo como una estrategia de control o geolocalización. Es decir, el éxito en la aplicación de estos dispositivos está en combinar su aplicación con los distintos programas de tratamiento.

Desde esta perspectiva, la monitorización telemática representa una opción muy importante en el abanico de posibilidades que permitirán reedificar un nuevo modelo

⁴¹⁰ Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reglas europeas para la probation – Jan2010.

penal y penitenciario políticamente más coherente y racional con los fines asignados a la pena de privación de libertad. Este modelo al cual transitamos se impregna de esa realidad circundante del presente, que busca consolidar el pragmatismo social a través de la implementación, gestión y aplicación de las nuevas tecnologías. De esta manera las políticas públicas de los estados modernos se diseñan a partir de la adopción de esa nueva perspectiva tecnológica, que cambia radicalmente la ejecución de determinados sectores de las penas y medidas hasta ahora dominantes. Rompiendo con las mentalidades tradicionales que a pesar de ello, se resisten al cambio⁴¹¹.

Ahora bien, la vigilancia electrónica sólo tendrá sentido si se utiliza como una vía de humanización, con respecto a la prisión (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2007, p. 163). De lo contrario, podrá emplearse como un mecanismo perverso y totalitario, de consecuencias descomunales. Adecuar su empleo bajo fórmulas jurídicas sometidas al irrestricto respeto de los derechos fundamentales de quienes resulten vigilados electrónicamente, será el principal desafío que oriente su correcta y apropiada implementación en los sistemas democráticos modernos. Con ello, se hace absolutamente necesario, un desarrollo legislativo que los precise y limite, es decir, que contenga su alto poder de control inhumano, lo que en gran medida, contribuirá con su adecuada evolución y desarrollo dentro de un modelo de estado democráticamente moderno. Lo más prioritario ahora, será contener al poder punitivo, que nace de *la cultura del control*⁴¹².

De manera que, se hace necesario la construcción de un marco jurídico que busque armonizar la paz social y los valores de la convivencia pacífica y democrática, a través del fomento del respeto a la dignidad humana, en el que se aspire a consolidar de manera más eficiente el programa positivizado en el ordenamiento jurídico:

⁴¹¹ Para los escépticos u opositores radicales a sumir estos cambios, es conveniente, siguiendo a BALLESTEROS (2002, p. 46), identificarlos como aquellos que están viviendo, “un estado de ánimo general -afirma Ignacio Ramonet, director de *Le Monde Diplomatique*- entre los intelectuales y políticos europeos que se ha dado en llamar el *Síndrome de TINA*, las siglas de la frase *there is no alternative*, no hay alternativa”. O sea, aquellos que ante el estado actual del fenómeno carcelario, asumen un cierto conformismo intelectual que presupone que no hay alternativa posible, a pesar de los grandes cambios que estamos viviendo, en la sociedad de la información. En definitiva podemos concluir que la vigilancia electrónica es, hoy por hoy, un hecho irreversible, imparabile, tan incuestionable como lo fue el teléfono y el automóvil en su momento.

⁴¹² Respecto a esta cultura del control, puede afirmarse que: «Todos los indicadores señalan un reforzamiento de la estructura de las funciones de control, determinantes del intercambio de información... inducidos por el cambio tecnológico...» (BORJA y CASTELLS, 1998, p. 39).

Constitución y normativa internacional sobre protección de derechos humanos⁴¹³; es decir, que llegue a materializar una política criminal, que en su dimensión constitucional se oriente a exaltar ese valor fundamental, mediante el fomento de la autoresponsabilidad y el empoderamiento de quien se sabe quebrantó la Ley, pero, que está dispuesto a demostrar a la sociedad que puede reiniciar su vida apartado del delito, con garantías (dispositivos de control) y con la posibilidad real y efectiva de reparar el daño cometido. Sin tener que sacarlo de su entorno.

En efecto, la vigilancia electrónica no obliga al delincuente ni abandonar su familia y hogar, ni tampoco a dejar su trabajo, lo que desde el punto de vista de la prevención especial positiva, la hace una opción preferente. Por tanto, facilita su resocialización, en la medida en que permanece integrado, elevando de esta forma su confianza en sí mismo y, por ende, le permite desarrollar gradualmente el sentido de la responsabilidad social: autonomía; autodisciplina y; responsabilidad personal.

Los sistemas de vigilancia telemática, sin duda, representan un avance en la constante y perenne evolución humanitaria de las penas; y, en esta medida, el que un recluso pueda recuperar su libertad ambulatoria, o, se evite su ingreso en prisión, sin que con ello, se ponga en peligro o menoscabe la seguridad ciudadana, significa que se estará apuntando en la dirección correcta. Progreso que puede amplificarse si aunado a su extraordinario poder de vigilancia y control se fomenta una reinserción responsable, en la que también cabe la posibilidad de supervisar a través de estos dispositivos, que, -claro esta- no son un fin en sí mismo, se refuercen los distintos programas de ejecución de pena, es decir: el trabajo, los programas formativos o educacionales que requiera el penado como parte de su programa individualizado de ejecución.

Asimismo que se refuercen, por ejemplo, los programas de desintoxicación o deshabituación que contribuyan en buena medida a procurar la reinserción social del

⁴¹³ Como acertadamente subraya PALACIOS-VALENCIA (2013, p. 153), «los derechos humanos no son una utopía (en sentido negativo), sino un programa de transformación de largo alcance, considerarlos de otro modo sería banalizarlos e instrumentalizarlos. Su positivación en documentos normativos internacionales sirve para proporcionarnos un parámetro con el cual medir hasta qué punto están 'al revés', para potenciar su potencial transformador. Por ello hay que apostarle a la enseñanza y a la práctica de los derechos humanos en cada contexto y lugar, de manera que se transforme reivindicando su poder, para que las razones que soportan las construcciones normativas, más que argumentos altruistas, sean ideas basadas en aprehender a comprender lo que somos, seres humanos».

condenado; o sea, que la monitorización se combine con este conjunto de programas penitenciarios, con el objeto mejorar de esta manera sus resultados, permitiendo que a través de su uso se persiga de una forma más coherente el fin constitucional de la pena, esto es, que con sus ejecutorias se refuerce la rehabilitación responsable, se consolide la convivencia familiar y se fomente la actividad laboral del monitorizado, en régimen abierto, procurando en todo momento su inclusión e integración social, supervisada electrónicamente. Dotándole de esta manera, de un conjunto de herramientas que, mezcladas con la vigilancia electrónica, cooperen en alcanzar los dos objetivos primordiales de las sanciones penales: primero, que no cometa más delitos en el futuro, esto es, que se logre contener los índices de reincidencia, tras lograr a través de este conjunto de técnicas apartar definitivamente del delito, y que por consiguiente, se contribuya de manera eficaz, al mejoramiento de las condiciones de vida de quien resulte monitorizado.

Por lo tanto, será absolutamente necesario reforzar el valor moderno de la dignidad de la persona, como único horizonte que justifique y legitime la intervención penal limitada, es decir, proporcionada en función de los derechos fundamentales que puedan resultar afectados, o, puedan verse comprometidos con la aplicación de tales dispositivos, siempre que tal legitimación se verifique a través del consentimiento voluntario del penado. Consentimiento que hará viable la prestación por parte del Estado, de programas de vigilancia electrónica, que se diseñen con el propósito de mejorar las condiciones del vigilado y de la sociedad, en el que se pretenda reinsertar y rehabilitar fuera de los muros carcelarios, esto es, se persiga la reinserción social abierta y controlada. Porque: *La sociedad es el único instrumento que puede devolver al hombre su felicidad perdida. Es decir, la sociedad como instrumento irremplazable de humanización.*

En este sentido, se debe preservar como principal referente de la implementación y gestión del control telemático, la efectiva necesidad de repudiar los excesos que se derivan de una reacción estatal desproporcionada e injustificada frente al delito, concretamente, mediante la radical e indispensable reducción de la prisión; es decir, que mediante su empleo se contribuya a despresurizar o descomprimir el encierro. Esto de por sí, ayudará mucho. No obstante, para contribuir a este propósito con el que nacieron los sistemas de vigilancia electrónica se deberá replantear el actual modelo, o

sea, rediseñar desde una perspectiva más ambiciosa, la implementación de estos dispositivos de control, con el fin de hacerlos asequibles a perfiles de criminalidad media, que cuenten con un buen pronóstico de reinserción social. En el entendido, que son estos perfiles los que más contribuyen a acrecentar las cifras de la población carcelaria. Dejando la prisión, para las conductas e ilícitos más graves, que son una ínfima minoría de este colectivo.

De acuerdo a este reto, debemos rediseñar un nuevo edificio jurídico, y, sólo será posible, si nos convencemos de la cambiante y dinámica realidad de nuestro entorno; en este sentido, es necesario reconfigurar el sentido de la monitorización electrónica, desde una perspectiva eminentemente crítica, lo que sin duda, ayudará a abonar el terreno que permitirá que alcancemos definitivamente un mejoramiento real a la vista del mismo objeto: el hombre como referente y piedra angular del encuadramiento teórico que viabilizará el cambio de paradigma. De aquél que vive, sufre y padece la cárcel.

En mi opinión, ello es posible si se reorienta la política penal y penitenciaria a la realidad circundante; es decir, que se asuma como principal desafío de nuestro tiempo, la visión tecnológica de la pena, adaptándola a las exigencias constitucionales. En definitiva, que se tome como motores principales de este cambio: la dignidad (no desocialización), la eficacia (mejor coherencia con los resultados) y la proporcionalidad (racional gradualidad de las penas). Sobre este último principio, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al. (2001: 30), advierte:

Debe recordarse que el principio de proporcionalidad emana directamente del más genérico de necesidad, elaborado por los primeros constructores de las bases teóricas de nuestros actuales modelos de Estado. Es inevitable aquí la cita de Beccaria remitiéndose a Montesquieu: «Toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránica»

Proporcionalidad que implica también, limitar su uso, cuando se torne desproporcionado, con lo cual, habrá que ponderar en qué casos actualmente su aplicación no se ajusta a este criterio, bien, porque con su empleo se estarían agravando medidas que no requieren ser acompañadas de este tipo de dispositivos, o, porque su empleo supone un incremento injustificado en la severidad de la sanción. Salvando

siempre bajo este esquema la raíz democrática que da sentido a nuestro sistema de castigos, esto es, que: *Ninguna pena, ninguna medida de seguridad puede violar la dignidad humana.*

Desde esta perspectiva, es fundamental, garantizar un equilibrio en la aplicación de las distintas modalidades de vigilancia electrónica, de acuerdo a criterios estrictamente proporcionales, ponderando aquellos casos en los que se utiliza la modalidad de geolocalización (GPS) para el control de perfiles de muy bajo riesgo, conductas leves, con la aplicación de la técnica de verificación o reconocimiento de voz (VV), para perfiles criminales de alto riesgo o conductas graves. Es en este sentido, que la Recomendación CM/Rec (2010)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la libertad condicional, exhorta a los estados miembros, a que, de acuerdo con la regla 58: *“El nivel de supervisión tecnológica no deberá ser mayor lo requerido en cada caso, teniendo en consideración la gravedad del crimen cometido y el riesgo para la comunidad”*.

Por otro lado, podemos afirmar que la vigilancia electrónica es un lobo con piel de oveja. Efectivamente, la respuesta dependerá del fin con el que se introduzca estos mecanismos de control social. Si el fin es hacer prevalecer la seguridad y el orden, por sobre la dignidad y la libertad, se estará muy cerca de convertir a estos dispositivos en un instrumento totalizador, profundamente autoritario y sistemáticamente controlador. O sea, inhumano. Pero, si por el contrario, su fin se orienta hacia la búsqueda de la dignidad y la libertad, posiblemente se constituya en una importante herramienta para superar definitivamente la prisión, como castigo. Es decir, que sólo a través del Derecho se puede meter en fila a un lobo con piel de oveja, esto es, a la vigilancia electrónica.

¿Cómo podemos apartar de nuestra vista lo que sucede en los establecimientos penitenciarios, incluso, en los más modernos y civilizados, en los que se anula completamente la personalidad y la subjetividad de la persona, es decir, se pavimenta su vida? ¿No pueden olvidarse las consecuencias que ha traído el hacinamiento carcelario, esto es, violencia, muerte, decadencia y envilecimiento humano, sobre todo para el caso Latinoamericano? ¿Debe tener la pena algún sentido positivo o debemos conformarnos con que la misma es un “mal necesario”, una profunda consigna del

retribucionismo? ¿Es posible encontrar esta respuesta positiva en la prisión? ¿Se puede transformar lo malo en bueno, si seguimos el mismo camino? Porque: “Un gobierno que sistemáticamente sostiene el orden social por medio de la exclusión masiva comienza a parecerse a un Estado que practica el *apartheid*” Y, porque: “Los costos del encarcelamiento masivo están comenzando a hacer evidentes”. (GARLAND 2005: 330).

¿Para qué sirve la prisión? ¿Para hacer justicia? ¿Con su aplicación se disminuyen los índices delictivos? ¿Se cumple con los objetivos para los que ha sido diseñada? Si respondemos afirmativamente a cualquiera de estas preguntas, probablemente, estemos pensando en otra institución. O mejor dicho, no estemos siendo congruentes con la realidad que se esconde detrás de sus muros. Por el contrario, si respondemos negativamente, puede que estemos en presencia de una institución completamente contradictoria. Entonces: ¿es posible justificar racionalmente la existencia de la prisión? Si respondemos que sí, estamos defendiendo una posición profundamente antagónica, a la que intentaremos por todos los medios justificar y defender mediante una teoría incoherente, contradictoria e irrealizable. Por tanto, en este punto, muy poco o casi nada se puede justificar. Si esto es así, la pregunta que surge es: ¿podemos diseñar una opción más racional y moral que la prisión? De igual manera, ¿es posible alcanzar por otros medios los fines que han sido atribuidos modernamente a la prisión?

Desde esta perspectiva, lo prudente sería: tratar de diseñar o edificar -mediante un serio equilibrio reflexivo- la opción que pueda sustituir definitivamente a la prisión. Esto es: minimizarla radicalmente. Para ello, es necesario que enfrentemos los viejos problemas de la pena, a la luz de los nuevos horizontes. En efecto, ¿qué problemas nos plantea la vigilancia electrónica y los distintos avances científicos en el futuro inmediato de la ejecución de la pena? ¿Se puede orientar la dirección o el timón en pro de un verdadero o mejor equilibrio social? ¿Por qué, si la tecnología ha transformado casi todos los ámbitos de nuestro entorno, no puede hacer lo mismo con la prisión? En este sentido, ¿para qué se resocializa, sino es para humanizar? Entonces: ¿si con la vigilancia electrónica podemos lograr este objetivo irrealizable desde la prisión, por qué no multiplicar su empleo adecuado?

Porque la tendencia que debe orientar toda política penitenciaria moderna es: la de buscar una mayor humanización de las penas⁴¹⁴. Ahora bien, ¿cómo podemos buscar esa tendencia, si seguimos insistiendo en la prisión? No es posible parar lo imparable, esto es, *no se puede poner puertas al campo* (GONZÁLEZ RUS 1994: 84). Recordemos la especial importancia que les da ROXIN a los modernos sistemas de vigilancia electrónica, es decir, al arresto domiciliario con control telemático como una forma atenuada de la privación de la libertad (ROXIN 1998: 386). La vigilancia electrónica en la balanza con la prisión, representa: bajo coste; evita la sobrecarga del sistema, es decir, la sobrepoblación carcelaria; impide que entre en prisión los delincuentes primarios y poco peligrosos, o sea, aquellos que no representan un riesgo para la sociedad; que el sujeto monitoreado no pierda su trabajo, y; que pueda satisfacer las expectativas de resarcimiento económico de la víctima (NISTAL BURÓN, 2002, p. 44). Y la más importante aún, que no abandone su hogar y su familia, esto es, su entorno social.

Es hoy, más que necesario, urgente que actuemos, que prescindamos de enjundiosos análisis teóricos, porque en las cárceles se vive y se sufre, sin ningún adorno o elucubración científica. Debemos ser más coherentes con la miseria y la profunda indignidad que reproducen las cárceles de todo el planeta. De tal suerte, que se debe, como acertadamente lo preconizó GUDÍN RODRÍGUEZ- MAGARIÑOS (2007: 16) *abrir las prisiones a una verdadera reforma global*. Porque, *la cárcel es un problema mal resuelto*. Es por ello, que es imprescindible que se abran *nuevas líneas de reflexión* [de investigación]. La resocialización, desde las prisiones es una utopía insalvable, irrealizable y profundamente hipócrita, entonces, resulta lógico que prestemos atención al axioma en el que *sólo se puede hablar de tratamiento resocializador cuando se desarrolla fuera de los muros de la prisión* (Ibid., p. 17).

En efecto, seguir varados en que es posible resocializar desde la cárcel, es olvidar que a través del tratamiento se pretende humanizar no deshumanizar, empoderar no despersonalizar, generar confianza no eliminarla, en definitiva, evitar que ese

⁴¹⁴ Recordemos que la humanización es un proyecto y, la humanidad una condición. Por tanto, nuestro principal desafío será construir una opción más coherente con el proyecto que nos legaron nuestros padres de la ilustración: un Derecho penal humano.

tratamiento se convierta en un frío e inútil proceso mecánico de estigmatización. Ello, porque el tratamiento no es una *máquina de cambiar individuos* (GIMÉNEZ SALINAS 1993: 119). Es sí, una propuesta del estado, para que el penado elija voluntariamente superarse; superación que sólo será posible, si se le brindan las condiciones y el ambiente propicio para que pueda lograrlo. De ser así, se estará muy próximo a alcanzar las exigencias constitucionales que se asignan a la ejecución de las penas, en un modelo democrático, pero además, civilizado.

La garantía de los sistemas de vigilancia electrónica, subyace: en que cualquier comportamiento fuera de la norma, no será desapercibido, es decir, generará una consecuencia. Esta es, fuera de toda floritura, su fortaleza. O sea, su potencial efecto intimidador, lo que se traduce, en la baja reincidencia que con su aplicación se ha alcanzado. En síntesis, su éxito como futura herramienta de control social.

No debemos olvidar que, *la influencia del cautiverio es en sí es mala* (ARENAL, 1991: 52). En este sentido el mundo de los barrotes, debe, necesita ser superado.

Toda intervención punitiva, tiene un marco de referencia obligado; este, ha de ser siempre: las declaraciones de DDHH y las Constituciones. Todas, absolutamente todas, buscan, sin excepción, salvaguardar la dignidad humana. Valor que sólo es posible alcanzar humanizando las prisiones. Y, la mejor manera de lograrlo, es abriendo sus puertas. Ideando, o, mejor dicho, diseñando mecanismos y herramientas que las sustituyan y minimicen. En la búsqueda de este cometido, los sistemas de vigilancia electrónica pueden ser esa tecnología que contribuya a desarrollar y alcanzar, definitivamente, ese objetivo. Convencernos de esta tarea, es el principal deseo, con el que escribí estas páginas.

Realmente, ¿castigamos para resocializar? Para responder a esta pregunta, es necesario subrayar las contundentes afirmaciones que al respecto nos revela GARCÍA-PABLOS (1984, p. 49), cuando sostiene:

Tales investigaciones han demostrado, antes bien, que no castigamos para resocializar. Que no es éste el motivo de que se criminalicen ciertos comportamientos desviados. Todo lo contrario: que la pena no resocializa, sino *estigmatiza*; no limpia, sino mancha

(¡como tantas veces se recordó a los expiacionistas!). Y que a menudo, es más el hecho de haber cumplido una pena que la propia comisión del delito lo que implica el mayor demérito a los ojos de la sociedad. Que debería ser ésta, en puridad, y no el delincuente, la necesitada de resocialización.

Por ello, es necesario partir, de que a través de su incorporación, implementación y gestión, se intenta reorientar la ejecución de la pena de privación de libertad basada en una concepción más generosa, que considera al ser humano como referente axiológico insustituible, no como un objeto mediante el cual se tiende a instrumentalizarle, por el contrario, si logramos orientar su aplicación empoderándole y dotándole de la confianza necesaria para que pueda voluntariamente auto responsabilizarse de su papel protagónico en el marco de la reinserción social abierta, que, posibilitada con el uso de estos dispositivos e innovaciones tecnológicas, lo convierta verdaderamente en un fin. Esto es: en *persona*.

Desde este contexto, lo que se pretende es, modernizar, o, mejor dicho, superar las tradicionales justificaciones de la pena de prisión, por cuanto, ya no son evidentes, y, en consecuencia, mucho menos suficientes, para la debida construcción de un Derecho penal racional, más humano y moderno, esto es, tecnológicamente eficiente a través del cual se posibilite y agilice el mejoramiento sustancial de las condiciones de su ejecución, lo que precisa producir, fundamentalmente: condiciones realmente favorables, tanto para el condenado como para la sociedad en general, en estricto apego a las exigencias constitucionales. En efecto: reorientar su introducción, gestión e implementación en función de los fines de la pena, constitucionalmente fijados, como elemento central de su justificación. Porque *una pena adecuada y justa es, en última instancia, la mejor prevención* (HASSEMER 2016, p. 92).

Todavía es válido luchar por encontrar un sentido de la pena en el que prevalezcan no sólo la eficacia y la proporcionalidad, sino también, el sentido de humanidad en la ejecución de la condena. En el que se trate al monitorizado o vigilado como lo que es: un ser digno y socialmente gregario, con altas posibilidades de superación. O sea, que la lógica que ha de guiar la implementación de estos mecanismos electrónicos de vigilancia telemática, pueda sostenerse negativamente, esto es, que se evite a toda costa la violación de la dignidad humana; es decir, impedir que con su aplicación se convierta

al ser humano en un objeto del Estado. Por tanto, necesitamos rediseñar una pena que no se conciba como un garrote, sino como un medio que comunique no sólo la firmeza de la sanción, sino también, la posibilidad real de mejoramiento que comporta su ejecución. En pocas palabras: es necesario asumir la sensibilidad por los derechos humanos de quienes históricamente han sido excluidos.

En consecuencia, debemos siguiendo este camino: apartar del delito, no propiciar condiciones para que el delito se multiplique. Esto es: crear condiciones y fortalecer posibilidades que permitan reafirmar el valor de la libertad, haciendo que las personas se mantengan fieles al Derecho. Si con la vigilancia electrónica se incrementan esas posibilidades de mejora, en el cumplimiento y ejecución de una pena o medida de seguridad, su incorporación y desarrollo habrá válido la pena. De manera que, el reto más próximo será tratar la conducta desviada a través de estos dispositivos electrónicos de forma más respetuosa a los derechos humanos, que, lo que supone la cárcel física o tradicional.

Es imposible negar la evolución tecnológica a la que se encuentran sometidas la sociedades actuales, por consiguiente, si asumimos cuanto antes que sin tecnología no hay mundo posible, el escenario de la ejecución penal deberá adaptarse siguiendo esta premisa a la revolución digital e inteligente de la que somos parte; en efecto, son numerosos los sistemas automatizados y la estructuras inteligentes que se vienen dando en el campo de la justicia en general ⁴¹⁵, y, la ejecución penal como principal escenario de la materialización de la pena, buscará (como ya lo viene haciendo) modernizarse hacía procesos más ágiles y, por ende, más “eficaces”, adoptando para ello, razonamientos economicistas (coste-beneficio), aquellos que incorporan la necesidad de reducir costes, al reducir la población carcelaria al mínimo indispensable. No obstante, nuestro principal reto será limitar el uso de las nuevas tecnologías al principio ético; es decir, sujetar su incorporación, o, mejor dicho, su indetenible penetración dentro de un marco sólido de respeto por los derechos humanos de quienes resulten

⁴¹⁵ Sobre este punto y en España, puede verse en extenso a ARMENTA DEU, T.: *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Madrid: Marcial Pons, 2021, concretamente, pp. 330 y ss. En el que hace acopio del desarrollo legislativo español en la regulación de las nuevas tecnologías. No obstante, reconoce la falta y desarrollo de este, dado el dinamismo y los cambios que en sí suponen los avances tecnológicos, que siempre irán muy adelantados a los cambios legislativos que los regulen. Lo que precisa, una constante y compleja evaluación de contenidos, que permitan adecuar la norma al dinamismo de estos avances.

vigilados (garantías). Si lo logramos estaremos contribuyendo a mejorar nuestros sistemas de ejecución penal.

Con la introducción de estos mecanismos lo que debe buscarse es ampliar el rango de libertad, por sobre el encierro y, en efecto, el carácter democrático de la pena de privación, reduciendo los efectos perjudiciales de esta. O sea, que con la vigilancia electrónica se busque imponer una estrategia de dignificación de aquella, por sobre la imposición de un modelo puro de control. Es así, como las reformas que se vienen operando deben partir de un marco democrático y humano, que permita su evolución, en la medida que asuma una firme preponderancia hacia la construcción de una tendencia más racional, eficaz y eficiente de la pena de privación de libertad. Reformas y transformaciones que, en definitiva, se centren en buscar un real mejoramiento social, en las que no sólo se beneficia quien resulte favorecido con la medida sino también la sociedad misma, al buscar espacios libres que permiten la construcción de un diálogo social.

Sin embargo, esta lógica deberá desconectarse de los intereses cada vez más poderosos del mercado. Esto es: del mercado de suministros de este tipo de tecnologías, que funda sus políticas a través de una visión sesgada y netamente economicista; es decir, en las que prevalecen intereses económicos particulares, en función de los beneficios que representa la construcción de ese sistema de mercados. Lo que, supone imponer una lógica de privatización de la justicia en sectores en los que no pueden tener cabida este tipo de concepciones, por la trascendental función que cumplen a lo interno de la sociedad. Limitar la cada vez más creciente concepción privatista de este sector de la justicia penal, es conservar el valor de la dignidad humana, dentro de una concepción democrática de la pena. De lo contrario, se estará fomentando el apoderamiento de una visión privada del escenario de ejecución penal, que buscará instrumentalizar al hombre, o, mejor dicho, cosificarle, simplemente, para lograr incrementar su valor más determinante: el capital.

Si como ya hemos dicho la pena se conecta con la concepción del Estado que se tenga. Como acertadamente afirma BACIGALUPO: «La función del derecho penal depende de la concepción de la pena que se tenga». Esta concepción sólo puede construirse a través del modelo de Estado que fija el sentido de la pena. Así: «Un Estado más liberal tenderá,

quizá, a acentuar una función preventiva, ético-socialmente neutral o, por lo menos, más neutral. Un Estado menos liberal, por el contrario, daría preferencia a la de una ética social» (1996, p. 5). En definitiva, dependerá del modelo de Estado la concepción de la implementación en el campo jurídico penal de los dispositivos electrónicos de localización y seguimiento.

Ahora bien, la vigilancia electrónica sólo tendrá sentido en un Estado social y democrático de Derecho si con su implementación y aplicación se compatibilizan dos máximas. Por un lado, la certeza en el abandono del delito, y, por el otro, la búsqueda de una mayor humanidad con la ejecución de la pena o medida (Cfr. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS 2017, p. 169). Es así, como, *la historia del Derecho penal es la historia de su progresivo control y racionalización, la historia de sus límites. Y que lo que realmente debe preocupar es una verificación racional del empleo de este instrumento, el más devastador de todos* (GARCÍA-PABLOS, 1984, pp. 51-52).

Recordemos que con su implementación y aplicación se ha buscado una reinserción social más directa, eficiente, eficaz y controlada. O sea, *dar un paso más en el proceso de integración durante el cumplimiento de penas en medio abierto* (BERMUDO CASTELLANOS, 2019: 93). Desde este contexto, se logra cambiar el escenario para lograr ese objetivo, que hasta hoy, con la prisión se muestra absolutamente irrealizable; esto es: se dejan los muros, para posibilitar esta estrategia, a través de la sociedad abierta, con el uso de los dispositivos telemáticos de localización remota. Es decir, se busca superar definitivamente la abierta contradicción que supone reeducar desde la prisión. O, mejor dicho, dotándole de esta manera, a través del empleo de los dispositivos electrónicos de un nivel superior de racionalidad en el cumplimiento de una sanción ejecutada en medio abierto. Y, en este último sentido,

...hay que pensar en un sistema de penas en la que la pena privativa de libertad sea excepcional, residual. La sanción habrá de consistir en la privación de otros bienes jurídicos que en una sociedad democráticamente avanzada son numerosos. En lugar de propugnar el principio de intervención mínima en la calificación de los delitos parece más acorde con los intereses generales e individuales propugnar la excepcionalidad de la pena privativa de libertad⁴¹⁶.

⁴¹⁶ Vid. VICENTE CHAMORRO citado por GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS 2017, nota 319, pp. 169 – 170.

Por último, hemos querido resaltar a lo largo de esta investigación los valores de la libertad y la dignidad humana, como los agentes catalíticos que permitirán reedificar y vertebrar el nuevo catálogo de penas y medidas de nuestro tiempo, que estará profundamente influenciado con la incesante penetración de la nuevas tecnologías. Entonces: ¿bajo qué condiciones se hace legítima la aplicación de la vigilancia electrónica? O, mejor dicho, ¿cuáles son los principios legitimantes para su apropiada implementación en un Estado social y democrático de Derecho? En pocas palabras puede responderse a esta pregunta: Siempre que se legitime con su aplicación los valores de la libertad y la dignidad humana. ¡Es supremamente importante que conservemos el humanismo digital!

Hemos podido percibir a lo largo de esta investigación, una sobreutilización de la vigilancia electrónica, fundamentalmente, el hecho de que se emplee como una fórmula de refuerzo de medidas sustitutivas que anteriormente no eran monitorizadas, como por ejemplo, la libertad condicional. Asimismo, cuando se maximiza y extiende su utilización para delitos de muy escasa gravedad, al igual, que cuando se emplea para un colectivo de muy bajo perfil, que en principio, no justifica este tipo de intervención.

En consecuencia, debemos analizar los supuestos a los cuales se viene aplicando estos dispositivos de control, aprovechando en concreto los beneficios y las ventajas que supone el uso de estas nuevas tecnologías para establecer controles y seguimientos más pertinentes y seguros, con los fines y el sentido del control telemático, si de verdad se busca combatir la masificación carcelaria.

Por otra parte, se percibe en el ambiente judicial, una escasa confianza en su aplicación, producto de: i) desinformación; ii) escasa publicidad de sus resultados; y iii) falta de formación técnica respecto a la gestión y, adecuada implementación de estas medidas. Hacer que los resultados sean más analizados, estudiados y, por ende, divulgados; lo que permitirá concienciarnos de la importancia que para el sistema, representa su adecuada utilización. Si estas medidas se muestran eficaces y coherentes con las exigencias constitucionales, es conveniente su ampliación y desarrollo. La publicidad y la necesidad de estudios al respecto, ampliará su concepción como una herramienta necesaria para lograr trascender la prisión. Es necesario, reforzar el cambio de paradigma, abonar el terreno, construir una racionalidad más coherente con la realidad. Como acertadamente

advierde BECK (1998: 36), quien al variar una frase célebre, afirma: «sin racionalidad social, la racionalidad científica está *vacía*; sin racionalidad científica, la racionalidad social es *ciega*».

Si con la vigilancia electrónica se contribuye a abarcar más; quiero decir, a extender o ampliar el radio de intervención penal, sin que con ello, se genere un efecto minimizador del encierro, poco se estará contribuyendo, con los fines que permitieron su aparición. El reto será convertirla en una verdadera alternativa a la prisión. No, en una prisión alternativa. Es decir: disminuir al mínimo indispensable el uso de la prisión, lo que justificaría su evolución y progreso. De lo contrario, estaremos apuntando en la dirección equivocada.

Posiblemente, no estamos tomando el camino correcto, porque desde su concepción original la monitorización electrónica se ideó para atacar la sobrepoblación penitenciaria, y por tanto, el crecimiento exponencial del encierro. Los elevados costes que aquella política generaba. No obstante, con su implementación no se logra definitivamente acometerse este objetivo. Antes bien, parece incrementarlo. Lo que evidencia que tenemos que idear la manera de con su empleo se disminuya significativamente el uso de la prisión.

Así, respecto al efecto que pueden producir las medidas alternativas a la prisión, en este caso, la vigilancia electrónica como medida alternativa, resulta conveniente advertir como acertadamente el maestro ZAFFARONI, se encarga de subrayar:

En realidad, establecer en el Código Penal sanciones no privativas de libertad, puede tener en la práctica distintos resultados. Uno de ellos es se queden en el Código Penal y que los jueces no las apliquen nunca. Otro de los posibles resultados es que estén en el Código Penal y que se apliquen muy poco, reemplazando algunas penas de prisión, lo que aliviaría en parte los índices de encarcelamiento. Otros es que estén en el Código Penal y que se apliquen a las personas que, de otra forma, nunca serían encarceladas, con lo cual aumentaría un poco el ámbito de lo punible. Otra es que estas dos últimas variables se hagan en cierta escala significativa.

Si redujéramos estas alternativas a tres, diríamos que es posible: 1) que estén en el Código y no se apliquen nunca; 2) que estén en el Código y se apliquen en sustitución de algunas penas privativas de libertad, con lo cual se reduciría considerablemente el ámbito de la

pena privativa de libertad, y 3) que encontremos con que están en el Código Penal y que tenemos el mismo número de presos, o bien que tenemos un número parecido o superior de condenados a penas no privativas de libertad, con lo cual habríamos aumentado el número de penados sin disminuir el número de encarcelados. Por lo tanto, puede ser un instrumento que reduzca el ámbito de la penalización o que aumente el ámbito de la penalización. O bien, puede ser un instrumento que quede en el Código Penal y no sirva para nada⁴¹⁷.

Estos efectos subrayados por el maestro argentino, son los que han de evitarse si se quiere avanzar en una verdadera política criminal con sentido, eminentemente, reductor del ámbito de la prisión; que, en definitiva, es el propósito por el cual surgieron las medidas alternativas a la prisión. De manera que, si, con la implementación de la vigilancia electrónica estamos contribuyendo a producir esos resultados; es decir, expandir el ámbito del derecho penal y sus tentáculos, sin acotar las prisiones, en nada, se generará un cambio de perspectiva, respecto a lograr contener el ámbito de la prisión, esto es, menos cárcel mediante un control social más racional. El desafío, el nuestro, quiero decir -el Latinoamericano- ha de ser reducir significativamente el encarcelamiento, como al final lo subraya el profesor argentino: “[s]i queremos remplazar la prisión por alternativas a la misma, detengamos el aumento en el número de celdas y de cárceles”⁴¹⁸.

Ahora bien, ¿por qué las alternativas a la prisión fracasan constantemente? Este planteamiento ha de reorientarse a la vigilancia electrónica para evitar cometer los mismos errores en su implementación, gestión y aplicación. En este sentido, no puede vaciarse la prisión sin una estructura social compensatoria. El traspaso de internos a otras instituciones no cerradas, implica adjuntar: primero, voluntad política y; segundo, convicción y apoyo en su implementación. Si carecemos de voluntad y del apoyo necesario para su adecuada implementación, no será más que una figura simbólica. Por tanto, es necesario dar fortaleza a los ejes que posibilitan su implementación y progreso, esto es: a) número de centros telemáticos y unidades de monitorización adecuadamente acondicionados, tecnológicamente avanzados, que permitan mejorar las actividades de supervisión y respuesta; b) la creación de una red de servicios comunitarios orientados

⁴¹⁷ ZAFFARONI, E.R. : “¿Qué hacer con la pena? Las alternativas a la prisión”. Disponible en: [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/85/3.pdf>] Consulta: 22-01-22.

⁴¹⁸ Ibid.

a la supervisión del cumplimiento de las medidas de control y; c) la sinergia y total coordinación de las instituciones implicadas en su gestión.

En efecto: la vigilancia electrónica surge, precisamente, en el caso Latinoamericano, para paliar esa falta de supervisión adecuada y eficaz, esa ausencia de coordinación en la supervisión del cumplimiento de las alternativa a la prisión. O mejor dicho, de esas dificultades de coordinación entre las distintas instituciones encargadas de su gestión, es decir, para facilitar y agilizar estas tareas. Es necesario, entonces, reforzar los servicios de esa red para garantizar la supervisión de los internos lejos del modelo institucionalizador, que representa la prisión. Se trata, en definitiva, de adoptar un programa de cumplimiento y control de la pena, más flexible que la prisión, pero no menos eficiente, en la medida en que este no aparta al interno de su entorno, de su comunidad, de su familia, de su trabajo, en fin, de su vida social y, a su vez, garantiza un mejor y mayor control en el cumplimiento de la pena, sin que, con ello, se anule su subjetividad, al hacer de la estructura institucional cerrada el centro de atención y focalización.

Sobre los horizontes penales que se dibujan para el futuro ZAFFARONI, citado por RIVERA BEIRAS (2009: 350-351), destacaba:

Hace no mucho tiempo, Raúl Zaffaroni, a propósito del futuro de la cárcel, indicaba en una conferencia que sólo un país como Estados Unidos puede aguantar un constante presupuesto negativo en los sectores de la administración de justicia. Ello sucedería, señalaba el profesor y juez argentino, por la existencia de los cinco millones de personas sujetas a medidas penales (privativas o restrictivas de libertad), lo cual necesita otros millones de operadores sociales y penales que trabajan en aquella administración; ello permite, agregaba, equilibrar las tasas de desempleo en aquel país. Mas, concluía, los demás Estados no pueden aguantar —desde un punto de vista económico-presupuestario— una situación semejante. Todo ello lleva a Zaffaroni a anunciar la “pronta desaparición de las cárceles”. En efecto, el citado autor intentaba demostrar que en la era de la globalización, la cárcel desaparecerá - “en una década” - por sus elevadísimos costos económicos. ¿Qué tipo de control punitivo ocuparía su lugar? Zaffaroni indicó que la cárcel será suplantada por *chips* y medios similares, de tal modo que si el preso *monitoreado* no se comporta adecuadamente, se le podrá enviar una descarga dolorosa o paralizante. Agregaba, asimismo, que si ello ya se hace con perros, pasar de la Facultad

de Veterinaria a la de Derecho sólo requiere atravesar un *campus*. En síntesis: las cárceles desaparecerán, no por motivos éticos ni jurídicos, sino por razones estrictamente presupuestarias. (Cfr. *La cuestión carcelaria, Volumen I*, 2ª ed., Del Puerto, Buenos Aires, 2009; pp. 350 y 351).

Si bien es cierto, la posición de ZAFFARONI no fue del recibo de RIVERA BEIRAS, quién concluía, por el contrario, que la masificación seguía multiplicándose de manera exponencial y más intensamente con las políticas de privatización importada desde los Estados Unidos, lo que por consiguiente, se traducía, por un lado, en el desmantelamiento del sistema de garantías y, por el otro, en la nueva implantación del estado penal de la miseria, ambas serían las tendencias más consolidadas de nuestro tiempo. En síntesis, que la cárcel, por ahora, no desaparecerá, porque seguimos apostando a un discurso de la exclusión y de la eliminación del riesgo, o sea, de una visión securitaria extrema en la era de la globalización y de la postmodernidad. Sin embargo, estoy de acuerdo, con el maestro ZAFFARONI, que ve en los sistemas de monitorización electrónica el futuro del sistema de sanciones, lo que paulatinamente ira reduciendo el ámbito de las prisiones, las cuales, tarde o temprano, dejarán de resistirse a su radical minimización, fundamentalmente, por razones presupuestarias. Como afirma ZAFFARONI (2014:14):

Otra perspectiva del control electrónico es la posibilidad de eliminación o reducción al mínimo de la prisión, tal como la conocemos en la actualidad: las rejas serían reemplazadas por los *chips*. La actual marcada tendencia a aumentar la prisionización, aun por hechos de escasa gravedad tiene límites, puesto que la prisión, incluso en condiciones deplorables, tiene costos muy altos (y aun mucho mayores cuando se privatizan sus servicios), lo que de alguna manera (por cierto, no la más racional) pone un límite al crecimiento de la población prisionizada, en tanto que el control electrónico podría llegar a ser muy barato y extenderse a un número ilimitado de personas. Esto puede tener lugar en un futuro no muy lejano, lo que dependerá del poder de *lobby* de los fabricantes de prisiones.

Si bien es cierto, la influencia de las grandes corporaciones y transnacionales de las fábricas de la prisión que cotizan en la bolsa norteamericana, es cada vez mayor, para el caso de América Latina, no existe ese riesgo, no por falta de materia prima (privados de libertad), sino, por el déficit presupuestario que producen a lo interno de sus estados. Lo

que convierte a la vigilancia electrónica en una alternativa más barata, pero también más humana, que estaría muy cerca de reemplazar la hegemonía de la prisión; más por una necesidad, que por una real conveniencia. En consecuencia, los *chips* reemplazarán la prisión, como acertadamente afirma el maestro argentino.

Por otra parte, conviene advertir, que la aceptación acrítica de estos mecanismos, es un fenómeno altamente perjudicial para las sociedades democráticas modernas, en este sentido, se deben multiplicar esfuerzos para limitar y sujetar su empleo, a fórmulas legislativas precisas, esto es: aquellas que para su incorporación generen una discusión parlamentaria sana, crítica y justificada para la aprobación e implementación de estos mecanismos, dado su elevado poder de intromisión en la esfera privada de quienes resulten monitorizados electrónicamente, lo que, en consecuencia, se corresponde con los derechos fundamentales que pudieran verse amenazados o afectados con su aplicación y empleo: derecho a la dignidad, privacidad e intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, etc.

Permitir que el Estado recurra a este tipo de mecanismos haciendo uso mecanismos reglamentarios y de herramientas (circulares e instrucciones) administrativas internas carentes de un adecuado encuadramiento legislativo, es sencillamente, violar la reserva legal y la jerarquía normativa a la que se encuentra sujeta toda posible afectación a derechos fundamentales, que ha de imperar para la implementación de este tipo de medidas o penas, en el campo de la justicia penal; es decir, es necesario no reforzar, ni tampoco, legitimar el poder totalizador que ya de por sí, representa la función penal estatal. En pocas palabras: hacer crecer el estado leviatán.

En definitiva, los sistemas de vigilancia electrónica han de ser redireccionados a cumplir los objetivos de las penas intermedias, cuando ello, por supuesto, sea posible. En este sentido, su esencia debe significar: por un lado, reducir el incontrolable uso de la prisión; y por el otro, disminuir o atenuar sensiblemente los costes del sistema penal. Sólo así, podemos hacer que la monitorización telemática se convierta en un instrumento creíble, tanto para la opinión pública, que demanda seguridad y garantías; como para los operadores jurídicos que las aplican, en la medida que esta sea lo suficientemente apta de aportar credibilidad, se refuerce con su uso el efecto incapacitador, esto es, se reduzca significativamente la reincidencia. Lo que se viene logrando con la aplicación de estos

dispositivos telemáticos, en virtud, de los buenos resultados alcanzados en su gestión y aplicación.

Y, por último, hacer que se perciba como una medida lo suficientemente severa que permita generar la confianza necesaria a lo interno de la sociedad, de que con su implementación se estará contribuyendo con la paz social y a la convivencia democrática, a la consolidación del estado de derecho, esto es, ampliando significativamente la opción de la reinserción social, que es la meta trascendental del Derecho penal, según la Constitución. Esto es, que logremos: optimizar los valores democráticos, de un sector que se distingue por la falta de aquellos.

Finalmente, debemos retomar las sabias y últimas palabras de BECCARIA (2015, p. 87), cuando afirmó:

...para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano privado, debe ser esencialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes.

En consecuencia, son los utópicos, -en todas las épocas de la historia-, los responsables del cambio de paradigma. En fin, ¿es la cárcel lo mejor que nos ha pasado? Vale la pena volver a lanzar el debate en profundidad y reflexionar seriamente sobre ello, a la luz de las nuevas tecnologías, esto es, de las innovaciones tecnológicas y de las TIC, en plena era de la revolución digital. En efecto, el único instrumento que permite madurar las ideas, para luego llevarlas al terreno es: la reflexión.

2. CONCLUSIONES

Una vez sintetizados los hallazgos más relevantes de la investigación, o mejor dicho, el resultado que hemos podido obtener a lo largo de este recorrido podemos señalar las siguientes conclusiones:

Primera: La incorporación de la VE evidencia que la cárcel es un instrumento de control social excesivamente gravoso, perjudicial e ineficaz.

Segunda: La mejor justificación de la incorporación de la VE es que con su aplicación se evita el ingreso a la prisión, pero no sólo esa es la meta; la meta ha de ser, sin duda, que con ella se alcancen los fines de prevención asignados a la pena. Esa y no otra, ha de ser su principal justificación. Porque como bien sentenció HASSEMER (2016: 55) *los fines se mueven, y se miden por lo que realizan*. De esta manera, la principal motivación en la búsqueda de esa alternativa a la prisión ha de ser, por todas, evitar los efectos perjudiciales que la prisión implica no sólo para el condenado, sino también para su núcleo familiar. En este punto, resulta especialmente significativo el componente de empatía que con la aplicación del control telemático se logra, en contraste, con la prisión. En definitiva, si con la VE se logra vincular de un modo más eficaz la contención de la comisión de delitos futuros, logrando de esta forma apartar al monitorizado, de la comisión de los mismos, es decir, que este no reincida, disminuyendo en consecuencia las tasas de reincidencia, como lo acredita la experiencia en la aplicación de estos dispositivos electrónicos, estaremos contribuyendo a sumar niveles de eficiencia al minimizar con este recurso la comisión de delitos futuros, y por ende, se fomentará la convivencia pacífica, la paz social y el progreso.

Tercera: Su incorporación obedece a una estrategia directa de la denominada cultura del control, asimismo, a la consolidación de un modelo político criminal securitario que busca fundamentalmente desarrollar un conjunto de medidas eficientes que permitan contener el riesgo, disminuir los costes que representa el modelo carcelario y emplear a su vez un discurso rehabilitador, con fines incluyentes. En este sentido, se erige como un instrumento eficaz para reinsertar sujetos de bajo o medio riesgo, en cuanto, se propicia su rápida inclusión en la sociedad, lo que en efecto satisface los fines de la prevención especial positiva, reduciendo considerablemente las tasas de reincidencia a quienes se le somete a esta medida. Estos programas evidencian objetivamente una mayor tasa de cumplimiento. Lo que sin duda permite reconocer sus ventajas para favorecer la reinserción social. Por otra parte, se aprecia su utilidad para dar continuidad al tratamiento rehabilitador de los perfiles mayor riesgo , al optimizar el control y seguridad de los permisos de salida, garantizando a través de estos mecanismos el seguimiento en el control y cumplimiento de los mismos.

Cuarta: El desarrollo legislativo, es una necesidad imprescindible, que permitirá que los dispositivos tecnológicos se desarrollen dentro de un marco respetuoso de los derechos

fundamentales de los reclusos sometidos a la VE. Asimismo, ha de evitarse la incorporación de estos mecanismos por vías reglamentarias e incluso, por vías de instrucciones y circulares administrativas que representan una afrenta al principio de legalidad de las penas. Por lo tanto, es aconsejable que se adopten, fórmulas legislativas precisas acordes con los derechos fundamentales que posiblemente puedan verse amenazados con la aplicación de estos dispositivos.

Quinta: La implementación de los sistemas de VE ha demostrado con solvencia, que la utilidad de la aplicación de estos mecanismos se multiplica cuando se combinan estas técnicas con los programas de tratamiento, por ende, ha de traducirse en una mayor efectividad y eficiencia en lograr sus cometidos constitucionales. El éxito de estos dispositivos se cimienta en los bajos niveles de reincidencia que se presentan con la aplicación de esta técnica. El seguimiento más individualizado permite que se profundice en una asistencia y apoyo más eficiente, esto es: más humano, en términos de un mayor alcance de la reinserción social. No obstante, hay que recalcar que la VE no es un fin en sí mismo, es decir, no es un instrumento rehabilitador, es sí, una herramienta que facilita la reinserción social, al evitar el ingreso en la prisión y reforzar el contacto con el exterior. En este sentido, lo verdaderamente importante es que cuando se combinan estas técnicas con los programas de tratamiento individualizados, las posibilidades de éxito se incrementan.

Sexta: La VE fomenta la efectiva reparación del daño a la víctima, cuando se exige legalmente como requisito para la procedencia de la medida, que se repare el perjuicio causado, lo que genera un acercamiento a la víctima, propiciando con ello, que el penado acepte su responsabilidad en el hecho, produciendo de esta manera un efecto resocializador, al reparar efectivamente el perjuicio causado.

Séptima: La incorporación de la VE busca generar un efecto humanizador en el sistema penitenciario, cuando se apuesta definitivamente por una herramienta que ayuda a despresurizar la cárcel, evitando los efectos desocializantes que produce el encierro, en la medida que posibilita la permanencia y el contacto con el mundo exterior, evitando con ello, las patologías tradicionales de la prisión. Con lo cual, se compatibiliza la prevención general negativa y la especial positiva, en la medida que el monitorizado evita la prisión sin riesgo de menoscabar la seguridad ciudadana. Con los sistemas de VE, en cualquiera

de sus modalidades se favorece la rehabilitación, por cuanto, facilita la incorporación del sujeto al mundo exterior, evitando con ello las influencias negativas del encarcelamiento. Favorecimiento que se percibe en la aplicación de los dispositivos telemáticos utilizados en el ámbito de la sustitución o suspensión de la pena, en las penas de localización permanente, en el arresto domiciliario electrónico, y en efecto, en las medidas de excarcelación anticipada.

Octava: Si el objetivo con el nació la VE es la de descomprimir las prisiones y disminuir los costes que genera este sistema, perjudicial y retrogrado de la cárcel como principal reacción penal, ha de apuntarse a un cambio de enfoque, o mejor dicho, un cambio metodológico en el perfil de los colectivos beneficiados hasta ahora por el sistema telemático de vigilancia, es decir, se ha de redirigir o reorientar la media hacia perfiles intermedios, siempre y cuando, se verifiquen y acrediten presupuestos que aconsejen la implementación de la medida, para buscar que con su aplicación se asuma una real política de descarceración. En el entendido, de que son las penas intermedias las que acrecientan las cifras de la población penitenciaria. Lo que hasta ahora no ha sido posible.

Novena: La VE sirve para rebajar la tensión en las cárceles y compensan una política penal menos aflictiva o perjudicial, de forma menos violenta y a un menor coste. Por ello, es supremamente necesario profundizar en esta línea de investigación si queremos definitivamente trascender o superar la asfixiante hegemonía de la prisión, esto es, la masificación carcelaria, en un debate que apenas comienza.

Decima: Es preciso concienciarnos, de que la ejecución penal, más temprano que tarde, se edificará a través de la aplicación de las nuevas tecnologías, de las innovaciones y de los adelantos científicos, que hoy por hoy, se materializan en los principales sistemas penitenciarios del planeta. Con lo cual no puede asumirse una postura de constante negación ante lo que se presenta como una realidad inocultable. El progreso tecnológico sin duda es el responsable de la aparición del control telemático, de su consolidación como fórmula de control social institucionalizada y de su acelerada expansión global, en el ámbito de las penas. Lo que hace de este instrumento tecnológico una modalidad penal con un impresionante poder expansivo, que ha logrado en muy corto tiempo configurarse como una reacción penal que permanentemente socava los fundamentos tradicionales de la prisión, como pena predominante de nuestro tiempo. Su afianzamiento parece

indetenible y su evolución y hegemonía es cuestión de tiempo. Esto supone ponderar las causas de su éxito en el ámbito de la ejecución penal, lo que se acrecienta por su versatilidad para satisfacer las distintas necesidades que se presentan en esta materia, las cuales compensa a un menor coste y con mayor eficiencia que lo que supone la prisión. Es decir, su eficacia y eficiencia para conseguir los fines tradicionalmente asignados al encierro. Asimismo, del triunfo del modelo político criminal de seguridad ciudadana y del control de riesgo, una de cuyas manifestaciones es sin duda el control telemático.

Decima primera: Es de la cultura del control del riesgo, que se nutre la idea de la eficiencia de la VE. Con su incorporación al ámbito de la ejecución penal se ha pretendido alcanzar un modelo de administración de justicia penal moderno que gestione eficientemente sus recursos, al introducir una perspectiva de coste-beneficio; es decir, se busca lograr un mismo fin a un menor coste económico y humano. En este sentido, puede afirmarse que con su incorporación se ha buscado frenar el colapso y los exorbitantes gastos generados por el modelo de masificación carcelaria, o mejor dicho, por el uso excesivo de la pena de prisión. En consecuencia, el uso masivo del encarcelamiento fomentó la implementación del control telemático como alternativa a la prisión, en la medida en que con su implementación se ha buscado liberar las plazas penitenciarias, ahorrando de esta manera recursos a la administración, a su vez, que se garantizan mejores condiciones en el cumplimiento de las penas.

Decima segunda: La adopción de los sistemas de VE en Iberoamérica ha obedecido a la incorporación de una estrategia que busca atacar su principal necesidad, en el ámbito de la ejecución de las penas de prisión, esto es, la necesidad de descongestionar las superpobladas plazas penitenciarias de los centros de reclusión. Es decir, despresurizar las altas tasas de hacinamiento que experimenta la región. En efecto: se adopta un modelo que promueve el control telemático en el ámbito de la prisión cautelar o preventiva, la excarcelación anticipada y como mecanismo de refuerzo del cumplimiento de las penas sustitutivas o alternativas tradicionales: suspensión condicional de la pena, libertad condicional, entre otras fórmulas locales o regionales, que no gozaban de un control rígido y seguro, con lo cual, se pretende mejorar su control, seguimiento y cumplimiento.

Decima tercera: Con la monitorización telemática se advierte una reformulación de la máxima protección que el ordenamiento garantiza al entorno privado, esto es: al

domicilio. Reformulación que flexibiliza la especial protección de la intimidad y privacidad de este ámbito en la vida de las personas. Lo que evidencia su necesaria regulación legal. No obstante, conviene esclarecer que en ningún caso se revela información de la vida íntima del beneficiado y su familia. Para el caso, de la VE por RF o VV sólo se determina la entrada y salida del domicilio. En tanto, que para los dispositivos de GPS, se limita a conocer la geolocalización de la persona, es decir, su ubicación geográfica, sin que con su aplicación se acceda a información de la vida íntima del vigilado, ni mucho menos, de terceras personas que convivan con el mismo. Por lo tanto, se debe mantener esta limitación para garantizar que mediante su aplicación se viole tales derechos fundamentales.

Decima cuarta: Respecto a la afectación de los derechos fundamentales y, en relación a la más seria amenaza que denuncian sus destinatarios, es el sometimiento a un estigmatizante etiquetamiento tecnológico, producto de la visibilidad de los dispositivos electrónicos. Sin embargo, esta posible afectación ha venido superándose con los avances de la tecnología haciendo de estos dispositivos instrumentos más ligeros con menor densidad o volumen, incluso, las pulseras y tobilleras han venido reemplazándose por microchips del tamaño de un grano de arroz que pueden llegar a ser indetectables. En este punto, la nanotecnología suprimirá los niveles de estigmatización que eran atribuidos al uso de tales dispositivos y, con ello, se evitaban o reducirán significativamente los efectos perniciosos en la esfera social del vigilado, todos ellos caracterizados por el cambio de rutinas para evitar ser reconocidos o identificados. Lo que repito esta siendo superado.

Por último, la mejor manera de humanizar las prisiones es, sin duda, abriendo sus puertas.

3. RECOMENDACIONES

Sería recomendable para mejorar los sistemas de VE se aprecien los siguientes aspectos:

- Su regulación debe fijarse en una Ley Orgánica, ello en razón, de que el uso de los dispositivos electrónicos puede afectar derechos fundamentales. Con lo cual, es imprescindible su desarrollo normativo.
- Si efectivamente su ámbito de aplicación es la ejecución penal, tales dispositivos deben perseguir los mismos fines asignados constitucionalmente a las penas. Esto es:

la rehabilitación y la reinserción social. De manera que su configuración normativa ha de obedecer a este fin, en la medida en que facilitan y fomentan tales cometidos.

- Su aprobación y aplicación ha de reservarse exclusivamente a un órgano jurisdiccional. Juez de ejecución o de vigilancia penitenciaria.
- Los sistemas de VE deben revestirse de garantías mínimas: a) Determinación legal expresa de todas sus modalidades; b) Preservación del consentimiento expreso del penado o del beneficiario de la medida, toda vez que la colocación de estos dispositivos se realiza en el cuerpo y en el domicilio del monitorizado. De lo contrario, se estaría legitimando una actuación intrusiva que podría vulnerar sus derechos fundamentales.
- La VE debe limitarse a periodos de corta duración para garantizar su efectividad y eficiencia.
- Se recomienda preservar la gratuidad de acceso al dispositivo, con el objeto de evitar que su implementación se convierta en un instrumento discriminatorio de la población privada de libertad, que en su gran mayoría son de escasos recursos, con mayor razón para Suramérica.
- Debe aplicarse siguiendo criterios de proporcionalidad en todos los casos, en función de la gravedad del delito y de las circunstancias individuales del beneficiario de la medida. Determinando, por supuesto, en que casos la medida se muestra desproporcionada.
- Ha de crearse una unidad de seguimiento, que efectúe informes evaluativos periódicos del funcionamiento de los distintos sistemas de control telemático; con el objeto de conocer el impacto de su implementación.
- Todo país que se plantee implementar la VE debe realizar planes piloto que permitan conocer la viabilidad de la medida antes de la instauración definitiva. Lo que efectivamente garantizará el éxito en su implementación.
- Es necesario que se garantice una coordinación eficaz entre los distintos operadores del sistema. Asimismo se debe diseñar una base de datos integral de los beneficiarios, registro, seguimiento y control de cumplimiento que sea compartida entre los mismos, por canales telemáticos que agilicen el buen funcionamiento y completa operatividad del sistema.
- Se aconseja su aplicación en el ámbito de la prisión preventiva, lo que cobra sentido, al aplicarse a sujetos que gozan de la presunción de inocencia. Además que facilita la

descongestión carcelaria, con mayor necesidad para el caso Latinoamericano, dado los altos niveles de hacinamiento, en gran medida evidenciado por la población preventiva.

- Los sistemas de VE deben combinarse con los programas de tratamiento penitenciario, en la medida en que su vinculación no obstaculice el desarrollo tales actividades. Por tratarse de un instrumento que facilita la reinserción social, al fomentar el contacto del vigilado con el exterior, lo que no lo convierte propiamente en un mecanismo rehabilitador.
- Deben optimizarse la cobertura de los sistemas de GPS. Lo que se viene mejorando, actualmente. Al igual, que los sistemas de comprobación de incidencias, evaluando la posibilidad de implementar en este campo la utilización de microdrones que verifiquen el estado real de las mismas, evitando el traslado de los agentes supervisores y reduciendo el tiempo de respuesta.
- Blindar los dispositivos de sistemas antisabotaje, lo que mejorará en gran medida su operatividad y eficiencia.
- Los algoritmos y cálculos actuariales deben mejorar las posibilidades de defensa. Garantizar su transparencia, evitar sesgos y mejorar su trazabilidad. Así como también, garantizar la impugnación de sus decisiones, a quienes resulten afectados.

REFERENCIAS

- ABOSO, G.E. (2017). *Derecho penal cibernético. La cibercriminalidad y el derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*. Buenos Aires: Euros Editores.
- AGUADERO FERNÁNDEZ, F. (1997). *La sociedad de la información. Vivir en el siglo XX*. Madrid: Acento Editorial.
- AGÜERO MENA, H. y MORA VEGA, A. (2018). *La finalidad resocializadora de la pena alternativa desde la perspectiva del arresto domiciliario monitoreado*. Tesis de grado. Universidad de Costa Rica, 2018. [<https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2018/11/5-TEISIS-para-imprimir.pdf>]
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2001). *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Granada.
- ANITUA, G. I. (2011). *Castigo, cárceles y controles*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- ANTÓN ONECA, J. (1944). *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*. Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945. Salamanca: Imprenta Cervantes.
- ARENAL, C. (1991). *El visitador del preso*. Madrid: Acope.
- ARENAS GARCÍA, L. (2018). *Los medios de control telemáticos en el sistema penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ARIZA, L.J. Y TAMAYO ARBOLEDA, F.L. (2020). «El cuerpo de los condenados. Cárcel y violencia en América Latina», en *Revista de Estudios Sociales* 73 (2020): 83-95. [<https://revistas.uniandes.edu.co/doi/10.7440/res73.2020.07>]

- ARMAZA ARMAZA, E. J. (2010). “Posibilidades de aplicación del «control telemático» como parte del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso en derecho español”. En *Temas actuales de investigación en ciencias penales. I Congreso Internacional Jóvenes Investigadores Ciencias penales*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 349 - 370.
- ARMENTA DEU, T. (2021). *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*. Madrid: Marcial Pons.
- AYALA CORAO, C.M. (2016). «Presentación», en *Portafolio de Propuestas Penitenciarias*, Observatorio Venezolano de Prisiones. Caracas-Venezuela: Gráficas Lauki.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. (1996a). «Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho Penal Europeo actual», *Revista del Poder Judicial* 2.^a/3.^a Época, Núm. 43-44, Madrid, 1996, II.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. (1996b). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tercera reimpresión. Colombia: Editorial Temis S. A.
- BALDOVA PASAMAR, M. Á. (2004). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- BALLESTEROS, F. (2002). *La brecha digital. El riesgo de exclusión en la sociedad de la información*. Madrid: Fundación Retevisión auna.
- BAÓN RAMÍREZ, R. (1996). «Visión general de la informática en el nuevo Código Penal», en *Cuadernos de Derecho judicial*, Núm. XI, Madrid.
- BARATTA, A. (1989). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. México: Siglo XXI Editores.
- BARBERO SANTOS, M. (1977). *Política y Derecho Penal en España*. Madrid: Tucur.

- BARONA AGUILAR, S. (2021). *Algoritmización del derecho y de la justicia. De la inteligencia artificial a la smart justice*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BARROS LEAL, C. (2009). *La ejecución penal en América Latina a la luz de los derechos humanos: Viaje por los senderos del dolor*. México: Porrúa/Ilanud/Facultad de Derecho de la UNAM, pp. 98 – 99.
- BARROS LEAL, C. (2010). *La vigilancia electrónica a distancia. Instrumento de control y alternativa a la prisión en América Latina*. México: Porrúa/ Ilanud/Cela.
- BBC Mundo. «Venezuela abandona la Corte Interamericana ¿cambia algo?» por Abraham Zamorano, Caracas, 09 de septiembre de 2013. [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/09/130909_venezuela_corte_interamericana_salida_derechos_humanos_az].
- BECK, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós.
- Beck, U. (2008). *¿Qué es la Globalización? Falacias del Globalismo, respuestas a la Globalización*. (trad. de Bernardo Moreno y M^a. Rosa Borràs). Barcelona: Paidós.
- BELTRÁN, J. (2009). «Los sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos a la prisión en Colombia», en *VI Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal 2009*. [https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5272/13_vigilanciaelectronica_Beltran.pdf?sequence=1]
- BENTHAM, J. (1979). *El Panóptico*. Ed. La Piqueta.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (1999). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Madrid: Iustel.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./GÓMEZ RIVERO, C./ NIETO MARTÍN, A. (2001). «El sistema penal y penitenciario peruano. Reflexiones político-criminales» ISSN: 1130-2887. Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 19-47.

[file:///C:/Users/34621/Downloads/2764-Texto%20del%20art%C3%ADculo-7952-1-10-20091111.PDF]

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2018). *Reflexiones penales desde Salamanca*. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana». Salamanca: Gráficas Lope.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y PÉREZ CEPEDA, A. (2011). «Derechos humanos y Derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones», en *Revista Penal México*, núm. 1, enero-junio de 2011.

BERGALLI, R., Introducción al libro *Cárcel y Derechos Humanos: Enfoque Relativo a la Defensa de los Derechos Humanos Fundamentales de los Reclusos*, coordinado por Iñaki Rivera Beiras, Barcelona, J.M. Bosch, sin fecha.

BERMUDO CASTELLANO, J.M. (2019). «Medios telemáticos en la Administración Penitenciaria española», en *Revista de Estudios Penitenciarios Extra 2019*, Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, pp. 87-101.

BOBBIO, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. (trad. de Rafael de Asís Roig). Madrid: Editorial Sistema.

BOLÍVAR, L. (2012). *Venezuela y la CIDH*, Caracas: Centro de Derechos Humanos. UCAB. [<https://archivo.provea.org/actualidad/centro-de-derechos-humanos-ucab-venezuela-y-la-cidh/>].

BONESANA, C. (1982). *De los delitos y las penas*, (trad. Thomas y Valiente, Francisco). Madrid: Ed. Aguilar.

BONET NAVARRO, J. (2020). «Algunas reflexiones sobre la viabilidad de la inteligencia artificial en el proceso penal», *Revista INMEXIUS. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, año IV, núm. 40, Abril 2020. [<https://www.uv.es/ajv/obraspdf/Algunas%20reflexiones%20sobre%20la%20viabilidad%20de%20la%20Inteligencia%20Artificial%20en%20el%20proceso%20penal.pdf>]

- BORJA, J. Y CASTELLS, M. (1998). *Local y global. La gestión de las ciudades en la era de la información*. Segunda edición. Madrid: Taurus.
- BRADBURY, R. (2020). *Fahrenheit 451*. Barcelona: Minotauro.
- BRAVO DAVILA, L.A. (1981). *Bases para el desarrollo de un sistema de probación en Venezuela*. Caracas: Dirección de Prisiones Ministerio de Justicia.
- BUENO ARÚS, F. (1987). «Las reglas penitenciarias europeas», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Núm. 238, Madrid, Ministerio de Justicia, pp. 11 -18.
- BUENO ARÚS, F. (2003). *La ciencia penal: un modelo de inseguridad jurídica*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.
- BUJOSA VADELL, L. (2020). «Inteligencia artificial y proceso», en *Derecho procesal, Nuevas tendencias, XLI Congreso colombiano de derecho procesal*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal-Universidad Libre.
- BURGESS, A. (2003). *La naranja mecánica*. Barcelona: Editorial Minotauro.
- CADALSO, F. (1922), *Instituciones penitenciarias y similares en España*, Madrid, José Góngora Impresor (Biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona).
- CALDERÓN SUMARRIVA, A. C. (2012). *La vigilancia electrónica: una alternativa de humanización del derecho penal*. Lima: Editorial San Marcos. Escuela de Altos Estudios Jurídicos.
- CARRANZA, E. (2009). *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*. Siglo XXI/ILANUD.
- CARTA ÉTICA EUROPEA SOBRE EL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS SISTEMAS JUDICIALES Y SU ENTORNO. Consulta en línea, disponible en:

[<https://campusialab.com.ar/wp-content/uploads/2020/07/Carta-europea-sobre-el-uso-de-la-IA-en-los-sistemas-judiciales-.pdf>] e%CC%81tica-

CASCAJO CASTRO, J.L., “Los fines de la pena en el orden constitucional”, en *Derecho penal y criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminalísticas, Volumen XVIII, Números 57/58, septiembre 1995/ abril 1996, Universidad Externado de Colombia.

CASTELLS, M. (1998). *La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura*. Madrid: Alianza Universidad.

CASTRO MORENO, A. (2008). *El por qué y para qué de las penas* (Análisis crítico sobre los fines de la pena). Madrid.

CCNesnoticias, de 30 de diciembre de 2020. [<https://ccnesnoticias.com/2020/12/30/al-menos-14-reclusos-iniciaron-una-huelga-de-sangre-por-retardo-procesales>].

CERVELLÓ DONDERIS, V. (2012). *Derecho penitenciario*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

CHIOSSONE, T. (1952). *Apuntaciones de Derecho penitenciario*. San Juan de los Morros (Venezuela): Ministerio de Justicia.

CHRISTIE, N. (1993). *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?* Buenos Aires: ediciones del Puerto.

CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E., (coords.). (2002). *Jueces penales y penas en España (Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T. S. (1980). *Derecho penal. Parte general, I*, Valencia.

COHEN, S. (1988). *Visiones de Control Social*. Barcelona: PPU. (trad. Elena Larrauri).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). (2015). Informe Anual 2015. Capítulo IV. Venezuela. B. Personas privadas de libertad, párrs. 319- 328. [<https://issuu.com/proveaong/docs/informeannual2015-cap4-venezuela-es>].

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 08 DE ABRIL DE 2019, cuyo encabezamiento se intitula de la siguiente manera: «Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano». Bruselas. COM (2019) 168 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0168>

CONDE PUMPIDO, M. (1989). «Juzgado de vigilancia penitenciaria: valoración crítica, especial referencia al artículo 76», *VI Jornadas penitenciarias andaluzas*, Consejería de Gobernación, Edita Junta de Andalucía, Almería, p. 22.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH). Resolución de 06 de julio de 2009, Considerando 11°. Asunto: Internado Judicial de Ciudad Bolívar “Cárcel de Vista Hermosa”. Medidas provisionales respecto de Venezuela. [<https://summa.cejil.org/api/files/103194.pdf>]

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH). Resolución de 6 de septiembre de 2012. Solicitud de ampliación de medidas provisionales a favor de Marianela Sánchez Ortiz y familia respecto Venezuela. [<https://summa.cejil.org/api/files/103194.pdf>].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH). Sentencia de 5 de julio de 2006, (CorteIDH): caso Montero Aranguren (Retén de Catia) y otros vs. Venezuela. Párr. 64. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH). Sentencia de 19 de enero de 199, caso: Neira Alegría y otros vs. Perú. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf].

CREMADES, J. (2001). *El Paraíso Digital*. Madrid: Plaza & Janés.

CUELLO CALÓN, E. (1958). *La moderna penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas)*. Barcelona: Bosch.

CUELLO CALÓN, E. (1974). *La moderna penología. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)* Barcelona 1958, Reimpresión 1974, Casa Editorial Bosch.

CUMBRE MUNDIAL SOBRE SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (CMSI 2003, 2005).
<https://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html>

DE DIEGO ARIAS, J. L. (2015). *El derecho a la intimidad de las personas reclusas*, Tesis doctoral, UNED, 2015. [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Jldiego/DE_DIEGO_ARIAS_Juan_Luis_Tesis.pdf].

DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (2006). «Algunas consideraciones sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de los reclusos en los centros penitenciarios», en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, nº 18, 2006.

DIEZ PICAZO, L.M. (2003). *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas.

DOÑATE MARTÍN, A. (1995). «Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria: Naturaleza, órganos y competencias», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Núm. 33, pp. 11 – 65.

DUCHAMP, J.L. (1972). *Cibernética, computadores y derecho*, (tesis de grado para optar al título de doctor en ciencias jurídicas). Bogotá.

DURKHEIM, E. (1970). «Dos leyes de la evolución penal», en *R.E.P.*, Nro. 190.

DWORKIN, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

EL NACIONAL, de 30 de diciembre de 2020.
[<https://www.elnacional.com/venezuela/reclusos-iniciaron-huelga-de-sangre-en-lara/>].

- ESCOBAR MARULANDA, G. (1997). «Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)». *Penas alternativas a la prisión*, (Coord. José Cid Moliné y Elena Lurrari Pijoan). Bosch.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J. (1995). «El Tratamiento penitenciario resocializador», *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Coords. Diego- Díaz Santos, R. y Fabián Caparrós, E.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2001). «Tema 5. Principios fundamentales de la ejecución penitenciaria», *Manual de Derecho Penitenciario*, (Coord. Ignacio Berdugo Gómez De La Torre y Laura Zúñiga Rodríguez), AA.VV., Salamanca: Editorial Colex.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2006). *Manual de Derecho Penitenciario*. Salamanca: Universidad de Salamanca, CISE.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J., «¿Un Derecho Penal mejor?», Opinión, El País, 16 de febrero de 2003, [https://elpais.com/diario/2003/02/16/opinion/1045350009_850215.html].
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J., «La prevención especial: implementación a través de los permisos penitenciarios. Mantenimiento o reforma», Tesis doctoral, *El sistema garantista en derecho penitenciario*, director Ignacio Berdugo Gómez De La Torre, Universidad de Salamanca.
[https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/128779/DDAFP_Fern%C3%A1ndezJ_SistemaGarantista.pdf?sequence=1&isAllowed=y].
- FERRAJOLI, L. (2001). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2016). «Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional», en *Crítica penal y poder*, Núm. 11, Barcelona, Observatorio del sistema penal y los derechos humanos, Universidad de Barcelona.
- FILANGIERI, G. (1981). *Ciencia de la legislación*, Tomo III, (trad. de J. Ribera), Madrid.

- FOUCAULT, M. (2005). *Vigilar y castigar*, 14ª ed. Madrid: Siglo XXI.
- FROSINI, V. (1981). *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, Milano.
- FROSINI, V. (1982). *Cibernética, derecho y sociedad*. Madrid: Editorial Tecnos.
- GARCÍA ARAN, M. (1997). *Fundamentos y aplicación de las penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. Pamplona: Monografías 18.
- GARCÍA ARÁN, M. (2006). “La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo”, *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 30, 2006.
- GARCÍA BASALO, J. C. (1977), «Las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos del Consejo de Europa», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Núm. 216 – 219, Madrid, Ministerio de Justicia, pp. 519 -591.
- GARCÍA BASALO, J.C. (1963). «Salidas transitorias de los reclusos del Establecimiento Penitenciario», en *R.E.P.*, nº 160, enero-marzo 1963.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1982). *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, 2ª ed. Madrid, Civitas.
- GARCÍA RIVAS, N. (2011). «La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad», en *Revista General de Derecho Penal*.
- GARCÍA VALDÉS, A. (1980). «Soluciones propuestas al problema sexual de las prisiones», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 11, 1980, p. 99.
- GARCÍA VALDÉS, C. (1977). «El nacimiento de la pena privativa de la libertad», en *Cuadernos de Política Criminal*, Nro. 1, Madrid.
- GARCÍA VALDÉS, C. (1982) *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Madrid, Civitas, 2ª ed.

- GARCÍA VALDÉS, C. (1982). *Estudios de Derecho penitenciario*, Madrid: Tecnos.
- GARCÍA VALDÉS, C. (1992). *Temas Derecho penal (penología parte especial. Proyectos de reforma)*. Madrid: Serv. Publicaciones Universidad Complutense/Ministerio de Justicia.
- GARCÍA, J., “Cárceles inteligentes, el IoT podría transformar hasta el más mínimo detalle”, Telcel Empresas. [<https://www.telcel.com/empresas/tendencias/notas/iot-transforma-carceles-inteligentes>].
- GARRIDO GUZMÁN, L. (1983). *Manual de ciencia penitenciaria*. Madrid: Edersa.
- GIMBERNAT, O. (2004). *Código Penal*, edición de Enrique Gimbernat y Estevan Mestre. Madrid:Tecnos.
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E. (1999). «La nueva Ley de Justicia Juvenil en España un reto para el año 2000» en Coord. por la autora *Legislación de Menores en el Siglo XXI: Análisis del Derecho comparado, Estudios de Derecho Judicial, Núm. 18*, Madrid, 1999.
- GÓMEZ GRILLO, E. (1977). *Diario de Criminología*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, publicaciones.
- GÓMEZ GRILLO, E. (1977). *Diario de Criminología*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, publicaciones.
- GÓMEZ GRILLO, E. (1980). *Las cárceles en Venezuela*, Caracas, Segunda edición, publicaciones Seleven.
- GONZÁLEZ BLANQUÉ, C. (2008). *El control electrónico en el sistema penal* (Tesis Doctoral), Dir. Elena Larrari, Universidad Autónoma de Barcelona. [<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5092/cgb1de1.pdf?sequence=1>].
- GONZÁLEZ RUS, J. J. (1994). «Control electrónico y sistema penitenciario», *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas (1991)*, Junta de Andalucía, DG de Administración local y justicia.

GRAÑA, J. L., ANDREU, J. M., Y SILVA, T. (2014). «Evaluación de las propiedades psicométricas del LSI-R en una muestra penitenciaria», en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 14.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2005). *Propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Málaga: Grupo de Estudios de Política Criminal, 2005.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. (2005). “Cárcel electrónica: de la cárcel física a la cárcel mental”, en *Revista del Poder Judicial*, Núm. 79, tercer trimestre, pp. 108-125.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. (2005a). *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?* Madrid: Slovento.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. (2005b). «La cárcel electrónica. El modelo del derecho norteamericano», *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Núm. 21, Año II, Noviembre.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. (2007). *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Tirant lo Blanch.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. (2008). *Introducción histórica de las prisiones*. Madrid: UNED.

[file:///C:/Users/34621/Downloads/INTRODUCCION_HISTORIA_DE_LAS_PRISIONES_A.pdf].

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. (2012). *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada. Especial referencia a los sistemas de control telemáticos*. Tirant lo Blanch.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. «Crónica de la vida de John Howard, alma mater del derecho penitenciario», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo LVIII, Fascículo I, Enero – abril 2005, pp. 95- 170.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. *Cárcel electrónica versus prisión preventiva*.
[https://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/Gudin_Prision_Preventiva.pdf].

HULSMAN, L. / BERNAT DE CELIS, J. (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona: Editorial Ariel.

HUMAN RIGHTS WATCH (1998). *Castigos sin condena. Condiciones en las prisiones de Venezuela*. Nueva York.

HUXLEY, A.L. (1993). *Un mundo feliz*, Barcelona.

INGRAHAM, B.L., Y SMITH, G. (1972). «The use of the electronics in the observation and Control of the Human Behavior and its posible use in rehabilitation and parole», en *Issues in Criminology*, 7, 2.

KRIEGSMANN, N. H. (1917). *Preceptiva penitenciaria*, Madrid.

KUHN, T.S. (1975). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica.

LA VANGUARDIA, *Sucesos*. 8 de febrero de 2005,
[<https://www.lavanguardia.com/sucesos/20050208/51262804467/el-sumario-del-doble-crimen-de-bellvitge-apunta-a-que-el-asesino-escogio-a-sus-victimas-al-azar.html>].

LAMARCA PÉREZ, C. (1987). “Posibilidades y límites de la dogmática penal”, *Revista de Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 33.

LANDROVE DÍAZ, G. (1998). *La moderna victimología*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

LARRAURI, E. (1991). «Las alternativas a la prisión en U.S.A», en AA.VV., *Control social del delito: críticas y alternativas*. Bilbao: Salhaketa.

- LEAL MEDINA, J. (2011). «El concepto de peligrosidad en el Derecho penal español. Proyección y alcance jurisprudencial. Perspectivas actuales y de futuro», *Diario La Ley*, núm. 7643, 2 de junio de 2011.
- LEGANÉS GÓMEZ, S. (2002). *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Madrid: Dykinson.
- LEGANÉS GÓMEZ, S. (2005). *La evolución de la Clasificación Penitenciaria*. Madrid: Dirección General de Instituciones Penitenciarias.
- LEGANÉS GÓMEZ, S. (2006). *La clasificación penitenciaria: Nuevo régimen jurídico*, 2ª ed., Madrid: Editorial Dykinson.
- LEGANÉS GÓMEZ, S. (2013). *Clasificación Penitenciaria y Medio Abierto, Tesis Doctoral Tomo II dirigida por Vicenta Cervelló Donderis*, Valencia, Universitat de Valencia. [<https://core.ac.uk/download/pdf/71009003.pdf>].
- LEUNG, Ch., «Robot warders check on inmates as Hong Kong tests “Smart prison” devices to step up security, surveillance» en *South China Morning Post*, 21 de octubre de 2019, [<https://www.scmp.com/news/law-and-crime/article/3033791/robot-warders-check-inmates-hong-kong-test-smart>].
- LINARES ALEMÁN, M. (1977). *El sistema penitenciario venezolano*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas.
- LOZA AVALOS, G. (s.f.) Comentarios a la Ley 29.499 Ley de Vigilancia Electrónica Personal. Instituto de Ciencia Procesal Penal, pp. 1 – 7. [file:///C:/Users/34621/Downloads/LEY_DE_VIGILANCIA_ELECTRONICA_PERSONAL_P.pdf].
- LUACES GUTIÉRREZ, A. I. / VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (2006). «La respuesta del Derecho penal español ante la violencia doméstica», *Revista de Derecho privado*, nueva época, Año V, nº 13-14, enero-agosto, 2006.

LUZÓN PEÑA, D. M. (1994). «Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión», *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas (1991)*, Junta de Andalucía, DG de Administración local y justicia.

LUZÓN PEÑA, Diego M. (1979). *Medición de la pena y substitivos penales*, Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.

LYON, D. (1995). *El ojo electrónico. El auge de la sociedad de vigilancia*. Alianza.

MAJO, J. (1997). *Chips, cables y poder*, Barcelona: Planeta.

MAPELLI CAFFARENA, B. (1983). *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*. Barcelona: Ed. Bosch.

MARTÍ BARRACHINA, M. (2019). «Prisiones abiertas: la supervisión de la pena de prisión en semilibertad» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21- 07, 2019. [<http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-07.pdf>].

MARTÍN BARBERÁN, J. (2000). «La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos, *Revista del Poder Judicial, Tercera Época, Núm. 58, Segundo Trimestre 2000*.

MELOSSI, D. Y PAVARINI, M. (1980). *Cárcel y fabrica los orígenes del sistema penitenciario siglos (xvi-xix)*. México: Siglo XXI.

MESTRE DELGADO, E. (2005). «La prisión eludible», en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 2005.

MORAIS DE GUERREO, M.G. (2011). *El sistema penitenciario venezolano durante 50 años de la democracia petrolera 1958-2008*. Caracas: Fundación Polar, Publicaciones UCAB.

- MORAIS DE GUERRERO, M.G. (2003). «Enfoque evaluativo del Código Orgánico Procesal Penal en lo referente a la ejecución de sentencias», en *Ciencias Penales: Temas actuales*. Publicaciones UCAB, Caracas.
- MORAIS DE GUERRERO, M.G. (2007). «Los derechos de los adolescentes durante la fase de ejecución de las medidas impuestas en virtud de la condena penal. Especial referencia al derecho a un trato humanitario y digno», en Javier Llobet Rodríguez, coord., *Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González*, San José de Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, Naciones Unidas, ILANUD, 2007.
- MUÑOZ CONDE, F. (1989). «Tratamiento penitenciario: utopía no alcanzada o simple quimera», *VI Jornadas penitenciarias andaluzas*, Consejería de Gobernación, Edita Junta de Andalucía, Almería.
- MUÑOZ CONDE, F. (2001). *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed. Montevideo- Buenos Aires: Editorial B y F. [https://drive.google.com/file/d/18F_ATyKwnzQDKEF1KO6Qc2_p3yQqz2Iv/view].
- MUÑOZ CUESTA, J. (2004). «La nueva pena de localización permanente introducida por la LO 15/2003 y el fracaso de la pena de arresto de fin de semana», en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 6, 2004, pp. 73 -76.
- MUÑOZ RODRÍGUEZ, A.B. (2020). «El impacto de la inteligencia artificial en el proceso penal», en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* 36, 2020, pp. 695- 728. [<https://publicaciones.unex.es/index.php/AFD/article/view/489/572>].
- NIEVA FENOLL, J. (2008). *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons.
- NISTAL BURÓN, J. (2002). «Prisión del siglo XXI», *I Congreso Europeo de Derecho penitenciario, X Jornadas penitenciarias de Andalucía*, Ed. Cámara Oficial de Congreso e Industria de Jaén, Jaén.
- NISTAL BURÓN, J. (2012). *El penitenciarismo español desde la Constitución de Cádiz de 1812 al siglo XXI*. [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3974200>].

NIUS. (2020). “¿Cómo son las cárceles en Venezuela?: retrato de un sistema de hacinamiento y corrupción” por Esther Yáñez. Caracas 16-07-2020. [https://www.niusdiario.es/internacional/latinoamerica/como-son-carceles-venezuela-retrato-sistema-hacinamiento-corrupcion_18_2979120003.html].

OBSERVATORIO VENEZOLANO DE PRISIONES. *Informe 2020. Muerte en las cárceles por denegación de alimentos.* (OVP), Caracas, 2021. [<https://oveprisiones.com/informes/>].

OBSERVATORIO VENEZOLANO DE PRISIONES. *Los familiares son los salvavidas de los presos venezolanos.* 14-09-2021. [<https://www.youtube.com/watch?v=fr1gdHi93jI>].

OBSERVATORIO VENEZOLANO DE PRISIONES. *Masacre de Cepella: Un año sin justicia.* Mayo 1 de 2021. [<https://oveprisiones.com/masacre-de-cepella-un-ano-sin-justicia/>].

OBSERVATORIO VENEZOLANO DE PRISIONES. *Portafolio de Propuestas Penitenciarias,* Caracas-Venezuela, Gráficas Lauki, 2016. [<https://oveprisiones.com/wp-content/uploads/2016/11/PORTAFOLIO-PROPUESTAS-PENITENCIARIAS.pdf>].

ORWELL, G. (1983). *1984.* Barcelona.

OTERO GONZÁLEZ, P. (2008). *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social.* Valencia: Tirant lo Blanch.

OTERO GONZÁLEZ, P. (2019). «La desnaturalización de la pena de localización permanente 16 años después, ¿Historia de un fracaso o fraude legislativo?», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, núm. 21-16. [<http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-16.pdf>].

PALACIOS-VALENCIA, J. (2013). «Derecho penal y castigo. Una excusa para la protección de los derechos humanos en la sociedad del riesgo», en *Dikaion – ISSN 0120-8942, Año 27- Vol. 22 Núm. 1 – Chía, Colombia – Junio 2013*, pp. 131-157.

- PARÉS I GALLÉS, R. (1997). «Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro», en *Revista del Poder Judicial número 46*, 3ª época, segundo trimestre, Madrid.
- PAVARINI, M. (2009). *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*. Quito: Flacso.
- PAVÓN TORREJÓN, P. (2003). *La cárcel y el encarcelamiento en el mundo romano*, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- PEÑA CAROCA, I. (2013). “Monitoreo telemático: análisis crítico desde la sociología y la economía política del castigo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 18, Año 2013, pp. 161 – 198. Chile. [file:///C:/Users/34621/Downloads/29922-1-99235-1-10-20131119%20(1).pdf].
- PEÑA RANGEL, A. (2017). «Algunas consideraciones en torno al efecto suspensivo ejercido por el Ministerio Público en la fase de juicio en contra de la orden de excarcelación del absuelto», en *El sistema ¿acusatorio? venezolano a 18 años de su vigencia*, XIV *Jornadas de Derecho Procesal Penal Homenaje a Vicente Puppio González*, Caracas, UCAB.
- PEÑA RANGEL, A. (2019). «El diferimiento como acto central de la justicia penal en Venezuela», en AA.VV, *El Retardo procesal le Roba la vida al ser humano*, Caracas, Observatorio Venezolano de Prisiones, 2019. [<https://oveprisiones.com/el-retardo-procesal-le-roba-la-vida-al-ser-humano/>].
- PEÑA RANGEL, A. (2019). «Hacia una política procesal invertida: la condena sin juicio como regla», en *Revista Academia*, Julio- Diciembre 2019, Volumen 18, Nro. 42, Trujillo - Venezuela, Universidad de Los Andes, pp. 129 – 142. [<http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/46339?locale-attribute=fr>].
- PEÑA RANGEL, A. (2021). «Prisión preventiva en Venezuela. ¡Hacia el establecimiento de un límite temporal improrrogable como presupuesto de civilidad! Breve alusión al modelo español». *Revista General de Derecho Penal* 35 (2021). Disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7963356>].

- PÉREZ LUÑO, A.E. (1976). *Cibernética, información y derecho (Un análisis metodológico)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España.
- POSADA, A., Y DÍAZ-TREMERIAS, M. (2008). «Las cárceles y población reclusa en Venezuela», en *Revista Española de Sanidad Penitenciaria* 2008. [https://scielo.isciii.es/pdf/sanipe/v10n1/04_especial.pdf].
- POZA CISNEROS, M. (2002). «Las nuevas tecnologías en el ámbito penal», en *Revista del Poder Judicial* nº 65, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- PRIETO, J.L. (1992). *La utopía skinneriana*, Madrid: Mondadori.
- QUINTERO MORENO, R. (2002). «La suspensión condicional del proceso en la legislación penal venezolana», en *Quintas Jornadas de Derecho Procesal Penal: La segunda reforma del Código Orgánico Procesal Penal*, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2005). *Parte general del derecho penal*, colaborador Fermín Morales Prats, Navarra, Editorial Aranzadi.
- REVIRIEGO PICÓN, F. (2009). “Las alternativas a la reclusión y revolución telemática, en *Diario la Ley*, Nº 7250, Sección Tribuna, 28 de sep. 2009, Año XXX, Ref. D-301, Editorial LA LEY.
- REVIRIEGO PICÓN, F. (2010). “¿Crisis de los sistemas penitenciarios europeos?” en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal Instituto de la Judicatura Federal – Consejo de la Judicatura Federal*, México. [<http://www.ijf.cif.gob.mx/>] .
- RÍOS MARTÍN, J.C. (2001). *Manual de Ejecución Penitenciaria: Defenderse de la Cárcel*, Madrid.
- RIVERA BEIRAS, I. (2005). *Recorridos y posibles formas de penalidad*, 1ª Ed., Barcelona: Anthropos.

- RIVERA BEIRAS, I. (2009). *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*, Volumen I, 2ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- RIVERA BEIRAS, I. (2017). *Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo penal)*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, J. B. (1982). *El sometimiento a juicio en la ley venezolana*. Bogotá: Temis.
- RODRÍGUEZ SAÉZ, J.A. (1994). «Derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad. Un análisis del deber ser», en *Cárcel y Derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos humanos de los reclusos*, Coord. Rivera Beiras, I., Barcelona.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (2020). «Covid-19 y prisiones: Un desafío no sólo sanitario y de seguridad, también humanitario», en *Revista General de Derecho Penal* núm. 33, mayo 2020.
[file:///C:/Users/34621/Downloads/Covid_19_y_prisiones_un_desafio_no_solo%20(1).pdf].
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (2021). «La ejecución cruel de las penas de prisión» en *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal Humanista. Vol. II*. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, pp. 1115-1137.
file:///C:/Users/34621/Downloads/La_ejecucion_cruel_de_las_penas_de_prisi.pdf
- ROXIN, C. (1976). *Problemas Básicos del Derecho Penal*, (Trad. de Diego Manuel Luzón Peña), Madrid: Ed. Reus.
- ROXIN, C. (1998). «¿Tiene futuro el Derecho penal?», en *Revista del Poder Judicial* N° 49, Tercera Época, Primer Trimestre, Madrid: C.G.P.J.
- RUBIO LARA, P.Á. (2017). «Dos penas controvertidas en el código penal español: problemas dogmáticos sobre regulación y aplicación de las penas de localización permanente y

- trabajos en beneficios de la comunidad. Posibles soluciones», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 17, (enero de 2017), p. 278.
- SANZ DELGADO, E. (2000). *Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria*. Madrid: Edisofer.
- SANZ DELGADO, E. (2003). *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*. Madrid: Edisofer.
- SCHWAB, K. (2016). *La cuarta revolución industrial*, Barcelona: Debate.
- TAMARIT SUMALLA, J.M./ GARCÍA ALBERO, R./ SAPENA GRAU, F./ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. (2001). *Curso de derecho penitenciario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- TAYLOR, F., ARIEL, B. (2012). *Protocol: Electronic Monitoring of Offenders: A Systematic Review of Its Effect on Recidivism in the Criminal Justice System*, Oslo: The Campbell Collaboration.
- TEILHARD DE CHARDIN, P. (1962). *El hombre del porvenir*, (trad. española Carmen Castro), Madrid, Ediciones Taurus, Primera edición.
- TÉLLEZ AGUILERA, A. (1998). *Los Sistemas Penitenciarios y sus Prisiones*. Madrid: Edisofer.
- TÉLLEZ AGUILERA, A. (2006). *Las nuevas reglas penitenciarias del Consejo de Europa. (Una lectura desde la experiencia española)*, Madrid: Edisofer.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2005). «Las reformas penales españolas de 2003: valoración político criminal», en *Revista Nuevo Foro Penal*, nº 67.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1992). *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, 2ª ed., Madrid.

- TORIJANO PÉREZ, E. (2009). «Salamanca, Toribio Núñez, Jeremy Bentham y el Derecho Penal: el Informe de la Universidad de Salamanca sobre el Proyecto de Código Penal de 1822», en De Dios, S.; Infante, J.; Torijano, E. (Coords.). *Juristas de Salamanca XV – XX*. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca.
- VARGAS, B. (2017). *Los dispositivos electrónicos en Costa Rica, controversia jurisprudencial y administrativa en torno a su implementación*. Asesorías Integrales, Word Press, Opinión, 17 de Octubre de 2017. Disponible en [<https://asesoriasintegralesblog.wordpress.com/2017/10/17/los-dispositivos-vigilancia-electronica-en-costa-rica-controversia-jurisprudencial-y-administrativa-en-torno-a-su-implementacion/>].
- VEGA ALOCÉN, M. (2010). *El tercer grado con control telemático*. Granada: Editorial Comares.
- VILAJOSANA, J.M. (2015). *Las razones de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VITORES GONZÁLEZ, A. (2009). *La transformación de la regulación social mediante las prácticas de monitorización electrónica. La celda en casa la pena en la calle*, Tesis Doctoral dirigida por Miguel Domènech Argemí, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2009, p. 30. http://www.antonioacasella.eu/nume/Vitores_monitorizacion_electronica_2009.pdf
- VON HENTIG, H. (1968). *La pena. Las formas modernas de aparición*. II. Madrid: Espasa-Calpe.
- WACQUANT, L. (2008). *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial.
- WELZEL, H. (1987). *Derecho Penal Alemán PG*, 3ª ed., Santiago: Ed. Jurídica de Chile.
- WHITAKER, R. (1999). *El fin de la privacidad. Cómo la vigilancia total se está convirtiendo en realidad*. Paidós.

WILLIAMSON, H., “Las alternativas a la pena privativa de libertad”, traducido por Marklothar Zoder, en *Derecho penal y criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminalísticas, Volumen XVIII, Números 57/58, septiembre 1995/ abril 1996, Universidad Externado de Colombia.

ZACKSESKI, C. (2021). *La tecnología es la nueva prisión: evaluación de riesgo en el uso de la monitorización electrónica*. (trad. de Julio Zino Torraza). Barcelona: Bosch Editor.

ZAFFARONI, E. R. (1989). *Criminología. Aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis.

ZAFFARONI, E. R. (2006). *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires: EDIAR

ZAFFARONI, E.R. (2014). “¿Derecho penal humano o inhumano?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología. Año VI N° 08 Septiembre 2014*, pp. 3 – 15. [file:///C:/Users/34621/Downloads/Gerencialismo_y_politicas_penales_Revist%20(2).pdf].

ZAFFARONI, E.R. (s/f).“¿Qué hacer con la pena? Las alternativas a la prisión”. [https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/85/3.pdf].

ZAMIATIN, Y. (1991). *Nosotros*, (trad. del ruso de Margarita Estapé), Barcelona.

ZINO TORRAZA, J. (2003). “El análisis de las instituciones y organizaciones del sistema penal: una propuesta metodológica”, en *Sistema penal y problemas sociales*, (Coord. Bergalli, Roberto).