

La vigilancia electrónica a distancia como alternativa al encierro. Dr. César BARROS LEAL, Brasil.

Revista Cubana de Derecho, IV Época No. 39, Enero – Junio / 2012. Disponible en:

<http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/8.%20RCD%20-%2039%20-%20-%20Enero%20-%20junio%202012.pdf>

Y también en:

EL AUTOR EXTRANJERO

La vigilancia electrónica a distancia como alternativa al encierro

Dr. César BARROS LEAL

Procurador del Estado de Ceará (Brasil); Presidente del Instituto Brasileño de Derechos Humanos; Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; Posdoctor en Estudios Latinoamericanos (Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM)

cesarbl@matrix.com.br

Desde la perspectiva del pensamiento de Alessandro Baratta, para quien “la mejor cárcel es sin duda la que no existe”**

“Cuando el hombre prehistórico talló el hacha de sílex por primera vez, no podía imaginar que estaba sembrando la

* Síntesis de la ponencia impartida en San José, Costa Rica, en el *Seminario Latinoamericano sobre el Pensamiento de Alessandro Baratta*, realizado en el periodo del 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 2010, con el patrocinio de la Universidad Nacional de Costa Rica, por medio de su Cátedra Latinoamericana de Criminología y DDHH Alessandro BARATTA, la Corte Suprema de Justicia y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).

simiente de la imparable progresión tecnológica que vendría después. Desde entonces se inicia un irrefrenable curso de acontecimientos mediante el cual casi todo lo que el hombre no puede hacer porque su constitución biológica no lo permite (así volar, introducirse en las superficies submarinas o navegar) va a poderlo realizar a través de la técnica.” (Faustino Gudín Rodríguez-Magariños)

RESUMEN:

La percepción del fracaso de la pena privativa de libertad como instrumento de readaptación (y también de castigo), asociado a los gastos inmensos en la manutención del sistema penitenciario, ha estimulado la creación y aplicación de nuevas sanciones, no privativas de libertad, destinadas en particular a los condenados por delitos menores, reservándose la prisión, desde la perspectiva de un derecho penal mínimo, como excepción a la regla, a los violentos, los habituales, los multirreincidentes, los que representan un serio riesgo a la sociedad. Dichos sustitutivos, uno de los principales desafíos del moderno Derecho penal, que favorecen a un costo mucho menor a la reinserción social de los reclusos, están siendo aplicados con resultados nítidamente positivos en muchas partes del mundo, incluso en América Latina. En esta tesitura -de la decadencia de la cárcel y la búsqueda de nuevos rumbos en el universo penal-, se debe enmarcar la experiencia del monitoreo electrónico a distancia, hoy desarrollada en los cuatro continentes. En América Latina son pocos los países que están adoptando este extraordinario avance de la justicia criminal. Como se trata de algo nuevo en la región, los estudios existentes son escasos y carecen de sistematización y de una visión global que ubique la cuestión en el marco de las políticas criminales y penitenciarias, así como de la seguridad pública. Este artículo, después de mostrar el origen, los fines y los sistemas del monitoreo electrónico actualmente empleados, expone los argumentos favorables y contrarios a su adopción, las experiencias de distintas naciones, particularmente de América Latina, y presenta consideraciones finales.

ABSTRACT:

The perception that imprisonment has failed as a readjustment (and a punishment) instrument, together with the huge expenses required to maintain a prison system, has led to the development and application of new non-imprisonment sentences, particularly for those who commit minor crimes, while keeping the former –on the basis of the minimum criminal law and as an exception to the rule– for violent and repeat offenders who pose a serious risk to society. As one major challenge to Criminal Law today, this alternative, which contributes at a much lower cost to the convicted criminal's social rehabilitation, is being implemented with clearly favorable results all over the world, including Latin America. It is within this framework and for purposes of reducing imprisonment and helping Law move in a new direction that we should set the experience of distance electronic monitoring, a technology currently in use in four continents. Very few Latin American countries are adopting this remarkable breakthrough in criminal justice. Since the method remains largely unknown in the region, research has been insufficient, hardly systematic, and lacking in a global vision to approach this issue from the viewpoint of criminal and prison policies and taking into account public safety. After discussing the origin and goals of modern-day electronic monitoring systems, the article describes arguments for and against their adoption and the experience gained in different nations, especially in Latin America, as well as some final considerations on the matter.

PALABRAS CLAVES:

Venganza, experiencia canónica, decadencia de la cárcel, vigilancia electrónica, sistemas, argumentos favorables, argumentos contrarios.

KEY WORDS:

Revenge, canonic experience, decline of the prison system, electronic surveillance, systems, arguments in favor, arguments against.

SUMARIO:

1. *Introducción.* 2. *Período de la Venganza* 2.1. *Venganza Privada,* 2.2 *Venganza divina.* 2.3. *Venganza pública* 3. *La Edad Media. La experiencia canónica de la prisión celular. Las penas infamantes.* 4. *La Edad Moderna. La influencia de los juristas y filósofos.* 5. *Las sanciones no privativas de libertad.* 6. *La opción de la vigilancia electrónica.* 6.1. *Los fines.* 6.2. *Los sistemas.* 6.3. *Los argumentos favorables.* 6.4. *Los argumentos contrarios.* 7. *Experiencia en otros países.* 8. *Consideraciones finales*

1. Introducción

Uno de los más complejos temas del derecho, la pena se confunde, en su historia, con el itinerario de la humanidad. El conocimiento de sus estadios de evolución, en diferentes culturas, resulta esencial para que se pueda comprender sus múltiples formas adoptadas contemporáneamente y se evalúen los fundamentos exhibidos para su aplicación.

2. Periodo de la venganza

2.1. Venganza privada

Si, en la infancia de los tiempos, la pena era la expresión de una venganza ilimitada (individual o colectiva), a lo largo de los siglos vistió nuevos ropajes y llegó a la modernidad con un cúmulo de propuestas que intentan legitimarla, desde perspectivas a veces enteramente antagónicas.

La desproporcionalidad que la caracterizó en sus primeras manifestaciones —ejercida no sólo contra la persona del ofensor sino también contra cualquier miembro de su familia, o en los términos de la *venganza de sangre*, contra el grupo (clan, tribu) a quien pertenecía el agresor (extraño, extranjero)—, fue sustituida por la ley del talión (ojo por ojo, diente por diente, mano por mano), que representó, a despecho de todo, el poner límite a la reacción, por cuanto estableció una correspondencia de ésta con el daño o la ofensa sufrida. Como venganza proporcional, el talión fue en definitiva

un avance, habiéndose incorporado, junto con la composición, a la legislación mosaica, al Código de Hammurabi y a la Ley de las XII Tablas.

2.2. Venganza divina

Gradualmente, en virtud de las secuelas y de los perjuicios causados por su práctica excesiva, el talión, material o simbólico (ejemplos de la segunda hipótesis era —y sigue siendo— el corte de la mano en caso de robo y de los órganos genitales en caso de violación, habiendo sido sustituido, pero no en su cabalidad (ya que convivió después con otras penas), por otras formas de punir. Largo fue el trayecto hasta que el delito, en un periodo histórico de delimitación incierta, dominado por la religión, pasó a ser una ofensa a los dioses y la punición una forma de satisfacerlos por el agravio. Las penas, a la sazón, guardaban un vínculo con la grandeza del dios ofendido y tendían a ser, por la exaltación mística, por el fanatismo, crueles e inhumanas.

En ese periodo, que se extiende en el Occidente hasta la Revolución Francesa, el crimen y el pecado eran vistos de igual forma por quienes (los sacerdotes) se presentaban como detentadores de una delegación divina. En el apogeo de los Estados Teocráticos, en los que el poder despótico de los reyes y emperadores se ejercitaba en nombre de Dios, se aplicaba toda suerte de penas (extremadamente rigurosas en su mayoría) que se infligían a los reos de acuerdo con el delito perpetrado y su posición en la sociedad.

FUSTEL DE COULANGES, en *A Cidade Antiga* (La Ciudad Antigua), nos enseña:

*“Durante mucho tiempo los pontífices son los únicos jurisconsultos. Como existiesen pocos actos en la vida humana sin relación con la religión, casi todo se sometía a las decisiones de los sacerdotes y éstos se consideraban únicos jueces competentes en un número infinito de procesos... El motivo por el cual los mismos hombres eran, al mismo tiempo, pontífices y jurisconsultos, resultaba del hecho de que el derecho y la religión se confundían formando un todo.”*¹

¹ COULANGES, Fustel de, *A Cidade Antiga: Estudos sobre o Culto, o Direito, as Instituições da Grécia e de Roma*, trad. de Jonas Camargo Leite y Eduardo Fonseca, Hemus, São Paulo, 1975, p. 150.

En Roma, v. gr., en donde vigoró la venganza divina durante un lapso prolongado del Imperio, los registros indican la frecuencia con que se aplicaban sanciones corporales a ejemplo de la emasculación, la mutilación, la flagelación, además de numerosas penas capitales como la hoguera, la ejecución *ad bestiam*, la decapitación y la crucifixión.

También en Grecia las penas impuestas, en representación de los dioses, eran severas, siendo comunes el estrangulamiento, la decapitación o la ingestión de cicuta. En este último caso el más famoso ajusticiado fue Sócrates, a quien se acusó de instituir nuevas divinidades y pervertir a la juventud.

En muchas otras culturas la legislación evidenció un carácter teocrático, presente en sus libros sagrados: Babilonia (Código de Hammurabi), Persia (Avesta, compuesto por 12 libros, los Nasks), China (Libro de las Cinco Penas) e India (Código de Manu). La lectura de esos textos revela una época de regímenes absolutistas en los que los castigos se conminaban y ejecutaban con prodigalidad.

2.3. Venganza pública

A la venganza divina le sucedió la pública, siendo importante subrayar que la transposición de un periodo a otro no se dio, en las diversas civilizaciones, de manera uniforme y simultánea. La historia, notoriamente, no es lineal.

La nueva fase señala la época en la cual los sacerdotes dieron espacio a la autoridad pública. Ésta, avigorada, trajo para sí la competencia de aplicar las sanciones penales, alegadamente en el interés de una sociedad cuya paz se quería alcanzar. Las penas, ahora sin un fondo religioso, variaban conforme a la gravedad de delito, con un fuerte tenor de intimidación.

3. La Edad Media. La experiencia canónica de la prisión celular. Las penas infamantes

En la Edad Media, la Iglesia inauguró la experiencia del encierro celular de los curas infractores con el objeto de que, mediante penitencia (de ahí el termino *penitenciario* para designar el lugar donde purgaban su condena), se arrepintiesen y se reconciasen con Dios. Dejando aparte los casos aislados que precedieron a la iniciativa canónica, lo que se vio fue el surgimiento de un modelo que antes, con arreglo al aforismo de ULPIANO (“la cárcel no es para castigo, sino para guardar a los hombres”), había sido usado exclusivamente en carácter custodial. En otras palabras, la prisión se afirmaba como pena autónoma, lo que fue visto como un gran avance

punitivo por distintos autores, incluso Michel FOUCAULT, puesto que pretendía reemplazar a las penas infamantes o capitales.

A pesar del hecho de que la prisión encetada por la Iglesia fue imitada por los establecimientos laicos, que surgieron en los siglos siguientes en Europa y Estados Unidos, lo cierto es que en la Edad Media hubo un recrudescimiento de la represión, aplicándose penas diversas como galeras, azotes, mutilaciones, trabajos forzados y destierro, así como distintas modalidades de pena de muerte, identificadas por su crueldad, con suplicios que se graduaban meticulosamente para afianzar el máximo de sufrimiento y ejecutadas en ceremonias por lo general precedidas de confesiones públicas y de un oprobioso desfile por las calles, que se organizaban con la finalidad de causar una honda impresión sobre los asistentes. El verdugo era aplaudido u objeto del odio, de la furia de la multitud. Quemado o descuartizado, el cadáver se exponía en los parajes al escarnio de los lugareños.

Michel FOUCAULT narra en *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión*, el suplicio de Damiens, acusado de intentar matar al Rey Luis XV. Del texto, que describe con minucia la escenificación del horror, reproduzco fragmentos:

“DAMIENS fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a ‘pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París’, adonde debía ser ‘llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano’; después, ‘en dicha carreta, a la plaza de Grève, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado (deberán serle) atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez, resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento.’

‘Finalmente, se le descuartizó, refiere la Gazette d’Amsterdam. Esta última operación fue muy larga, porque los caballos que se utilizaban no estaban acostumbrados a tirar: de suerte que, en lugar de cuatro, hubo que poner seis, y no bastando aún esto, fue forzoso para desmembrar los muslos del desdichado, cortarle los nervios y romperle a hachazos las coyunturas...’

‘Aseguran que aunque siempre fue un gran maldiciente, no dejó escapar blasfemia alguna; tan sólo los extremados dolores le

*hacían proferir horribles gritos y a menudo repetía: ‘Dios mío, tened piedad de mí; Jesús, socorredme.’*²

En otra obra, *The Spectacle of Suffering*, Spieremburg describe lo aparatoso de esos castigos. En el siglo anterior, en 1610, Ravailiac, asesino de Enrique IV, tuvo una muerte semejante a la de DAMIENS. La ostentación y el terror prevalecían en los rituales de la muerte que, bajo medida, eran la expresión máxima del talión y perduraron hasta principios del siglo XIX.

4. La Edad Moderna. La influencia de los juristas y filósofos

En contra del rigorismo de las penas (las crueles no eran como todavía no lo son, forzosamente, las más eficaces), de los suplicios, se irguieron las voces de pensadores (juristas, filósofos) como Cesare BECCARIA (1738-1794), iniciador de la escuela clásica del derecho penal, quien combatió la tortura, la pena de muerte (que, a su ver, debería ser reemplazada por la prisión perpetua) y los juicios secretos, reivindicando la proporcionalidad entre el delito y sus respectivas sanciones, en el marco de una nueva concepción de la justicia penal. Para el discípulo de MONTESQUIEU, autor del libro *Dei Delitti e Delle Pene*, la pena no debe servir únicamente para intimidar, para disuadir, sino también para prevenir el crimen y asimismo para recuperar al trasgresor, logrando que no vuelva a cometer delitos.

Al Marqués de BECCARIA le siguió John HOWARD (1726-1790), quien escribió *The State of Prisons in England and Wales* y se tornó famoso por su lucha en defensa de los derechos de los reclusos, habiendo comandado en Inglaterra y otras regiones de Europa un vasto movimiento de reforma de las cárceles, cuyas condiciones, en su época, eran aterradoras, sea por la ausencia de separación (incluso por sexo) o el ocio, sea por la promiscuidad, generadora de todo tipo de enfermedades. Una de ellas, el tifus, ocasionó su muerte a la edad de 64 años.

Referencia obligatoria ha de ser hecha a Jeremías BENTHAM (1748-1832), discípulo de HOWARD y autor de *Teorías de las Penas y las Recompensas*, quien se volvió célebre por haber creado un patrón arquitectónico (el panóptico), que se caracterizaba por la construcción de una torre central, desde donde los vigilantes podían ver a los reclusos en las celdas dispuestas a su alrededor. BENTHAM, que defendía también el utilitarismo en el derecho penal, señalaba que, además de la seguridad, el modelo ofrecía una opción para la reforma moral. El panóptico, en verdad,

² FOUCAULT, Michel, en *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión, Siglo XXI*, Editores, Argentina, 2005, pp. 11-12.

inauguraría un nuevo tipo de vigilancia que sería sustituido ulteriormente por las cámaras internas de televisión.

Un examen aligerado de las prisiones de la Edad Moderna, en los siglos XIX y XIX, nos muestra una extensa vía recorrida por la experiencia de los sistemas no progresivos (celular o pensilvánico y auburniano o del silencio), sustituidos de grado en grado, con vistas a mitigar la rigidez de la ejecución, por los sistemas progresivos (entre los cuales descollaron el de Manuel MONTESINOS Y MOLINA, Alexander MACONOCHE, Walter CROFTON, Zebulon BROCKWAY y Evelyn RUGGLES BRISE), hoy adoptados en la gran mayoría de las naciones del mundo.

No obstante el esfuerzo, en el curso de centurias, de transformar las prisiones en sitios de tratamiento y reeducación de los cautivos, lo cierto es que, salvo en casos de reconocida excepcionalidad, las cárceles en su mayor parte se han convertido (o se han consolidado como tales) en depósitos criminógenos saturados de personas, casi siempre pobres (la “criminalización de la pobreza” de que nos hablaba Alessandro BARATTA), quienes pierden, en un cotidiano de ocio y promiscuidad, muchos otros derechos, además de su propia libertad, en oposición a las normas y principios que deberían regir la ejecución de la pena y que, por su descompás con la realidad, reflejan un estrepitoso fiasco.

5. Las sanciones no privativas de libertad

La percepción del malogro de la pena privativa de libertad como instrumento de readaptación (las cárceles de máxima seguridad son emblemáticas, puesto que representan, según Alessandro BARATTA, la renuncia la propuesta de resocialización³), asociada a los gastos

³ “Por otra parte, la creación de cárceles de máxima seguridad en el curso de la lucha contra el terrorismo ha significado, por lo menos para un sector de las instituciones carcelarias, la renuncia explícita a los objetivos de resocialización, así como la reafirmación de que la cárcel siempre ha ejercido y continúa ejerciendo: la de depósito de individuos aislados del resto de la sociedad y, por tanto, neutralizados en su potencial peligrosidad respecto a la misma.” BARATTA, Alessandro, “Resocialización o control social”, en *El Sistema Penitenciario: entre el Temor y la Esperanza*, de Mónica GRANADOS CHAVERRI et al, Orlando Cárdenas Editor, México, 1991, p. 72. Más adelante agrega Alessandro BARATTA: “Uno de los elementos más negativos de la institución carcelaria lo representa, en efecto, el aislamiento del microcosmos carcelario en relación con el macrocosmos social, aislamiento simbolizado por los muros de la cárcel. Hasta que éstos no sean derribados, al menos simbólicamente, las oportunidades de resocialización del condenado seguirán siendo mínimas. No se puede segregar a personas y pretender al mismo tiempo reintegrarlas.” (p. 79)

inmensurables en la manutención del sistema, ha estimulado la creación y aplicación de nuevas sanciones, no privativas de libertad (exilio local, multa indemnizatoria, prohibición de frecuentar determinados lugares, confiscación de bienes, caución de no ofender, cumplimiento de instrucciones, reconciliación con el ofendido, prestación de servicios a la comunidad, etc.), destinadas en especial a los condenados por delitos de pequeña entidad, de reducido potencial ofensivo, como hurtos, lesiones corporales leves, fraudes, etc. (y excepcionalmente a la media criminalidad), reservándose la clausura, desde la perspectiva de un derecho penal mínimo (preconizado por ZAFFARONI, FERRAJOLI, ALESSANDRO BARATTA Y HASSEMER), como excepción a la regla, a los violentos, los multirreincidentes, los que encarnan un serio riesgo a la sociedad (secuestradores, autores de robo agravado, miembros de pandillas, narcotraficantes, torturadores, entre otros).

Dichos substitutivos (uno de los principales retos del moderno Derecho penal), que favorecen, a un costo mucho menor, la reinserción social de los reclusos, están siendo aplicados cada vez más, con resultados nítidamente positivos. En Japón y Alemania, por ejemplo, el número de reclusos es bastante inferior al de los sentenciados que cumplen penas alternativas. En Brasil, recientemente, se proclamó que la privación de libertad fue superada numéricamente por las penas restrictivas de derecho. Allí, las críticas que reciben, en términos de precariedad e insuficiencia de supervisión, tienden a disminuir progresivamente con la creación de salas, núcleos y centrales que celosamente las fiscalizan, contando con el apoyo comunitario.

Por otro lado, en el plano de la ejecución de la pena detentiva, los problemas, a la par de las condiciones ya reseñadas, no paran de crecer:

- a) La prisión preventiva, que debía ser una excepción, se vuelve una pena anticipada y una regla general, máxime en América Latina y el Caribe, donde el número de personas encarceladas sin condena (en razón del rezago judicial o so pretexto de garantizarse la seguridad pública) alcanza cifras asustadoras (70% en algunos países), lo cual agudiza significativamente las condiciones de los establecimientos penales.
- b) Los regímenes progresivos (semiabiertos y abiertos), utilizados en los cinco continentes, propenden a ser sinónimos de impunidad, sea por la ausencia de locales apropiados para el cumplimiento de la condena, sea por la imposibilidad de proporcionar una vigilancia efectiva. Miles de reclusos, muchas veces sin un buen historial en la cárcel y sin

trabajo fijo, estable, disfrutan de esos beneficios y están en las calles, sin cualquier control, cometiendo ilícitos y representando, por lo tanto, un inmenso peligro a la seguridad pública.

Las dificultades son susceptibles también en la libertad condicional, que padece de la misma falta de inspección observada en los regímenes más blandos, incumpliendo por igual los objetivos previstos por la ley. Es unánime el reconocimiento que en estos casos el Estado no puede vigilar todo el tiempo, optando con frecuencia por el sistema de muestreo.

6. La opción de la vigilancia electrónica

En este contexto (de la decadencia de la cárcel y de la búsqueda de nuevos rumbos en el universo penal), hay que enmarcar la experiencia que se desarrolla universalmente de la vigilancia electrónica (*electronic monitoring*), creada en los años 60, por el psicólogo americano Robert SCHWITZGEBEL, de la Universidad Harvard, y aplicada por primera vez en 1987.

6.1. Los fines

Dicha vigilancia (que consistía, en sus primeros modelos, en un *beep*, un emisor y un receptor conectado a una central de comunicación) puede ser empleada con acusados o condenados para diversos fines, entre los cuales:

- a) Mantenerlos en un *locus* específico, que generalmente es su propia casa, en días y horarios definidos por el juez;
- b) Impedir que frecuenten o circulen por ciertos lugares (impropios) y/o se acerquen a determinadas personas (víctimas, testigos etc.)
- c) Garantizarles el monitoreo continuo sin crear obstáculos a su circulación.⁴

6.2. Los sistemas

Los sistemas pueden ser catalogados en:

- a) Pasivo, sin el GPS (*Ground Position System*): Los individuos son supervisados por una central mediante un teléfono de red fija o *pager* y contactados regularmente, a fin de verificar si están en los locales autorizados por el juez, siendo su identificación hecha por la voz, una contraseña, etc. Es más usado en casos de detención domiciliaria.

⁴ Cfr. MARIATH, Carlos Roberto, en *Monitoramento eletrônico: Liberdade Viglada*, texto obtenido en Internet.

- b) Activo, con el GPS: Un dispositivo móvil se acopla al condenado; éste es monitoreado (sus desplazamientos, sus pasos son seguidos en tiempo real) por un satélite, que transmite señales a una central de control.

6.3. Los argumentos favorables

Ya como pena, ya como recurso de control de la ejecución de la pena, hay argumentos favorables o contrarios a la monitorización electrónica. Entre los primeros:

- 6.3.1. El monitoreo no es una panacea, una solución mágica; sin embargo, es éticamente correcto, incluso porque no suele ser impuesto. Se aplica por la autoridad judicial, con la concordancia del ministerio público y el previo e indispensable consentimiento del potencial usuario.
- 6.3.2. Es un avance como muchos otros en la justicia criminal (que incluye, v. gr., los métodos de identificación dactiloscópica).
- 6.3.3. Empresas nacionales y extranjeras tienen *know how* suficiente para garantizar su viabilidad técnica, ofreciendo la provisión del equipo y asegurando el servicio de monitoreo.
- 6.3.4. Su eficacia y confiabilidad son comprobadas en naciones desarrolladas, con tradición de respeto a los derechos y garantías individuales.
- 6.3.5. La evolución tecnológica está reduciendo el tamaño de los dispositivos portátiles, haciéndolos más sencillos, prácticos y discretos, lo mismo que se constata con los teléfonos móviles y otros aparatos manejados en la actualidad. Ya se puede fácilmente ocultarlos, no quedando a la vista de las otras personas. La idea es cada vez más miniaturizarlos.
- 6.3.6. Las fallas, las dificultades y los errores detectables son continuamente evaluados y saneados con el intercambio de experiencias a través de publicaciones y congresos; baste comparar los primeros dispositivos con los actuales, *high tech*, para identificar los avances considerables en el área.
- 6.3.7. La seguridad pública se preserva con el rastreo de los pasos de los usuarios durante las 24 horas del día. Ellos estarán, así, impedidos de cometer nuevos crímenes en libertad. En caso de manipuleo o ruptura (una suposición remota en los modelos más recientes, que poseen sensores antifraude y de impacto), violación de las zonas de inclusión/exclusión, etc. (cuando alarmas de los geolocalizadores son emitidas), los reos son pasibles de sufrir sanciones. Además, por si ocurre un delito en el área de ubicación de los monitoreados, el centro de control informará con exactitud dónde estaban en el momento de su comisión. Son muy pocos los casos de evasión.

- 6.3.8. El programa es viable económicamente; llega a costar la mitad del valor que se gasta con la manutención de los reclusos (el costo depende del contingente de usuarios), permitiendo un ahorro significativo en la construcción de penales. Edmundo Oliveira informa que el costo diario del preso, en los Estados Unidos, es de 50 dólares, mientras se gastan de 25 a 30 dólares con un monitoreado.⁵
- 6.3.9. Puede ser útil para reducir las miles de órdenes de prisión sin cumplir (un ejemplo de impunidad), en vista de la ausencia de vacantes en las prisiones.
- 6.3.10. Disminuye las elevadísimas tasas de encarcelamiento, la sobrepoblación crónica y la convivencia promiscua, con el consecuente contagio criminal de detenidos por delitos menores o procesados con toda especie de criminales, algunos peligrosos.
- 6.3.11. El catálogo de hipótesis es enorme, bien como modalidad de pena, bien como herramienta de control: prisión domiciliaria, preventiva o no; o cuando se trate de persona muy joven; anciano; adicto a alcohol o drogas; portador de grave enfermedad; mujer embarazada o con hijo menor o enfermo; persona que sustenta a inválidos; ejecución de penas cortas; arresto o detención de fin de semana; última etapa de la condena, es decir, el período anterior al cumplimiento cabal de la pena; régimen semiabierto y abierto; libertad condicional; probation (tradicional o de supervisión intensiva); trabajo externo; asistencia a cursos superiores; salida temporal, etc.
- 6.3.12. No hay ofensa a la dignidad y la integridad física y moral de los condenados; éstas, en cambio, son dañadas diariamente en el interior de los ergástulos.
- 6.3.13. Se desconocen relatos de usuarios que hayan sido agredidos en público por el uso de los mecanismos de vigilancia, en oposición a las agresiones sufridas a diario en la cárcel.
- 6.3.14. Favorece la rehabilitación de los condenados, visto que asegura su permanencia en el hogar (con su cónyuge e hijos, manteniendo los lazos afectivos) y la manutención y el desarrollo normal de su trabajo, además de proporcionarles, en algunos casos, el acceso a la participación en cursos o actividades educativas. Al coadyuvar a la reinserción, hace que bajen los índices de reincidencia.
- 6.3.15. Permite que los condenados brinden apoyo (pago de indemnizaciones, compensación, etc.) a las víctimas del delito.
- 6.3.16. Los operadores del derecho, los acusados o condenados y sus familiares, así como la comunidad en general juzgan positiva la

⁵ OLIVEIRA, Edmundo, en *O futuro Alternativo das Prisões*, Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 308.

experiencia, siendo pocos los conservadores que la ven con desconfianza. Esta postura repercute positivamente en su aplicación.

6.4. Los argumentos contrarios:

- 6.4.1. Los individuos, expuestos a la humillación pública (como si tuvieran una luz encendida en su frente o un cartel en su espalda, son vulnerados en su intimidad, en su privacidad (ésta una de las censuras más severas) y resultan estigmatizados; al fin y al cabo, pueden ser agredidos por personas que comprometan su integridad física.
- 6.4.2. Casi siempre constituye un *plus* en el control de las penas y medidas que son regularmente aplicadas sin la necesidad de esos dispositivos, según Carlos WEIS, defensor público del Estado de São Paulo, en su *Estudo sobre a Vigilância Telemática de Pessoas Processadas ou Condenadas Criminalmente*, presentado en el Seminario “Monitoreo Electrónico: ¿Una Alternativa a la Prisión? Experiencias Internacionales y Perspectivas en Brasil”, realizado en mi país, en la sede del Ministerio de Justicia, en octubre de 2007. El mismo autor recuerda que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José, Costa Rica), pronunciándose acerca de los límites del *ius puniendi*, ha señalado que “un Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad, pero le cabe ejercerlos dentro de los límites y de acuerdo con los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana.”
- 6.4.3. En cuanto a los reclusos provisionales, es una condena previa, una molestia causada a quien tiene a favor de sí la presunción de inocencia; recuérdese, además, que la prisión preventiva se decreta, por ej., como garantía del orden público o por conveniencia de la instrucción criminal, manteniéndose al reo preso para impedir que ejerza influencia en su marcha.
- 6.4.4. Es un instrumento lesivo de la libertad e innecesario pues se dispone de medios más adecuados y menos gravosos para punir a los condenados.
- 6.4.5. La pulsera y la tobillera magnéticas son símbolos de una tendencia deplorable que no tiene límites, pues mañana, con la diseminación de otros mecanismos de vigilancia telemática, podrá ser un artefacto que se implante en el cuerpo del condenado, subyugándolo por completo y ampliándose el poder y la actuación de un Estado Policial, con una visión panopticista. Al respecto declaró Cezar BRITTO, Presidente del

Colegio de Abogados de Brasil, en una entrevista otorgada el 27 de marzo de 2008: “Hoy es una pulsera electrónica, mañana un *chip*, después se extiende a los niños, a los adolescentes y, por fin, pasaremos a vivir en un *Big Brother*, con todo el mundo siendo vigilado por el Gran Hermano omnipotente y omnipresente.”⁶ El *microchip*, del tamaño de un grano de arroz, debajo de la piel, capaz de medir los batimientos cardiacos y la presión arterial, significaría por supuesto una invasión de la intimidad de la persona, según Günther ALOIS ZGUBIC y José de Jesús FILHO.⁷ Maria Lúcia KARAM agrega: “El panóptico no necesita instalarse en un sitio cerrado, en el interior de los muros de la prisión, en el interior de la institución total. El control ya puede estar por toda parte. La sociedad como un todo ya puede ser la propia institución total.”⁸

⁶ Periódico *Folha de São Paulo*, 05 de mayo de 2007.

⁷ Disponible en la web. Véase RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Cárcel Electrónica y Sistema Penitenciario del Siglo XXI*, p. 21, obtenido también en Internet: “También LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, ‘Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión’, en *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas (1991)*, Sevilla, 1994, p. 63, advierte del peligro de que el Estado caiga en la tentación orweliana de convertirse en el ‘Big Brother’ que vigile y controle por métodos tecnológicos todos los movimientos, comportamientos y manifestaciones al menos de los delincuentes y sospechosos. Con ello quedaría en entredicho no sólo la intimidad y la libertad del sujeto, sino su propia dignidad personal que se vería comprometida si el sujeto fuese tratado por medios técnicos, no como persona con un mínimo de personalidad y margen de decisión sino, exclusivamente, como cosa o instrumento que proporcionase información sin poderlo evitar.”

⁸ KARAM, Maria Lúcia, *Monitoramento Eletrônico: A Sociedade do Controle*, en *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, a. 14, n. 170, enero 2007, pp. 4-5, citado por NUNES, Leandro GORNICKI, *Alternativas para a Prisão Preventiva e o Monitoramento Eletrônico: Avanço ou retrocesso em Termos de Garantia à Liberdade?*, disponible en la web. En el mismo artículo está escrito: “Los dominados por la engañosa publicidad, los asustados con los peligros de la ‘sociedad de riesgo’, los ansiosos por seguridad a cualquier precio, y, con ellos, los aparentemente bien intencionados reformadores del sistema penal, no perciben los contornos de la nueva disciplina social, no perciben las sombrías perspectivas del control en la era digital, no perciben la nítida tendencia expansionista del poder punitivo en nuestro mundo ‘postmoderno’. No perciben que la ‘postmoderna’ diversificación de los mecanismos de control no evita el sufrimiento de la prisión. Al revés, sólo expande el poder punitivo en su camino paralelo al crecimiento de la pena de libertad. [...] No perciben que la conveniencia con los ilegítimos y crecientes atentados a la privacidad, que la previsión en diplomas legales y diseminado manejo de invasivos e insidiosos medios de busca de prueba (quiebra del sigilo de datos personales, interceptación de comunicaciones, escuchas y películas ambientales), destinados a hacer del propio acusado o investigado un instrumento de obtención de la ‘verdad’ sobre sus actos tornados criminales, que el elogio al monitoreo electrónico, que la aceptación de la omnipresente vigilancia y del esparcido control legitiman e incentivan un desvirtuado uso de las tecnologías

- 6.4.6. Los costos no serían tan bajos como se pregona, no siendo fehacientes las planillas usualmente mostradas.
- 6.4.7. Es un medio de punición incompatible con los principios de la dignidad, intimidad, privacidad, libertad ambulatoria, humanización de la pena, resocialización, proporcionalidad y razonabilidad.
- 6.4.8. En el caso de las pulseras (brazalete) o tobilleras, las personas de baja renta tienen dificultad de comprar vestimentas apropiadas para ocultar un mecanismo visible, ostensivo, habiendo, a veces, la necesidad de usar también una unidad móvil. En ciertas circunstancias (examen médico para admisión en empleo; ingreso en una agencia bancaria; relaciones sexuales, etc.), el mecanismo se vuelve un constreñimiento insuperable.
- 6.4.9. Una queja usual de las mujeres es que no pueden ponerse faldas.
- 6.4.10. La insuficiencia de oficiales controladores (calificados) puede afectar la vigilancia.
- 6.4.11. Se tiene recelo de que contribuya a la reducción del empleo de las (demás) alternativas penales, las cuales, al contrario, deberían ser ampliadas.
- 6.4.12. La posibilidad de averías y fraudes en lo que se llamó el “grillete del siglo XX” es concreta. Hay mención de muchos casos de reos que lograron quitarse la pulsera/tobillera y cometer nuevos delitos. Ello, sin duda, coadyuva al descrédito en el sistema.
- 6.4.13. Hay casos de monitoreados que simplemente no van al trabajo o no frecuentan la escuela (actividades que pueden estar acopladas al uso de la pulsera o tobillera), pero dan informaciones falsas, así como existen personas que presentan solicitudes de jornadas laborales muy extensas (y que por ello generan duda en cuanto a su autenticidad).
- 6.4.14. Los que más ganan con el programa de seguimiento son las empresas especializadas (industria del control del crimen) que actúan en este campo, en violación de la prerrogativa exclusiva del Estado de aplicar una sanción punitiva.

que, haciéndose accesibles en la era digital, pueden volverse ulteriormente incontrolables si ese desvirtuado uso no fuere confrontado y frenado por leyes efectivamente respetadoras y eficazmente garantizadoras de los derechos fundamentales del individuo, por el compromiso con el pensamiento liberal y libertario, inspirador de las declaraciones universales de derechos y de las Constituciones democráticas y por su insuperable supremacía, por el decisivo repudio, actuante cuestionamiento y concreta contención de cualquier forma de expansión del poder punitivo, por la permanente afirmación, por el atento cultivo y por la constante solidificación del deseo de la libertad.” (Ídem)

Se trata, por consiguiente, de algo complejo y polémico, habiendo una colisión de principios, que no se excluyen en este o aquel caso. Jueces y fiscales que admitan aplicar la vigilancia electrónica deben actuar con prudencia y admitir eventuales ajustes y restricciones al control (en atención a los principios de la proporcionalidad y razonabilidad), adoptando garantías⁹ y sugiriendo medidas complementarias para su humanización.

Las preguntas que no se pueden callar son: ante la realidad cruel de la privación de libertad:

- a) ¿Cómo criticar la oportunidad que se ofrece a alguien para que, monitoreado, espere el juicio en su residencia, cercado del cariño de sus familiares o, de otra forma, pueda salir y retomar su vida con la obligación del uso (con límites a su libertad deambulatoria y cierta incomodidad) de un brazalete localizador, a semejanza de un reloj?
- b) ¿Cómo convencerlo de que mejor sería abdicar de la libertad, ingresar en una comisaría o una cárcel y dormir entre rejas, lejos de su grupo familiar y social, de su trabajo, de sus estudios, en un espacio casi siempre insalubre y hacinado, donde convivirá forzosamente con toda especie de criminales, sujetándose a actos de violencias, de envilecimiento, sin garantía de excarcelación?

7. Experiencia en otros países

Entre los países que acogieron la *cárcel virtual* (cárcel sin rejas) se citan a los Estados Unidos (desde hace más de 25 años, no obstante el hecho de que es uno de los campeones de enclaustramiento y penas desmesuradas), Canadá, Inglaterra, Escocia, España, Portugal, Italia, Holanda, Francia, Suecia, Nueva Zelanda, Australia, África del Sur, Argentina, Brasil y México, en algunos de los cuales se adopta como pena alternativa (sustitutiva o autónoma). En casi todos se empleó por algún tiempo con carácter experimental, en programas-piloto, periódicamente evaluados.

⁹ En "RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *op. cit.*, disponible en Internet, está escrito: "*Las pulseras pueden ser un instrumento inteligente de reducir el mundo de las prisiones siempre que se utilice con inteligencia y aportando las debidas garantías. Pero, no se puede olvidar que también pueden ser un instrumento idóneo para convertir a un ser humano en un objeto. Un vez más, lo trascendental es el modo en que se apliquen, no olvidando que históricamente el ser humano ha demostrado que puede dar vida a los referidos fantasmas.*" (p. 17)

Los estadounidenses la usan en la libertad condicional y en la suspensión condicional de la pena (son alrededor de 250.000 personas monitoreadas en el país), así como para infracciones de tránsito, crímenes contra la propiedad, posesión de droga, conducción de vehículo en estado de embriaguez, etc. En Florida, una ley obliga su utilización con los violadores por el resto de sus vidas.

En Canadá, la vigilancia electrónica empezó en 1987, destinándose a conductores de vehículos flagrados en exceso de velocidad y sentenciados a penas de hasta 90 días de detención.

Inglaterra se vale del monitoreo (*tagging*) desde hace más de doce años, con liberados bajo fianza, condenados por incumplimiento voluntario de multas y por la comisión de crímenes menores, además de aquellos que han obtenido progresión de régimen.

En Portugal, es utilizado, desde 2001, como reforzamiento en la modalidad domiciliaria de la prisión preventiva. El número de usuarios está en ascenso.

Francia estrenó la *surveillance électronique* en el 2000 en cuatro localidades (veinte brazaletes en cada una, por el periodo máximo de cuatro meses). Dos años después, el programa se extendió a todo el país y se aplica, *ex vi* de la ley pertinente, a los condenados a una o más penas privativas de libertad, cuya duración total no exceda de un año; a los condenados a quienes resta cumplir una o más penas privativas de libertad, cuyo total no exceda a un año; y a los condenados que cumplan las condiciones de la libertad condicional.¹⁰ Las informaciones disponibles refieren la necesidad de concordancia previa del condenado y no mencionan el GPS.

Desde 1994, Suecia lo usa para condenados a pocos meses de prisión, especialmente autores de delitos de tránsito, una infracción grave en aquel país. A partir de 2001, pasó a usarse también en casos de ofensores sentenciados a dos o más años de prisión, que pueden ser vigilados electrónicamente por un periodo máximo de cuatro meses, no admitiéndose en el programa a quienes presenten riesgo de que puedan romper sus condiciones, cometer nuevos delitos o usar drogas o alcohol. En virtud de ello, consta que diez prisiones fueron cerradas en el país.

¹⁰ En DOS REIS, Gisela Barbosa, A Vigilância Eletrônica de Condenados como Opção ao Cárcere, en *Revista do Conselho de Criminologia e Política Criminal*, Belo Horizonte, vol. 9, diciembre, 2006, p. 16.

En Australia se inició en 2004, con altas tasas de cumplimiento cabal de la pena, a nivel estatal y federal, el programa *home detention* (arresto domiciliario), para un grupo reducido de condenados rigurosamente seleccionados (no se aceptan a narcotraficantes y a personas que tengan *background* de violencia —incluso doméstica— y ofensas sexuales, como tampoco que manejaron armas de fuego). Se considera una pena sustitutiva a la privación de libertad, exige el consentimiento del condenado y no puede ser superior a doce meses.

Argentina implantó hace años el monitoreo en la prisión domiciliaria, habiendo informaciones de que sólo en el año de 2008 cerca de 300 reclusos provisionales fueron beneficiarios del programa.

En Colombia, la tecnovigilancia fue introducida por el Decreto n. 2.636, del 19 de agosto de 2005, como opción del condenado y medida sustitutiva de la pena de prisión, establecida por la autoridad judicial. La tecnología es cara y su costo, en la hipótesis de que el sentenciado no pueda asumirlo, es del Estado, conforme a sus posibilidades presupuestarias.

En Panamá, el programa, aprobado en 2005 y estancado al año siguiente por falta de recursos, se reactivó en 2007 con cien sentenciados, autores de delitos menores y que comprobadamente no constituyen un riesgo a la sociedad. Los reos son supervisados por personal especializado y se someten a una consulta previa de los fiscales del Ministerio Público. Las autoridades de la Procuraduría General, al anunciar la reactivación, exhibieron los argumentos rutinarios: la intención es paliar los efectos del rezago judicial, aliviar las cárceles y promover la rehabilitación de los usuarios.

En el año 2008, la República Dominicana empezó, en Santo Domingo, un proyecto piloto, con duración de tres meses, de uso de brazaletes (pulseras y tobilleras), como medida de coerción, para diez personas, siendo siete imputados de delitos de pequeña entidad, a quienes se impuso prisión domiciliaria, y tres casos de violencia intrafamiliar.

En México es una experiencia nueva, que alcanza particularmente a internos a quienes resta hasta uno o dos años para cumplir su sentencia. Se aplica en preliberados y a presos de baja peligrosidad que podrán purgar las sentencias en su domicilio haciendo uso del dispositivo electrónico. En caso de que se detecte que no lo traigan puesto, lo pierdan o destruyan, o cambien de domicilio sin autorización, volverán a la prisión para cumplir su pena íntegra.

Recientemente, en Brasil, se aprobó una ley que autoriza su uso. Dígase en destaque que casi todos los Estados están comenzando a usar el nuevo

modelo, mientras empresas brasileñas están perfeccionando un equipo enteramente nacional, con tobilleras y unidades portátiles de rastreo (UPR) y una Central de seguimiento. Es el caso de *Spacecomm Comunicaciones y Tecnología*, que creó el *Sistema de Seguimiento de Custodia 24 horas* (la sigla en portugués es SAC 24). Regístrense asimismo iniciativas aisladas como la de la ciudad de Guarabira, Paraíba, donde el Juez de la Sala de Ejecuciones dio inicio a un proyecto piloto con condenados en régimen cerrado, que trabajan en obras públicas sin escolta pero controlados a distancia.

8. Consideraciones finales

La historia del derecho penal (que se confunde con la abolición lenta pero progresiva de la pena de privación de libertad) es una ruta de avances y retrocesos, de conquistas y engaños continuos. De la venganza de sangre al talión, de las penas infamantes a la pena de prisión, de las celdas en los monasterios a los sustitutivos penales, del panóptico a la monitorización telemática a distancia, mucho se avanzó en busca de respuestas para el drama persistente de la pena.¹¹

La revolución tecnológica que condujo, de la mano a los postulados utilitaristas, hacia la vigilancia electrónica es un proceso imparabile (como la propia ciencia y la evolución de la sociedad), cuyo ciclo fue impulsado por Internet y que ha de generar inevitablemente profundos cambios, mucho más allá de los lindes de nuestra imaginación. A ella no podemos quedar indiferentes, a despecho de la opinión que tengamos a su respecto. El debate está planteado. Aún resuena en nuestra memoria la frase de Galileo Galilei, murmurada luego de abjurar públicamente, coaccionado por la Inquisición, su teoría de que la tierra se mueve y no es el centro del universo: *Eppur si muove* (Empero, se mueve).

La cuestión, que repele análisis simplistas, exige cautela y madurez. El tiempo, señor que todo pone a prueba, nos dirá si estamos una vez más delante de una ilusión de seguridad¹² y eficacia.

¹¹ Léase: “La historia de las penas es más horrenda e infamante para la humanidad que los propios delitos que le dieron causa.” (FERRAJOLI, Luigi, en RODRÍGUEZ-MARGARIÑOS, Faustino Gudín, *Sistema Penitenciario y Revolución Telemática: El Fin de los Muros en las Prisiones (Un Análisis desde la Perspectiva del Derecho Comparado)*, Slovento, Madrid, 2005, p. 37)

¹² Es de Alessandro BARATTA la afirmación: “...la necesidad de seguridad de los ciudadanos no es solamente una necesidad de protección de la criminalidad y de los procesos de criminalización. La seguridad de los ciudadanos corresponde a la necesidad de estar y de sentirse garantizados en el ejercicio de *todos* los propios derechos: derecho a la vida, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y de

las propias capacidades; derecho a expresarse y comunicarse; derecho a la calidad de vida, así como el derecho a controlar y a influir sobre las condiciones de las cuales depende, en concreto, la existencia de cada uno.” (“La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas Reflexiones sobre el Modelo Integrado de las Ciencias Penales”, en OLIVEIRA DE BARROS LEAL, César (Coordinador), *Violencia Política Criminal y Seguridad Pública*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, p. 48)