

Miguel Ángel Iglesias Río *
y Juan Antonio Pérez Parente ** (España)

La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico

1. Introducción

Las leyes orgánicas 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, la 11/2003, de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, así como la 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la ley orgánica (LO) 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, entre otros muchos aspectos, han supuesto un cambio sustancial en cuanto a las clases, duración y determinación de las penas de nuestro ordenamiento punitivo. Tal fragmentación e inseguridad jurídica, en una materia tan trascendente, ha provocado un rechazo prácticamente unánime entre los penalistas, en unas reformas poco meditadas que han tenido como horizonte fundamental la inocuización del delincuente habitual peligroso, para lo que se ha optado por un espectacular incremento de la prevención general intimidatoria o negativa, un aumento significativo del control y la exasperación punitiva en un intento combatir el constante incremento de la población reclusa. Estas medidas ni se justifican político-criminalmente ni se traducen siempre, como demuestra la experiencia, en una disminución de la delincuencia.¹

El presente trabajo se ceñirá a la pena de localización permanente, cuya eficaz ejecución probablemente requiera de aparatos de control electrónico. Por tanto, los conceptos claves sobre los que se centrará esta aportación son los de *localización*

* Profesor titular de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos. <maglesi@ubu.es>

** Profesor asociado de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos.

¹ Véase sobre ello M. A. Iglesias Río: “Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 6, 2005, pp. 13 ss., con ulteriores referencias bibliográficas.

permanente (asociada a la situación de arresto domiciliario) y *vigilancia electrónica*, tratando de conjugar el análisis de esta vieja pena con la implantación de modernas técnicas de seguimiento o de ejecución.

La exposición de motivos de la LO 15/2003, a la par que proclama la supresión de la pena de arresto de fin de semana porque su “aplicación práctica no ha sido satisfactoria”, indica que la pena de localización permanente es una importante *novedad* que trata de dar una respuesta penal efectiva a determinados tipos delictivos.² Pues bien, ni una ni otra afirmación se corresponden con la realidad.

Respecto a la pena de arresto de fin de semana, sin perjuicio de criticar la falta de medios materiales para lograr su satisfactoria consolidación en nuestro sistema, no es cierto que desaparezca como tal, a pesar de ese anuncio en la exposición de motivos. En primer lugar, porque a los hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 15/2003, que ahora resultan sancionados con penas cortas privativas de libertad, seguirán aplicándose los mencionados arrestos en virtud del principio de retroactividad más favorable para el reo. En segundo lugar, porque nuestro legislador parece seguir ignorando la llamada legislación penal especial. Así, la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea, tipifica diversas conductas constitutivas de falta en los artículos 66, 68, 71, 72, 73 y 75, que castiga con penas de arresto de hasta treinta días. Dicha pena de arresto, según la disposición transitoria undécima del Código Penal de 1995, fue sustituida por la de arresto de uno a seis fines de semana pero, curiosamente, la ley 209/1964 no ha sido modificada. Se podrá pensar, ciertamente, que tales arrestos de fin de semana han sido, a su vez, sustituidos por la pena de localización permanente, pero, amén de que la exposición de motivos de la LO 15/2003 afirma que los arrestos de fin de semana se han sustituido mediante la nueva pena de localización permanente, la pena de realización de trabajos en beneficio de la comunidad y la pena de prisión de corta duración, sin embargo, en ninguna de las disposiciones transitorias de la citada ley orgánica se hace referencia a un módulo de conversión de arrestos de fin de semana en localización permanente. Sólo en el plano de la mera especulación, y teniendo en cuenta que la localización permanente tiene una duración máxima de doce días, se podría deducir que un arresto de fin de semana equivale a dos días de localización permanente y que, por lo tanto, a dichas faltas aeronáuticas se conecta, hoy en día, una pena de 2 a 12 días de localización permanente.

En lo que respecta a la aludida “novedad” de la pena de localización permanente en nuestro arsenal punitivo, se trata de una afirmación superflua si tenemos en cuenta los numerosos precedentes e instituciones análogas existentes en nuestro derecho

² Ciertamente, parece ser que la Comisión Técnica para la Reforma del Sistema de Penas, creada por Orden del Ministerio de Justicia el 14-7-01, asumió el “fracaso” de la pena de arrestos de fin de semana y propuso al legislador la incorporación de la pena de arresto domiciliario como pena leve, aplicada exclusivamente a las faltas. Cf. L. P. Villaramiel Presencio: “La Comisión Técnica de Reforma del sistema de penas y la reforma penal del año 2003”, en *La Ley* n.º 6010, de 4-5-04, pp. 1-10.

positivo.³ De hecho, la propia exposición de motivos de la LO 15/2003 reconoce que la nueva pena de localización permanente tiene su origen en el antiguo arresto domiciliario, introducido por vez primera en nuestra legislación nacional en el artículo 80 del CP de 1822 y mantenido con distintas formulaciones en los sucesivos Códigos hasta 1944.⁴

De igual modo, los precedentes del arresto domiciliario en el ámbito disciplinario y penal militar también se remontan a disposiciones del siglo XIX.⁵ Actualmente, en el ámbito penitenciario podemos mencionar los artículos 9 y siguientes de la LO 8/1998, de 2 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que contemplan esta sanción de arresto de uno a treinta días en el domicilio o en dependencias militares; en parecidos términos se expresa el artículo 10 de la LO 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.⁶

Tales preceptos equiparan el arresto domiciliario a una “restricción de libertad del sancionado”, pero reiterada jurisprudencia de la Sala V de lo Militar del Tribunal Supremo y diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en esta materia dejan claro que se trata de verdaderas privaciones de libertad sometidas a las exigencias del artículo 17-1 de la Constitución española.⁷

En el derecho procesal, en el ámbito militar destaca la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, cuyos artículos 225 a 229 regulan minuciosamente la prisión atenuada y el artículo 226 prevé que podrá llevarse a cabo, por circunstancias especiales que lo aconsejen, en el domicilio del sujeto.⁸

³ Como es sabido, el arresto domiciliario es una institución conocida desde antiguo, originariamente carente de verdadero carácter punitivo. En el derecho romano se vinculaba a una medida cautelar de aseguramiento de la investigación procesal. En el derecho penal del Antiguo Régimen se aplicaba en caso de indulto de una pena de muerte. Es en el periodo codificador decimonónico, cuando el arresto domiciliario se introduce en el catálogo de penas, entre las privativas de libertad, o como forma de ejecución en caso de penas cortas de prisión. En el momento presente, carente a veces de un perfil claramente jurídico penal, se acude con cierta frecuencia a la medida del arresto domiciliario contra disidentes políticos en sistemas totalitarios.

⁴ En efecto, el artículo 85 del CP 1944 disponía: “El Tribunal podrá autorizar al reo para que cumpla en su propio domicilio el arresto menor, siempre que la falta castigada no tuviese un motivo deshonoroso ni fuese por hurto o defraudación”; se modificó después de la reforma de LO de 25-6-83. Véase sobre ello A Del Toro Marzal, en J. Córdoba Roda, G. Rodríguez Mourullo y J. R. Casabó Ruiz: *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972, t. II, p. 448.

⁵ F. Querol y Durán los sitúa en el Código de Justicia Militar de 1890 y en el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888; cf. *Principios del derecho militar español*, Madrid, 1946, t. II, p. 649.

⁶ J. A. García Labajo: *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*, Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, 1993, pp. 491 ss.

⁷ STS 27-9-04 (*La Ley* 266, n.º 6197, de 24-2-05) y ss.TC 5-3-85; 29-3-95; 22-2-99.

⁸ Sobre ello, J. F. de Querol Lombardero: *Comentarios a las leyes procesales militares*, Madrid: Ministerio de Defensa, 1995, t. II, pp. 1630-1631.

El artículo 508-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), después de la redacción dada por la disposición final 1.ª, 1.g, de la LO 15/2003, y heredero de la versión originaria del antiguo artículo 505 LECrím., permite al juez acordar que la medida de prisión provisional del imputado “se verifica en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para la salud”.⁹ Así mismo, la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, en su artículo 8-3.º prevé la vigilancia a domicilio del detenido como alternativa a la prisión preventiva. Por su parte, la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, entre las medidas previstas en su artículo 7 menciona la permanencia de fin de semana en el domicilio del joven.

Finalmente, la ley orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, en su artículo 1.º, apartado 1.º, establece que el juez puede acordar en cualquier estado del procedimiento concursal la medida consistente en el deber de residencia del deudor, persona natural, en la población de su domicilio.

Como fácilmente se deduce de todos estos preceptos e instituciones análogas que hemos enumerado, la pena de localización permanente no constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico; más bien se trata de un cambio de nomenclatura de lo que tradicionalmente se conoce como *arresto domiciliario*.

2. Regulación positiva

1. La localización permanente se configura como una pena leve, privativa de libertad (artículos 33 y 35 del CP), aplicable exclusivamente a las infracciones constitutivas de falta (libro III), que puede ser objeto de suspensión de condena (artículos 80 ss. del CP) pero no de sustitución de otras penas (artículo 88 del CP); también se articula como una forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa tratándose de faltas (artículo 53.1.º del CP) y, por último, como pena alternativa a una amplia pluralidad de faltas.¹⁰ Curiosamente, no se ha previsto como pena única para ningún tipo de falta.

⁹ Sobre ello, véase J. M. De la Rosa Cortina: “La nueva prisión atenuada domiciliaria ¿una alternativa a la prisión provisional ordinaria?”, en *La Ley* n.º 6148, 16-12-04, pp. 1-8. Recientemente, un pormenorizado estudio de F. J. Álvarez García y A. Queralt Jiménez ha puesto de manifiesto la vigencia de la ley de 10-9-1931 sobre prisión preventiva atenuada, que se cumplirá en el propio domicilio del arrestado con la vigilancia que se considere necesaria; cf. “La prisión atenuada como medida cautelar aplicable con carácter general, y la vigencia de la Ley de 10 de septiembre de 1931”, *La Ley* n.º 6174, 24-1-05, pp. 1-6. También la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, con los antecedentes del antiguo Código de Justicia Militar, contempla tal posibilidad en el artículo 226. Véase A. M.ª Lorca Navarrete: *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, San Sebastián 1990, p. 292.

¹⁰ Así, artículos 617-1.º y 2.º, 618-1.º, 620, 623, 625, 626, 629, 630, 635, 637. Como pena acumulativa a la pena de multa únicamente se prevé para los que perturben levemente el orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, en los actos públicos, en espectáculos deportivos o culturales, solemnidades o reuniones numerosas (artículo 633).

Se trata de una pena privativa de libertad que no conlleva los perniciosos efectos de las penas cortas de prisión, toda vez que, por su peculiar cumplimiento, no es desocializadora, ni se produce “contagio carcelario” alguno. Cuestión distinta, como opina Boldova Pasamar,¹¹ es que cumpla con las exigencias preventivo-generales, ya que pasar unos días en el domicilio no intimida demasiado y, dudosamente, con las de prevención especial, en relación con las posibilidades de reeducación y reinserción social.

Su régimen jurídico se encuentra en la parca regulación del nuevo artículo 37 del Código Penal, a cuyo tenor:

1.º La localización permanente tendrá una duración de hasta 12 días. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o un lugar determinado fijado por el Juez en la Sentencia.

2.º Si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejan, oído el Ministerio Fiscal, el Juez o Tribunal sentenciador podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada.

3.º Si el condenado incumpliera la pena, el Juez o Tribunal Sentenciador deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el artículo 468.

De entrada, la denominación de localización permanente en el “domicilio” u otro “lugar” no obliga a que el condenado tenga que permanecer constantemente y de forma continuada en esos lugares; estimamos que, con la debida autorización judicial, puede efectuar salidas para procurarse alimentos, asistir a sus prácticas religiosas, acudir a consultas médicas, participar de terapias u otros programas formativos, así como por cualquier otra causa justificada, entendiéndose por tal, aquella que sea justa y razonable en términos de valoración ética y social. La duración temporal de estas salidas no debe descontarse, sino que se deben computar y abonar para el cumplimiento de la pena.

De ahí que, en cierto modo, el último párrafo del artículo 37 contiene una previsión totalmente innecesaria, ya que si el condenado incumple la pena —ausencia injustificada o sin autorización del domicilio o lugar designado en la sentencia— el juez debe deducir testimonio por presunto delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del CP, y puede además llegarse a la absurda conclusión de que sea más beneficioso que el condenado no inicie el cumplimiento de la condena, en cuyo caso será castigado con pena de multa, porque si decide abandonar el domicilio una vez iniciado el cumplimiento será sancionado con pena de prisión.¹²

¹¹ M. A. Boldova Pasamar (junto con L. Gracia Martín y C. Alastuey Dobón): *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2004, p. 78.

¹² R. García Alberó, en G. Quintero Olivares (dir.) y F. Morales Prats (coord.): *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona: 2004, p. 359.

2. En cuanto a su duración cronológica, el artículo 37 establece un máximo de doce días, pero respecto al límite mínimo podría pensarse que la pena oscila entre uno y doce días. Pues bien, esto no es así, porque el legislador, al concretar la pena que sanciona las faltas que llevan aparejada localización permanente, parte de un mínimo de dos días, tal como sucede en los artículos 625, 626, 629, 633, 635 y 637 del CP. De otro lado, el límite máximo de doce días puede verse ampliamente rebasado en distintos supuestos:

En primer lugar, cuando, de conformidad con el artículo 53 del CP, la localización permanente sea una forma sustitutiva de la responsabilidad personal subsidiaria para las faltas. Es cierto que dicho precepto no ha previsto un módulo de conversión de la responsabilidad personal subsidiaria en localización permanente. Únicamente, la disposición transitoria cuarta de la ley orgánica 15/2003 indica: “En los casos en que la pena que pudiera corresponder por la aplicación de esta Ley fuera la de localización permanente, se considerará, para valorar su gravedad comparativa, que cada día de localización permanente equivale a un día de prisión”. De tal declaración puede deducirse que el módulo de conversión es de un día de localización permanente por cada día de responsabilidad personal subsidiaria. Si tenemos en cuenta que las multas previstas para algunas faltas pueden llegar a los dos meses, podría afirmarse que la localización permanente alcanzaría un máximo de treinta días de duración. No obstante, tal supuesto plantearía situaciones realmente problemáticas. Si tomamos como ejemplo las lesiones no constitutivas de delito del artículo 617-1.º, castigadas con pena de localización permanente de seis a doce días o multa de uno a dos meses, y el juez decidiese imponer la pena de multa en su máxima extensión de dos meses, y el condenado no la satisficiera, quedaría sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de treinta días, que podría cumplir en régimen de localización permanente.

En este contexto, según González Tascón,¹³ nos encontraríamos con que el penado, a causa de su insolvencia, se puede ver condenado a cumplir treinta días de localización permanente, lo que, a su juicio, choca con la valoración de las penas en cuestión que en el correspondiente tipo penal ya hizo el legislador. Para no llegar a esta situación, la indicada autora considera que el marco penal de la pena de localización permanente, que está fijada alternativamente con una pena de multa, debería actuar como límite infranqueable de duración de la pena de localización permanente impuesta por la vía del artículo 53 del CP.

El argumento no deja de ser convincente, pero el artículo 53 declara literalmente que en estos casos de conversión de la responsabilidad personal subsidiaria en localización permanente “no regirá la limitación que en su duración establece el artículo 37.1 de este Código”.¹⁴

¹³ M.ª M. González Tascón: “Algunas observaciones a la reforma de la penas por ley orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal”, en *Revista de Derecho Penal* n.º 13, 2004, p. 31.

¹⁴ En este sentido, L. Gracia Martín, en Boldova Pasamar: o. cit., p. 216. Piensa L. Roca Agapito que si no se quiere que la localización permanente supere los doce días sería conveniente una aclaración

Es más, en opinión de Boldova Pasamar,¹⁵ en el caso de responsabilidad personal subsidiaria por impago de varias multas correspondientes a otras tantas faltas, la duración de la localización permanente podrá llegar a alcanzar, como consecuencia de la aplicación de los límites a la acumulación sucesiva de penas del artículo 76 (triple de la más grave), los noventa días. Y, ante un posible concurso real de diversas faltas sancionadas con localización permanente, aun operando los límites del artículo 76, nos encontraríamos con que su duración se extendería hasta los 36 días.

Aun más: en los supuestos de continuidad en la comisión de faltas castigadas con localización permanente, conforme al artículo 74 del Código Penal, se podría llegar a imponer la pena superior en grado en su mitad inferior, lo cual implicaría que la localización permanente podría tener una duración de hasta 15 días.

Siguiendo con la descripción fáctica del artículo 37, la pena de localización permanente ha de cumplirse, *prima facie*, en el domicilio del condenado; la primera dificultad es la de su delimitación conceptual en el ámbito penal, dado que el concepto civilista del artículo 40 del Código Civil se refiere al domicilio legal, que no requiere que se habite efectivamente en él. La doctrina dominante, representada entre otros por Córdoba Roda, Jorge Barreiro y Octavio de Toledo y Ubieta, se inclina por una noción amplia, comprensiva de “todos aquellos lugares que delimitan un espacio separado del mundo exterior y que pueden estar destinados a actividades propias de la vida privada, profesional o familiar”.¹⁶

Vives Antón y Carbonell Mateu afirman que el concepto de domicilio ha de ser entendido por referencia al uso común del lenguaje, en el que la expresión designa “cualquier lugar que, de un modo u otro, sirva de residencia a una persona”.¹⁷

También podría identificarse con el concepto de morada que dogmática y jurisprudencialmente se ha ido elaborando. Así, para Muñoz Conde por *morada* debe entenderse “el espacio cerrado o en parte abierto, separado del mundo exterior, que evidencia la voluntad del morador de excluir a terceras personas y que está destinado a actividades propias de la vida privada, propia o familiar”.¹⁸

de la ley en este sentido, ya que de lo contrario probablemente los tribunales tiendan a convertir un día de responsabilidad personal subsidiaria en un día de localización permanente; cf. “Los anteproyectos de 2.003 de modificación del Código Penal. Una primera lectura de la regulación del sistema de penas”, en *La Ley* n.º 5731, de 4-3-03, p. 6.

¹⁵ Boldova Pasamar: o. cit., p. 76

¹⁶ Córdoba Roda et al: o. cit., 1972, t. II, p. 348; A. Jorge Barreiro: *El allanamiento de morada*, Madrid, 1987, pp. 97-98; E. Octavio de Toledo y Ubieta: “Revisión de algunos aspectos de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio (artículo 191 del Código Penal)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1987, t. X, p. 331. Un concepto restrictivo defienden J. M.ª Rodríguez Devesa y A. Serrano Gómez, asimilado al que patrocina el artículo 554-2.º de la LECriminal; cf. *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1993, p. 793.

¹⁷ T. S. Vives Antón y J. C. Carbonell Mateu, en E. Orts Berenguer, J. L. González Cussac y C. Martínez-Buján Pérez: *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2004, p. 1.014.

¹⁸ F. Muñoz Conde: *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2004, p. 272.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de forma casuista y reiterada, ha desarrollado un amplio concepto de morada, incluyendo desde la vivienda habitual o esporádica, hasta una habitación con puerta independiente y dotada sólo de un televisor y una caja para sentarse; una simple choza o chabola habitada; una cueva habitada; una tienda de campaña, una roulotte o caravana o construcción similar; la habitación de un hotel o pensión aun habitada temporalmente.¹⁹

Sin embargo, estimamos que esta construcción jurisprudencial, ideada para dotar de sustantividad al concepto normativo de morada, resulta excesiva para el cumplimiento de la pena de localización permanente, ya que una cierta ubicación y habitualidad debe predicarse del concepto de domicilio.

Por ello, resulta adecuada la definición que a estos efectos proporciona García Albero, al precisar que por domicilio habrá que entender la morada donde reside material y habitualmente el penado, conforme a un criterio sustantivo y no meramente formal.²⁰

Alternativamente al cumplimiento de esta pena en el propio domicilio, el artículo 37 se refiere a que se pueda llevar a cabo “en un lugar determinado fijado por el Juez en la sentencia”, pensando probablemente en los llamados *sin techo*, mendigos, personas con régimen de vida trashumante o para quienes se encuentren accidentalmente en España.

La doctrina diversifica ese *lugar determinado* en depósitos municipales, instituciones públicas o privadas, como albergues, residencias, centros sociosanitarios,²¹ o bien se podría recurrir a comisarías e incluso centros penitenciarios.²²

El principio de legalidad en la conceptualización del contenido de una pena obliga a operar con un criterio restrictivo y por ello parece adecuado nuevamente el concepto que de *otro lugar* nos proporciona García Albero,²³ al entender que debe tratarse de un lugar cerrado, un equivalente funcional al domicilio del penado o una alternativa a la falta de domicilio o a la imposibilidad práctica de ejecutar una pena en él.

En los supuestos de carencia total de domicilio u otro lugar equivalente, la circular de la Fiscalía General del Estado 2/2004, de 22 de diciembre, indica a los señores fiscales que habrán de tratar de esclarecer este punto en la fase de interrogatorio durante el juicio. En caso de confirmarse que el imputado no tiene domicilio o lugar

¹⁹ STS 15-2-99 (A. 277) y 17-3-2000 (A. 487).

²⁰ García Albero: o. cit., p. 357. Se ha de tener en cuenta la excepción de la falta del artículo 620, apartado 2.º, y el ofendido sea una de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena de localización permanente se cumplirá siempre en “domicilio diferente y alejado del de la víctima”; se trata aquí de un concepto amplio de domicilio, pues ya no se tratará de aquel en donde resida material y habitualmente el condenado, sino en algún lugar de emplazamiento fijo y delimitado de antemano.

²¹ García Albero: o. cit., p. 357.

²² E. Orts Berenguer y J. L. González Cussac: *Compendio de derecho penal (parte general y parte especial)*, Valencia, 2004, p. 264.

²³ García Albero: o. cit., pp. 357 y 358

análogo para poder ejecutar la pena eventualmente imponible, optarán, en su caso, por solicitar la pena alternativa prevista en el correspondiente tipo. Pero esta solución no deja de tener inconvenientes, ya que resulta inviable en la falta prevista en el artículo 633, pues en esta infracción la pena de localización permanente tiene carácter acumulativo con la pena de multa.

Además, tratándose de una persona *sin techo* que cometa una falta de hurto del artículo 623 —castigada en principio con localización permanente o multa—, si se opta por la multa y no la abona se transformará en responsabilidad personal subsidiaria, que a su vez podría transformarse en localización permanente. Aquí no queda otro remedio que la localización permanente se cumpla en casas de acogida, con las dificultades que ello comporta.

En cualquier caso, entendemos que la pena de localización permanente no se puede cumplir en un establecimiento penitenciario, ya que la exposición de motivos de la LO 15/2003 declara: “La configuración de esta pena permite su aplicación con éxito para prevenir conductas típicas constitutivas de infracciones penales leves, al mismo tiempo que se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios”.

A pesar de que la intención del legislador aparece de forma nítida y clara, existe la posibilidad de que esta pena se imponga conjuntamente con otra de prisión, o a quien ya esté cumpliendo una pena de prisión. En estos casos, y merced a la refundición de condenas, ¿podría cumplirse en un establecimiento penitenciario? No creemos que pueda procederse a su ejecución unificada, ya que el penado puede obtener la libertad condicional en la pena de prisión y no podría ser ingresado nuevamente en un centro penitenciario para cumplir la localización permanente. Si así fuera, se produciría un solapamiento en la ejecución de las dos penas, pues simultáneamente el penado se hallaría en libertad condicional, en cumplimiento de la última parte de una condena de prisión y cumpliendo la de localización permanente. La única alternativa a esta anómala situación sería dilatar el cumplimiento de la localización permanente, en su domicilio o en otro lugar, hasta la extinción completa de la pena de prisión.²⁴

La citada circular de la Fiscalía General del Estado entiende que la opción de refundición de condenas, incluyendo la pena de localización permanente, puede ser más beneficiosa para el reo en determinadas circunstancias, pese a carecer de cobertura legal expresa, y concluye que los señores fiscales dictaminarán en cada caso concreto, promoviendo la audiencia del penado a fin de que se pronuncie al respecto, sin oponerse a la refundición cuando ésta pueda generar efectos beneficiosos a la situación penitenciaria del ejecutoriado.

Finalmente, si bien con carácter general la localización permanente es una pena de ejecución continuada, se permite una ejecución discontinua, como sucedía con los

²⁴ De otra opinión, García Albero: o. cit., p. 358.

“suprimidos” arrestos de fin de semana: “si el reo lo solicita y las circunstancias lo aconsejan, oído el Ministerio Fiscal, el Juez o Tribunal sentenciador, podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada”. Tales “circunstancias” parecen referirse a que el penado tenga un empleo o profesión estable, y precisamente para no interrumpir el desempeño de sus ocupaciones laborales la localización permanente se cumpliría los sábados y domingos o de forma discontinua. Obsérvese que, en este supuesto, el cumplimiento espacial de la pena puede ser superior a los doce días de cumplimiento máximo.

3. El control electrónico en la ejecución de la pena de localización permanente

3.1. Panorámica de derecho comparado y regulación española

1. La repetida exposición de motivos de la LO 15/2003 afirma que la pena que aquí tratamos “se basa en la aplicación de las nuevas medidas que proporciona el desarrollo tecnológico”, con lo que parece que se quiere garantizar la eficacia de su cumplimiento por medio de instrumentos de control telemático. Ciertamente, el imparable avance técnico de las últimas décadas ha introducido un interesante debate político-criminal, que ha despertado importantes esperanzas y agrias críticas doctrinales desde los años ochenta, en torno a la posibilidad de incorporar determinados mecanismos de vigilancia electrónica al marco tradicional de las sanciones penales.²⁵

²⁵ En España ha sido escaso el tratamiento doctrinal en esta materia y sólo a mediados de los años noventa se publican algunas contribuciones, apostando decididamente determinados autores por su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico: J. J. González Rus: “Control electrónico y sistema penitenciario”, en *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1994, pp. 82 ss.; B. Mapelli Caffarena: “Las medidas de seguridad no privativas de libertad”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte general*, n.º 2, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 415 ss., 429. En contra, por los peligros que puede comportar para los derechos fundamentales, D. M. Luzón Peña: “Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión”, en *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1994, pp. 55 ss.; R. Parés i Gallés: “Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro”, en *Revista del Poder Judicial*, n.º 46, Madrid 1997, pp. 259 ss., y G. Escolar Marulanda: “Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)”, en J. Cid y E. Larrauri (coords.): *Penas alternativas a la prisión*, 1.ª ed., Barcelona, 1997, pp. 199 ss., 217; G. Landrove Díaz: “La reforma del arsenal punitivo español”, en *La Ley* n.º 5912, 12-12-03, p. 4.

De lege ferenda, el Grupo de Estudios de Política Criminal, en su *Manifiesto sobre el sistema de penas y su ejecución*, aprobado el 26 de abril de 2003, entre las medidas cautelares personales propone la localización electrónica, consistente en colocar al imputado, por un plazo máximo de un año, con su consentimiento expreso, un dispositivo que permita conocer su ubicación en el espacio y tiempo. La justificación de tal medida reside en la protección de la víctima sin tener que acordar la prisión provisional; cf. Grupo de Estudios de Política Criminal: *Propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales* (de próxima publicación). El Informe del CGPJ de 26-3-03 sobre el Anteproyecto a la LO 15/2003, se muestra partidario de implantar un control electrónico a la pena de localización permanente para garantizar adecuadamente su cumplimiento, pero

En los países de nuestro entorno comparado, bajo la atenta mirada a las experiencias originarias desarrolladas en Estados Unidos, estos sistemas se importaron ya en los primeros años ochenta al continente europeo, primero a Gran Bretaña, Suecia y Holanda y posteriormente a Alemania, Bélgica, Suiza, Francia, Italia, España y Portugal, así como a Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Singapur o Sudáfrica, en cifras nada despreciables.²⁶ En aquel momento se pusieron en marcha numerosos programas y proyectos oficiales encaminados a implantar este tipo de sistemas de vigilancia electrónica al cumplimiento de penas, especialmente a la de arresto domiciliario.²⁷ Ello ha dado lugar a una profusión de publicaciones apenas abarcable, entre otras razones porque plantea un cúmulo de problemas de naturaleza cultural y jurídica interdisciplinar. Junto con los límites constitucionales que específicamente presenta la introducción de la microelectrónica, se ha de vincular la instalación de estos aparatos con el sentido, los fines y la ejecución de la pena, así como con otras consideraciones de índole sociológica y criminológica relativas a la percepción social frente a la neutralización del delito y a las transformaciones en el comportamiento de los delincuentes. Todo este conglomerado de perspectivas confluye en una línea de discusión prioritariamente pragmática, de eficacia o utilidad, alejada en parte de polémicas dogmáticas en sentido estricto.

También existe la impresión de que la vigilancia electrónica ha pretendido alzarse como un verdadero banco de pruebas pionero en el marco de una política criminal de orientación progresista, con la preocupación humanitaria de evitar al máximo la

tal posibilidad debe recogerse en el propio CP y, en todo caso, en una norma con rango de ley, dado que están en juego derechos fundamentales.

²⁶ Sobre esta panorámica, véase J. P. Weber: *Der elektronisch überwachte Hausarrest und seine versuchsweise Einführung in der Schweiz*, Basilea y otros, 2004, pp. 1 ss. En Estados Unidos, a finales de los años ochenta, apenas había un millar de vigilados, mientras que hoy en día rondan los cien mil al año; cf. sobre esta evolución R. Lilly: "From an American Point of View: Does Electronic Monitoring Have a Future in Europe?", en M. Mayer, R. Haverkamp y R. Lévy (coords.): *Will Electronic Monitoring Have a Future in Europe? Contributions from a European Workshop*, Friburgo, 2003, p. 266. En Gran Bretaña en el año 2002 se alcanzaron unos 1750 condenados a la pena de arresto domiciliario con vigilancia electrónica; cf. J. Toon: "Electronic Monitoring in England and Wales", en Mayer, Haverkamp y Lévy (coords.): o. cit., pp. 55 ss. En Suecia, hasta finales del 2002 se venían ejecutando unas tres mil al año y se consiguió una descarga de 350 plazas de prisión; cf. R. Haverkamp: *Elektronisch überwachter Hausarrestvollzug. Ein Zukunftsmodell für den Anstaltsvollzug? Eine rechtsvergleichende, empirische Studie und besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Schweden*, Friburgo, 2002, pp. 122, 156, 518 y pássim. En Holanda, unas 330 penas, y en Bélgica, 2500 condenas.

²⁷ Las distintas versiones idiomáticas emplean las expresiones *electronic monitored home confinement*, *elektronisch Überwachung Hausarrest*, *assignation à résidence sous surveillance électronique*. Al mismo tiempo, se observa la asociación de las expresiones *vigilancia electrónica* y *arresto domiciliario* porque, con gran frecuencia, la vigilancia electrónica se articula como un obstáculo de salida en libertad de un determinado espacio o recinto cerrado, si bien, como sucede en Estados Unidos o en España, a tenor de lo dispuesto en el artículo 48 CP, la vigilancia electrónica representa un

aplicación y ejecución de penas privativas de libertad, como plasmación real del principio de intervención mínima. De hecho, si en una primera etapa esta vía se presentaba como una novedad exótica en el ámbito de las alternativas a la ejecución de la pena, en la actualidad se ha consolidado en numerosos países como componente firme en el sistema de sanciones, con expreso reconocimiento legal.

Los intentos de trasladar los avances tecnológicos al ámbito penal se debieron a una serie de factores bien definidos, entre los que cabe destacar el *espectacular incremento de la población reclusa* experimentado a finales de la década de los años setenta del pasado siglo en la mayoría de los países europeos y en el ámbito estadounidense, con especial preocupación por la evolución que ya apuntaba la delincuencia juvenil, así como el *elevado coste penitenciario*, unido a la *crisis de la pena privativa de libertad*, o al instituto de la *probation* en Estados Unidos (que llegaba a aplicarse incluso a reincidentes sin pronósticos favorables) y al fracaso del tratamiento, lo que generó en su conjunto la necesidad de una reorientación de la política criminal hasta entonces imperante, en busca de alternativas a la prisión en el ámbito de la mediana criminalidad y de leve intensidad, algunas de las cuales se basaban en un control ambulatorio extensivo y eficaz fuera de prisión con medios electrónicos.

De ahí que, precisamente, los objetivos que se persiguen con la implantación del control telemático son básicamente dos. De un lado, la *resocialización* sobre la base de un autocontrol y autorresponsabilidad del propio delincuente, evitando al mismo tiempo los efectos desocializadores de la prisión y, de otro, la *reducción de los costes penitenciarios*, con la mínima intervención posible en la esfera privada del sujeto.

2. La valoración y repercusión de los resultados de los distintos ensayos conocidos en torno a la pena de arresto domiciliario con vigilancia electrónica queda, en cierto modo, en el plano de la especulación y no permite efectuar generalizaciones extrapolables automáticamente de un país a otro.²⁸ De una parte, por la existencia en el

concepto más amplio, no necesariamente limitado a un control electrónico en el domicilio del afectado. El § 3 de la Ley sueca de 1994 sobre Vigilancia Intensiva mediante Control Electrónico define este sistema como “ejecución [de la pena] fuera de un centro penitenciario en forma de vigilancia intensiva, estableciendo una prohibición del condenado de residir fuera de su casa en momentos distintos de los específicamente autorizados ni para otros fines que los concretamente determinados. El seguimiento de estas prohibiciones se controla con ayuda de medios electrónicos”; cf. Haverkamp: o. cit., p. 124.

²⁸ En Europa, el éxito de las distintas propuestas se sitúa en cifras que oscilan entre el 70 y el 90%, y los mejores resultados corresponden a la variante *back-door* (que luego definiremos); cf., Weber: o. cit., p. 91. No obstante, autores como Haverkamp acusan la falta de estudios empíricos definitivos, indicando que sólo a partir de los años noventa existen análisis de campos puntuales, pero no así en puntos neurálgicos como la reincidencia o el análisis coste-beneficio; cf. o. cit., pp. 10-11; también M. Hudy: *Elektronisch überwachter Hausarrest. Befunde zur Zielgruppenplanung und Probleme einer Implementation in das deutsche Sanktionensystem*, Baden-Baden 1999, pp. 41 ss.; K. Wittstamm: *Elektronischer Hausarrest? Zur Anwendbarkeit eines amerikanischen Sanktionsmodells in Deutschland*, Baden-Baden, 1999, p. 48.

contexto mundial de un diversificado sistema de sanciones penales y de ejecución penitenciaria no coincidentes, incluso aunque reciban el mismo *nomen iuris*, así como por la concurrencia de otros factores que inciden en esta materia: estadísticas criminales, aumento o disminución de la delincuencia, configuración del proceso penal, disponibilidad de plazas en centros penitenciarios, costes de prisión, nivel de vida en cada país, etcétera.

Otra dificultad añadida específica para comparar y valorar los datos obtenidos radica en la enorme flexibilidad y multiplicidad de manifestaciones y variantes con que se presenta la vigilancia electrónica asociada al arresto de fin de semana o a la ejecución penal en general, tanto caracterizada como pena principal cuanto alternativa a la ejecución de una pena de prisión, en cuanto a su duración máxima, el momento temporal para implantarla, la intensidad y la dureza de la vigilancia, los requisitos o grupos de destinatarios.

Normalmente, por lo que respecta a la intensidad y a la forma de aplicación, los distintos modelos se agrupan en torno a dos sistemas: el *front-door system* y el *back-door system*.

De acuerdo con la variante más antigua y hasta el momento también la más extendida —*front-door*—, el arresto domiciliario con vigilancia electrónica trata de evitar, desde un principio, el ingreso del condenado en un centro penitenciario; se contempla así como pena principal o como alternativa a la ejecución tradicional de una pena de prisión, y se aplica también a supuestos de suspensión condicional de la pena y a los trabajos en beneficio de la comunidad. Por su parte, el *back-door system* implica un acortamiento de la estancia del condenado en prisión y la suspensión del resto de la pena a cambio del control electrónico; su finalidad primordial es lograr una aclimatación gradual de interno al mundo en libertad, articulando una situación intermedia entre la permanencia en prisión y la vida en libertad pero vigilada. Este último sistema ha experimentado un crecimiento importante en detrimento de la otra versión.

A partir de esta caracterización general, se evidencian grandes diferencias entre los distintos países. En *Estados Unidos* existen importantes distinciones entre los estados federales; se acude al arresto domiciliario con vigilancia electrónica como pena principal y como alternativa a una pena de prisión incondicional, como forma especial de ejecución de penas de prisión incondicional o, en otros estados federales, como medida adicional en el marco de la suspensión condicional de la pena, con lo que la vigilancia electrónica se encuadra en las *intermediate sanctions*, situadas entre la ejecución de la pena en prisión y la suspensión condicional de la pena.

En *Suecia*, después de aprobarse una ley en 1994, el sistema de vigilancia electrónica se generalizó a todo el país en 1997 y se concibe como forma de ejecución de penas de prisión de corta duración, hasta un máximo de tres meses; se combina con la realización de programas de reinserción y se prevé la obligación del sujeto de someterse a *tests* para detectar el consumo de alcohol o drogas. En *Holanda* se implanta como alternativa a penados entre seis meses y un año y también se han desarrollado

programas que permiten la suspensión de la pena y la excarcelación anticipada para cumplir en régimen de vigilancia electrónica el resto de la pena hasta un año.

En *Gran Bretaña*, en 1991, el sistema se introdujo en el § 13 del Criminal Justice Act; el arresto domiciliario con vigilancia electrónica se contempla como pena principal en el ámbito de la delincuencia no grave (hurto en medios de transporte, malos tratos o conducción bajo la influencia del alcohol); se trata de reforzar la *probation*. Algunos proyectos piloto desarrollados alcanzaban una duración de hasta seis meses, con entre dos y doce horas de arresto domiciliario efectivo diario, mientras que en otros programas la intensidad de la vigilancia se reducía sólo al fin de semana.

En *Francia*, la *surveillance électronique* se inspira en el modelo sueco y se articula como modalidad de ejecución de penas privativas de libertad; en el sistema *front door* incluye a condenados a prisión de hasta doce meses y en la variante *back door*, a aquéllos para quienes el resto de cumplimiento de la condena privativa de libertad antes de la excarcelación definitiva no supere un año. Esta materia está expresamente regulada a partir de la aprobación de la ley n.º 97-1159, de 19-12-97, que incorpora el artículo 723-7 al Código de Procedimiento Penal, según el cual, en caso de condena a una o varias penas privativas de libertad, cuya duración total no exceda de un año o cuando el resto que le quede por cumplir no exceda de un año, el juez encargado de la ejecución de las penas puede decidir, por su iniciativa o a petición del Ministerio Fiscal o del condenado, que la pena se ejecute en el régimen de arresto bajo vigilancia electrónica. Siempre se exige consentimiento del condenado, manifestado en presencia de su abogado. El juez determina el plan diario y el régimen de salidas para acudir al trabajo.²⁹

En *Italia*, el arresto domiciliario con vigilancia electrónica se introdujo en el 2001 como alternativa a la prisión provisional y como alternativa al cumplimiento en prisión de una pena privativa de libertad. De forma análoga, en *Portugal*, se modificó en 1999 el Código de Procedimiento Penal, permitiendo aplicar esta vía como mecanismo procesal para atenuar la prisión provisional. En el 2003 se inició en Lisboa un proyecto piloto; el tribunal selecciona a los posibles participantes, combinando un programa con terapias o actividades ocupacionales. Se pretende incluirlo como alternativa a penas cortas. *Alemania* se plantea la integración del concepto de *arresto domiciliario con vigilancia electrónica* en el sistema de sanciones como alternativa a la prisión (una forma especial de ejecución penal) o como una nueva pena principal en el contexto de la suspensión condicional de la pena (*Strafaussetzung zur Bewährung*); finalmente, también se concibe su aplicación con la suspensión de la orden de prisión con respecto a la prisión preventiva según el § 116-1-3 StPO.³⁰

²⁹ Cf. A. Kuhn y B. Madignier: "Surveillance électronique: la France dans une perspective internationale", en *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé (RSCDPC)* n.º 4, 1998, pp. 671 ss., p. 672; también P. Couvrat: "Une première approche de la loi du 19 décembre 1997 relative au placement sous surveillance électronique", en *RSCDPC* n.º 2, 1998, pp. 374-378.

³⁰ Cf. Hudy: o. cit., pp. 131 ss.

En la mayoría de los países, el arresto domiciliario con vigilancia electrónica no se contempla como medida única, sino que, en aras de la consecución de objetivos resocializadores, el control telemático se inserta en un amplio programa de ejecución diario, en el que, junto con la permanencia obligatoria en el domicilio o en un lugar concreto, se permiten salidas predeterminadas para acudir al trabajo o participar en sesiones de terapia, se realizan visitas no anunciadas por funcionarios competentes (por la tarde, noche, fines de semana, festivos) o con un preaviso de treinta minutos; varias veces por semana el sujeto ha de someterse a un análisis de sangre, de orina o de aire aspirado para detectar el consumo de alcohol o drogas, practicado por personal médico especializado o conectado al propio aparato de vigilancia (como ocurre en Suecia), cuyos resultados se reciben informatizadamente por la red telefónica a la central.³¹

De todo ello se deduce que son cada vez menos los modelos o los ensayos en los que el protagonismo lo asume el aspecto técnico o instrumental del control; por el contrario, se intenta potenciar al máximo, con fines preventivos especiales, el contacto humano con el vigilado. No obstante, reconoce todavía Haverkamp la existencia de dos ópticas bien diferenciadas de los operadores jurídicos que intervienen en esta materia; en el caso alemán, los tutores nombrados por el tribunal para que asistan al condenado durante el período de suspensión condicional (*Bewährungshelfer*) contemplan la vigilancia electrónica desde un punto de vista pedagógico-social, resocializador, en combinación con el desarrollo de terapias y otras actividades formativas; en cambio, los jueces y algunos otros funcionarios de la administración penitenciaria acentúan el plano punitivo del castigo justo al delincuente y se muestran más preocupados por el componente tecnológico de control que garantice la seguridad de la población, especialmente ante presos con un peligroso historial en su camino de acercamiento progresivo a la libertad.³²

3. En España, el Reglamento Penitenciario aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero, introduce en el artículo 86-4, como una de sus novedades importantes, dentro del capítulo regulador del régimen abierto, la posibilidad de implantar un control electrónico o, alternativamente, medios de control presenciales, pero únicamente a internos clasificados en tercer grado. Según dispone este precepto, aunque sin la deseable concreción en cuanto a su alcance, “en general, el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse 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* y otros mecanismos de control suficiente, en cuyo

³¹ Una amplia panorámica en Weber: o. cit., pp. 49-92.

³² Haverkamp: o. cit., pp. 385 ss.

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 presenciales”.

La Dirección General de Instituciones Penitenciarias (DGIP) ha manifestado su firme decisión de implantar estos mecanismos, tal y como destaca su Instrucción n.º 13 de 10-12-2001, sobre aplicación del artículo 86-4 del Reglamento Penitenciario, y prioriza, en la medida de lo posible, en atención a las circunstancias particulares del interno, la instalación de estos medios electrónicos sobre otro tipo de control presencial (visitas, presentación del interno en la unidad penitenciaria, comunicaciones telefónicas o seguimiento de los programas terapéuticos, etcétera) realizado por trabajadores sociales del ámbito penitenciario con carácter meramente complementario o sustitutivo respecto del protagonismo del control electrónico.³³ La Instrucción 13/2001 DGIP indica que “salvo excepciones justificadas, los internos incluidos en el programa de monitorización electrónica pasarán, al menos, un control presencial cada quince días” (p. 6). El sujeto será responsable del “correcto uso y cuidado de los elementos técnicos instalados en su domicilio y en su persona quedando obligado a mantenerlos en todo momento a disposición de la Administración Penitenciaria”. El tiempo de control será, como norma general, de ocho horas diarias, “salvo que el programa individualizado de tratamiento determine otra cosa” (p. 8).

³³ F. Renart García indica que la Dirección General de Instituciones Penitenciarias puso en marcha en abril del 2000 un programa experimental en el Centro de Inserción Social Victoria Kent de Madrid, en el que participaron diez internos clasificados en tercer grado. Este autor se muestra partidario de aplicarlo también como medida de control a los clasificados en cuarto grado; cf. *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Madrid, 2003, pp. 285-287. También en España se implantó un proyecto piloto en Cataluña, de un año de duración, en octubre del 2000, combinado con programas ocupacionales o terapias. El arresto domiciliario se limitaba a ocho horas diarias, sólo en días laborables, y únicamente para condenados que disfrutaban ya del régimen abierto ocho meses antes y les quedaba por cumplir un resto total hasta la excarcelación definitiva de hasta dos años; cf. Cerón i Riera, 2002, pp. 150 ss., CEP 2001, p. 5. Participaron 26 personas; 58% condenados por drogas, 23% por fraudes y 19% delitos patrimoniales. El éxito fue del 92%; este proyecto piloto anual se amplió a toda Cataluña y a finales de 2004 alcanzó a 125 personas diarias.

Datos recibidos de instituciones penitenciarias indican que en España estos programas se llevan a cabo en 48 centros penitenciarios y monitorizan a unos quinientos internos. Además, se halla en periodo de prueba un programa piloto de seguimiento de salidas y permisos de internos con especiales características penales y penitenciarias (delitos graves de índole sexual), vía satélite a través del sistema GPS. Se ha creado una Unidad de Vigilancia Electrónica encargada de la gestión y coordinación de toda esta materia durante las 24 horas del día. A las tradicionales pulseras de seguimiento por radiofrecuencia incorpora los sistemas de reconocimiento de voz, unidades de grupo, con conexión vía celular, vía satélite, etcétera. En el Centro Penitenciario de Burgos durante los últimos meses han venido participando una media de veinte internos en el seguimiento de Programa Medios Telemáticos, con un porcentaje de aplicación del programa de entre el 16 al 20% —la media total de centros es de un 16%—. Agradecemos muy sinceramente al director de este establecimiento penitenciario, D. Juan Carlos Mesas, su amable ofrecimiento de estos datos.

Asimismo, el artículo 48 del Código Penal, tras su reforma por la ley orgánica de 25 de noviembre de 2003, establece, como penas privativas de derechos, la privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, la prohibición de aproximarse a la víctima, a sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, y la prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas, y añade en su último apartado: “el Juez o Tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”.

A diferencia de la pena de localización permanente, no es necesario que el condenado esté localizado en un lugar determinado, sino que el aparato electrónico indique que *no* está localizado en un lugar o lugares determinados, o bien, tratándose de la pena de prohibición de comunicarse con la víctima, que el medio electrónico, a juicio de Boldova Pasamar esté dirigido a intervenir en las comunicaciones del condenado cuando se establecen con la persona o personas que pretenden ser protegidas de dicha forma de contacto.

También la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su artículo 64, apartado 3.º, dispone: “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 su incumplimiento”.

3.2. Cuestiones tecnológicas

Se conocen distintos aparatos electrónicos de vigilancia cuyo común denominador es la finalidad de controlar la presencia del sujeto en el lugar determinado para el cumplimiento efectivo de la condena (domicilio, centro de trabajo u otro espacio señalado por el juez).

La puesta en marcha del primer instrumento de estas características aconteció en Estados Unidos en 1964, de la mano del profesor de psiquiatría de la Universidad de Harvard Ralph Schwitzgebel, quien bautizó su invención como *electronic rehabilitation system*. Se trataba de un aparato un tanto rudimentario e incómodo, creado como alternativa al tratamiento hospitalario o carcelario, de modo que, más que un instrumento de vigilancia para detectar dónde se encontraba exactamente el paciente o el delincuente, se pretendía que operara en él como medio de influencia, desde una perspectiva humanitaria, en un ambiente muy próximo al disfrute de plena libertad.³⁴

³⁴ Wittstamm: o. cit., pássim.

No obstante, formalmente, en el ámbito jurídico la primera condena a pena de *electronic monitored home confinement* fue impuesta en Albuquerque (Nuevo México) por el juez Jack Love en abril de 1983,³⁵ y tuvo como destinatario a un hombre de treinta años que había infringido la orden de libertad condicional; participaron voluntariamente de este ensayo, con una duración de un mes, otros cuatro condenados.³⁶ Desde entonces, el grado de sofisticación de los sistemas de control electrónico ha experimentado lógicamente avances espectaculares, que permiten distinguir ya tres generaciones de tecnología.³⁷

1. La *primera generación de mecanismos de control* incluye el *sistema activo* y el *sistema pasivo*, aun cuando se han implantado también sistemas mixtos que combinan ambos modelos.

1.1. En el *sistema activo* o de señal permanente (*continuous signaling system*) el sujeto lleva colocado, normalmente en el tobillo o en la muñeca, un transmisor de unos cien gramos de peso y del tamaño de un paquete de tabaco, con una batería de hasta tres años de autonomía, que puede revestir la forma de un brazalete o de un reloj de buceo, compuesto por una banda magnética plastificada y precintada que envía señales intermitentes (aproximadamente cada veinte segundos) a un receptor situado en el domicilio del vigilado, conectado a la red telefónica con un ordenador central de vigilancia dependiente de la policía, de instituciones penitenciarias u otras de control competentes. Todo ello permite un contraste con los datos programados en función del plan diario del arresto, de tal modo que registra cualquier infracción de ausencia del espacio de estancia obligada o del perímetro autorizado, así como cualquier intento de manipulación, ante lo que desencadena automáticamente una llamada de alarma a la central de vigi-

³⁵ El juez Love, desde la mitad de los años setenta, trató de buscar alternativas a la prisión, debido al preocupante incremento de la violencia en el ámbito penitenciario y al escaso índice de resocialización. Tomó la idea de un cómic de Spidermann que utilizaba un sistema electrónico de localización y propuso la idea a varias firmas comerciales, hasta que en 1983 la empresa Nimcos (National Incarceration Monitor and Control Services) fabricó un brazalete electrónico que funcionaba según el sistema activo y podía determinar la presencia de un sujeto en un lugar concreto.

³⁶ H. Bernsmann: *Elektronisch überwachter Hausarrest unter besonderer Berücksichtigung von Privatisierungstendenzen*, Göttingen, 2000, p. 19. Después de esta fecha, el arresto domiciliario con vigilancia electrónica encontró gran acogida y ampliación a prácticamente todos los estados federales, para delitos de leve entidad o en el marco del *work release*, respecto de presos que ya habían cumplido una parte de su pena en prisión.

³⁷ En España la tecnología se importa de Israel. El instrumental se denomina Elmotech (Electronic Monitoring Technologies, Superior Law Enforcement Solutions). Existe un "Manual del usuario EMS 2000i. Estación de trabajo de monitorización"; también un "Manual de instalación de la pulsera transmisora y del uso de la unidad móvil y del *software* de Interfaz". Todo ello puede consultarse en <www.elmotech.com>.

lancia o a la autoridad administrativa competente, por vía telefónica, telefax, correo electrónico o SMS.³⁸

Este modelo activo ha ampliado su ámbito inicial de aplicación a la protección de víctimas de violencia doméstica, contemplándose la posibilidad de instalar este instrumental en la casa de las personas maltratadas, e incluso conectado a su teléfono móvil, saltando la alarma (que puede ser acústica) y llegando a conocimiento informatizado de la policía si el maltratador incumple una orden de alejamiento.

La ventaja fundamental que se adjudica a este sistema activo, absolutamente predominante en Europa, es la posibilidad de una vigilancia permanente sin interferencias para el vigilado, en tanto que el principal perjuicio es el de la posible estigmatización social que pudiera provocar un transmisor públicamente visible, sobre todo en periodo estival, en caso de prácticas deportivas, etcétera.

1.2. Por su parte, el *sistema pasivo*, generalizado hoy en Estados Unidos con distintas variantes, también denominado *sistema de contacto programado* (*programmed contact system*), articula el control del cumplimiento del arresto domiciliario por medio de una serie de llamadas telefónicas que efectúa un ordenador desde la central de vigilancia a la casa del sujeto, en intervalos aleatoriamente programados, casuales e inesperadas, con preguntas de contenidos diversos. Si el sujeto vigilado no contesta a la llamada, o no es la voz grabada, o el código de identificación que introduce es incorrecto, o no es la banda magnética, entonces, después de un segundo intento de identificación, el ordenador avisa a la autoridad competente ante la presunta vulneración del programa.³⁹

La principal ventaja del sistema pasivo con control de voz o mecanismos digitalizados es su menor estigmatización pública, y en ciertos casos podría llegarse a prescindir de la instalación de transmisores en el domicilio del vigilado. Como desventajas se apuntan la posible perturbación que las llamadas telefónicas, especialmente en

³⁸ En una primera etapa, este sistema adolecía de algunos fallos de pérdida de emisión o interferencias en determinadas estancias de la casa, distorsiones dependientes del material de construcción, así como las averías derivadas de condiciones climáticas adversas, caídas de corriente, elevación de la tensión, etcétera. Para perfeccionar técnicamente este sistema, a finales de los años ochenta se fueron creando aparatos móviles receptores a efectos de comprobar si el vigilado se encontraba en el lugar debido según el plan diario previsto, siempre con la concesión de un cierto margen temporal ante posibles retrasos causados por la intensidad del tráfico o cualquier otra eventualidad. cf. Haverkamp: o. cit., pp. 19-20.

³⁹ Los aparatos empleados en España de la empresa israelí Elmotech programan un tiempo de gracia de diez minutos para la verificación correcta antes de que el sistema registre una transgresión (*Manual del usuario*, 2001, p. 43). Se estima que este sistema, limitado a la llamada telefónica, es más barato, dado que la efectúa un ordenador, con el consiguiente del ahorro de personal. También se ha propuesto introducir un sistema de teléfono con cámara instalado en el domicilio del vigilado, así como la identificación basada en la presión digital o del iris. Sistemas de reconocimiento de voz para la identificación y el control de presencia se han puesto en marcha en Gran Bretaña y Gales desde el año 2000. Véase sobre todo ello, Wittstamm: o. cit., p. 35; Toon: o. cit., p. 55.

horario nocturno, causen al resto de los moradores o que el sujeto no oiga la llamada por estar en la ducha, escuchando música, etcétera.

2. La *tecnología de segunda generación*, implantada con fuerza primero en Estados Unidos desde el año 2000 y después en Canadá y Gran Bretaña, cuyo referente europeo es el denominado *sistema Galileo*, se caracteriza por una intervención más intensa y amplia en la esfera privada del vigilado, dado que emplea mecanismos que funcionan vía satélite mediante GPS (*Global Positioning System*), con capacidad no sólo para controlar la permanencia del vigilado en un determinado lugar sino también para detectar con precisión milimétrica su presencia fuera de ese espacio, el lugar o momento y hora en el que ha estado.⁴⁰

El sujeto ha de portar un transmisor análogo al del sistema activo, que envía datos de sus movimientos a la central, cuya alarma se dispara si el sujeto se aleja del perímetro de acción permitido. La programación de zonas exclusivas se revela como un instrumento especialmente idóneo para la protección de víctimas de violencia doméstica (por ejemplo, configurando un cordón de seguridad alrededor de su vivienda, lugar de trabajo, colegio de sus hijos o donde la víctima disfrute de su tiempo de ocio), para impedir la aproximación a colegios de un delincuente sexual paidófilo, para un *hooligan* radical y agresivo respecto de los estadios de fútbol en el horario de partido o, finalmente, para la prohibición genérica a delincuentes juveniles de entrada en determinadas zonas conflictivas y especialmente peligrosas por su alto índice de criminalidad o tráfico de drogas.⁴¹ En estos casos, infractor y víctima reciben inmediatamente una señal de alarma de que aquél ha irrumpido en una zona prohibida.⁴²

3. Por último, la *tecnología de tercera generación* se caracteriza por que al control por sistema GPS de permanencia o presencia que ofrecen los anteriores sistemas apuntados se añade también la posibilidad de que la central de vigilancia reciba infor-

⁴⁰ D. Whitfield: *The Magic Bracelet. Technology and Offender Supervision*, Winchester, 2001, pp. 62 ss. Hoy en día, estos aparatos, aún relativamente costosos, se han perfeccionado técnicamente, ya que en su versión originaria presentaban algunos problemas de cobertura; no emitían señales cuando el sujeto se encontraba entre edificios altos, en su interior, bajo puentes o túneles, al tiempo que han mejorado para personas que padecen sordera.

⁴¹ Sobre ello, K. L. Kunz: *Kriminologie. Eine Grundlegung*, t. 3, 2001, pp. 383 ss.

⁴² Utilizando el sistema GPS en Brasil y en Estados Unidos, se está comercializando un chip antisequestro, introducido en una pequeña cápsula del tamaño de un grano de arroz, invisible e implantado con una jeringuilla bajo la piel de una persona, con la finalidad de impedir o resolver secuestros. El Canal 21 de la Televisión brasileña retransmitió en directo el 24-2-02 el proceso de implante en el cuerpo de una persona, que puede verse en Internet. El chip permite tener localizada a una persona en cualquier parte del mundo. En el estado brasileño de Sá ya está siendo usado por cuarenta y dos familias de banqueros, empresarios y altos ejecutivos de multinacionales; existe una lista de espera de más de mil cien personas que han solicitado tal invento. Tiene un coste de adquisición y mantenimiento mensual muy elevado, sólo asequible a personas de gran capacidad económica.

maciones psicológicas, frecuencia de pulsaciones, ritmo respiratorio para medir el nivel de agresividad de un delincuente violento, la excitación sexual en delincuentes sexuales, cleptómanos o psicópatas. Así mismo, ante cualquier incumplimiento de las obligaciones acordadas judicialmente, algunas versiones tienen capacidad para realizar una intervención corporal directa en el vigilado por medio de descargas eléctricas programadas, que repercuten directamente en el sistema nervioso central o por medio de la apertura de una cápsula que le inyecta un tranquilizante u otra sustancia, para el caso de neuróticos agresivos, esquizofrénicos o adictos al alcohol.⁴³

Este drástico procedimiento aún no se ha implantado en el arresto domiciliario con vigilancia electrónica porque constituye un castigo físico atentatorio contra la dignidad humana; por otro lado, no toma en cuenta distintas situaciones de necesidad —urgencia médica, incendio en la casa, un accidente— en las que el vigilado se vea obligado a abandonar el lugar y a soportar injustificadamente tales descargas eléctricas.⁴⁴

Naturalmente, la tecnología de primera y segunda generación permite controlar la presencia o estancia de una persona en un determinado lugar, pero no lo que hace o cómo se comporta; no pueden impedir el abandono del domicilio o la entrada en zonas prohibidas, a diferencia de los aparatos de la tercera generación que, sin embargo, pueden menoscabar derechos fundamentales. Existe acuerdo igualmente en rechazar los sistemas de vigilancia mediante cámaras o aparatos de escucha, por afectar directamente a la intimidad.

4. Análisis político criminal del control penal electrónico

El intenso debate surgido en el derecho comparado sobre la materia que nos ocupa ha dividido a partidarios y detractores que polemizan en todos sus aspectos, fundamentalmente, en torno al *si* y al *cómo* de la vigilancia electrónica, su ámbito de aplicación, los sujetos destinatarios, su constitucionalidad y su posible anclaje en el sistema legal o su compatibilidad a la luz de los fines de la pena.

Procedemos a sintetizar tales argumentos, que se mueven en un discurso de naturaleza filosófico-jurídica, bajo el que subyace el interrogante sobre la conveniencia o no de introducir nuevas figuras en la dogmática y en la praxis de la administración de justicia en un mundo cambiante y complejo.

⁴³ P. Landreville: “La Situation aux Etats-Unis et au Canada”, en *Will Electronic Monitoring Have a Future in Europe?*, o. cit., pp. 43 ss.; N. Bishop: “Social Work and Electronic Monitoring”, en la misma obra, p. 231; Whitfield: o. cit., p. 118.

⁴⁴ Es unánime la crítica. Véase por todos Hudy: o. cit., p. 36; Weber: o. cit., 2004, p. 370. En Estados Unidos se han utilizado cinturones con corriente eléctrica para el transporte de presos a prisión o su conducción ante el tribunal. Landreville : o. cit., pp. 43 ss.

1. Los argumentos favorables descansan en dos ideas básicas. En primer plano, desde una perspectiva prioritariamente pragmática, se sostiene que la vigilancia electrónica contribuye a una *disminución de la población carcelaria* y a un *ahorro de costes* ligados a la administración penitenciaria.⁴⁵ En segundo lugar, ocupando un inmerecido puesto secundario, desde una perspectiva político-criminal, el control electrónico evita o reduce la privación de libertad en prisión, por lo que contribuye a favorecer y acelerar el proceso de *resocialización del condenado*, evitando al mismo tiempo los efectos negativos inherentes a la prisionalización.

1.1 Numerosos análisis efectuados desde el *prisma económico* indican que el cumplimiento de una pena bajo el sistema de control telemático supone un abaratamiento muy considerable, aproximadamente la mitad del coste de la ejecución tradicional de una pena en prisión,⁴⁶ y ello sin tener en cuenta la repercusión beneficiosa indirecta multiplicadora de la vigilancia electrónica, dado que el condenado podría seguir manteniendo su puesto de trabajo, contribuir al sustento familiar, al pago de impuestos, así como a reparar el perjuicio causado a la víctima.⁴⁷

Probablemente, el coste estricto de la tecnología supone sólo una pequeña parte del montante global del sistema de vigilancia. Sin embargo, la cuestión de los costes se ha de valorar con cierta prudencia, como piensa Weber, pues únicamente existen datos parciales que difícilmente permiten contrastarse.⁴⁸ Desde luego, no sólo han de computarse los gastos directos que genera la implantación del mecanismo, sino que también deben de tenerse en cuenta muy especialmente los costes fijos del personal ya existente adscrito a la administración penitenciaria y del nuevo personal especializado necesario para ejecutar los programas de vigilancia, previsión de infracciones o quebrantamientos que dependen de cada programa, así como del mantenimiento de las instalaciones ya construidas.⁴⁹ Naturalmente, la ejecución de una pena de arresto

⁴⁵ Esta dimensión es una de las más destacadas en los distintos estudios monográficos. Así, Bernsmann: o. cit., pp. 94 ss.; Haverkamp: o. cit., pp. 9 ss., 516 ss.; Weber: o. cit., pp. 93 ss.

⁴⁶ En Estados Unidos, se cifra en 168 \$ por persona y día el coste de cumplimiento en prisión, mientras que la modalidad del arresto domiciliario con vigilancia electrónica disminuye hasta 75 \$, y de las dos mil plazas de cumplimiento en régimen abierto se ahorrarían unas cuatrocientas. En Canadá, datos ofrecidos en 1996 sobre 355 vigilados, concluían que la vigilancia electrónica ascendía a 48 \$ por vigilado y día, mientras que los costes penitenciarios eran de 109 \$. En Alemania, se calcula en cinco marcos diarios el leasing del aparato y un día en prisión alanza 150 marcos; cf. Haverkamp: o. cit., p. 32. En Francia, el informe Cavanel de 1995 calculaba en 80 a 100 francos por día y preso en la vigilancia electrónica, frente a 268 francos en prisión; citado por Kuhn y Madignier: o. cit., p. 685.

⁴⁷ Por eso, Hudy la califica de *sanción social* (o. cit., pp. 29 y 76).

⁴⁸ Weber: o. cit., p. 90. En países con cierta experiencia, como Suecia, no se ha conseguido tal disminución de costes ni de la población reclusa después de implantar las técnicas de vigilancia electrónica; cf. Haverkamp: o. cit., pp. 13 y 90; tampoco en Estados Unidos parece que estos problemas se hayan resuelto, según indica Wittstamm: o. cit., p. 78.

⁴⁹ Bernsmann: o. cit., pp. 94-95.

domiciliario con vigilancia electrónica impuesta como medida única, que se limita al control del cumplimiento de los periodos de arresto (como ocurre normalmente en Gran Bretaña), conlleva un presupuesto económico notablemente inferior (unas tres veces menos) que el coste de los programas —como en Suecia y España— que incorporan una actuación más intensa porque al control electrónico añaden terapias, visitas personales diarias o contactos telefónicos, cursos de formación o talleres de trabajo (*intensive supervision programs*).⁵⁰ Finalmente, el pretendido ahorro quizás sea escasamente significativo dado el limitado círculo de potenciales participantes en los programas, ya que, como veremos, los requisitos impuestos para los condenados excluyen *ab initio* a un grupo importante, principalmente los peor situados social y económicamente.

En suma, la dimensión integral asociada a la vigilancia electrónica en el cumplimiento de las penas no permite ser muy optimistas con respecto a un ahorro económico neto definitivo.

1.2. Por lo que respecta a la *finalidad preventivo-especial*, un sector doctrinal valora de modo altamente positivo que el control electrónico de una pena tienda a favorecer de un modo flexible e individualizado la *resocialización* del sujeto,⁵¹ al mismo tiempo que, especialmente en la variante *front-door*, evita las consecuencias negativas desocializadoras y la estigmatización social del condenado provocada por el contacto con la subcultura carcelaria, y le permite incluso conservar su puesto de trabajo y entorno familiar. Por su parte, la variante *back-door*, pensada para condenas de más larga duración, acorta la estancia del condenado en prisión y permite un acercamiento progresivo a la vida en libertad, aliviando considerablemente también los efectos negativos inherentes a la prisión.

Los partidarios de la vigilancia electrónica estiman que, en líneas generales, ella permite una adecuación individualizada de la sanción caso por caso y contribuye a estabilizar el autocontrol del penado; supone un estímulo a la reflexión para que, en el futuro, pueda llevar una vida ordenada en libertad, y es un factor decisivo para evitar o disminuir los índices de reincidencia.⁵² Esta dosis de autorresponsabilidad dejada en manos del propio sujeto para ejecutar el plan diario establecido se traduce también en la graduación de la intensidad del control en diferentes fases: durante las primeras

⁵⁰ Weber: o. cit., p. 90.

⁵¹ La Instrucción 13/2001 DGIP alude a que “formará parte del programa individualizado de tratamiento del interno y no procederá su aplicación cuando razones de tratamiento lo desaconsejen” (p. 2).

⁵² Específicamente sobre ello, véase H.-J. Albrecht: “Der elektronische Hausarrest: Das Potential für Freiheitsstrafenvermeidung, Rückfallverhütung und Rehabilitation”, en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim)* 2002, p. 92; H.-J. Albrecht, H. Arnold y W. Schädler: “Das hessische Modellversuch zur Anwendung der ‘elektronischen Fussfessel’”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 2000, p. 467.

semanas se puede programar un control más estrecho, después contactos menos intensos, reducidos a determinadas franjas horarias y, finalmente, establecer un control sólo nocturno. Y todo ello, además, con la posibilidad de diseñar un programa en el que, sumado a las visitas y contactos por el personal funcional competente, se permite al condenado acudir al trabajo, disponer de varias horas semanales para atender asuntos personales fuera de casa, ir de compras, realizar asuntos bancarios, oficiales u otra actividad que tienda a la resocialización y a normalizar progresivamente su vida.

Estas finalidades son destacadas en España a la luz de los principios generales que inspira a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en su Instrucción 13/2001, en la que específicamente menciona “la atenuación de medidas de control, autorresponsabilidad del penado, normalización e integración social, evitación de la desestructuración familiar y coordinación con las instancias comunitarias de reinserción”, al tiempo que reconoce que la aplicación de dicho precepto “precisa un permanente seguimiento de los casos y debe ser periódicamente revisada y evaluada por los órganos competentes”.⁵³

Sin embargo, a la vista de la experiencia, sobre todo estadounidense, no así quizás en Europa, la resocialización no parece que sea el interés prioritario. Con este sistema punitivo, todo parece reducirse a un puro mecanismo de control vacío en sí mismo de contenido y a una administración y registro de las posibles infracciones del programa diariamente establecido.⁵⁴ En efecto, los requisitos mínimos imprescindibles normalmente exigidos para poder participar en un programa de vigilancia electrónica —vivienda y trabajo estable, conexión telefónica y, a veces, contribución individual en los costes del programa— dejan fuera, precisamente, a sujetos socioeconómicamente débiles, cuando es precisamente esta precariedad una de las razones por las que necesitan de mayor ayuda para reinsertarse; sin embargo, existe un gran escepticismo en cuanto a que la vigilancia electrónica los logre resocializar. Al contrario, resulta paradójico que, en numerosas ocasiones, sean los sujetos bien socializados y con suficiente capacidad económica quienes conforman el grupo de destinatarios preferentes (por cumplir con los requisitos) para implantarles esta localización permanente así controlada, cuando, en el fondo, no precisan de resocialización o, al menos, no con estos métodos telemáticos.

2. Los argumentos contrarios al arresto domiciliario con vigilancia electrónica se diversifican en distintas direcciones pero, por lo general, no se dirigen tanto contra el *aparato* electrónico cuanto sobre el aspecto de la *vigilancia*.

⁵³ Esta Instrucción 13/2001 indica que la aplicación de los dispositivos telemáticos se combinarán con “otras medidas de seguimiento (controles presenciales, analíticas, visitas al lugar de trabajo, etc.) previstas en cada caso. El interno mantendrá una entrevista cada quince días con los responsables de su seguimiento”.

⁵⁴ De esta opinión, Hudy: o. cit., pp. 30-31 y 143; Bernsmann: o. cit., pp. 73-74 y 120.

2.1. Las tesis ideológicamente más conservadoras critican la *ausencia de carácter penal* de esta medida, a la que califican de excesivamente indulgente y carente de naturaleza represiva,⁵⁵ de modo que no compatibiliza con los fines atribuidos modernamente a las penas privativas de libertad. De un lado, carece o apenas es visible el elemento retributivo; de otro, no cumple las expectativas preventivo-generales intimidatorias ante futuras tentaciones delictivas de los potenciales delincuentes, ni tampoco contribuye a reforzar la confianza ético-jurídica de la población en la importancia de los valores protegidos por las normas (prevención general positiva).⁵⁶

Ciertamente, se ha discutido de forma detenida desde hace mucho tiempo sobre la extraordinaria complejidad que rodea a la medición de la eficacia preventivo-general negativa y positiva de las penas, sin que probablemente las investigaciones hayan alcanzado resultados concluyentes. Por esta razón, quizás no deba sostenerse que, a priori, la introducción del arresto domiciliario con vigilancia electrónica anula o debilita la eficacia preventiva del derecho penal pero, en todo caso, sí resulta imprescindible que el programa de ejecución encierre una “configuración punitiva” para colmar los fines retributivos y preventivos de la pena.⁵⁷

En conexión con este argumento, a diferencia del cumplimiento efectivo en prisión de una privación de libertad, lo cierto es que el arresto domiciliario con vigilancia electrónica no dispone de mecanismos coactivos para impedir ulteriores delitos, de modo que permanece vivo un riesgo para la seguridad colectiva.⁵⁸

2.2. En cambio, las posiciones ideológicas más liberales dirigen su crítica principal contra la introducción de métodos electrónicos de control en el ámbito penal bajo la advertencia de un peligroso efecto de *ampliación del control social (net-wide-ning-effect)*,⁵⁹ que para otros, sin embargo, hasta ahora no ha podido probarse empíricamente.⁶⁰

Los planteamientos más pesimistas, manifestados abiertamente sobre todo en Gran Bretaña y Alemania, piensan que estamos ante una primera puerta de entrada a la consolidación de un Estado policíaco de control total en la vida de los particulares, según la representación literaria de Orwell.⁶¹ De un lado, la clásica máxima que tanta

⁵⁵ Los más críticos la califican de “ejecución de hotel” (*Hotelvollzug*) y que “el autor puede cumplir su condena en una butaca en su domicilio”; citado según Wittstamm: o. cit., p. 159.

⁵⁶ En contra, Hudy: o. cit., p. 142 ss., y Haverkamp: o. cit., pp. 168-169, piensan que no es visible un menoscabo de la eficacia preventivo general con la vigilancia electrónica.

⁵⁷ Haverkamp: o. cit., p. 10.

⁵⁸ Así, por ejemplo, M. Lindenberg: el control electrónico comporta “límites simplemente virtuales” ya que el sujeto siempre puede abandonar el domicilio e infringir sus obligaciones; cf. *Die Überwindung der Mauern. Das elektronische Halsband*, Múnich, 1992, p. 96.

⁵⁹ Weber: o. cit., p. 147.

⁶⁰ Véase, sobre ello, Haverkamp: o. cit., p. 12. Esta es la conclusión de Hudy, al menos con relación a Estados Unidos; cf. Hudy: o. cit., p. 82.

⁶¹ Wittstamm: o. cit., p. 101; G. Deleuze: “Das elektronische Halsband. Innenansicht der kontrollierten Gesellschaft”, *Kriminologisches Journal* 1992, p. 181; A. Jolin y R. Rogers: “Elektronisch

relevancia ha alcanzado en el derecho anglosajón, *my home is my castle*, se transforma de pronto en *my home is my prison*, dando lugar a una especie de *prisonalización del espacio privado*, debilitando la protección del domicilio al convertirlo en lugar de ejecución de una pena, en una especie de *cárcel privada*. Y, de otro lado, este sofisticado instrumental capaz de un sutil control mediante GPS, que permite determinar el lugar donde se encuentra el sujeto, fuera de su casa, se convierte en una especie de *celda virtual y móvil*, dando lugar a la denominada por Weber “prisonalización global del espacio público”, susceptible de ampliarse a otros sectores.⁶²

En este sentido, insisten los detractores, el atractivo de la tecnología futurista inherente a la vigilancia electrónica, enmascarada en un falso ropaje de castigo progresista y moderno, lejos de contribuir a una respuesta punitiva más humanizada, se alza como una nueva penología en un cosmos controlado por el Estado y sería, en consecuencia, una manifestación más de una política criminal represiva en el conjunto de numerosos ejemplos visibles de orden procesal-penal enarbolados actualmente en la lucha contra la criminalidad organizada.⁶³

Un interesante estudio en clave sociológica y política publican los profesores de la Universidad de Barcelona Anna Vitores y Miquel Domènech, en el que destacan “el papel en el ejercicio del poder” de la monitorización electrónica, de modo que la perspectiva del dispositivo ha de analizarse conjuntamente en una simbiosis con el contexto y las concepciones socioculturales, con sus aplicaciones y su racionalidad. Ponen de manifiesto estos autores que no sólo se ha producido una discontinuidad en la evolución de la sofisticación y el avance técnico de los aparatos de control, desde las primeras manifestaciones originarias en los años sesenta, sino que, además —y

überwacher Hausarrest. Darstellung einer Strafvollzugsalternative in den Vereinigten Staaten”, *MschKrim* 1990, p. 205.

⁶² Weber: o. cit., pp. 224-225.

⁶³ En el contexto comparado, algunas reformas legislativas emprendidas contra el crimen organizado han sido descalificadas por penalistas y criminólogos como totalitarias y de contenido abusivamente policíaco, traducidas en un considerable endurecimiento del derecho penal en general y en una restricción de las esferas individuales. Se trata de colmar un “déficit de seguridad por un déficit democrático”. Se tiende a un concepto unitario de autoría; se equipara a efectos punitivos las fases de preparación y consumación; ante las dificultades probatorias para una eficaz lucha contra la corrupción, enriquecimiento injusto y el blanqueo de capitales, se propone la inversión de la carga de la prueba, desestabilizando el principio de presunción de inocencia y el de culpabilidad; se observa una ampliación de las posibilidades policiales de vigilancia, de los plazos de prisión provisional; se potencia la figura del delator arrepentido-colaborador con la justicia y del agente provocador. Sobre ello, véase M. A. Iglesias Río: “Panorámica comparativa sobre algunos problemas que presenta el fenómeno asociativo criminal en la actualidad”, en *Las entidades sin fin de lucro: estudios y problemas*, Burgos, 1999, pp. 97-126; también “Criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global”, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. J. M. Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pp. 1445-1473; y, finalmente, M. A. Iglesias Río y T. Medina Arnáiz: “Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea”, en *Revista Penal* n.º 14, 2004, pp. 49-69.

esto es lo más importante—, se ha producido una transformación en la finalidad de su utilización. El aparato ideado por Schwitzgebel en 1964 ligaba el avance técnico al saber científico, pero fue diseñado no sólo para vigilar o controlar sino para curar, educar y corregir a sujetos reincidentes; en cambio, en la actualidad la tecnología se presenta vacía de contenido y se convierte en mera instrumentalidad: no importa lo que el condenado esté haciendo o si su conducta es adecuada o no, sino sólo si ha salido del espacio permitido y existe riesgo para la sociedad. Por eso, no somos únicamente testigos de una evolución en el perfeccionamiento técnico de los aparatos, sino que asistimos, a juicio de estos autores, a la “configuración sociotécnica de una nueva forma de control social”, a “un cambio en la forma de ejercer el poder”, de modo que “elegir una forma concreta de dispositivo significa elegir una forma concreta de vida política”.⁶⁴

Sin embargo, aun siendo ciertos los riesgos que comporta la moderna tecnología, cabe decir que, a diferencia del Estado de vigilancia totalitario y policíaco de Orwell, el controlado sabe cómo, cuándo y por qué es sometido a esa medida (nada más y nada menos que por la comisión de un acto criminal), y existe una precisa delimitación jurídica entre los derechos y obligaciones de ambas partes.⁶⁵

Pero no hay duda de que la aceptación de una pena con vigilancia electrónica podría servir también de pretexto para consolidar una línea político-criminal más represiva. En efecto, la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la órbita continental han apostado desde hace más de tres décadas por una política criminal encaminada al retroceso, en la medida de lo posible, del ámbito de aplicación de penas privativas de libertad de corta duración, para la criminalidad leve o de mediana gravedad, frente a la que se opta por imponer sanciones pecuniarias y, con ciertos requisitos, otorgar la suspensión condicional de la pena; y esta tendencia, más en sintonía con la idea de *ultima ratio*, se ha evidenciado en la praxis de la determinación judicial de la pena, aunque, como demuestra la experiencia, tampoco resuelve todos los problemas que se presentan.⁶⁶

En cambio, países como Estados Unidos o Suecia ejecutan con frecuencia penas de prisión incondicional de duración inferior a dos semanas, significativamente, en caso de conducción bajo la influencia del alcohol, sin el correspondiente permiso administrativo, delitos menos graves contra la propiedad y contra la integridad física o coacciones leves. Pues bien, en estos ámbitos se potencia la aplicación del arresto domiciliario con vigilancia electrónica como alternativa a la prisión.⁶⁷

⁶⁴ A. Vitores y M. Domènech: “Telepoder: tecnologías y control penitenciario”, en *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. VIII, n.º 170 (44), 1 de agosto de 2004, pássim.

⁶⁵ Bernsmann: o. cit., p. 197.

⁶⁶ T. Weigend: “Sanktionen ohne Freiheitsentzug”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)* 1992, p. 363.

⁶⁷ En Suecia, dos tercios del catálogo de penas de prisión son inferiores a seis meses, en tanto que en Alemania sólo un tercio. En Suecia, de 13 000 condenados en 1997, unos 4 000 cumplieron su pena

Sin embargo, cuando tal arresto opera como pena principal, en el sistema continental podría repercutir en una ampliación del control social a sujetos que hasta ahora sólo hubieran sido castigados con pena de multa o se hubiesen beneficiado con la suspensión de la pena, de modo que la aplicación de un control telemático, lejos de ser una opción alternativa más humanitaria, se traduce en una carga y en una intensificación del control, pues cada vez son más numerosos los programas que no sólo imponen la vigilancia electrónica en sentido estricto, sino que la combinan con frecuentes visitas, cursos o terapias; en definitiva, todo un conglomerado de elementos punitivos y educativos.

En cambio, este problema no se plantea en términos relevantes cuando la vigilancia electrónica se contempla como nueva alternativa a penas de prisión incondicional, pues la fase de ejecución está gobernada por el fin preventivo-especial de resocializar al sujeto en la comunidad.⁶⁸ Ha de tratarse de compaginar el control telemático con los beneficios penitenciarios y con la posibilidad de alcanzar la libertad condicional o la suspensión condicional de la pena, de modo que, por ejemplo, no se puede obligar a cumplir una importante parte de la condena para beneficiarse del cumplimiento por vigilancia electrónica si antes de ese plazo pudiera salir en régimen de semilibertad o libertad completa. Es decir, que no se pueden agravar las condiciones de excarcelación por la implantación del mecanismo de la vigilancia electrónica.

2.3. Otra línea argumental crítica, especialmente en Alemania, considera que la vigilancia electrónica lesiona determinados derechos fundamentales del condenado y además provoca una desigualdad de trato entre distintos delincuentes.⁶⁹

2.3.1. El control tecnológico implica una peligrosa intromisión en la esfera privada del condenado, que afecta los siguientes derechos fundamentales: a la inviolabilidad de domicilio,⁷⁰ a la intimidad, al secreto a las comunicaciones, a la libre circula-

de hasta tres meses en forma de vigilancia electrónica. En cambio, en aquellos países donde apenas tenga incidencia práctica el cumplimiento incondicional de penas cortas privativas de libertad, no tendrá mucha repercusión el arresto domiciliario con vigilancia electrónica; cf. Haverkamp: o. cit., pp. 49-51 y 237.

⁶⁸ Hudy: o. cit., pp. 140 y 146-147; a su juicio, la alternativa del arresto domiciliario con vigilancia electrónica podría ser un adecuado instrumento en manos del juez cuando la gravedad de la culpabilidad del sujeto no fuera tan elevada como para imponer una pena de prisión incondicional.

⁶⁹ Sobre todo ello, con amplitud, Wittstamm: o. cit., pp. 182-203; F. Streng: "Modernes Sanktionenrecht", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 1999, p. 850; H. Ostendorf: "Die 'elektronische Fessel': Wunderwaffe im "Kampf" gegen die Kriminalität", en *ZRP* 1997, p. 476; Jolin-Rogers: o. cit., pp. 205 ss. No contemplan, sin embargo, lesión alguna a la Constitución ni a la normativa internacional, Weber: o. cit., pp. 237-256.

⁷⁰ Que se acrecienta en países como Gran Bretaña o Estados Unidos, donde los sistemas de vigilancia se relacionan con empresas privadas de seguridad, lo que puede conducir a una peligrosa privatización de la pena e incluso a una nociva confusión de los planos relativos a la ejecución estatal de la pena y al aspecto empresarial de las técnicas de seguridad. Con amplitud, Bernsmann: o. cit., pp. 19 ss.

ción, la libertad personal o la protección de datos.⁷¹ Alegan también razones de inhumanidad en la ejecución de una pena que degrada al sujeto a simple objeto de control, menoscabando la dignidad humana,⁷² y algunos autores llegan a calificar la vigilancia electrónica como una “moderna pena de picota”, en especial cuando el aparato es visible públicamente.⁷³

En cualquier caso, pensamos que no es posible asimilar ni comparar estos artificios contemporáneos con el sufrimiento corporal que las penas preilustradas pretendían infligir sobre el condenado, con una finalidad marcadamente intimidatoria; tampoco es equiparable la vigilancia electrónica al señalamiento público de la casa de un delincuente sexual, ni a los llamados *chain gangs*, consistentes en encadenar a varios condenados en lugares públicos de trabajo o en sesiones de terapia. Ha de colocarse el mecanismo electrónico en una zona corporal poco visible (por ejemplo, nunca debería ser un collar), con el fin de evitar al máximo la estigmatización social. Por el contrario, a diferencia de estos ejemplos, el hecho de portar el aparato transmisor carece del componente subjetivo de ser *expresión de menosprecio para la personalidad*, ni equivale en absoluto a una pena corporal ni a un trato inhumano o degradante que tenga un significado de castigo autónomo. Más bien existe acuerdo en todo lo contrario: que estamos ante un mecanismo que trata de impedir los daños físicos y psíquicos que suele provocar la prisión, con independencia de que se adopten todas las alertas necesarias ante los desafíos ético-jurídicos que pueda comportar la moderna tecnología para el respeto a derechos fundamentales.

2.3.2. En conexión con la dimensión axiológica del respeto a la dignidad humana también ha llegado a cuestionarse la inconstitucionalidad del empleo de sistemas de vigilancia por lesionar el *derecho fundamental a no autoinculparse (nemo tenetur se ipsum accusare)*. Contra esta afirmación cabe oponer que la finalidad esencial del control electrónico es fundamentalmente de naturaleza preventiva y resocializadora —evitar la comisión de nuevos delitos— y no claramente conducente a una determinación de culpabilidad ni a la autoincriminación. En sentido estricto, aunque el aparato registra con eficacia probatoria en contra del reo las infracciones al programa preestablecido, esto sólo es una consecuencia adicional de la vigilancia que no supone, sin más, en sentido técnico-jurídico, que el sujeto colabore activamente contra la propia causa.⁷⁴

⁷¹ Hay quienes advierten de que la vigilancia electrónica contribuye a crear un *hombre de cristal (gläsernen Menschen)*; sobre ello Haverkamp: o. cit., pp. 110 y 323, autor que rechaza esta visión.

⁷² Lindenberg: o. cit., p. 179. Entre nosotros, consideran este medio de control contrario a la dignidad humana Luzón Peña: o. cit., pp. 61-64; Escolar Marulanda: o. cit., pp. 218 ss.; Mapelli Caffarena: o. cit., p. 429. Por su parte, G. Landrove Díaz simplemente apunta que este tipo de control “bien pudiera afectar a derechos constitucionalmente reconocidos”; cf. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6.ª ed., Madrid, 2005, p. 64. La *Instrucción 13/2001 DGIP* determina que las medidas de control “no podrán atentar contra su dignidad” (p. 5).

⁷³ Streng: o. cit., p. 851.

⁷⁴ De esta opinión, por ejemplo, Hudy (o. cit., pp. 216-217), que hace referencia comparativa con la utilización de aparatos como el tacómetro en el ámbito del tráfico de camiones y otros vehículos

En conclusión, la doctrina absolutamente dominante estima que la vigilancia electrónica ligada a una pena de localización permanente o a la ejecución de cualquier otra no lesiona derechos fundamentales reconocidos; por el contrario, se trata de una medida menos lesiva y más humana frente a la prisión, en la que, dicho sea de paso, además de las rejas, muros y sistemas electrónicos de seguridad, también se instalan videocámaras y micrófonos en lugares estratégicos. No se superaría el examen de constitucionalidad si el empleo de cierta clase de mecanismos de vigilancia fuera degradante, por estigmatizar públicamente a su portador, por su ostensible visibilidad (por ejemplo, si se coloca en el cuello) o por tener capacidad para desencadenar castigos corporales o imponer restricciones físicas.

En todo caso, la menor intensidad de la intervención en la vigilancia electrónica con respecto a la tradicional ejecución penitenciaria podría llegar a justificar un cierto margen de injerencia tolerable, de acuerdo con la doctrina comúnmente aceptada de que los derechos fundamentales no se protegen de forma ilimitada sino en el marco de un proceso de ponderación de valores; en esta situación: el conflicto entre los intereses estatales y de seguridad pública y el titular de los derechos individuales afectados.

2.3.3. Por otra parte, la crítica relativa al *tratamiento desigual* de esta pena o a la *discriminación social* a la que pudiera dar lugar se debe a las diferentes capacidades económicas entre el círculo de sujetos destinatarios o beneficiarios de estas medidas, con lo que un buen número de ellos quedaría, de entrada, excluido de la posibilidad de participar de un programa de esta naturaleza por incumplir los requisitos que comúnmente se exigen y que sólo satisfacen sujetos con alta capacidad económica: domicilio propio o fijo, conexión telefónica y eléctrica y trabajo estable;⁷⁵ incluso, como ya hemos anticipado, algunos programas extranjeros contemplan una participación del sujeto en los costes para *contribuir a los gastos de ejecución del programa*.⁷⁶

Esta exigencia podría desembocar en un trato desigual entre empleados y desempleados, privilegiando a los mejor posicionados social y económicamente, por lo que es posible preguntarse si no se trata realmente de una *específica sanción de clase*⁷⁷ que podría evitarse, bien renunciando al pago si el sujeto no está en condicio-

de servicio público, cuya finalidad es contribuir a controlar el tiempo de conducción continuada y registrar excesos de velocidad con fines puramente preventivos en beneficio de la seguridad viaria. En el resultado, también Bernsmann: o. cit., p. 169; Haverkamp: o. cit., pp. 190-192. Entre nosotros, J. Sánchez-Vera Gómez Trelles (junto con C. Pérez del Valle y P. González Rivero): *El arresto de fin de semana en la legislación española. Problemas de fundamentación en una perspectiva práctica y alternativas a la situación actual*, Madrid, 2002, pp. 76-77.

⁷⁵ Así la Instrucción 13/2001, de la DGIP.

⁷⁶ En Suiza se concreta en 20 francos diarios (en el cantón de Tessin se imponen 10 francos), así como unos 50 francos mensuales por gastos de conexión telefónica que permita emitir señal al transmisor. De 5 a 10 \$ diarios de media en los programas estadounidenses. En Suecia, unos 6 \$ diarios, teniendo en cuenta los ingresos del sujeto; tal contribución se destina a un fondo de protección de víctimas. Sobre ello; cf. Hudy: o. cit., p. 40; Bernsmann: o. cit., p. 100; Weber: o. cit., pp. 179-180.

⁷⁷ Cf. Hudy: o. cit., p. 109.

nes de sufragarlo —averiguando, como suele hacerse en Estados Unidos o en Suecia, los ingresos mensuales del afectado y detrayendo cierta cantidad (de un modo similar al cálculo de nuestro sistema de día multa)—, o bien sustituyendo el pago diario con la obligación de participar en un programa ocupacional o en trabajos en beneficio de la comunidad. Pero esta solución, advierte Weber, podría constituir una especie de *bis in idem*, doble castigo, evitable, sin embargo, si se computa para el cumplimiento de la pena tanto la jornada de trabajo comunitario como el día bajo arresto domiciliario con vigilancia electrónica.⁷⁸

Por otro lado, según las dimensiones del domicilio —una vivienda familiar con amplio jardín, en una zona residencial o un modesto apartamento compartido con otros parientes—, el cumplimiento de la pena será mucho más confortable o no y permitirá, en su caso, una mayor libertad de movimientos.⁷⁹ Pero esta situación es un reflejo de las propias desigualdades sociales, que no implica una discriminación inconstitucional.

Finalmente, se advierte también que esta pena puede convertirse en un *castigo indirecto para el resto de los familiares* que comparten el domicilio, por las molestias que genera esa “prisonalización total de la morada” (llamadas telefónicas o visitas para la comprobación de permanencia) y el estrés provocado por la vigilancia electrónica, la tensión intrafamiliar y la agresividad que el condenado puede trasladar al resto de los sujetos por la frustración de no poder abandonar la casa, pasear con los hijos o realizar cualquier otra actividad cotidiana, o ante la estigmatización del transmisor, si fuera visible en época estival o al hacer deporte. Todo ello, según algunos autores, puede desembocar en posibles problemas psicológicos o traumas para el sujeto.⁸⁰

5. Requisitos, selección de los destinatarios y ámbito de aplicación

No existe plena coincidencia en los distintos modelos con relación a los requisitos exigidos ni cuál ha de ser el perfil de los grupos de destinatarios para participar en un programa de vigilancia electrónica, ni tampoco el ámbito material de aplicación, aunque sí pueden observarse determinados presupuestos comunes.

1. Con relación a los destinatarios, en primer lugar, existe acuerdo en que no es viable generalizar indiscriminadamente este sistema de control a cualquier condena-

⁷⁸ Weber: o. cit., pp. 250-252.

⁷⁹ Weber: o. cit., pp. 98-99; Ostendorf: o. cit., p. 476; Kuhn y Madignier: o. cit., pp. 671 ss., 674.

⁸⁰ Esta preocupación no ha escapado a los tratadistas en estos temas. El estrés inherente a la vigilancia electrónica es destacado por M. Krahl: “Der elektronische überwachte Hausarrest”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* n.º 10, 1997, p. 460, por lo que se aconseja que el periodo máximo de vigilancia electrónica no sea excesivamente largo; si bien la conclusión apunta por la ausencia de diagnósticos sobre efectos negativos en la salud psíquica. Cf. sobre ello Hudy: o. cit., pp. 113-115.

do, por muy sofisticados que sean los mecanismos técnicos de seguimiento. Precisamente, uno de los principales factores de los que dependerá el éxito de los resultados de la ejecución de la pena radica en una cuidadosa preselección de los sujetos participantes en el programa.

La Instrucción 13/2001 DGIP indica que la decisión “debe ser lo más objetiva posible y requiere de una evaluación detallada y global por parte de la Junta de Tratamiento que debe tener en cuenta factores de carácter personal, social delictivo y penal”. Entre estos factores destaca los siguientes: permanencia en tercer grado de tratamiento durante el periodo mínimo necesario que permita valorar la capacidad de autorresponsabilidad del interno en el medio abierto, valoración positiva en las distintas evaluaciones relativas al cumplimiento de los objetivos de su programa individualizador de tratamiento, no ser objeto su actividad delictiva de una especial alarma social, disponer de situación estable en los ámbitos laboral, sociofamiliar y personal, así como pronóstico favorable de reinserción a efectos de su libertad condicional (pp. 3-4).

La experiencia comparada parece demostrar que el arresto domiciliario con vigilancia electrónica es una medida idónea sólo para un grupo relativamente reducido de personas; por esta razón, se habla de una clara contradicción entre la finalidad resocializadora de la vigilancia electrónica y el perfil del *vigilado ideal* susceptible de incorporarse a un programa de esta naturaleza. Por otro lado, ante este panorama, la vigilancia electrónica tampoco parece resolver en términos relevantes el problema de la sobrepoblación carcelaria y el ahorro de costes.

En la mayoría de los países, si las instancias penitenciarias consideran idóneo a un condenado, se le comunica un ofrecimiento para participar en un programa de vigilancia electrónica, indicándole las condiciones y el cumplimiento de un plan diario.⁸¹ El sujeto ha de prestar su *consentimiento* expreso y firmado por escrito, e incluso se cuestiona si las personas que comparten el domicilio del vigilado han de manifestar también su conformidad con estas medidas,⁸² dado que ciertos programas contemplan un seguimiento intenso por los órganos encargados de la ejecución o por

⁸¹ En España, el equipo técnico de la prisión informa sobre la idoneidad del sujeto a la Junta de Tratamiento y ésta eleva la propuesta a la Subdirección General de Gestión Penitenciaria, que será la que finalmente autorice o no la medida de monitorización telemática. Una vez cumplimentada la tramitación, el centro penitenciario dispondrá todo lo necesario para instalar los correspondientes dispositivos en la casa del sujeto.

⁸² La Instrucción 13/2001 DGIP sí lo exige: “[...] el interno debe aceptar de forma expresa someterse a las condiciones de aplicación de los dispositivos telemáticos que establezca la Administración, de las que habrá sido suficientemente informado con anterioridad. Los miembros adultos de la unidad familiar que residan en el domicilio en el que se lleve a cabo la instalación deben mostrar, de forma igualmente expresa, su consentimiento con el establecimiento y desarrollo de esta materia” (p. 8).

el equipo de trabajadores sociales que se traduce en llamadas telefónicas y visitas inesperadas o anunciadas inmediatamente antes de producirse.⁸³

A los requisitos generales de disfrutar de unas condiciones socioeconómicas mínimas ya apuntadas —domicilio permanente, conexión telefónica,⁸⁴ puesto de trabajo adecuado y estable⁸⁵ y, en algunos casos, capacidad para poder contribuir económicamente con los costes de la vigilancia— se añaden otros elementos significativos que tienen en cuenta el pronóstico favorable de resocialización: que no presente riesgo de fuga ni peligro para la seguridad pública, que no se trate de un delincuente habitual, ni de un sujeto con adicción al alcohol o a otras sustancias tóxicas (ya que el arresto domiciliario, en sí mismo, no puede impedir el consumo), que no haya cometido un delito violento o especialmente grave —por ejemplo, contra la libertad sexual, tráfico de drogas o los relacionados con la criminalidad organizada— ni padezca algún tipo de anomalía o alteración psicológica relevante.⁸⁶

El sistema español de control telemático no prohíbe de entrada la participación en estos programas a sujetos condenados a penas de larga duración; basta, entre otros requisitos, que el condenado se encuentre clasificado en tercer grado de tratamiento. No obstante, la repetida Instrucción 13/2001 DGIP indica que la Junta de Tratamiento deberá elaborar un informe-propuesta sobre la “capacidad de autorresponsabilidad del interno en medio abierto”, una “valoración positiva en su programa individualizado de tratamiento” y “no haber cometido un delito de especial alarma social”, además de “poder tener un pronóstico favorable de reinserción”. La decisión es adoptada por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, cuyas medidas serán revisadas cada tres meses.

⁸³ Así, Haverkamp: o. cit., pp. 16-17, 92 y 183; según este autor, la exigencia de consentimiento vendría impuesta por el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. En Suecia, en primer lugar, si el condenado es menor de edad la vigilancia electrónica precisa de autorización familiar, y, en segundo lugar, también se exige consentimiento del pariente que cohabita, excluyéndose la ejecución de vigilancia electrónica si éste se niega o si se ha producido un delito contra un familiar con el que comparte domicilio (p. 128).

⁸⁴ Hudy sintetiza esta exigencia con la expresión: *no home, no phone, no program*; cf. Hudy: o. cit., p. 44. En Suecia, se considera suficiente el alojamiento transitorio en el domicilio de parientes o el hospedaje permanente en una autocaravana o en un barco vivienda; cf. Haverkamp: o. cit., p. 129.

⁸⁵ En algunos países se considera suficiente una ocupación a media jornada, admitiéndose también que el sujeto realice cursos de formación, actividades académicas, etcétera, e incluso en caso de rentistas o desempleados el requisito del empleo estable se sustituye con el cumplimiento de actividades sociales gratuitas. En Alemania, en los programas de Baja Sajonia, la falta de trabajo no se ha considerado una condición esencial. Las primeras experiencias desarrolladas en Gran Bretaña que admitieron la participación de condenados sin domicilio legal estable ni trabajo se calificaron directamente de “desastre”; cf. Lindenberg: o. cit., p. 151; Haverkamp: o. cit., pp. 18 ss., 70 ss., 292 ss.

⁸⁶ La Instrucción 13/2001 DGIP indica que “no es aconsejable la inclusión de aquellos internos que presentan rasgos comportamentales que requieren la aplicación de un programa de intervención especializada de los contemplados en el artículo 116 del Reglamento, sin que hayan llegado a alcanzarse, de forma satisfactoria, los objetivos terapéuticos perseguidos” (p. 4).

En definitiva, normalmente, el perfil sería el de un delincuente socialmente integrado e implicado en ámbitos de criminalidad leve y de mediana gravedad y, en todo caso, castigado con una pena corta de prisión o de cuyo cumplimiento total le reste poco tiempo (*low risk offender*); asimismo, se considera un grupo idóneo de destinatarios a los ancianos, impedidos y enfermos crónicos, así como madres y mujeres embarazadas.⁸⁷ En términos cuantitativos, tanto en Estados Unidos como en Europa (significativamente en Suecia) los delitos de tráfico han sido el campo de aplicación por excelencia y son los que han despertado mayor interés para implantar la vigilancia electrónica—conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas, así como sin el correspondiente permiso—,⁸⁸ entre otras razones debido a la preocupación por el elevado incremento que estos delitos han experimentado entre los jóvenes, respecto de los que la vigilancia electrónica evitaría la desocialización y el contacto carcelario.

A finales de los años ochenta, otros proyectos estadounidenses, paradójicamente en contra de la extrema severidad punitiva que contempla y demanda aquella sociedad, así como en Holanda, han operado con criterios menos rígidos y permiten ampliar el círculo de potenciales beneficiarios con la entrada de otros grupos de delincuentes, de mayor riesgo (*middle risk offenders* o *higher risk offenders*) y en el marco de la suspensión del cumplimiento restante de la pena, quienes cuentan, por tanto, con un pronóstico de resocialización más incierto: responsables de delitos contra la propiedad y socioeconómicos, tráfico de drogas o incluso en aquellos casos en los que ha mediado un componente de violencia o intimidación (por ejemplo, lesiones corporales, coacciones, amenazas...), pero normalmente en el marco de una excarcelación anticipada (sistema *back-door*) o como mecanismo de control alternativo a la prisión provisional.⁸⁹ La experiencia americana en este punto ha dado lugar a resultados contradictorios, aunque se han obtenido datos altamente positivos en la reducción de los índices de reincidencia con relación al tratamiento de toxicómanos y jóvenes delincuentes, especialmente en los programas materializados con un seguimiento cercano al afectado, combinado con terapias adecuadas e individualizadas.⁹⁰

2. Por lo que respecta al apartado de los ámbitos normativos de aplicación del arresto domiciliario con vigilancia electrónica, aunque no es una sanción idónea ni practicable para cualquier sector de la criminalidad, teóricamente permite un extenso

⁸⁷ Nuevamente, la Instrucción 13/2001 DGIP precisamente reconoce que pueden existir “circunstancias específicas de índole personal, familiar, sanitaria, laboral, tratamental u otras análogas” que merecen una atención particular; algunas de ellas podrían ser “las madres con hijos” (teniendo en cuenta el interés del menor), “las convalecencias médicas”, “las condiciones laborales especiales” (pp. 3-4).

⁸⁸ En algunos estados federales norteamericanos no pueden beneficiarse de una suspensión condicional de la pena.

⁸⁹ Hudy: o. cit., pp. 52-53, 58, aunque concluye que estos preceptos con personas de mayor riesgo han fracasado, p. 78. Haverkamp: o. cit., p. 18.

⁹⁰ Bernsmann: o. cit., pp. 104-106.

abanico de ámbitos de intervención y es susceptible de implantarse a lo largo de casi todas las fases del procedimiento penal y de la ejecución de la pena. Entre las distintas áreas procesal-penales a las que la doctrina vincula el control telemático se barajan las siguientes.

Como ya hemos dicho, en España se exige que el condenado se encuentre en tercer grado de cumplimiento. Pero en los sistemas del derecho comparado, la praxis y la doctrina proponen esta vía en el marco de la suspensión condicional de la pena; al inicio del cumplimiento de ésta o después de haber cumplido en prisión una parte de la condena. Se discute sin acuerdo la idoneidad de la vigilancia electrónica como alternativa de la prisión provisional en el curso de la investigación.⁹¹ Esta opción quizás resulte poco adecuada, ya que los fines de la prisión preventiva —evitar el riesgo de fuga, de reincidencia y ocultación de pruebas— no puede garantizarse bajo un sistema de vigilancia consistente en portar un simple brazalete electrónico, que no implica ninguna barrera física sino que, a lo sumo, facilitaría la detención más rápida del fugado.⁹²

6. Incumplimiento

El incumplimiento del plan marcado en el programa ha de sancionarse en función de su gravedad. Prescindiendo de los casos leves o de mera bagatela, para los que bastaría una mera amonestación o advertencia, el margen de tolerancia ante las infracciones ha de ser mínimo; éstas exigen una reacción clara y enérgica, con el fin de evitar el descrédito del sistema de vigilancia electrónica como alternativa a la prisión.

La reiteración de infracciones —retrasos continuados relevantes— o los casos especialmente graves —consumo de alcohol o drogas, resistencia a las visitas de control, intentos de manipulación del mecanismo, comisión de un delito— han de sancionarse con la interrupción del programa de vigilancia o su prolongación durante más tiempo del inicialmente previsto, la imposibilidad de acogerse a él nuevamente en el futuro y, en los casos más graves, el reingreso del condenado en prisión para el cumplimiento del resto de la pena.⁹³ La Instrucción 13/2001 DGIP indica que los incumplimientos del horario aprobado y los desperfectos causados a los equipos se consideran infracciones graves que acarrearán la “baja en el programa”; además, el director del Centro Penitenciario puede decidir la “suspensión cautelar de la aplicación del segui-

⁹¹ En Estados Unidos constituye una opción más de los programas extrajudiciales de diversión. También ha sido aplicado en Gran Bretaña en algunos proyectos de 1989 y 1990. En Suecia, la vigilancia electrónica como sustitutivo de la prisión provisional ha dado resultados negativos; cf. Wittstamm: o. cit., p. 45, y Haverkamp: o. cit., p. 519.

⁹² De esta opinión, Bernsmann: o. cit., pp. 106-107 y 147. Entre nosotros, a favor, R. Parés i Gallés: “Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro”, en *Revista del Poder Judicial* n.º 46, 1997, pp. 259 ss., p. 270.

⁹³ Así, Haverkamp: o. cit., pp. 134-135.

miento telemático cuando existan circunstancias que comprometan el buen desarrollo del mismo o la situación del propio interno o de las personas que convivan con él”.

Algunos proyectos americanos han propuesto también introducir un nuevo tipo penal que incrimine los incumplimientos más graves del programa. De este modo, se reforzaría a los ojos de la colectividad y del propio vigilado el carácter punitivo del arresto domiciliario con vigilancia electrónica, lo que contribuiría a intensificar el fin intimidatorio y redundaría, teóricamente al menos, en un afianzamiento de la obediencia a la norma. Sin embargo, la mayoría de los juristas no se muestran partidarios de una tipificación de estas características.⁹⁴

En España, además, podría ser de aplicación lo dispuesto en artículo 37-3 del CP respecto de la pena de localización permanente, según el cual, “Si el condenado incumpliera la pena, el juez o tribunal sentenciador deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el artículo 468”.

7. Conclusiones

La introducción de mecanismos de control electrónico en el ámbito penal y penitenciario, surgidos al compás de los avances tecnológicos, constituye ya una realidad indiscutible en el panorama español e internacional. Incluso, los resultados empíricos de los ensayos desarrollados en los distintos países han sido positivos y, en alta medida, esperanzadores.

Probablemente, sin embargo, son numerosos los aspectos que necesitan reflexión. En primer lugar, resulta imprescindible un pormenorizado desarrollo legislativo, que determine con taxatividad la regulación de la vigilancia electrónica en el ámbito penal. Dado que el empleo de estos sofisticados mecanismos de control supone una actuación sobre el cuerpo del afectado, con capacidad pues para interferir en determinados derechos fundamentales, se exige inexcusablemente que la normativa tenga el rango de ley orgánica. La sola mención legal o una regulación escasa no conducirían más que a reproches de inconstitucionalidad, como está sucediendo en el ámbito de las intervenciones telefónicas.⁹⁵ Quizás, al no existir, por el momento, cobertura legal para el control telemático durante la ejecución de la pena de localización permanente, se tenga que recurrir al polémico control policial, solución apuntada en la circular de la Fiscalía General del Estado, que indica: “podrá utilizarse el tradicional medio de con-

⁹⁴ Haverkamp: o. cit., pp. 315-316 y 420, indica que el 80% de las respuestas a una encuesta entre juristas expertos prácticos en este campo opinan que no debe tipificarse como delito autónomo el incumplimiento.

⁹⁵ Así, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18-2-03, *Prado Burgallo contra España*, con respecto al artículo 579 de la LECrim., por vulnerar el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en parecidos términos, la STS 22-1-03 y la STC 184/2003, de 23 de octubre.

trol a través de la personación, sin previo aviso, en los días determinados para el cumplimiento, en el domicilio designado, de miembros de la policía judicial, comprobando si el penado se encuentra en el mismo”.

Por otro lado, sólo se respetarán los postulados constitucionales siempre que respondan al principio de necesidad, gobernado por el criterio de la intervención menos lesiva posible; así mismo, estos dispositivos deberán tener una configuración externa carente de estigmatización social, situados en zonas corporales del afectado mínimamente visibles, de modo que no afecten a la dignidad humana. Pero entendemos que la existencia y aplicación de sistemas telemáticos de control no supone una directa vulneración de la Constitución.

En segundo lugar, el control electrónico se justifica si encierra un claro componente punitivo que sea compatible, además, con los fines de la pena. En este sentido, deberá servir para resocializar y para prevenir. De ahí que se trate de una alternativa complementaria y razonable a las penas tradicionales privativas de libertad, aunque exige una cuidadosa selección de los sujetos participantes, de modo que no puede generalizarse como una solución de masas. El perfil del sujeto debe responder a una situación en la que exista un pronóstico favorable de no reincidencia, teniendo especialmente en cuenta la naturaleza del delito cometido; este dato, entre otras cosas, contribuiría además a no incrementar el sentimiento de inseguridad en la población y a evitar fracasos generalizados en la ejecución de los programas que menoscabarían el crédito del sistema de vigilancia electrónica.

Por otro lado, han de combinarse las medidas técnicas estrictas de control y vigilancia con un seguimiento individualizado y el desarrollo de medidas de acompañamiento de corte resocializador (terapias, jornadas formativas, controles de consumo de alcohol o drogas, etcétera), potenciando el contacto humano con el condenado.

En principio, los ámbitos de aplicación de la vigilancia electrónica pueden ser muy diversificados: como sustitutivo al impago de una pena de multa ante una delicada situación económica del condenado; cuando el sujeto haya cumplido ya una buena parte de la condena y existan pronósticos favorables de resocialización en la modalidad de cumplimiento de vigilancia electrónica para la fase final de penas de larga duración; también como pena principal como alternativa al cumplimiento de penas cortas de prisión de duración no superior a tres o seis meses.