



FACULTAD DE DERECHO

MASTER EN CRIMINOLOGÍA APLICADA A LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS

TRABAJO FIN DE MASTER

MANIPULACIÓN E INUTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS TELEMÁTICOS DE CONTROL

¿QUEBRANTAMIENTO O DESOBEDIENCIA?

AUTORA: SABINA M. ALCARAZ ACOSTA

TUTORA: Dra. D^a JOSEFA MUÑOZ RUIZ

CONVOCATORIA JUNIO 2.014

ÍNDICE

	Págs.
ABREVIATURAS.....	3
INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO PRIMERO. LOS MEDIOS DE CONTROL TELEMÁTICO EN EL DERECHO PENAL.	
I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.....	11
II. ORÍGENES DEL CONTROL TELEMÁTICO EN EL ÁMBITO PENAL.....	20
III. EXPERIENCIA EN DERECHO COMPARADO.....	22
IV. EXPERIENCIA EN NUESTRO DERECHO:	
4.1 Regulación penal material.....	26
4.2 Sistemas actuales de vigilancia electrónica.....	29
V. LA CARA Y LA CRUZ DE LA “CÁRCEL ELECTRÓNICA”.....	32
 CAPÍTULO SEGUNDO. POSIBLE ESCENARIO LEGAL FUTURO DE LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA:	
I. EN EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO: REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.....	41
II. EN EL DERECHO PENAL PROCESAL: EL “FUTURIBLE” CÓDIGO PENAL PROCESAL....	43
 CAPÍTULO TERCERO. APROXIMACIÓN AL NUEVO TIPO PENAL: CUESTIONES PENOLÓGICAS PLANTEADAS EN LOS INFORMES DEL CGPJ Y DEL CONSEJO FISCAL.	
I. NATURALEZA Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	48
II. CONDUCTA TÍPICA. VERBOS NUCLEARES DEL TIPO.....	51
III. ÁMBITO DE APLICACIÓN. DISPOSITIVOS A LOS QUE AFECTA.....	53
IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS.....	55
V. PROBLEMAS CONCURSALES.....	56
 CAPÍTULO CUARTO. TRATAMIENTO ACTUAL DE LA CONDUCTA TÍPICA. SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES.....	
	59
 CONCLUSIONES FINALES.....	 70
BIBLIOGRAFÍA.....	82
ANEXO.....	85

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Cit.	Cita
CP	Código Penal
CPP	Código Procesal Penal
E.M.	Exposición de Motivos
FCSE	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
FGE	Fiscalía General del Estado
Fig.	Figura
IIPP	Instituciones Penitenciarias
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
RP	Reglamento Penitenciario

INTRODUCCIÓN

El 20 de septiembre de 2013 se remitió a las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código Penal de 1995¹ (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre). Este Proyecto de Ley Orgánica -que actualmente sigue en tramitación parlamentaria- incorpora un buen número de novedades al texto sustantivo penal con el argumento teleológico declarado al inicio de su propia Exposición de Motivos y del siguiente tenor literal: *“La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas.”*

Ahora bien, de entre todas esas novedades destacamos la que introduce en el apartado 215 de su único artículo, donde se dispone:

“Se añade un apartado 3 al artículo 468, con el siguiente contenido: 3. Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una multa de seis a doce meses.”

De lo anterior se infiere que podría incorporarse al texto penal sustantivo una nueva forma de quebrantamiento, nueva tipología que, si bien no aparece en el primer Anteproyecto, de fecha 16 de julio de 2012², sí que lo hace en el apartado 177 del segundo Anteproyecto, de fecha 22 de octubre de 2012³, aunque su dicción literal no es idéntica a la incorporada en el Proyecto de reforma, tal y como se evidenciará en el análisis de contenido del presente estudio, intentando descubrir la causa del “pequeño retoque” que se aplica a su redacción.

Por otra parte, el Proyecto de L.O. en el apartado XXIII de su E.M., explica los motivos que mueven al pre legislador a incorporar este nuevo ordinal al artículo 468 del CP y lo hace en los siguientes términos: *“En relación con los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, se están planteando problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del imputado o penado tendentes a hacerlos ineficaces, a las que se alude en la Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la*

¹ Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 20 de septiembre de 2013.

² Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 16 de julio de 2012.

³ Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 22 de octubre de 2012.

unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Por ello, se considera adecuado tipificar expresamente estas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento, a fin de evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de dichos dispositivos”.

A la vista de lo expuesto, se puede afirmar, -como subraya Regojo Balboa- que el Proyecto de reforma del CP -todavía en sede parlamentaria- vendría a solucionar ciertos problemas que plantea la actual regulación sustantiva⁴ y, además, a castigar expresamente, a *“los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento”*⁵.

Esos problemas, a los que alude el pre legislador, relativos a la calificación penal de algunas conductas desplegadas por el imputado o penado -según el caso- y tendentes a hacer ineficaz el dispositivo telemático colocado para control del cumplimiento, bien de medida cautelar o de seguridad, bien de una pena, ya se enuncian por la Fiscalía General del Estado en la Circular 6/2.011⁶, relativo a los delitos de violencia de género, y que es invocada por la propia E.M. del Proyecto de reforma.

En efecto, la mencionada Circular en su ordinal VI, bajo el título “Dispositivos electrónicos”, advierte que; *“en torno a los dispositivos telemáticos, se han venido planteando problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del imputado, cuando no respeta las normas de funcionamiento del dispositivo, haciendo éste ineficaz o fractura intencionadamente el dispositivo transmisor RF (brazalete) sin aproximarse a la víctima ni a los lugares determinados en la resolución judicial...”*

Pues bien, el análisis de esos problemas que se suscitan en torno a la calificación penal de las conductas que despliegan imputados o penados sometidos a control telemático, cómo se resuelven en el presente y cuál es la solución por la que ha optado el pre legislador, constituirá el *leitmotiv* del presente estudio. A tal efecto, dedicaremos, el capítulo primero, a la delimitación conceptual y análisis de los sistemas de control telemático con proyección jurídico-penal, tanto en el ámbito del Derecho comparado como en nuestro Derecho, señalando su marco legislativo y los tipos de vigilancia electrónica que actualmente se utilizan en España.

⁴ REGOJO BALBOA, J. P., “Presente y futuro de los medios de control telemáticos en el Derecho Penal”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 877, 23 enero 2014.

⁵ Apartado 215 del Artículo Único del Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 20 de septiembre de 2013.

⁶ Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, 2 de noviembre 2011.

El nuevo escenario legal, (tanto sustantivo-material, como adjetivo-procesal), que se perfila como *futurible* para tales medios de vigilancia electrónica, es la materia que ocupará el capítulo segundo, mientras que, el perfil penológico de la nueva forma de quebrantamiento y que acogerá el artículo 468.3 del CP, será objeto de análisis en el capítulo tercero y ello desde la perspectiva que ofrecen los informes emitidos por el órgano de gobierno de la judicatura y Fiscalía General del Estado, esto es, informes del CGPJ⁷ y Consejo Fiscal⁸, respectivamente.

En el capítulo cuarto abordaremos el tratamiento actual de las conductas que se tipifican por el pre legislador en el art. 468.3 del CP, lo que nos conducirá, necesariamente, a intentar descubrir a qué se refiere el mismo con la expresión “*problemas sobre su calificación penal*” e intentaremos descifrar -a la luz de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales- cómo se han resuelto por los Tribunales esos mencionados problemas de calificación penal.

Para poner fin al estudio, concluiremos valorando la propuesta normativa que, sobre la nueva tipología penal, el Proyecto de reforma del CP incorpora, ello para saber si, realmente, con la nueva regulación, se ha cumplido el objetivo perseguido por el pre legislador de dar cumplida respuesta a los problemas que se venían planteando en la práctica, en torno a la calificación jurídico penal de las conductas de imputados o penados que, sometidos a dispositivos técnicos de control de cumplimiento de penas o de medidas -tanto cautelares como de seguridad-, ya por acción ya por omisión, tiendan a impedir su normal funcionamiento.

⁷ Informe al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 11 de octubre 2012, de la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ, 16 de enero 2013, págs. 240-241.

⁸ Informe al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 11 de octubre 2012, del Consejo Fiscal, 8 de enero 2013, págs. 296-302.

CAPITULO PRIMERO. LOS MEDIOS DE CONTROL TELEMÁTICO EN EL DERECHO PENAL

I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

La nueva forma de quebrantamiento que introduce el Proyecto de reforma viene referida a la “*inutilización o perturbación del normal funcionamiento de los dispositivos técnicos que hayan sido impuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares*”, por lo que el punto inicial del estudio no puede sino estar dedicado a la determinación de lo que se entiende por “*dispositivo técnico de control*”.

Ese acercamiento al concepto se abordará desde una perspectiva general o amplia, en principio para, a renglón seguido, determinar qué se puede entender por control electrónico aplicado como consecuencia de la comisión de un delito.

Desde una perspectiva amplia y en términos generales -como apunta González Blanqué- el control electrónico, consiste en cualquier aparato de tal naturaleza que efectúe un control sobre una persona o cosa a distancia y haga las respectivas advertencias⁹.

Igualmente, desde esta óptica general ofrece una definición Luzón Peña, que define la vigilancia electrónica como, aquellos métodos que permiten controlar dónde se encuentra o el no alejamiento o aproximación respecto de un lugar determinado, de una persona o una cosa, con posibilidad, en su caso, de obtener determinada información suplementaria¹⁰.

En este concepto amplio -como subraya Poza Cisneros- pueden incluirse usos muy dispares, como la colocación de *chips* en determinadas mercancías de difícil identificación¹¹, de etiquetas magnéticas en establecimientos comerciales, de cámaras en locales cerrados públicos o privados (...) ¹² y, si bien es cierto, que todos son de indudable interés jurídico y criminológico, no lo es menos, que exceden del ámbito de nuestro estudio que estará centrado en la vigilancia de sujetos implicados en un proceso

⁹ GONZÁLEZ BLANQUÉ, C., Tesis Doctoral: “*El control electrónico en el sistema penal*”. Directora, Larrauri E., Universidad Autónoma de Barcelona, junio 2.008.

¹⁰ LUZÓN PEÑA, D. M.: “Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión”, en *VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1994, pág. 55.

¹¹ ADAMS, C. y HARTLEY, R.: “*The Chipping of Goods Initiative. Property Crime Reduction Through the Use of Electronic Tagging Systems. A Strategic Plan.*” Home Office, Sandridge, 2000.

¹² En el año 2.000, el Reino Unido abordó una experiencia piloto destinada a reducir la delincuencia patrimonial a través de la incorporación de «chips» a determinadas mercancías con el fin de advertir de su sustracción, facilitar la identificación y recuperación de las mercancías robadas, acreditar su titularidad y autenticidad e, incluso, el seguimiento de quienes, legalmente, han intervenido en algún momento del «ciclo vital» del bien de que se trate. POZA CISNEROS, M.: “Las nuevas tecnologías en el ámbito penal”, en *Revista Poder Judicial*, nº 65, pág. 61.

penal, bien como condenado sometido a pena o medida de seguridad, bien como imputado sometido a medida cautelar.¹³

Así, al hilo de lo anterior, para definir el control electrónico como consecuencia de la comisión de un delito, adoptaremos la definición de control electrónico que proponen Renzema y Mayo-Wilson, por referirse ésta únicamente a los dispositivos de monitorización aplicados en el sistema penal¹⁴.

Los antedichos autores, definen el control electrónico, como “(...) *cualquier tecnología que, o bien detecta la localización de un sujeto en la comunidad en determinados lugares y horas sin la supervisión de una persona y transmite estos datos de forma electrónica a una estación central de monitorización, o bien usa un aparato electrónico para detectar la presencia de una sustancia prohibida en el cuerpo u otras funciones fisiológicas y transmite estos datos a una estación central (...)*”¹⁵.

Así, según esta definición y siguiendo a González Blanqué, concluimos que el control electrónico aplicado en el sistema penal es cualquier aparato electrónico que permite ejercer determinados controles sobre una persona. Estos controles son conocer a distancia y durante un determinado horario, bien la localización de una persona, bien si ésta ha consumido algún tipo de sustancia prohibida o bien algunas de sus funciones fisiológicas. Asimismo, el control que la monitorización ejerce sobre la persona se realiza a distancia, en el sentido que, la información que recoge el dispositivo se envía de forma electrónica a una estación central¹⁶.

Avanzando un poco más en el concepto de vigilancia electrónica que nos interesa, por el objetivo del presente estudio y desde una perspectiva penitenciaria, podemos afirmar que los medios de control telemáticos son el conjunto de sistemas electrónicos que se utilizan con el fin de verificar el cumplimiento a distancia de determinadas medidas cautelares personales, penas y medidas de seguridad, así como de penados en régimen abierto y dependientes de Instituciones Penitenciarias¹⁷.

Por tanto, tal y como subraya Poza Cisneros, a través de los medios telemáticos se puede controlar dónde se encuentra una persona implicada en un proceso penal, pero, a partir de esta premisa se abre un amplio abanico de posibilidades, toda vez que la vigilancia puede ser continua o no, permitir la exacta localización o sólo el no alejamiento o aproximación a determinados lugares o personas, puede usarse en las diferentes fases del proceso penal y también ofrecer información no espacial y

¹³ POZA CISNEROS, M.: “Las nuevas...”, cit., pág. 61.

¹⁴ RENZEMA, M. y MAYO-WILSON, E.: “Can electronic monitoring reduce crime for moderate to high risk offenders?” *Journal of Experimental Criminology* 1, págs. 215-237. Traducción disponible en <http://www.correcttechllc.com/articles/13.pdf>.

¹⁵ RENZEMA, M. elabora la definición de control electrónico que acabamos de exponer con objeto de establecer un criterio de inclusión de los estudios a tener en cuenta en la realización de un trabajo de meta análisis sobre los efectos rehabilitadores del control electrónico aplicado como consecuencia de la comisión de un delito. *Ibidem*.

¹⁶ GONZÁLEZ BLANQUÉ, C., Tesis Doctoral: “El control...”, cit. pág. 4.

¹⁷ Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, recurso electrónico disponible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/cumplimientoMedioAbierto/controlTelematico.html>.

relacionada con la conducta del individuo como por ejemplo, consumo de alcohol o constantes vitales¹⁸.

Ahora bien, no obstante lo anterior y aunque desde un punto de vista tecnológico, las posibilidades disponibles son muy variadas, lo cierto es que las modalidades de uso más habituales responden a dos modelos, ambos basados en la utilización de transmisores y receptores.

El primer modelo y el usado con más frecuencia es la llamada,

a) vigilancia electrónica activa, que se integra por tres elementos:

- Un transmisor en miniatura, fijado de forma inamovible al sujeto, mediante pulseras, anillos, aros en tobillo o cuello (...) capaces de emitir una señal en un radio determinado (entre 60 ó 70 metros).
- Un receptor-transmisor, instalado en el domicilio del sujeto vigilado que recibe la señal del transmisor personal y que la envía al tercer componente del sistema
- Un ordenador central conectado por vía telefónica con el transmisor-receptor, que controla el proceso y registra las incidencias de la vigilancia.

Y un segundo modelo,

b) vigilancia electrónica pasiva, que consiste en un sistema aleatorio de llamadas telefónicas que efectúa un ordenador a los lugares donde se halla el sujeto vigilado, que debe contestar personalmente mediante un identificador de voz o a través de un decodificador en el que el sujeto debe introducir un elemento de plástico que se le ha sujetado de forma inamovible¹⁹.

Junto a esta primera clasificación, que distingue entre vigilancia electrónica activa y pasiva, traemos a este análisis una segunda que, por su carácter más amplio, ofrece una mejor visión de conjunto de los diferentes tipos de sistemas de monitoreo disponibles, dando una idea del abanico de posibilidades que ofrece en este campo la tecnología y sobre todo, a los efectos que interesan al presente estudio, nos ilustra sobre el funcionamiento de los mencionados sistemas, extremo que resulta de singular relevancia si de lo que se trata, como en este caso, es de analizar una nueva tipología penal cuya acción típica está basada en la manipulación o alteración de los mecanismos de control telemático, así como en la omisión de las acciones necesarias para su adecuado mantenimiento.

Esta segunda clasificación –siguiendo a Morales Peillard- distingue, de acuerdo con la experiencia comparada, al menos tres tipos de aplicaciones tecnológicas (en su mayor

¹⁸ POZA CISNEROS, M.: “Las nuevas...”, cit., págs. 61-62.

¹⁹ En estos sistemas, se puede exigir que el vigilado realice llamadas a horas determinadas o que porte un “busca” que indica cuándo, aleatoriamente, debe efectuar una llamada para la verificación de voz. Si la voz no se identifica, el vigilando llama desde lugar distinto del indicado o no llama, el sistema alerta al agente encargado de la vigilancia. *Ibidem*, pág.63.

parte de origen israelí) que permiten la localización de una persona, a saber, la radio frecuencia, el contacto programado y el rastreo satelital. Existiendo una cuarta categoría que estaría formada por otras tecnologías más específicas, orientadas a detectar determinados eventos como el consumo de alcohol, drogas o notificación/alerta a víctimas.

A continuación expondremos de forma sintética las características de cada uno de los antedichos tipos²⁰.

a) La radio frecuencia

Constituye la tecnología más utilizada a nivel comparado de monitoreo y se utiliza fundamentalmente para el control de las reclusiones domiciliarias.

Para su aplicación, el infractor debe portar todo el tiempo, ya sea en su muñeca o en el tobillo, un dispositivo con la forma de un brazalete, que no puede ser removido por él. Este dispositivo, que debe ser recargado periódicamente con batería, transmite señales de radio frecuencia dos o más veces por minuto, a una unidad de monitoreo localizada en el mismo domicilio. La unidad de monitoreo es adjuntada a la línea telefónica, y es la encargada de recibir las señales de radio frecuencia emitidas por el brazalete. Ésta, a su vez, envía un mensaje a través de la línea telefónica a un ordenador central, ya sea cuando deja de recibir la radio frecuencia o cuando vuelve a recibirla. Dependiendo del lugar, algunos dispositivos pueden ser programados para detectar la presencia del sujeto en radios de 12 hasta 120 metros, en atención al tipo de equipamiento utilizado.

La mayoría de las empresas encargadas de los servicios de vigilancia electrónica, requieren que el infractor cuente con servicio telefónico de manera de que pueda recibir señales de manera permanente en “tiempo real”. En otros casos, en que no se cuente con línea telefónica, la información es almacenada en la unidad de monitoreo y el sujeto debe llevar el dispositivo cada vez que se ausente²¹.

El ordenador central cuenta con una programación para cada infractor. Si un sujeto debe abandonar su domicilio, entonces el dispositivo informará a la central que no detectó al sujeto durante las horas en que estuvo fuera del mismo, lo que no generará alerta alguna, en la medida que esto no corresponda a un período sujeto a restricción. En cambio, si la señal se pierde estando el sujeto en período de restricción o recibe información del sujeto en períodos en los cuales éste no debiera encontrarse en el domicilio, la computadora generará una alerta que es enviada a la autoridad encargada

²⁰ MORALES PEILLARD, A. M.: “Vigilancia en la modernidad tardía: El monitoreo telemático de infractores” *Polít. crim.* Vol. 8, N° 16 (Diciembre 2013), págs. 417-423.

²¹ DEMICHELE, M. y PAYNE, B.: “Offender supervision with Electronic Technology: Community corrections resource”, Washington: Bureau of Justice Assistance, Department of Justice, 2009. Recurso electrónico disponible en http://www.appa-net.org/eweb/docs/appa/pubs/oset_2.pdf.

de controlarlo, informándole de la anormalidad. Luego, la empresa, seguirá el protocolo destinado a determinar las razones que pudieron motivar la mencionada anomalía²².

Uno de los aspectos problemáticos de este sistema –subraya Morales Peillard- es el hecho de que el sujeto debe portar permanente el brazalete, y no sólo en aquellos momentos en que debiera estar recluido. Esto puede ser sin duda estigmatizante y suponer un control que se extiende más allá de la medida impuesta²³.

b) Contacto programado

Esta tecnología no supone que el sujeto porte un dispositivo, sino que sea contactado o deba comunicarse telefónicamente. En concreto, supone la existencia de un ordenador central que recibe llamadas telefónicas o efectúa llamadas al infractor en una o más locaciones. Estas llamadas pueden ser realizadas de manera aleatoria o en base a una agenda programada²⁴.

Existen distintas tecnologías que permiten verificar que es el infractor el que está respondiendo la llamada, ya sea mediante la verificación de voz, la verificación a través de video, o la introducción de un dispositivo en el receptor que se encuentra en su domicilio²⁵.

Como señalan algunos autores, la utilización de sistemas de contacto programado presenta varias ventajas. Entre ellas, que se requiere sólo de la existencia de un teléfono y que, con este sistema, la persona no debe portar un brazalete, por lo que se evita el eventual efecto estigmatizante antes comentado²⁶. Ahora bien, entre sus inconvenientes, el de que su aplicación puede generar un ambiente disruptivo para el infractor y para quienes habitan con él, especialmente cuando las llamadas se realizan de manera aleatoria en la noche²⁷.

En el ámbito comparado –afirma Morales Peillard-, este mecanismo se utilizó principalmente en las primeras fases de implementación de la monitorización en el sistema penal²⁸, siendo en la actualidad reemplazado por la monitorización mediante radio frecuencia, por considerarse que ésta infringe menos cargas al sujeto monitorizado y a las personas que viven con él²⁹.

²² DEMICHELE, M. y PAYNE, B.: “Offender...”, cit., pág. 29.

²³ MORALES PEILLARD, A.M.: “Vigilancia...”, cit., pág. 418.

²⁴ CONWAY P.: “A basic introduction to electronic monitoring: Remote supervision technologies”, *Journal of Offender Monitoring*, 2001, 14 (1&2), págs. 6-10.

²⁵ DEMICHELE, M. y PAYNE, B.: “Offender...”, cit., pág. 30.

²⁶ GONZÁLEZ BLANQUÉ, C., Tesis Doctoral: “El control...”, cit., pág. 70.

²⁷ RENZEMA, M.: “State of the art: Part II Programmed contact equipment”, *Journal of offender monitoring*, 1992, 2 (3), págs. 18-23.

²⁸ MORALES PEILLARD, A.M.: “Vigilancia...”, cit., pág. 424.

²⁹ GONZÁLEZ BLANQUÉ, C., Tesis Doctoral: “El control...”, cit., pág. 10.

c) Rastreo vía satélite

El rastreo satelital permite realizar un seguimiento de los traslados del infractor, y conocer su ubicación en tiempo casi real. La tecnología de rastreo por satélite o GPS (*Global Positioning Technologies*) fue originalmente diseñada para usos militares, sin embargo, en la actualidad se utiliza para otras aplicaciones como el seguimiento de vehículos de transporte.

Este sistema, se compone de tres dispositivos básicos: Un *trasmisor* con baterías, con la forma de un brazalete, que usualmente es transportado en la muñeca o el tobillo; un *dispositivo de tracking*, similar a un teléfono móvil, que tiene la función de conectarse con la red de satélites de GPS y con el ordenador central; y un *cargador de la batería* del dispositivo de tracking. Tanto el primer como el segundo dispositivo, deben ser transportados por el individuo permanente, mientras que el tercero debe permanecer en el domicilio³⁰. El trasmisor emite una señal de radio frecuencia que es recibida por el dispositivo de tracking lo que permite verificar que ambos permanecen juntos.

Lo anterior supone que la persona monitorizada que porta el trasmisor se encuentra, a un máximo de aproximadamente cinco metros del dispositivo de tracking. El trasmisor emite señal de radio dos o más veces por minuto, la que es recibida por el dispositivo de tracking. Este último contiene varios tipos de tecnología: un receptor de las señales del trasmisor, la señal de GPS, un ordenador, y circuitos de telefonía móvil. El ordenador almacena la información sobre los movimientos del sujeto y los circuitos de telefonía sirven para comunicar la información acerca de la ubicación del mismo a la central de monitoreo³¹.

Cuando se utiliza el GPS como control de una determinada medida en el sistema penal, se debe determinar zonas de exclusión e inclusión para cada infractor. Las zonas de exclusión son áreas en las cuales éste no puede ingresar, v.gr. el domicilio de una víctima en el caso de delitos de violencia intrafamiliar, o parques y escuelas en el caso de condenados por la comisión de delitos sexuales contra menores. Dependiendo del equipo, las zonas de exclusión comprenden radios de 91 a 610 metros, pudiendo ser varias de éstas las que se determinan respecto de un sujeto. Por otro lado, en el caso de las áreas de inclusión, se espera que el infractor esté en determinados lugares y horarios. Al igual que la anterior, se puede determinar varios perímetros de inclusión respecto de una misma persona. Tanto las zonas de exclusión como las de inclusión, son ingresadas a nivel central, a través de un software de mapeo (*mapping*), que crea un mapa de ruta del sujeto. El ordenador entonces es programado para emitir una señal de alerta cada

³⁰ CROWE A. / SYDNEY L./ BANCROFT P./ LAWRENCE B.: “*Offenders Supervision with Electronic Technology*”, Kentucky: American Probation and Parole Association, 2002. Traducción disponible en <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/197102.pdf>.

³¹ DEMICHELE, M. y PAYNE, B.: “Offender...”, *cit.*, pág. 31.

vez que el infractor entre a un perímetro excluido o abandone uno en el que debiera encontrarse en un horario determinado³².

Asimismo, existen tres tipos de monitorización mediante GPS, dependiendo de cómo la información es transmitida al ordenador central: la activa, la pasiva y la mixta. El monitoreo activo, permite conocer los movimientos del sujeto casi en el mismo momento en que se producen, desde la central. Por su parte, el monitoreo pasivo, permite conocer sus movimientos desde la central, unas horas después de que se producen, normalmente al final del día, cuando se envía la información sobre la localización de la persona. A su vez, la mixta funciona como un sistema pasivo de forma general, en que la información es transmitida al ordenador central cada dos o tres veces al día, y como un sistema activo cuando la persona monitorizada incumple alguna de las restricciones de movimientos que se le han impuesto, pasando a ser controlada casi en tiempo real³³.

El sistema de GPS presenta bastantes ventajas en relación a los sistemas de monitoreo electrónico analizados anteriormente. La primera de ellas, vinculada al hecho de que ofrece mayores posibilidades de protección para las víctimas³⁴, especialmente cuando éstas constituyen el foco especial de interés del infractor. Así, el sistema de rastreo satelital es especialmente útil en los casos de violencia de género, pues incluso se ha desarrollado una aplicación tecnológica que permite a la víctima portar un dispositivo que la alerte en caso que el sujeto vulnere la prohibición de acercamiento. La segunda ventaja consiste en otorgar una mayor libertad circulatoria del infractor, no encontrándose necesariamente obligado a permanecer en un lugar para efectos de su control. De esta forma, permite al sujeto monitorizado desarrollar su rutina diaria sin tantas constricciones de desplazamiento, lo que además supone, que en caso que éste deba participar en determinados programas orientados a su rehabilitación o reinserción, pueda compatibilizar su concurrencia a los mismos, con su trabajo u otros requerimientos de desplazamiento, junto con la posibilidad de ser controlada su asistencia. Además, el sistema de rastreo por satélite puede ser usado aun cuando no se cuenta con línea telefónica, incluso en zonas remotas y rurales.

Ahora bien, no obstante lo anterior, este sistema también presenta desventajas que deben ser mencionadas. Así, al utilizar la tecnología celular para comunicar la información, al igual que en el caso de los teléfonos móviles, pueden producirse problemas asociados a la falta de señal, generándose “puntos muertos”. Esto significa que el infractor momentáneamente no podrá ser rastreado. En este caso, el GPS continuará almacenando información con la ubicación del sujeto. Si bien la información puede ser recuperada, ésta no será enviada a la central sino cuando la persona salga del

³² CROWE A. / SYDNEY L. / BANCROFT P. / LAWRENCE B.: “*Offenders...*”, cit., pág. 29.

³³ *Ibidem*.

³⁴ PETERSILIA J.: “*When prisoners come home. Parole and Prisoner Reentry*”, Nueva York: Oxford University Press, 2003.

área sin cobertura³⁵. Es por esto recomendable que, con carácter previo a su instalación, se testee su efectividad en determinados ámbitos geográficos.

Por otro lado, a pesar de otorgar mayores posibilidades de movimiento, el sistema de rastreo vía satélite, es sin duda el que más afecta la vida privada del sujeto, en la medida que con este sistema se puede tener un control casi en tiempo real y las veinticuatro horas del día de sus movimientos, no restringiéndose al control en el domicilio y a determinados horarios, como ocurre usualmente con las tecnologías de radio frecuencia y el contacto programado. En ese contexto, precisamente el sistema de GPS, es el que mayor utilidad presenta para efectos de la persecución penal y el establecimiento de patrones delictivos. Sin embargo, como consecuencia, se produce una afectación de los derechos fundamentales asociados a la protección de la vida privada, como será objeto de análisis más adelante en relación con la “cara y la cruz” de los medios de vigilancia electrónica. En atención a lo anterior, la literatura ha considerado más apropiado el uso de esta aplicación tecnológica, para aquellos casos de infractores que presentan alto riesgo de reincidencia o de causar daño a la víctima, en la medida que constituye el método de supervisión más invasivo de los tres³⁶. Además, la utilización en sujetos de bajo riesgo, como también se analizará, se vincula con el fenómeno del “*netwidening*”³⁷, por lo que la utilización en estos casos, puede tener como consecuencia una innecesaria expansión del control penal.

d) Otros tipos de tecnologías³⁸

En la experiencia comparada, también se han desarrollado otras tecnologías que pueden ser enmarcadas dentro del control telemático, y que se ocupan de ciertas particularidades que puedan presentar los infractores, asociadas al uso de sustancias que actúan como móviles de la conducta infractora. Tal es el caso de alcohol y las drogas. Además, en este mismo contexto, se explora la aplicación de tecnología destinada a alertar a la víctima acerca de la proximidad de su posible agresor.

- *Detección a distancia del consumo de alcohol*. El equipo remoto de detección de alcohol, puede servir –dependiendo de la tecnología–, para indicar si un individuo ha consumido alcohol o para determinar el nivel de alcohol en la sangre que éste tuviere al momento de tomar la prueba³⁹. Para la aplicación de este sistema, generalmente se requiere de la instalación de un equipo en el domicilio del infractor. Al tomar la prueba, el sujeto debe insuflar el dispositivo. Los resultados de las pruebas remotas de alcohol

³⁵ MORALES PEILLARD, A.M.: “Vigilancia...”, cit., pág. 420.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Señala BRIGHT, C.: “Net Widening” en *Restorative Justice*, pág. 1, que el “*netwidening*” es el fenómeno conocido como “de ampliación de la red de control penal” íntimamente ligado a la idea de lo que se ha dado en llamar “*Justicia restaurativa*”, definida como una teoría de la justicia que enfatiza la reparación del daño causado o revelado por la conducta. Recurso electrónico disponible en <http://www.restorativejustice.org/university-classroom/01introduction/tutorial-introduction-to-restorative-justice/systemic/net>.

³⁸ MORALES PEILLARD, A.M.: “Vigilancia...”, cit., págs. 421-423.

³⁹ CONWAY, P.: “A basic...”, cit., págs. 6-10.

se transmiten a través de líneas telefónicas y se procesan a través de computadoras en el centro de monitoreo. Si el sujeto también está siendo supervisado con otros sistemas (p.ej. monitorización de la reclusión domiciliaria), el mismo equipo puede transmitir la información cuando se realiza la prueba. Si ésta registra contenido de alcohol, por lo menos dos pruebas adicionales deben ser tomadas para configurar una prueba positiva válida. Cuando el resultado es positivo, la información se transmite al funcionario encargado de la supervisión⁴⁰. Destacar también que se está desarrollando tecnología para monitorizar el consumo de alcohol de infractores a través de bandas adheridas al cuerpo⁴¹.

- *Detección a distancia del consumo de drogas.* Al igual que en el caso anterior, para efectos del control del consumo de estupefacientes, se instalan en el domicilio dispositivos tendientes a medir la cantidad de estas sustancias en la orina del infractor, en los cuales éste debe verter una muestra. De la misma forma que los dispositivos anteriormente analizados, existen sistemas tecnológicos que permiten dar fidelidad acerca de la identidad del sujeto que está proveyendo la muestra. Posteriormente, esta información es enviada de manera telefónica. Del mismo modo que para la detección de alcohol y según los autores se estarían desarrollando tecnologías tendientes a medir la cantidad de drogas presente en la sangre de un sujeto monitorizado, mediante un sistema de microchip adherido al cuerpo con parches⁴².

-*Sistema de notificación/alerta a la víctima.* Es particularmente utilizado en la experiencia comparada, en casos de violencia intrafamiliar, para efectos de controlar las condiciones de alejamiento impuestas a un imputado o condenado por delitos de esa naturaleza⁴³. Para llevarla a cabo, es posible la utilización de tecnología de control a través de la radio frecuencia o del mecanismo de rastreo satelital, la que es usada tanto en el infractor como en la víctima, mediante lo que se ha denominado sistema de monitoreo electrónico “bilateral”.

En el caso de la radiofrecuencia, el supuesto agresor debe contar con un sistema como el descrito anteriormente, que implica la localización de un dispositivo en su domicilio y otro en su muñeca o tobillo, que indicará si éste se encuentra en su hogar en los horarios establecidos en la sentencia. En el caso de la víctima, ésta puede contar con un dispositivo en su hogar, que se encuentra sincronizado con el del supuesto agresor, y que podrá detectar la presencia de éste en su domicilio, en un radio de 152 metros aproximadamente. Este sistema, actualmente goza de menor popularidad en la experiencia comparada a diferencia del rastreo satelital, considerando que sólo puede detectar la presencia del infractor en el domicilio de la víctima, pero no en otras áreas.

En el caso de la utilización de la tecnología de rastreo vía satélite, y del mismo modo que en los dispositivos de GPS antes analizados, el supuesto agresor debe llevar

⁴⁰ MORALES PEILLARD A.M.: “Vigilancia...”, cit., págs. 421-423.

⁴¹ CROWE A. / SYDNEY L. / BANCROFT P. / LAWRENCE B., “Offenders...”, cit. pág. 32.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ MORALES PEILLARD A.M.: “Vigilancia...”, cit., págs. 422-423.

continuamente amarrado a su muñeca o tobillo, un aparato que emite señales de radio frecuencia, y que son recibidas por el tracking. Al igual que en los demás casos de utilización del rastreo satelital, el sujeto tiene fijadas zonas de exclusión, como el domicilio de la víctima, su lugar de trabajo u otros lugares frecuentados por ésta - el colegio de los hijos, o el domicilio de sus familiares próximos-. Generalmente, el individuo tampoco puede acercarse a la víctima, por lo que se debe establecer previamente un radio de alejamiento respecto de ésta, que en algunos casos es de 500 metros. En caso de acercamiento a las zonas de exclusión o hacia la víctima, se generan alertas a nivel central, correspondiendo a los funcionarios encargados del control dar aviso a las víctimas de eventuales acercamientos del sujeto⁴⁴. En particular, es necesario tener presente que el sistema está programado para localizar la presencia del infractor en las áreas de exclusión, sin embargo, no detecta aquellos contactos que se producen fuera de las áreas monitorizadas, ni los que se realizan a través de otras vías, como el teléfono, email, u otras medios tecnológicos.

Por último, antes de abandonar el tema de la delimitación conceptual, realizar un breve apunte terminológico. Son variados los términos empleados en la literatura comparada por los autores para referirse a lo que el pre legislador llama, “*dispositivos técnicos de control*”, así mientras unos emplean la expresión “*vigilancia electrónica*” - como Barros Leal⁴⁵ o García Aquino⁴⁶ - otros hablan de “*monitorización electrónica*”, como Otero González⁴⁷ y no faltan los que aluden a “*control telemático*”, como Saura Alberti⁴⁸, o incluso a “*monitoreo telemático*”, expresión que emplea Morales Peillard⁴⁹. La palabra “monitoreo”, sin embargo, no forma parte de la lengua castellana, pero la expresión usualmente es utilizada como sinónimo de control y de acuerdo a la Real Academia de la Lengua, la expresión “telemática” se refiere a la aplicación de técnicas de la telecomunicación y de la informática, a la transmisión a larga distancia de información computerizada.

No obstante lo anterior, sea cual fuere el término que se emplee siempre viene referido a ese conjunto de sistemas electrónicos que se utilizan con el fin de verificar el cumplimiento a distancia de determinadas medidas cautelares personales, penas o medidas de seguridad, por lo que emplearemos indistintamente cualquiera de las anteriores expresiones.

⁴⁴ GONZÁLEZ BLANQUÉ, C., Tesis Doctoral: “El control...”, cit., pág. 13.

⁴⁵ BARROS LEAL, C.: “La vigilancia electrónica a distancia como alternativa al encierro”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, Universidad de Costa Rica, n° 2, 2010.

⁴⁶ GARCIA AQUINO, J.: “La vigilancia electrónica personal sus modalidades en el sistema penal nacional”, en *Diario Oficial “El Peruano”*, enero 2010.

⁴⁷ OTERO GONZÁLEZ, P.: “Monitorización electrónica en el ámbito penitenciario”, *Icade Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n° 74 mayo-agosto 2008.

⁴⁸ SAURA ALBERTI, B.: “El control telemático del alejamiento en violencia de género”, *Revista de Derecho Procesal* n° 3-4 noviembre 2010.

⁴⁹ MORALES PEILLARD, A.M.: “Vigilancia...”, cit., págs. 422-423.

II. ORÍGENES DEL CONTROL TELEMÁTICO EN EL ÁMBITO PENAL

Como punto de arranque entorno a esta cuestión compartimos la reflexión de Poza Cisneros, sobre el hecho de que la flexibilidad de los sistemas de *case law* y el pragmatismo característico de los sistemas anglosajones explican que la experiencia en estos países sea referente obligado para cualquier aproximación en materia de vigilancia electrónica⁵⁰.

Así no resulta extraño que la tecnología básica para el desarrollo del monitoreo telemático fuera desarrollada en Estados Unidos en los años 60, más concretamente, por el psicólogo Robert Schwitzgebel, de la Universidad de Harvard, quien experimentaba con infractores, liberados condicionales voluntarios, pacientes psiquiátricos y estudiantes⁵¹.

En ese contexto -según Morales Peillard- diseñó, en colaboración con otros colegas, un dispositivo pequeño de monitorización denominado *BehaviorTrasmitter-Reinforcer (BT-R)* y estudiaron su aplicación de forma experimental⁵². La propuesta consistía en aplicar la monitorización como alternativa a la prisión a presos reincidentes crónicos, en libertad condicional o a condenados a libertad vigilada, considerados peligrosos, como una medida terapéutica y también como una forma de reducir la población penal, patentándolo en 1.969⁵³.

Como señala Morales Peillard, este sistema generó poco interés durante la década de los 70, y no fue sino en la década de los 80, que comenzó a ser utilizado de manera más o menos simultánea en los estados de Nuevo México y de Florida. En particular, el Juez Jack Love, de Albuquerque (Nuevo México), en abril de 1983, fue el primero en ordenar su utilización, para lo cual habría persuadido a un experto en electrónica, Michael Goss, a fin de que desarrollara un dispositivo de control que pudiera ser utilizado como complemento de la *probation*, (libertad condicional) para ofensas menores en las cuales el infractor pudiese estar en riesgo de sufrir violencia carcelaria⁵⁴. Aparentemente, como lo retrata la literatura, este juez habría tomado la idea de cómic del “Hombre araña” (Spiderman) en el cual el villano ata un brazalete alrededor de la muñeca del superhéroe, para poder seguir sus movimientos⁵⁵. Tras probarla él mismo, decidió colocar una argolla en la pierna de un penado, argolla (link), que según Luzón Peña, tomó su nombre, *gosslink*, del experto que la diseñó, Mr. Goss⁵⁶.

⁵⁰ POZA CISNEROS, M.: “Las nuevas...”, cit., pág. 64.

⁵¹ NELLIS, M.: “The electronic monitoring of offenders in England and Wales: Recent developments and future prospects”, *British Journal of Criminology*, 1991, nº 31, págs. 165-185.

⁵² MORALES PEILLARD A.M.: “Vigilancia...”, cit., pág. 413.

⁵³ POZA CISNEROS, M.: “Las nuevas...”, cit., pág. 64.

⁵⁴ MORALES PEILLARD A.M.: “Vigilancia...”, cit., pág. 414.

⁵⁵ JOHN HOWARD SOCIETY OF ALBERTA (JHSA): “Electronic Monitoring”, *The Reporter*, 2001.

⁵⁶ LUZÓN PEÑA, D. M.: “Control...”, cit., pág. 55.

El primer programa de monitoreo telemático se originó en 1984, en el estado de Florida con el objeto de reducir la masificación carcelaria. A partir de ahí, los programas de control telemático se fueron expandiendo rápidamente, y ya en 1998, de acuerdo al Instituto Nacional de Justicia de Estados Unidos, se encontraba implementada esta tecnología en 32 estados, con alrededor de 2.277 infractores sujetos al mismo⁵⁷.

III. EXPERIENCIA EN DERECHO COMPARADO

Al hilo de lo expuesto en el apartado inmediatamente anterior y siguiendo a autores como Barros Leal, se puede aseverar que entre los países que, junto a los Estados Unidos, acogen la *cárcel virtual* (cárcel sin rejas) se encuentran Canadá, Inglaterra, Escocia, Portugal, Italia, Holanda, Francia, Italia, Suecia, Holanda, Nueva Zelanda, Australia, África del Sur, Argentina, Brasil, México y España. En casi todos se empleó por algún tiempo con carácter experimental, en programas-piloto, periódicamente evaluados⁵⁸.

Por lo que respecta al continente americano:

En **E.E.U.U.**, 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 vidas⁵⁹.

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.

⁵⁷ SCHMIDT, A.: “*The use of electronic monitoring by criminal justice agencies*”, Washington: National Institute of Justice, 1988.

⁵⁸ BARROS LEAL, C.: “La vigilancia...”, cit. págs. 10-11.

⁵⁹ Desde el año 2005, los Estados de Florida, California, Massachusetts, Minnesota, Misisipi, Ohio y Tennessee, han dictado leyes que contemplan la posibilidad de vigilar telemáticamente a los delincuentes sexuales peligrosos. El origen de esta tendencia se encuentra en el escándalo mediático suscitado por la violación y posterior asesinato —en el año 2005— de la niña, de nueve años de edad, Jessica Marie LUNSFORD (1995-2005). Este hecho desencadenó una fuerte preocupación de la sociedad norteamericana que conllevó al endurecimiento del tratamiento penal para los violadores en serie (especialmente de los pederastas) propiciando, el mismo año, la aprobación de la denominada *Jessica's Law* en el Estado de Florida. En este sentido, la *Ley Jessica* prevé la posibilidad de imponer a los condenados por la comisión de un delito contra la libertad sexual una pena de prisión de hasta 25 años y, además, el control telemático por tiempo ilimitado (“*de por vida*”/ *lifetime*). ARMAZA ARMAZA, J.D.: “El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso”, Tesis Doctoral, Univ. País Vasco, págs. 66-67.

Argentina, por su parte, implantó hace años el monitoreo en la prisión domiciliaria, habiendo informaciones de que ya en 2008, cerca de 300 reclusos provisionales eran beneficiarios del programa⁶⁰.

En **Brasil**, por iniciativa de la Comisión Especial de Seguridad Pública, del Senado Federal, se aprobó en un conjunto de leyes anti violencia (que integraban el *Programa Acelerado de Crecimiento* - PAC), un proyecto que permitía el monitoreo de condenados en medio libre - régimen semi abierto o abierto, salidas temporales o libertad condicional (vigilada)⁶¹.

En **México**, beneficia sobre todo a internos a quienes les restan hasta uno o dos años para cumplir su sentencia. Preliberados, son objeto de monitoreo mediante un mecanismo magnético. También se aplica a presos de baja peligrosidad que pueden cumplir las sentencias en su domicilio haciendo uso del dispositivo electrónico. En caso de que se detecte, por ejemplo, que no lo traigan puesto, lo pierdan o destruyan, o cambien de domicilio sin autorización, volverían a la prisión⁶².

En el DF, por ejemplo, los sentenciados por delitos menores pueden concluir su pena (dos años antes de su término), monitoreados desde un centro ubicado en la Dirección de Ejecuciones y Sanciones en Santa Martha Acatitla.

En el Estado de México, más de 20 reos participan ahora de un programa de vigilancia electrónica, cuya tecnología es de origen israelí. La Central de Control localiza y rastrea a los externados, entre ellos mujeres, quienes han salido de diversos penales y durante un año estarán usando brazaletes o tobilleras en su casa y su trabajo, observados por un grupo de profesionales (abogados dictaminadores, trabajadores sociales, psicólogos y controladores), además de los que les harán visitas periódicas. En caso de cumplimiento de los requisitos, obtendrán el beneficio de prelibertad.

En el continente europeo:

Inglatera, por su parte, 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 régimen⁶³.

En **Portugal**, es utilizado, desde 2001, como reforzamiento en la modalidad domiciliaria de la prisión preventiva. El número de usuarios está en ascenso⁶⁴.

En **Francia** estrenó la *surveillance électronique*, en el 2000 y 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

⁶⁰ BARROS LEAL, C.: “La vigilancia...”, cit., págs. 11-12.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*, págs. 12-13.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*, pág. 14.

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 condicional⁶⁵. 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.

Por último, en Oceanía:

En **Australia**⁶⁶ 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.

En **Nueva Zelanda**⁶⁷ el programa se inició en 1995 en la región de Auckland, aplicándose como modalidad de ejecución del arresto domiciliario, reservado a los condenados a una pena de prisión superior a 12 meses por delitos «no especialmente violentos» y que hayan extinguido una parte de su condena.

IV. EXPERIENCIA EN NUESTRO DERECHO

La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la vigilancia electrónica se produce de la mano del R.D. de 9 de febrero de 1996, por el que se aprueba el vigente Reglamento Penitenciario.

Esta forma de incorporar los dispositivos telemáticos, ya implementados con éxito en otros países, a la órbita jurídico penal en España, no ha estado exenta de importantes críticas doctrinales y ello por considerar que su acceso se materializa de forma

⁶⁵ DOS REIS, G.: “A Vigilância Eletrônica de Condenados como Opção ao Cárcere”, en *Revista do Conselho de Criminologia e Política Criminal*, Belo Horizonte, vol. 9, diciembre/2006, pág. 16. Traducción disponible en http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-20062013-132709/publico/versao_simplificada_tese_monitoramento_eletronico_de_penas.pdf.

⁶⁶ POZA CISNEROS, M.: “Las nuevas...”, cit., pág. 77.

⁶⁷ *Ibidem*.

intencionadamente soslayada con el fin de iniciar los primeros ensayos en esta materia pero eludiendo, al tiempo, el debate parlamentario, social y académico que a continuación devendría como inevitable.

En este sentido se pronuncia Landrove Díaz y en torno a esta cuestión, habla de “cautelosa introducción de la vigilancia electrónica en España con la aprobación por Real Decreto del Reglamento Penitenciario”⁶⁸. Y en idéntico sentido, Poza Cisneros, que en sus reflexiones sobre este extremo emplea términos como, “tímida” y “por la puerta falsa” y manifiesta que:

*“El nuevo Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero introdujo, tímidamente, la vigilancia electrónica en nuestro ordenamiento. El legislador, casi por la puerta falsa, acusaba de este modo recibo de experiencias apenas iniciadas en Europa. Y lo hacía escogiendo la modalidad que, en apariencia, menos riesgos comporta, utilizando el discreto y cómodo expediente de un Real Decreto y las posibilidades de experimentación que ofrecía su aplicación a determinados internos clasificados en tercer grado. Se trataba de crear una cobertura normativa para iniciar los ensayos sin necesidad de provocar un debate parlamentario, académico y social intenso, de acuerdo con las pautas que el propio Ejecutivo determinase, sobre una población de bajo riesgo y con escasa o nula intervención judicial.”*⁶⁹.

Es más, concretamente, el artículo 86.4 del mencionado texto legal es el que introduce el control monitorizado en el Derecho Penal español y lo hace, según la doctrina⁷⁰, de acuerdo a ciertas pautas impuestas por el Ejecutivo entonces gobernante, a saber, aplicable a población penitenciaria de bajo riesgo y con escasa o nula intervención judicial.

En efecto -afirma Landrove Díaz- el artículo 86.4 del RP⁷¹ resulta de aplicación, exclusivamente, a los internos ya clasificados en tercer grado y después de señalar que – con carácter general- el tiempo mínimo de permanencia en el centro de régimen abierto será de ocho horas, debiendo pernoctar en el establecimiento, añade que el tiempo de permanencia en el mismo podrá limitarse al fijado en el programa de tratamiento para la realización de ciertas actividades cuando, de modo voluntario, el interno acepte el control de su presencia fuera del centro mediante dispositivos telemáticos adecuados,

⁶⁸ LANDROVE DÍAZ, G.: “La reforma del arsenal punitivo español”, *Diario La Ley*, nº 5912, pág. 9, diciembre 2003.

⁶⁹ POZA CISNEROS, M.: “Las nuevas...”, cit., pág. 83.

⁷⁰ LANDROVE DÍAZ, G.: “La reforma...”, cit., págs. 9-10.

⁷¹ Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, BOE nº 40 de 15 de febrero 1996, artículo 86.4: “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 u otros mecanismos de control suficiente, en cuyo caso sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales”.

proporcionados por la Administración Penitenciaria, u otros mecanismos de control suficientes⁷².

Ya en primavera del año 2.000, por la Dirección General de IIPP, se puso en marcha un programa experimental en el Centro Victoria Kent de Madrid, en el que inicialmente participaron doce internos clasificados en tercer grado, con seguimiento electrónico de sus actividades laborales y la posibilidad de pernocta en sus domicilios. A finales de 2.002, cerca de trescientos internos de diferentes establecimientos penitenciarios españoles, pernoctaban ya en sus domicilios portando la tele-pulsera y a la espera de su libertad condicional⁷³.

4.1 Regulación penal material

Siguiendo a Regojo Balboa, se advierte que, en nuestro acervo jurídico penal material, la utilización de medios de control telemáticos o electrónicos está limitada a unos supuestos muy concretos⁷⁴ y que son los que a continuación se exponen, a saber:

- **El control del cumplimiento de la medida cautelar de prohibición de aproximación a la persona protegida**, ex artículo 64.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁷⁵ (*«instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento»*).

En fecha 8 de julio de 2009 se firmó el Protocolo de actuación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas y penas de alejamiento en materia de violencia de género⁷⁶, cuyo objetivo, según su propio preámbulo, era mejorar la seguridad y protección de las víctimas y generar confianza para poder abordar su recuperación. El mencionado sistema, permite verificar el cumplimiento de medidas y penas de alejamiento que se sigan por violencia de género (...). De igual modo, el sistema proporciona

⁷² LANDROVE DÍAZ, G.: “La reforma...”, cit., págs. 9-10.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ REGOJO BALBOA, J. P.: “Presente y...”, cit., pág. 10.

⁷⁵ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE nº 313 de 29 diciembre 2004, artículo 64.3: *“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”*.

⁷⁶ El Protocolo de 8 de julio de 2009 se elaboró, según su propio preámbulo, a propuesta de la Comisión de seguimiento del protocolo de actuaciones para la implantación del sistema de seguimiento por medios telemáticos de las medidas de alejamiento en materia de violencia de género y aprobado por el Comité Técnico de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en su reunión de 13 de diciembre de 2.011.

información actualizada y permanente de las incidencias que afectan al cumplimiento o incumplimiento de las medidas o penas, así como de posibles incidencias, tanto accidentales, como provocadas (de especial interés a la vista de la novedad que se puede incorporar al CP con la reforma propuesta), en el funcionamiento de los elementos de vigilancia utilizados⁷⁷.

El mencionado Protocolo regula los siguientes extremos, a saber; las actuaciones para la instalación de los equipos de detección de proximidad, destacando la necesaria notificación de la resolución judicial que la impone, a los interesados, a las FCSE y al Centro de Control, así como, la forma de proceder a la instalación de los equipos, en el domicilio, en el caso de la víctima y en dependencias judiciales, en el caso del penado/imputado⁷⁸; la gestión de avisos; cese y retirada de los dispositivos.

- **El control del cumplimiento de la pena de localización permanente**, conforme a lo regulado en el artículo 37 del Código Penal⁷⁹ (*«utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo»*).
- **El control de cumplimiento de las penas privativas de derechos** contempladas en el artículo 48 del Código Penal⁸⁰ (*«que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan»*).

⁷⁷ Si bien el objeto del Protocolo viene referido exclusivamente al control de medidas cautelares, pronto se detectó la necesidad de ampliar su aplicación también al ámbito del control de ejecución de penas, pues se podrían producir paradójicas situaciones, como la de tener que proceder a la retirada del dispositivo al condenado que, en atención al riesgo detectado, lo había portado durante la tramitación del procedimiento para el control de la medida cautelar. La Comisión de Seguimiento, creada al efecto en la Cláusula Tercera del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de noviembre de 2008, acordó la ampliación del Protocolo en el sentido expuesto y, con carácter excepcional, y hasta que se lleve a cabo tal ampliación, la aplicación de este sistema para el control de la ejecución de penas, cuando la resolución judicial acuerde su imposición, ante la necesidad de contar con este sistema por el alto riesgo de reiteración detectado, y siempre que el condenado no se halle en prisión.

⁷⁸ En ambos casos constará por escrito que se han facilitado, tanto a la víctima como al imputado/condenado, los dispositivos, DLV y DLI, respectivamente, las guías para su uso, que se ha explicado su funcionamiento, así como las normas básicas de mantenimiento, que las han comprendido y que prestan su consentimiento. *Protocolo de actuación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas y penas de alejamiento en materia de violencia de género*, 8 de julio de 2009.

⁷⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, BOE nº 281 de 24 noviembre 1995, artículo 37: “1. La localización permanente tendrá una duración de hasta seis meses. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o posteriormente en auto motivado. No obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado 2. Si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, 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. Si el condenado incumpliera la pena, el juez o tribunal sentenciador deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el artículo 468. 4. Para garantizar el cumplimiento efectivo, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo”.

⁸⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, BOE nº 281 de 24 noviembre 1995, artículo 48: “1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al

- Como modalidad de cumplimiento de la libertad vigilada, como **medida de seguridad no privativa de libertad**, de conformidad con el artículo 106. 1. a) de la citada Ley Penal Sustantiva⁸¹ («aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente»), teniendo en cuenta el desarrollo reglamentario contenido en el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario⁸² –única que ya es competencia de la Administración Penitenciaria–, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas.
- Por mor de lo dispuesto en el artículo 57.3 del CP, la posibilidad del empleo de los medios telemáticos se extiende a las infracciones calificadas como falta, pues establece que podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el art. 48 CP, por tiempo que no exceda de seis meses, por la comisión de infracción calificada como falta contra las personas de los arts. 617 y 620, del mismo texto legal.
- Y, por último, también en el ámbito penitenciario, como forma específica de cumplir **condena en régimen abierto**, prevista en el artículo 86.4 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario⁸³ («dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la

penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito o falta, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. 2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena. 3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. 4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.”

⁸¹Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, BOE nº 281 de 24 noviembre 1995, artículo 106.1 a): “La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas: a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.”

⁸² Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas, BOE nº 145 de 18 junio 2011.

⁸³ Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, BOE nº 40 de 15 de febrero 1996, artículo 86.4: “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 u otros mecanismos de control suficiente, en cuyo caso sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales”.

Administración Penitenciaria») y que implica que el interno queda eximido de pernoctar en prisión⁸⁴, o como modo de controlar el disfrute por el penado de un **permiso de salida** si así lo dispone el informe preceptivo del Equipo Técnico (artículo 156.2 del Reglamento Penitenciario)⁸⁵.

4.2 sistemas actuales de vigilancia electrónica

Por una parte, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias dispone de los siguientes sistemas de vigilancia electrónica, a saber:

- 1) **Sistema de monitorización mediante pulseras** por red telefónica, bien vía red conmutada (fija), bien vía móvil, a través de las denominadas unidades celulares.
- 2) **Sistemas de verificación de voz**, tanto a través de los teléfonos fijos ubicados en los lugares de control, bien a través de dispositivos que transmiten la información usando líneas celulares.
- 3) **Sistemas de seguimiento continuo de internos mediante tecnologías GPS**, que permiten conocer la ubicación geográfica del sujeto en todo momento, y establecer zonas de estancia obligatoria o acceso no permitido (zonas de inclusión o de exclusión).
- 4) **Unidades de seguimiento móviles** para el control de internos con pulseras telemáticas en lugares distintos al habitual (por ejemplo, su lugar de trabajo).
- 5) **Sistemas combinados** de localización mediante pulseras telemáticas, con control del consumo de alcohol a distancia⁸⁶.

Todos estos sistemas son los empleados por IIPP, en aplicación de lo dispuesto en el art. 86.4 del Reglamento Penitenciario y se caracterizan porque, como principio general, la iniciativa de aplicar a un interno las previsiones del art. 86.4 partirá de la Junta de Tratamiento que a la vista del estudio efectuado por el Equipo Técnico, se pronunciará sobre la procedencia o no de su aplicación, elaborando el correspondiente informe-propuesta motivado, según el modelo específico del art. 86.4, que acompañará al genérico del PCD. A esta propuesta deberá añadirse, en el caso de aplicación de un

⁸⁴ Instrucción 13/2006, de 23 de agosto, sobre aplicación del art. 86.4 del Reglamento Penitenciario.

⁸⁵ Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, BOE nº 40 de 15 de febrero 1996, artículo 156.2: “El Equipo Técnico establecerá, en su informe, las condiciones y controles que se deban observar, en su caso, durante el disfrute del permiso de salida, cuyo cumplimiento será valorado para la concesión de nuevos permisos.”

⁸⁶ Secretaría General de IIPP, recurso electrónico disponible en <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/cumplimientoMedioAbierto/controlTelematico.html>

dispositivo telemático, la aceptación y compromiso expresos por parte del interno así como los de las personas que conviven con él. Dicho acuerdo, con toda la documentación que requiere el caso, se elevará a la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria (Servicio de Tratamiento) para su resolución, en la que constará el periodo de vigencia de la medida y los controles de seguimiento establecidos.

Todas las autorizaciones de aplicación del régimen de vida previsto en el art. 86.4, serán comunicadas, por el establecimiento, al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Igualmente, se le notificarán los acuerdos que pongan fin a su aplicación.

La aplicación de la medida será objeto de revisión periódica por la Junta de Tratamiento cada seis meses y siempre que, incidencias relativas a los dispositivos de seguimiento establecidos, o una modificación en las circunstancias que la propiciaron, lo aconsejen. Si dichas circunstancias suponen un riesgo de quebrantamiento, mal uso o comisión de nuevo delito, el Director podrá suspender provisionalmente su aplicación hasta que se produzca la correspondiente resolución.

Cuando hayan desaparecido las circunstancias que motivaron la aplicación del régimen del art. 86.4 o vaya a concluir el periodo expreso de vigencia de la autorización, la Junta de Tratamiento revisará su cumplimiento pudiendo acordar la prórroga de la aplicación si persistieran las razones que la motivaron o surgieran otras nuevas que así lo justifiquen. En caso contrario, la Junta de Tratamiento formulará la correspondiente propuesta de cambio en la situación del interno. Ambos supuestos serán comunicados al Centro Directivo⁸⁷.

Por otra parte, encontramos el dispositivo electrónico empleado por los órganos jurisdiccionales para el control de la medida cautelar ex art. artículo 64.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁸⁸, así como, para el control de cumplimiento de las penas privativas de derechos contempladas en el artículo 48 del Código Penal⁸⁹ (tanto por

⁸⁷ Instrucción 13/2006, de 23 de agosto, sobre aplicación del art. 86.4 del Reglamento Penitenciario.

⁸⁸ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE nº 313 de 29 diciembre 2004, artículo 64.3: *“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”*.

⁸⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, BOE nº 281 de 24 noviembre 1995, artículo 48: *“1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito o falta, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. 2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena. 3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. 4.*

delito como por falta) y que resulta ser un **dispositivo combinado vía satélite (GPS)**, cuyos componentes son⁹⁰, tres dispositivos y un centro de control. Dos dispositivos son portados por el imputado/condenado y el tercero lo porta la víctima.

- Los dos dispositivos con los que irá equipado **el imputado/condenado (DLI)** son:

Un transmisor de radiofrecuencia, ajustado de forma segura a la muñeca o al tobillo por medio de una correa que detecta cualquier manipulación. Es hipoalergénico y resistente al agua. Su fuente de alimentación es una batería de litio, con una vida útil de seis meses a pleno rendimiento. El estado de “batería baja” se transmite entre siete y diez días antes de su completo desgaste. Una vez que alcanza ese estado, la unidad de rastreo lo detecta y envía un mensaje al centro de control de “batería baja del TX”.

Una unidad de rastreo GPS, 2Track, equipada con un receptor de radiofrecuencia de las señales del transmisor ajustado al tobillo o muñeca y verifica su proximidad, a tal efecto se empareja con el mismo.

- El dispositivo que porta **la víctima (DLV)** es un **dispositivo de alerta en movimiento 2Track**, se trata de un GPS que proporciona una alerta (visual, sonora o de vibración) cuando la señal del transmisor de radiofrecuencia se encuentra dentro de rango de alcance establecido, al mismo tiempo esta unidad 2Track que porta la víctima envía una alerta al centro de control. También incorpora un botón de emergencia que puede pulsar la víctima en situación de pánico y que genera una llamada saliente a un número de emergencia predeterminado.
- Funcionalidades comunes de las unidades 2Track:
 - Proporciona posicionamiento de ubicación global (GPS).
 - Permite la comunicación por texto (SMS) y voz bidireccionalmente con el usuario/a.
 - Genera mensajes de alarma si se trasgrede la orden de restricción. Los mensajes de alarma, así como, la localización, se transmiten al centro de control a través de la red móvil GPRS.

El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.”

⁹⁰Protocolo de actuación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas y penas de alejamiento en materia de violencia de género, 8 de julio 2009.

- Localización GSM: en los casos en los que la unidad de seguimiento pierde la señal GPS, automáticamente conmuta a un modo de seguimiento secundario basado en localización GSM⁹¹.

El centro de control lleva a cabo la labor de monitorización, durante veinticuatro horas, todos los días del año.

Los requisitos para su uso son, básicamente, que lo acuerde la autoridad judicial en resolución motivada, que exista alto riesgo de reiteración delictiva y que el sujeto al que se le impone no se halle en prisión.

La retirada temporal del dispositivo⁹², también prevista en el Protocolo, por razones médicas, de seguridad, de ingreso en prisión o en depósitos de dependencias policiales (calabozos), será acordada por la autoridad judicial y se llevará a efecto por el personal de la empresa instaladora, de conformidad con lo dispuesto en la resolución que la autoriza. Para su nueva colocación será precisa igualmente nueva resolución judicial que así lo acuerde.

V. LA CARA Y LA CRUZ DE LA CÁRCEL ELECTRONICA

La vigilancia electrónica presenta, no obstante, ventajas e inconvenientes. Así autores como Poza Cisneros se refieren a sus “luces y sombras”⁹³ o Barros Leal, alude a “argumentos a favor y argumentos en contra”⁹⁴. Podemos, por tanto, hablar de una cara y una cruz de estas tecnologías aplicadas al ámbito penal.

Así, siguiendo las líneas de reflexión aportadas por Barros Leal, a continuación se exponen ambas caras de una misma realidad⁹⁵ pues, como apunta Gudín Rodríguez-Magariños, “Decía PASCAL que todo tiene dos caras, nada más cierto en la revolución telemática, donde sus utilidades nos facilitan conseguir un mundo con mayor bienestar y calidad de vida, pero al mismo tiempo no podemos desconocer que detrás de los nuevos artilugios puede esconderse una nueva cara oculta, opresiva y orwelliana”⁹⁶.

⁹¹ La localización GSM es un servicio ofrecido por las empresas operadoras de telefonía móvil que permite determinar, con una cierta precisión, donde se encuentra físicamente un terminal móvil determinado. Nota de la autora.

⁹² Protocolo de actuación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas y penas de alejamiento en materia de violencia de género, 8 de julio 2009.

⁹³ POZA CISNEROS, M.: “Las nuevas...”, cit., págs. 113-130.

⁹⁴ BARROS LEAL, C.: “La vigilancia...”, cit., pág. 20.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ GUDIN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, F.G.: “Cárcel electrónica versus prisión preventiva”, febrero 2009, págs. 6-8.

SU CARA: LAS VENTAJAS

Según Poza Cisneros, la valoración de la eficacia de los sistemas de vigilancia electrónica en su aplicación al proceso penal, dependerán, de una parte, del criterio escogido y, de otra, de la elección de una y otra finalidad procesal y de otra modalidad de vigilancia⁹⁷.

Entre sus ventajas se pueden mencionar las que a continuación se exponen⁹⁸:

El monitoreo no es una panacea, una solución mágica; sin embargo, es incluso éticamente correcto 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.

Es un avance como muchos otros en la justicia criminal (que incluye, p. ejem., los métodos de identificación dactiloscópica).

Empresas nacionales y extranjeras tienen *know how* (“saber cómo”) suficiente para garantizar su viabilidad técnica, ofreciendo la provisión del equipo y asegurando el servicio de monitoreo.

Su eficacia y confiabilidad son comprobadas en naciones desarrolladas, con tradición de respeto a los derechos y garantías individuales.

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.

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*, (“alta tecnología”), para identificar los avances considerables en el área.

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 susceptibles de ser sancionados. Además, por si ocurre un delito en el área de

⁹⁷ POZA CISNEROS, M.: “Las nuevas...”, cit., pág. 127.

⁹⁸ BARROS LEAL, C.: “La vigilancia...”, cit. págs. 6-9.

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.

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 penales⁹⁹. Sobre esta cuestión relativa al ahorro presupuestario como una de sus ventajas, advierte Poza Cisneros, que si bien es cierto que su previsión, en principio, llevará razonablemente a la reducción del número de edificios penitenciarios, del personal de estos establecimientos (sin requerir paralelamente, grandes inversiones en formación del personal), no lo es menos que, estudios más detallados como los realizados en Escocia, revelan que sólo cuando se asegura que sólo cuando es una verdadera alternativa a la prisión y cuando la población vigilada alcanza determinadas dimensiones que permiten distribuir los costos fijos, el argumento económico aparece como posible justificación de la inversión requerida, sobre todo cuando no se consideran admisibles mecanismos de repercusión del coste en el vigilado¹⁰⁰. Por lo tanto, sólo el legislador primero y el Juez después podrán propiciar que sea un ahorro efectivo o convertirlo en un gasto adicional o simplemente neutralizar la eficacia del argumento¹⁰¹.

Puede ser útil para reducir los miles de órdenes de prisión sin cumplir (un ejemplo de impunidad), en vista de la ausencia de vacantes en las prisiones.

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.

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 semi abierto y abierto; libertad condicional; *probation* (tradicional o de supervisión intensiva); trabajo externo; asistencia a cursos superiores; salida temporal, etc.

No hay ofensa a la integridad física del condenado monitorizado pues 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 cárcel¹⁰².

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

⁹⁹El costo diario del preso, en los Estados Unidos, es de 50 dólares, mientras se gastan de 25 a 30 dólares con un monitoreado. OLIVEIRA, E.: "O futuro Alternativo das Prisões", Rio de Janeiro, 2002, pág. 308.

¹⁰⁰ POZA CISNEROS, M.: "Las nuevas...", cit., pág. 128.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² BARROS LEAL, C.: "La vigilancia...", cit. págs. 6-9.

a la participación en cursos o actividades educativas. Al coadyuvar a la reinserción, hace que bajen los índices de reincidencia.

Permite que los condenados brinden apoyo (pago de indemnizaciones, compensación, etc.) a las víctimas del delito.

Los operadores del derecho, los acusados o condenados y sus familiares, así como la comunidad en general juzgan positiva la experiencia, siendo pocos los conservadores que la ven con desconfianza. Esta postura repercute positivamente en su aplicación¹⁰³.

SU CRUZ: LOS INCONVENIENTES

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 física¹⁰⁴.

Casi siempre constituye un plus en el control de las penas y medidas que son regularmente aplicadas sin la necesidad de esos dispositivos, así, Weis, defensor público del Estado de São Paulo, 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”¹⁰⁵.

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 ejemplo, como garantía del orden público o por conveniencia de la instrucción criminal, manteniéndose al reo preso para impedir que ejerza influencia en su marcha.

Es un instrumento lesivo de la libertad e innecesario pues se dispone de medios más adecuados y menos gravosos.

La pulsera y la tobillera magnéticas son símbolos de una tendencia 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

¹⁰³ BARROS LEAL, C.: “La vigilancia...”, cit. págs. 6-9.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ WEIS, C.: “Estudo sobre a Vigilância Telemática de Pessoas Processadas ou Condenadas Criminalmente”, *Seminário “Monitorio Eletrônico: ¿Una Alternativa a la Prisión?, Experiencias Internacionales y Perspectivas en Brasil”*, Brasil, octubre de 2007.

Policial, con una visión panopticista. Sobre este extremo, Luzón Peña 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 sospechosos¹⁰⁶.

Los costos no serían tan bajos como se pregona, así Poza Cisneros mantiene que en EEUU la difusión del arresto domiciliario monitorizado no ha significado la reducción paralela de la población reclusa, reducción que, para dar lugar a un ahorro significativo, tiene que ser suficiente para justificar el cierre de algunos establecimientos. Por otra parte, como alternativa a la prisión, la valoración de su coste debe referirse, no sólo a aquélla, sino también a otras alternativas como la suspensión de coste prácticamente nulo¹⁰⁷.

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. Así la vigilancia electrónica atentaría contra el derecho a la igualdad, habida cuenta de que exige determinadas condiciones económicas en el vigilado, tales como, la disponibilidad de vivienda dotada de electricidad y teléfono, de una ocupación e incluso de un nivel de ingresos suficiente para afrontar la totalidad o parte del coste de la monitorización¹⁰⁸.

La insuficiencia de oficiales controladores cualificados puede afectar la vigilancia.

Se tiene recelo de que contribuya a la reducción del empleo de las demás alternativas penales, las cuales, al contrario, deberían ser ampliadas.

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.

Los que más ganan con el programa de seguimiento son las empresas especializadas que actúan en este campo, en violación de la prerrogativa exclusiva del Estado de aplicar una sanción punitiva. En este sentido, autores como Escobar Marulanda advierten de que una excesiva privatización incrementa el riesgo de mercantilización del

¹⁰⁶ LUZÓN PEÑA, D. M.: “Control...”, cit., pág. 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*”.

¹⁰⁷ POZA CISNEROS, M.: “Las nuevas...”, cit., pág. 128.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pág. 123.

control y origina una difícil simbiosis entre las agencias de control del sistema penal y las empresas destinadas a su intervención y fabricación¹⁰⁹.

Así mismo, la intervención del sector privado en esta materia aplicada a usos penales –tal y como se infiere de la experiencia anglosajona- va más allá del mero suministro de los equipos pues las empresas contratadas proporcionan también personal que asume funciones muy relevantes en el proceso de seguimiento, algo difícilmente compatible con el marco normativo y la tradición jurídica de países como España, en los que las funciones de control o relación con los Tribunales deberían asignarse a personal vinculado a IIPP o a las FCSE, limitándose la contratación de la empresa suministradora a la adquisición de los equipos y eventualmente a la asistencia en su instalación, mantenimiento y formación de funcionarios¹¹⁰.

Plantea delicados conflictos constitucionales. Es un medio de punición incompatible con los principios de la dignidad, intimidad, privacidad, libertad ambulatoria, humanización de la pena, resocialización, proporcionalidad y razonabilidad. En este sentido se pronuncia Gudín Rodríguez-Magariños y, citando a Luzón Peña, advierte que; *“el punto esencial de debate es la problemática que crea la vigilancia electrónica en relación a los derechos fundamentales con los principios constitucionales y los político criminales inherentes a nuestro Estado de Derecho, entendiéndose que al menos están en juego, la dignidad humana y la prohibición de medidas contrarias a ella, el control técnico e informático de la intimidad y de la libertad, y los principios de necesidad y proporcionalidad”*¹¹¹. Las claves de cualquier legislación en esta materia para intentar evitar estos conflictos constitucionales podrían ser: respetar el principio de legalidad; autorizar tan sólo el registro de los desplazamientos de la persona y no los de imágenes o sensaciones; garantizar la reserva en el conocimiento de estos desplazamientos; limitar temporalmente la duración de la medida; asegurar la información previa y detallada al candidato y su carácter voluntario; propiciar su utilización subsidiaria respecto de otros controles menos restrictivos; someter su aplicación a control judicial; y prever mecanismos que faciliten el acceso a la medida con independencia de la capacidad económica del candidato¹¹².

Podemos concluir que la vigilancia electrónica, en definitiva, como todo avance científico, como toda nueva tecnología, no es, en sí misma, buena ni mala. Es tan sólo un instrumento susceptible de usos positivos o perversos, como un cuchillo no es, en sí mismo, bueno o malo y puede servir tanto para cortar jamón como para matar a un niño. No es, tampoco, la solución definitiva del sistema penal, pero sí puede ser un elemento útil que venga a sustituir o a complementar otros. Como el cuchillo, que no hace un banquete, aunque sea conveniente contar con él. Como el cuchillo, tan peligroso cuando, por su filo descuidado, sólo alcanza a producir destrozos donde debiera penetrar

¹⁰⁹ ESCOBAR MARULANDA, G.: “Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?), en *Penas alternativas a la prisión*, BOSCH, Barcelona 1997.

¹¹⁰ POZA CISNEROS, M.: “Las nuevas...”, cit., pág. 118.

¹¹¹ RODRIGUEZ MAGARIÑOS, F.G.: “Cárcel electrónica...”, cit. pág. 30.

¹¹² POZA CISNEROS, M.: “Las nuevas...”, cit., pág. 133.

con la limpieza del estilete, así la vigilancia electrónica, tan intromisiva, tan peligrosa, debe ser utilizada con decisión y cautela como la navaja multiusos en que parece estar destinada a convertirse¹¹³.

¹¹³ POZA CISNEROS, M.: “Las nuevas...”, cit., págs. 133-134.

**CAPITULO SEGUNDO. POSIBLE ESCENARIO LEGAL
FUTURO DE LOS MEDIOS DE CONTROL TELEMÁTICO
EN EL DERECHO PENAL**

Abordamos, a continuación, el panorama futuro que se presenta en nuestro ordenamiento jurídico en torno a estos medios de control telemáticos o, al menos, del que presenta y propone el actual Ejecutivo al Poder Legislativo en los textos sustantivos y adjetivos, respectivamente, del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal remitido a las Cortes Generales el 20 de septiembre de 2013 y del texto denominado *Código Procesal Penal*¹¹⁴, llamado a derogar en bloque la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, preparado por una Comisión de expertos y presentado por el Ministerio de Justicia el pasado 25 de febrero de 2013 a fin de abrir un debate en la Academia y colectivos profesionales implicados como paso previo a convertirse, en su caso, en Anteproyecto de Ley.

Como se verá a continuación, estos textos apuestan, además de por una clara subsanación de los errores de la actual regulación, sobre todo por una importante potenciación de la utilización de los medios telemáticos en el sistema penal español¹¹⁵.

I. EN EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO: REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

El Proyecto de Reforma del Código Penal¹¹⁶, actualmente en tramitación parlamentaria, más que extender la aplicación de estos medios, tendría por objeto, según su propia EM, el solucionar ciertos problemas que plantea la actual regulación sustantiva y, además, a castigar expresamente, mediante la introducción de un nuevo apartado 3 al artículo 468 del Código Penal, a los que *«inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento»*.

Aunque el análisis pormenorizado de este nuevo apartado del artículo 468 del CP corresponderá al siguiente capítulo del presente estudio, ello no es óbice para que veamos en este punto las transformaciones que ha sufrido el tipo desde el primer Anteproyecto hasta el texto definitivo que, ya como Proyecto, se eleva a Cortes para su tramitación en sede parlamentaria.

¹¹⁴ El 23 de febrero de 2013 se procedió a la recepción y presentación en el Ministerio de Justicia de la propuesta de texto articulado del Código Procesal Penal, elaborada por la Comisión Institucional creada en virtud de Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 2 de marzo de 2012. Recurso electrónico disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288778173060/Detalle.html>.

¹¹⁵ REGOJO BALBOA, J. P.: “Presente y...”, cit., pág. 10.

¹¹⁶ Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 20 de septiembre de 2013.

El primero de los Anteproyectos¹¹⁷ de reforma del texto penal sustantivo no mencionaba este nuevo apartado del artículo 468 del CP dedicado al delito de quebrantamiento.

Es en el segundo Anteproyecto¹¹⁸ donde ya se incluye esta novedad, concretamente en su apartado centésimo septuagésimo séptimo, con el siguiente tenor literal, a saber: *“Se añade un apartado 3 al artículo 468, con el siguiente contenido: 3. Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una de multa de seis a doce meses, salvo que los hechos estuvieran ya castigados con una pena más grave por alguna otra norma de este Código.”*

En el apartado décimo noveno de su EM¹¹⁹ expone el pre legislador los motivos de la inclusión de la mencionada novedad en los siguientes términos:

“En relación con los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, se están planteando problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del imputado o penado tendentes a hacerlos ineficaces, a las que se alude en la Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Estas conductas consisten, bien en la falta de colaboración para el adecuado funcionamiento de los dispositivos o en no respetar las normas de mantenimiento, bien en dañar intencionadamente los dispositivos.

En principio, estas conductas no serían subsumibles en el tipo penal de quebrantamiento del vigente artículo 468 del Código Penal, por cuanto dichos dispositivos no constituyen en sí el contenido de la pena o medida, siendo únicamente un instrumento para controlar el cumplimiento de la misma. En su caso, podrían ser constitutivas de un delito de desobediencia, en la medida en que la imposición de estos instrumentos de detección de proximidad se ha acordado en una resolución judicial. Por ello, se considera adecuado tipificar expresamente estas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento, a fin de evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar el funcionamiento de dichos dispositivos”.

Por último, el pre legislador mantiene la novedad analizada en el texto del Proyecto de reforma del CP aunque modificando su tenor literal pues hace desaparecer el último inciso, *“salvo que los hechos estuvieran ya castigados con una pena más grave por*

¹¹⁷ Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 16 de julio de 2012.

¹¹⁸ Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 22 de octubre de 2012.

¹¹⁹ Apartado XIX de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 22 de octubre de 2012.

alguna otra norma de este Código”, quedando el resto con idéntica redacción que en segundo de los Anteproyectos.

Los motivos para el cambio de redacción bien pudieran ser los expuestos en el Informe emitido por la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ¹²⁰ donde después de manifestar que, si bien *“no cabe reparo alguno que oponer a la medida que el pre legislador pretende estatuir, -pues es evidente que cualquier alteración de los mecanismos de control impide que pueda ser constatado el exacto cumplimiento de la pena o medida de que se trate, con el riesgo que ello comporta-, carece de sentido condicionar su aplicación a que en otro precepto de este Código no se sancionen los hechos con mayor gravedad, sin siquiera indicar a qué artículo se está haciendo referencia. Por ello, se sugiere la supresión del inciso a que se ha hecho mención, de manera que, en cualquier caso, la conducta descrita en el ordinal tercero del artículo 468 sea sancionada conforme a dicho precepto”*.

A lo anterior se añade -como destaca Regojo Balboa- que adicionalmente, en el ámbito de la medida de seguridad consistente en la libertad vigilada y en clara mejora a la redacción actual del artículo 106 del Código Penal, se dispone, mediante la introducción de un nuevo artículo 104 bis, que entre las obligaciones y condiciones que se pueden imponer al sujeto sometido a la meritada medida esté la de (regla 15ª del apartado 1 del mencionado propuesto nuevo artículo 104 bis): «Llevar consigo y mantener en adecuado estado de conservación los dispositivos electrónicos que hubieran sido dispuestos para controlar los horarios en que acude a su lugar de residencia o, cuando resulte necesario, a los lugares en que se encuentra en determinados momentos o el cumplimiento de alguna de las medidas a que se refieren las reglas 1ª a 4ª»; especificando el precepto que *«esta regla solamente podrá ser impuesta cuando el sujeto hubiera sido condenado por alguno de los delitos del artículo 57»* (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico)¹²¹.

II. EN EL DERECHO PENAL PROCESAL: EL “FUTURIBLE” CODIGO PENAL PROCESAL

Por lo que respecta al futuro de la vigilancia electrónica en el ámbito del derecho penal procesal, no es caprichosa la expresión “futurible” empleada en el título del

¹²⁰ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, de 16 enero 2013, emitido por la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ, págs. 240-241.

¹²¹ REGOJO BALBOA, J. P.: “Presente y...”, cit., pág. 10.

presente apartado pues si entendemos por tal “lo futuro condicionado, que no será con seguridad, sino que sería si se diese una condición determinada”, resulta ser la apropiada para referirnos al denominado Código Procesal Penal, cuya materialización como instrumento jurídico formando parte del acerbo procesal de nuestro ordenamiento está por ver.

No obstante lo anterior, el análisis del mencionado texto puede ilustrarnos sobre cuál será la futura tendencia del legislador en materia de monitorización electrónica en el ámbito del derecho penal adjetivo.

Pues bien, a la vista del contenido del que se ha dado en llamar *Código Procesal Penal* (en adelante CPP), compartimos la opinión de Regojo Balboa de que se nos plantea un escenario futuro de evidente potenciación de estos medios telemáticos (o electrónicos), toda vez que en el CPP y de una forma clara se normaliza y extiende la utilización de aquéllos, tanto para el control del cumplimiento de determinadas medidas cautelares personales (artículos 181 y 185 CPP), como del control de la correcta ejecución de las penas de localización permanente, de privación de residencia o aproximación a un lugar determinado y privación de aproximación y comunicación con la víctima u otras personas concretas (artículos 681 a 683 CPP)¹²².

Así, en lo que hace al catálogo de medidas cautelares personales, alternativas a la prisión preventiva tendentes a garantizar *la disponibilidad del encausado*, y como condicionante a su libertad, se prevé la consistente en la «obligación de portar medios telemáticos que permitan su seguimiento permanente», (art. 181.1.a. 2ª, CPP).

De un modo más concreto, el artículo 185 CPP¹²³, recoge el régimen de los *Medios electrónicos de localización*, como medida cautelar personal autónoma tendente a *asegurar la presencia del encausado* que podrá imponer, a instancia de parte, el Tribunal a la persona investigada. En caso de adopción de esta medida cautelar, que dará lugar a la formación de una *pieza separada de seguimiento de esta medida* a la que sólo tendrá acceso *la autoridad procesal competente*, la persona investigada deberá ser

¹²² REGOJO BALBOA, J. P.: “Presente y...”, cit., pág. 10.

¹²³ Texto articulado del Código Procesal Penal, elaborada por la Comisión Institucional creada en virtud de Acuerdo del Consejo de Ministros, 2 de marzo de 2.012. Art. 185: “1.- El Tribunal, a instancia de parte, podrá acordar la instalación y puesta en funcionamiento de un instrumento telemático de localización, como medida cautelar alternativa a otra más restrictiva de su libertad incluida la prisión preventiva. Adoptada la medida prevista por el párrafo anterior, la persona investigada deberá de ser informada de la obligación de permitir la instalación del dispositivo y mantenerlo en funcionamiento y de que el incumplimiento de estas obligaciones puede dar lugar a una medida más restrictiva de su libertad. 2.- Los datos de localización que deba facilitar el sistema de control utilizado por orden del Tribunal serán registrados y conservados a disposición del Fiscal y del Tribunal. Estos datos deberán ser eliminados cuando su conservación ya no resulte necesaria y, en todo caso, cuando el proceso se resuelva de forma definitiva, salvo que hubiera sido ordenada la conservación de los datos en otro procedimiento. 3.- En el supuesto de que se registrara algún quebrantamiento de las limitaciones espaciales de movimientos establecidas, se adoptarán de inmediato las medidas de protección de la víctima que resulten necesarias y, de tratarse de un quebrantamiento voluntario, se detendrá al encausado. 4.- A la pieza separada de seguimiento de esta medida sólo tendrá acceso la autoridad procesal competente y será destruida una vez cancelada la medida.”

informada de la obligación de permitir la instalación del dispositivo y mantenerlo en funcionamiento, así como advertido de que el incumplimiento de estas obligaciones puede dar lugar a una medida más restrictiva de su libertad.

Los datos de localización serán registrados y conservados a disposición únicamente del Fiscal y del Tribunal, los cuales serán eliminados cuando su conservación ya no sea necesaria y, en todo caso, cuando el proceso se resuelva de manera definitiva.

Al régimen previsto en el mencionado artículo 185 CPP se remite su artículo 683 cuando, en el ámbito de la ejecución de penas restrictivas de otros derechos, prevé que el Tribunal de Ejecución, previo informe del Ministerio Fiscal y con audiencia del penado, podrá acordar la utilización de medios telemáticos de control a fin de *asegurar la efectividad de cualquiera de las penas referidas en los dos artículos anteriores* (arts. 681 y 682 CPP); a saber: localización permanente, privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, de aproximarse a la víctima o a otras personas determinadas y de comunicar con ellas.

**CAPÍTULO TERCERO. APROXIMACIÓN AL NUEVO
TIPO PENAL: CUESTIONES PENOLÓGICAS
PLANTEADAS EN LOS INFORMES DEL CGPJ Y DEL
CONSEJO FISCAL**

El Proyecto de LO de reforma del CP¹²⁴ introduce un nuevo tipo penal castigando, con multa de seis a doce meses, a los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento¹²⁵.

Este nuevo tipo se sitúa en el apartado tercero del artículo 468 del CP, esto es, como un delito de quebrantamiento.

Analizaremos, en este punto, el nuevo tipo penal propuesto por el pre legislador, planteándonos, en primer lugar, si resulta coherente su ubicación, como una modalidad de delito de quebrantamiento, a la vista de su naturaleza y del bien jurídico que se intenta proteger en el mismo.

En segundo lugar, estudiaremos en qué consiste la conducta típica, sirviéndonos de guía los verbos nucleares del tipo.

En tercer lugar, nos ocuparemos de su ámbito de aplicación, esto es, de los dispositivos a los que afecta, teniendo en cuenta el uso que de los mismos se hace en nuestro ordenamiento jurídico y que se infiere del anteriormente expuesto marco legal sustantivo.

Por último, completaremos la exposición con un análisis de la consecuencia jurídica que para esta conducta prevé el pre legislador y los eventuales problemas concursales que pudieran plantearse.

Todo ello a la luz que, sobre los antedichos extremos, arrojan los informes relativos al segundo Anteproyecto de reforma y elaborados, tanto por el CGPJ, como por el Consejo Fiscal.

I. NATURALEZA Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: ¿QUEBRANTAMIENTO O DESOBEDIENCIA?

La EM del Proyecto de reforma del CP¹²⁶, en su apartado XXIII expone:

“En relación con los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, se están planteando problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del imputado o penado

¹²⁴ Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 20 de septiembre de 2013.

¹²⁵ Apartado 215 del Artículo Único del Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 20 de septiembre de 2013.

¹²⁶ Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 20 de septiembre de 2013.

tendientes a hacerlos ineficaces, a las que se alude en la Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Por ello, se considera adecuado tipificar expresamente estas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento, a fin de evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de dichos dispositivos”.

De su lectura se infiere que hace referencia a los problemas que se vienen planteando en relación a determinadas conductas del imputado o condenado tendentes a hacer ineficaz el dispositivo telemático impuesto para el control de la medida cautelar o pena de alejamiento en materia de violencia de género, en la que se alude, expresamente, a la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2011¹²⁷, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de violencia sobre la mujer*.

Ahora bien, como señala el Informe del Consejo Fiscal¹²⁸, en esa Circular 6/2011 -a que hace referencia la EM- ya se señalaba que, en tales casos, el imputado o condenado *“no cometería un delito de quebrantamiento de medida cautelar o pena, pues no incumple las prohibiciones impuestas en la resolución judicial, dado que el dispositivo de detección de proximidad, no es más que un mecanismo de control de ejecución de la medida cautelar o pena que no se vulnera...Podría imputarse un delito de desobediencia (artículo 556 del Código Penal),...Además, y en atención al valor pericial de los daños causados, podría haber incurrido en una falta o delito de daños (artículos 625 o 263 del Código Penal)”*.

Por otra parte, la EM del segundo Anteproyecto de LO, el propio pre legislador se expresa en los siguientes términos: *“(...) En principio, estas conductas no serían subsumibles en el tipo penal de quebrantamiento del vigente artículo 468 del Código Penal, en tanto en cuanto dichos dispositivos no constituyen en sí el contenido de la pena o medida, siendo únicamente un instrumento para controlar el cumplimiento de la misma. En su caso, podrían ser constitutivas de un delito de desobediencia, en la medida en que la imposición de estos instrumentos de detección de proximidad se ha acordado en una resolución judicial (...)”*.

Sin embargo y pese a todo ello, se concluye en la Exposición de Motivos, que se considera necesario *“tipificar expresamente esas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento, a fin de evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar el funcionamiento de dichos dispositivos”*.

A la vista de lo anterior no se puede sino concluir - tal y como hace el Informe del Consejo Fiscal¹²⁹ - que la ubicación del nuevo delito como una modalidad del delito de quebrantamiento es contraria a las reflexiones previas del propio pre legislador y puede

¹²⁷ Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, de 2 de noviembre 2011.

¹²⁸ Informe al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 11 de octubre 2012, del Consejo Fiscal, 8 de enero 2013.

¹²⁹ *Ibídem*.

provocar, finalmente, problemas de interpretación e, incluso, dificultar la adecuada persecución de aquellos actos que sí supondrían un auténtico incumplimiento de la medida cautelar o pena para cuyo control se acordó la imposición de aquellos mecanismos.

Pudiendo además añadirse a lo anterior, que las conductas no quedarían impunes pues vendrían sancionadas como delito de desobediencia, tipo penal en el que habitualmente se han subsumido en la práctica jurisprudencial, tal y como tendremos oportunidad de analizar en el último capítulo del presente estudio.

Por lo que respecta al bien jurídico protegido, los tipos penales de quebrantamiento y desobediencia no son homogéneos, así el delito de quebrantamiento se encuentra regulado en el Capítulo VIII, del Título XX, Libro II, del CP, bajo el epígrafe de "Delitos contra la Administración de Justicia"¹³⁰, y el delito de desobediencia se ubica en el Capítulo II, Título XXII, Libro II, bajo el epígrafe de "Delitos contra el orden público", del mismo texto legal, con lo que evidentemente no nos hallamos ante delitos homogéneos, y sí ante delitos que protegen bienes jurídicos distintos y así en el primero, lo es la Administración de Justicia, en general y el cumplimiento de sus resoluciones, en particular, y en cuanto al segundo, lo es el orden público, en su vertiente de cumplimiento de las órdenes que dimanen de la autoridad judicial.

La imposición de un dispositivo electrónico, en nuestro ordenamiento jurídico penal, no es una pena ni una medida cautelar (por lo que no se incluyen en el catálogo de penas del art. 33 del CP ni entre las medidas cautelares de los arts. 502, 544 bis y 544 ter LECrim.), sino, simplemente, es un mecanismo de control de la ejecución de algunas de ellas, por lo que, el propio art. 48 CP, al regular la pena de prohibición de aproximación, dispone, en el párrafo 4, que el juez o tribunal podrá acordar que su "*control se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan*" y el art. 64-3 apartado 2º de la L.O. 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, del mismo modo dispone que "*Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato...*" el cumplimiento de las medidas de prohibición de aproximación.

Por tanto, la conducta en que pueda incurrir un imputado o condenado con el objeto hacer ineficaz el dispositivo que se le ha impuesto para controlar la adecuada ejecución de la medida cautelar o pena de prohibición de aproximación, no supone un incumplimiento de éstas, sin perjuicio de que, además, se acerque a la persona protegida. En tal caso, sólo esta última conducta constituiría un delito de quebrantamiento, mientras que la acción llevada a cabo para burlar la efectividad del dispositivo, podría ser constitutiva de un delito de desobediencia, cuyo bien jurídico protegido es la eficacia de la función pública.

¹³⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, BOE nº 281 de 24 noviembre 1995.

Por ello – y en los propios términos empleados en el Informe del Consejo Fiscal¹³¹– como primera reflexión, consideramos inadecuada la inclusión del tipo penal en estudio dentro del Capítulo VIII relativo al delito de quebrantamiento de condena, considerando que debería ser regulado como una modalidad del delito de desobediencia del art. 556 del C.P., en atención a su naturaleza así como al bien jurídico que se protege.

II. CONDUCTA TÍPICA. VERBOS NUCLEARES DEL TIPO

La EM del Proyecto de reforma del CP¹³² no describe cuales pueden ser esas *ciertas conductas del imputado o penado* tendentes a hacer ineficaces los dispositivos telemáticos de control de penas y medidas. Sin embargo, si resulta bastante más descriptivo en la EM del segundo Anteproyecto¹³³ donde afirma: “(...) Estas conductas consisten, bien en la falta de colaboración para el adecuado funcionamiento de los dispositivos o en no respetar las normas de mantenimiento, bien en dañar intencionadamente los dispositivos (...)”.

En este momento resulta oportuno recordar que después de la implementación en nuestro Derecho de los dispositivos telemáticos, determinadas voces críticas se alzaron advirtiendo del vacío legal en torno a cómo controlar los incumplimientos, cómo debían interactuar los agentes implicados en el control y la protección, así como la forma en que debían ser documentados. Esta cuestión se resolvió con la instauración del Protocolo de 8 de julio de 2.009¹³⁴, que a pesar de haber sido firmado para su implantación en medidas cautelares de violencia de género, es posible articularlo para penas, libertad vigilada, control del tercer grado penitenciario, sustitución de penas de prisión..., siempre y cuando así se protocolice¹³⁵.

Este Protocolo de 2.009, regula lo que viene a denominar “*gestión de avisos*” y advierte que los avisos que genera el sistema son de dos tipos, a saber, las alarmas y las alertas. Dentro de las alarmas contempla, en primer lugar, las que llama “*incidencias técnicas graves*” y como alerta regula, en primer término, las que denomina “*incidencias técnicas leves*”.

Define las primeras como, *toda incidencia que afecte a cualquiera de los componentes del sistema y suponga el cese de su funcionamiento, e incluye en este*

¹³¹ Informe del Consejo Fiscal, 8 de enero 2013, cit., págs. 296-302.

¹³² Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 20 de septiembre de 2013.

¹³³ Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 22 de octubre de 2012, apto. XIX de su Exposición de Motivos.

¹³⁴ Protocolo de actuación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas y penas de alejamiento en materia de violencia de género, 8 de julio 2009.

¹³⁵ LLOP CUENCA, P.: “Incidencia de las nuevas tecnologías en la obtención y valoración de la prueba”, *Centro de Formación AECID*, 4-8 noviembre 2013.

*grupo: la rotura del brazaletes, la extracción sin rotura del brazaletes, la separación del brazaletes del track 2 y la descarga de la batería*¹³⁶.

Define las segundas como, *toda incidencia que afecte a cualquiera de los componentes del sistema y suponga un funcionamiento anormal pero sin interrupción*¹³⁷.

Una alarma del tipo incidencia técnica grave origina una comunicación inmediata a FCSE y víctima, mientras que una alerta del tipo incidencia técnica leve no originará comunicación (toda vez que no se ha producido interrupción del servicio) por parte del Centro de Control, aunque se procederá de igual modo que en caso de incidencia técnica grave cuando se estime que concurre una situación de riesgo¹³⁸.

El tema de la comunicación adquiere singular relevancia en sede de prueba del nuevo tipo penal que es objeto de estudio.

Por otra parte, examinando la redacción dada al tipo penal propuesto en el Anteproyecto, se observa que el mismo incluye una amalgama de verbos, a saber, inutilizar, perturbar, no llevar consigo y omitir medidas, para acotar las acciones que se pretenden delictivas que -con buen criterio afirma el Informe del Consejo Fiscal¹³⁹- pudieran llevar a una confusión indeseable en el ámbito penal.

No obstante lo anterior, los verbos nucleares del tipo empleados por el pre legislador nos indican que las conductas que se pretenden sancionar son, en definitiva, aquellas acciones u omisiones voluntarias del condenado o imputado que dificultan el adecuado funcionamiento de tales dispositivos, que pueden ser de gran variedad, y que, como ya se apuntaba en la Circular 6/2011¹⁴⁰, se concretan en aquellas que provocan la ineficacia del sistema¹⁴¹, sin causar daños al dispositivo (no cargar de forma contumaz la batería o alejarse reiteradamente de la unidad Track 2), o las que conllevan la fractura de alguno de sus mecanismos (rotura del brazaletes).

Por ello, considera el Informe del Consejo Fiscal¹⁴², que debería abordarse una redacción en la que se concretaran las acciones punibles más graves, a fin de evitar que puedan ser objeto de persecución o sanción aquellas otras que, por ser de menor entidad o no ser reiterativas, deban quedar al margen del Derecho Penal.

Entiende igualmente el antedicho Informe, que las modalidades de perturbación del funcionamiento y de omisión de medidas de mantenimiento debieran ir precedidas del inciso “a propósito” para evitar la tipicidad de conductas carentes del necesario

¹³⁶ Protocolo 8 de julio 2009, cit. apartado 2.1.1.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ Informe del Consejo Fiscal, 8 de enero 2013, cit. págs. 296-302.

¹⁴⁰ Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, de 2 de noviembre 2011.

¹⁴¹ En el Protocolo de 2.009, sería el primer tipo de alarma denominada “incidencia técnica grave”.

¹⁴² Informe del Consejo Fiscal, 8 de enero 2013, cit. págs. 296-302.

contenido de antijuridicidad material y con infracción del principio de subsidiariedad y de intervención mínima.

En resumen, sería conveniente que la redacción del nuevo tipo penal acotara las conductas que se pretenden sancionar, concretando las acciones punibles más graves para evitar que se sancionen las que deben quedar al margen del Derecho Penal (última ratio), el carácter doloso de las mismas y dirigidas a impedir el funcionamiento del dispositivo, ya por acción ya por omisión. Esto es, la redacción debe posibilitar la sanción expresa de la causación intencionada de daños al dispositivo que determinen su ineficacia y aquellas otras conductas, por acción u omisión, que de forma reiterada lleva a cabo el imputado o condenado para conseguir la misma finalidad.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN. DISPOSITIVOS A LOS QUE AFECTA.

En cuanto al ámbito de aplicación y partiendo de la propia EM del Proyecto de reforma¹⁴³, se advierte que la finalidad del legislador es la de procurar dar una respuesta penal adecuada a aquellas conductas, cuando afectan a los dispositivos impuestos para el control de las penas y medidas de seguridad o cautelares de alejamiento, -no en vano invoca la Circular 6/2010¹⁴⁴- y no otros, como pudieran ser los impuestos para control de la pena de localización permanente o los empleados por IIPP, pues es en aquéllos donde se producen las peculiaridades jurídicas a que se refiere el legislador, por lo que sería necesario que se identificaran tales dispositivos como los “impuestos para el control de las penas contempladas en el art. 48-1 y 2 del CP o medidas de seguridad o cautelares de igual naturaleza”, tal y como propone el Informe del Consejo Fiscal¹⁴⁵.

En efecto, de la dicción literal del ordinal tercero del artículo 468 en el Proyecto de reforma¹⁴⁶, resultaría que su ámbito de aplicación se extendería a muchos más supuestos que los que según su EM motivan su aparición *ex novo* en el CP, toda vez que la misma literalmente expone: “*En relación con los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género (...)*”, mientras que, por mor del mencionado precepto se castigará a “*los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas*”

¹⁴³ Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 20 de septiembre de 2013.

¹⁴⁴ Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, de 2 de noviembre 2011.

¹⁴⁵ Informe del Consejo Fiscal, 8 de enero 2013, cit. págs. 296-302.

¹⁴⁶ Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 20 de septiembre de 2013.

cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento”¹⁴⁷.

Ya analizamos, al tratar de la regulación penal material de los dispositivos telemáticos, que su utilización en nuestro ordenamiento jurídico está limitado a supuestos muy concretos. Así pues, aplicando lo anterior al tenor literal del artículo 468.3, resultarían sancionados como autores de un delito de quebrantamiento los que ejecutando las conductas que se corresponden con los verbos nucleares del tipo sean portadores de los dispositivos técnicos impuestos:

-Para el control del cumplimiento de penas:

.-El impuesto para control de cumplimiento de la pena de localización permanente, por mor de lo dispuesto en el art. 37 del CP.

.-El impuesto para control de cumplimiento de las penas privativas de derechos previstas en el artículo 48 del CP.

-Para el control del cumplimiento de medidas de seguridad:

.-El impuesto para control de cumplimiento de la libertad vigilada como medida de seguridad no privativa de libertad, conforme al artículo 106.1.a) del CP.

-Para el control del cumplimiento de medidas cautelares:

.-El impuesto para control de cumplimiento de medida cautelar de prohibición de aproximación a la persona protegida, conforme al artículo 64.3 de la LO 1/2004¹⁴⁸.

Ahora bien, en la redacción del tipo propuesta en el Informe del Consejo Fiscal y que resulta más coherente con los motivos expuestos por el pre legislador para introducir esta nueva modalidad de quebrantamiento (recordemos que también su ubicación sería discutible) sólo resultarían sancionados como autores de un delito de quebrantamiento los que, ejecutando las conductas que se corresponden con los verbos nucleares del tipo, sean portadores de los dispositivos técnicos impuestos:

-Para el control del cumplimiento de las penas contempladas en el art. 48.1 y 2 del CP¹⁴⁹:

¹⁴⁷ Apartado 215 del Artículo Único del Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 20 de septiembre de 2013.

¹⁴⁸ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE nº 313, de 29 diciembre 2004.

¹⁴⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, BOE nº 281 de 24 noviembre 1995, artículo 48: “I. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al

.-El impuesto para control de cumplimiento de la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, según el artículo 48.1 del CP.

.-El impuesto para el control de cumplimiento de la pena de prohibición de aproximación a la víctima, en los términos del artículo 48.2 del CP.

-Para el control del cumplimiento de medidas de seguridad, de idéntica naturaleza.

-Para el control del cumplimiento de medidas cautelares, de idéntica naturaleza.

Se puede concluir, por tanto, que el ámbito de aplicación del precepto analizado resulta ser mucho más amplio que el que puede inferirse de su propia EM¹⁵⁰, resultando más coherente con la misma, la redacción del tipo propuesta por el Consejo Fiscal en su Informe.

IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

El novedoso apartado tercero del art. 468 del CP¹⁵¹ prevé la imposición al declarado culpable de las conductas descritas en el mismo como típicas, de una pena de multa de seis a doce meses. La consecuencia jurídica prevista pues para esta nueva modalidad de quebrantamiento es una pena de carácter pecuniario.

Estableciendo una comparativa con la consecuencia jurídica que viene siendo aplicada a los culpables de las conductas que, en su caso, integrarán el art. 468.3 del CP, resulta que se produce una respuesta penal más leve.

En efecto, como tendremos ocasión de exponer de forma más detallada en el siguiente capítulo del presente estudio, la respuesta penal actual -hasta que no se materialice la reforma que incorpora el Proyecto de LO de octubre de 2013 en el texto penal sustantivo- viene siendo la de considerar estas conductas dirigidas a alterar o dejar sin efecto el normal funcionamiento de los dispositivos telemáticos de control, subsumibles en el tipo penal de desobediencia.

penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito o falta, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. 2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena (...)"

¹⁵⁰ Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 20 de septiembre de 2013, apartado XXIII de su Exposición de Motivos.

¹⁵¹ Apartado 215 del Artículo Único del Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 20 de septiembre de 2013.

Pues bien, el delito de desobediencia se encuentra previsto y penado en el Capítulo II, Título XXII, Libro II, bajo el epígrafe de "Delitos contra el orden público", en el art. 556 del CP¹⁵², con el siguiente tenor literal:

“Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año”.

De lo anterior se infiere que, las conductas típicas sancionadas en el nuevo art. 468.3 del CP y que vienen en la actualidad siendo castigadas como delito de desobediencia, determinan la imposición al condenado de una pena privativa de libertad, a saber, la de prisión de seis meses a un año, que es la pena en abstracto contemplada en el art. 556 del CP para ese tipo -configurado como delito contra el orden público- mientras que, una vez operada la reforma objeto del presente análisis, determinarán la imposición al declarado culpable, como autor del tipo previsto y penado en el art. 468.3 del CP, de una pena de multa -en abstracto- de seis a nueve meses.

A la vista de lo expuesto, resulta inevitable concluir que la respuesta penal para este tipo de conductas, una vez operada la reforma, será más leve. Este debilitamiento de la respuesta penal también se advierte en el Informe emitido por el CGPJ¹⁵³ donde -en relación con los supuestos de rotura del dispositivo- se afirma: *“(...) la rotura de los mecanismos de control revela una mayor energía criminal. Por lo que parece adecuada una respuesta penal más contundente, perfilándose como adecuada la pena prevista para el delito de desobediencia, con exclusión de la pena de multa por las razones ya expuestas”.*

V. PROBLEMAS CONCURSALES.

Como ya adelantamos en el preámbulo de este estudio, el pre legislador realiza un pequeño *“retoque”* en la redacción del precepto que nos ocupa, haciendo desaparecer en el texto del Proyecto y de la literalidad del mismo, la expresión, *“salvo que los hechos estuvieren ya castigados con una pena más grave por alguna norma de este Código”*, expresión que si aparecía en el tenor literal del tipo en el texto del segundo Anteproyecto de reforma.

Esta salvedad que acogía la redacción del art. 468.3 en el segundo Anteproyecto, fue objeto de análisis, tanto en el Informe emitido por el CGPJ¹⁵⁴, como en el elaborado por el Consejo Fiscal¹⁵⁵ y, si bien es cierto que ya no forma parte del tenor literal del precepto en el Proyecto de reforma, no lo es menos que su exposición resulta de interés

¹⁵² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, BOE nº 281 de 24 noviembre 1995.

¹⁵³ Informe del CGPJ, 16 de enero 2013, cit., págs. 240 y 241.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ Informe del Consejo Fiscal, 8 de enero 2013. cit. págs. 296-302.

pues serían los motivos tenidos en cuenta por el pre legislador para eliminar la expresión antedicha.

Por lo que respecta al Informe del CGPJ en torno a este extremo, se advertía en el mismo que: *“(…) si la creación de un tipo específico permite solventar las dificultades indicadas en la Exposición de Motivos, carece de sentido condicionar su aplicación a que en otro precepto de este Código no se sancionen los hechos con mayor gravedad, sin siquiera indicar a qué artículo se está haciendo referencia. Por ello, se sugiere la supresión del inciso a que se ha hecho mención, de manera que, en cualquier caso, la conducta descrita en el ordinal tercero del artículo 468 sea sancionada conforme a dicho precepto”*¹⁵⁶.

El Informe del Consejo Fiscal¹⁵⁷, por su parte, también aborda el análisis de la expresión, *“salvo que los hechos estuvieren ya castigados con una pena más grave por alguna norma de este Código”*, en los términos que a continuación se exponen:

“En cuanto al concurso de normas, el precepto analizado del Anteproyecto finaliza disponiendo que tales acciones serán castigadas con la pena de 6 a 12 meses de multa “salvo que los hechos estuvieren ya castigados con una pena más grave por alguna norma de este Código”, resolviendo, de forma expresa, el concurso de normas penales en base al principio de alternatividad- art. 8.4 CP-, excluyendo, por tanto, el resto de criterio establecidos en tal precepto.

Partiendo de la ubicación, en nuestra opinión inadecuada, que en el Anteproyecto se hace del nuevo tipo penal, los hechos sólo podrían subsumirse en otros dos tipos penales, castigados con penas más graves:

-en el delito de desobediencia, que en la nueva redacción viene castigado con una pena de 3 meses a 1 año de prisión o multa de 6 a 18 meses;

-o un delito de daños que vendría castigado, según el anteproyecto, con pena de 6 meses a 24 meses de multa, en el caso de que fuere un delito menos grave o de multa de 1 a 3 meses si fuere sólo constitutivo de un delito leve, según la propia redacción (art. 263.1).

Este argumento redunda en la inadecuada inclusión de este tipo nuevo penal en el delito de quebrantamiento pues, los hechos, en la mayoría de las ocasiones, serán también subsumibles en un delito de desobediencia o en un delito de daños menos graves (en atención al alto valor de estos dispositivos), delitos, en ambos casos, sancionados con penas mayores que la prevista para el nuevo tipo penal que tratamos, lo que determinará su nula aplicación y refrenda nuestra postura en orden a la adecuada ubicación como una modalidad del delito de desobediencia.

¹⁵⁶ Informe del CGPJ, 16 de enero 2013, cit., págs. 240 y 241.

¹⁵⁷ Informe del Consejo Fiscal, 8 de enero 2013, cit. págs. 296-302.

En consecuencia, y necesariamente, se habría de prescindir de la fórmula final relativa al concurso de normas comentada, pero debería incluirse en el precepto aquella que permita que el que cometa esas conductas, sea también condenado por un delito de quebrantamiento cuando, además, se aproxima a la persona protegida. De esta manera se impediría, de forma positiva, la aplicación a estos supuestos, en los que el plus de antijuridicidad es mayor, de las normas relativas al concurso medial que primarían a aquel imputado o condenado que no sólo desobedece a la autoridad judicial haciendo ineficaz el dispositivo que se le ha impuesto, sino que ha vulnerado la medida cautelar o pena de alejamiento que se impuso para proteger a la víctima”¹⁵⁸.

A la vista, pues del tenor literal de los dos Informes analizados y habiéndose suprimido por el pre legislador la expresión, “salvo que los hechos estuvieren ya castigados con una pena más grave por alguna norma de este Código”, en el apartado tercero del art. 468, concluimos que los alegatos expuestos en los mentados Informes han sido acogidos casi en su integridad, aunque no en su totalidad y ello porque el pre legislador no incluye en el precepto –tal y como aconseja el Informe del Ministerio Público- una fórmula que permita la “neutralización” de la aplicación de las normas relativas al concurso medial, que vendría justificado por la mayor antijuridicidad de la conducta en los supuestos en los que, junto al quebrantamiento por manipulación, en cualquier forma y en sentido amplio, del dispositivo telemático, se quebrante también la pena o medida –ya de seguridad, ya cautelar- para cuyo control se impuso aquél y que supondría beneficiar al sujeto que no sólo desobedece a la autoridad judicial, inutilizando el dispositivo que ésta le impuso, sino que, además quebranta la pena o medida, (v.gr. acercándose a la víctima invadiendo el espacio de exclusión), toda vez que la sanción que le vendría impuesta sería de menor gravedad que la que correspondería al que únicamente hubiera incurrido en la conducta tipificada en el art. 468.3 y ello por mor de lo dispuesto en las normas que resultan de aplicación al concurso medial de delitos.

Para finalizar advertimos que, el delito previsto y penado en el artículo 468.3, también podría concurrir con el delito de daños (en sus modalidades de menos grave o leve del texto de reforma) en los supuestos en los que, al consumir alguna de las conductas tipificadas en esa modalidad de quebrantamiento, se causaran perjuicios materiales al dispositivo telemático portado.

¹⁵⁸ Informe del Consejo Fiscal, 8 de enero 2013, cit., págs. 296-302.

**CAPITULO CUARTO. TRATAMIENTO ACTUAL DE LA
CONDUCTA TÍPICA. SOLUCIONES
JURISPRUDENCIALES.**

En el presente capítulo el análisis se asienta, estructuralmente, sobre dos pilares que ya se anuncian en su título, a saber: en primer lugar, se abordará el tratamiento actual de la conducta que se tipifica por el pre legislador en el art. 468.3 del CP lo que nos conducirá, necesariamente, a intentar descubrir a qué se refiere el mismo cuando en la EM¹⁵⁹ afirma que: “*En relación con los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, se están planteando problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del imputado o penado tendentes a hacerlos ineficaces (...)*”. Esto es, enunciar esos problemas que se plantean actualmente sobre la calificación penal de esas conductas que persiguen conseguir que el dispositivo no funcione, constituirá el primer pilar de este apartado.

En segundo lugar, descifraremos -a la luz de la jurisprudencia menor de algunas Audiencias Provinciales-, cómo se han resuelto por los Tribunales esos mencionados problemas de calificación penal.

- TRATAMIENTO ACTUAL DE LA CONDUCTA TÍPICA: Problemas que se plantean sobre su calificación penal.

Es el propio apartado XXIII de la EM del Proyecto de reforma del CP el que nos indica dónde se enuncian los problemas que actualmente se plantean sobre la calificación penal de las conductas tendentes a hacer ineficaces los dispositivos de control telemático, al invocar la Circular 6/11, de 2 de noviembre de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal, en relación a la violencia sobre la mujer¹⁶⁰, cuyo apartado VI titula “DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS”.

La mencionada Circular 6/11, de 2 de noviembre, recuerda, con carácter previo, que la posibilidad de utilización de tales mecanismos, prevista inicialmente sólo para los penados, por mor de lo dispuesto en el art. 48.4 del CP¹⁶¹, se hace extensiva al control de las medidas de alejamiento, impuestas con carácter cautelar, en los procedimientos que se sigan por violencia de género en el ámbito de la Ley Integral¹⁶², según lo dispuesto en el art. 64.3 de la LO 1/04.

¹⁵⁹ Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 20 de septiembre de 2013, apartado XXIII, de su Exposición de Motivos.

¹⁶⁰ Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado, de 2 de noviembre 2011, cit. apartado VI.

¹⁶¹ El artículo 48.4 del Código Penal establece que, en caso de que un juez o tribunal acuerde la pena de prohibición de aproximación a la víctima, podrá asimismo disponer que el control de tal medida se efectúe a través “*de aquellos medios electrónicos que lo permitan*”.

¹⁶² La LO 1/2004 en el art. 64.3 dispone que para el control del seguimiento de las medidas de prohibición de aproximación (alejamiento) “*Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento*”.

A renglón seguido recuerda, **en relación con el control de las medidas cautelares**, que los dispositivos telemáticos serán un instrumento adecuado para tal fin, salvo que resulte necesario acordar la prisión provisional del imputado, por concurrir los presupuestos y fines establecidos en el art. 503 de la LECrim., lo que ocurrirá cuando la finalidad perseguida sea la de evitar el riesgo de reiteración de actos semejantes contra bienes jurídicos de la víctima y no se pueda enervar el riesgo detectado con medidas menos gravosas como pueden ser la prohibición de aproximación, y en su caso, con la imposición de los dispositivos electrónicos¹⁶³.

Advirtiendo además que, puede ocurrir, que acordada la prisión provisional se haya de dejar esta sin efecto por haber transcurrido el plazo máximo establecido en el art. 504 de la LECrim., sin haber concluido el procedimiento o por otras razones, supuestos en los que se podría interesar la imposición de estos mecanismos si se consideran necesarios para facilitar la protección de la víctima y el control de la medida cautelar de alejamiento que haya sido acordada.

Así mismo recuerda, **en relación con el control de penas de alejamiento**, que si el condenado lo fuera a pena de prisión, por imperativo del art. 57 del CP la pena de alejamiento ha de ser superior al menos en un año a aquélla y que la posibilidad de instalar estos dispositivos existe, por tanto, no sólo cuando la pena de prisión ha sido suspendida de conformidad con el art. 80 y siguientes del Código Penal, sino tras quedar en libertad el condenado, en caso de cumplimiento de la pena privativa de libertad, para controlar la pena de prohibición de aproximación a la víctima pendiente de cumplimiento.

Por último y a los efectos que más nos interesan, desvela cuáles son esos problemas de calificación penal que el pre legislador intenta paliar con el nuevo tipo penal objeto de estudio y que constituyen el núcleo del tratamiento actual de las conductas punibles en esta materia, en la forma que es de ver a continuación.

Partiendo de la premisa de que en torno a los dispositivos telemáticos se han venido planteando problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del imputado, cuando no respeta las normas de funcionamiento del dispositivo, haciendo éste ineficaz, o fractura intencionadamente el dispositivo transmisor RF (brazalete), sin aproximarse a la víctima, ni a los lugares determinados en la resolución judicial, distingue dos supuestos de hecho¹⁶⁴:

¹⁶³ A estos efectos, la Consulta 2/2006 de la Fiscalía General del Estado "sobre la prisión preventiva acordada en supuestos de malos tratos del artículo 153 del Código Penal. Límite de su duración", recuerda el carácter excepcional de esta medida y así dice en el apartado V, sobre "Medidas alternativas menos gravosas que la prisión provisional en los supuestos de violencia doméstica o de género" que, "la prisión provisional sólo será necesaria cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar el fin pretendido, principalmente, en este ámbito, evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP [art. 503.1.3º c) LECrim]."

¹⁶⁴ Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado, 2 de noviembre 2011, cit., págs. 62-63.

- a) Situaciones en las que el dispositivo no funciona a consecuencia de la actuación voluntaria del imputado (por ejemplo, no carga de forma contumaz la batería de la unidad 2Trak, sabiendo que al agotarse ésta deja de funcionar).**

Se podría estar ante un delito de desobediencia, pues la imposición de tales mecanismos de detección de proximidad ha sido acordada en una resolución judicial, y el imputado debe haber sido requerido para colaborar en la instalación y adecuado funcionamiento del dispositivo con el apercibimiento de que, de no hacerlo así, puede incurrir en el citado delito; tal requerimiento deberá constar en la propia resolución o en el acta de la notificación de la resolución en la que se acuerda la imposición de estos mecanismos para el control¹⁶⁵.

Hay que tener en cuenta, además, que al imputado se le advierte por los técnicos en el momento de la instalación del dispositivo, de su funcionamiento y las normas básicas del mantenimiento de los aparatos, dejando constancia escrita y firmada por el usuario de todo ello y de que lo ha comprendido¹⁶⁶.

Efectivamente el "Protocolo de actuación para la implantación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas de alejamiento en materia de violencia de género", en el apartado 1.2.2 establece que *"el inculpado dejará constancia por escrito de que le han facilitado el DLI, que le han explicado su funcionamiento y las normas básicas de mantenimiento y que las ha comprendido"*, documento que ha de suscribirse en todos los supuestos en los que se proceda a la instalación de estos mecanismos y del que han de procurarse los técnicos en el momento de la instalación.

- b) Supuestos en los que el imputado fractura intencionadamente el brazalete (lo que generará inmediatamente la alarma correspondiente), pero no invada las zonas de exclusión establecidas en la resolución judicial, es decir, no se aproxima a la víctima ni a su domicilio, ni a los demás lugares afectados por la prohibición de aproximación.**

En este caso, -según la mentada Circular 6/11¹⁶⁷- no cometería un delito de quebrantamiento de medida cautelar, pues no incumple las prohibiciones impuestas en la resolución judicial, dado que el dispositivo de detección de proximidad no es más que un mecanismo de control de ejecución de la medida cautelar o pena que no se vulnera.

¹⁶⁵ En la Conclusiones alcanzadas por los Fiscales Delegados especialistas en el Seminario celebrado en Antequera en el año 2010, refrendadas por el Fiscal General del Estado, ya se hacía constar que, los Sres. Fiscales debían velar para que se hicieran esos requerimientos, Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado, cit., pág. 62.

¹⁶⁶ En ambos casos constará por escrito que se han facilitado, tanto a la víctima como al imputado/condenado, los dispositivos, DLV y DLI, respectivamente, las guías para su uso, que se ha explicado su funcionamiento, así como las normas básicas de mantenimiento, que las han comprendido y que prestan su consentimiento. Protocolo 8 de julio de 2009, cit., apartados 1-2.

¹⁶⁷ Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado, 2 de noviembre 2011, cit., pág. 63.

Podría imputarse un delito de desobediencia (artículo 556 del Código Penal¹⁶⁸), si en la resolución judicial, o en el acta de su notificación al imputado consta el expreso requerimiento de que ha de colaborar con el adecuado funcionamiento del dispositivo, con las advertencias de poder incurrir, en caso contrario, en un delito de desobediencia. Además, y en atención al valor pericial de los daños causados, podría haber incurrido en una falta o delito de daños (artículos 625 o 263 del Código Penal).

- SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES

De conformidad con lo anunciado en el párrafo introductorio al presente capítulo, se aborda, a continuación, el análisis de las soluciones que, desde la doctrina jurisprudencial, se han ofrecido a esos problemas de calificación penal a los que alude el pre legislador en su EM¹⁶⁹ y que se enuncian, de forma sistemática, en la Circular 6/11, cuyo contenido ha sido objeto de estudio en el epígrafe inmediatamente anterior.

Así y, a modo de muestra, se han seleccionado dos resoluciones de distintas Audiencias Provinciales que, si bien es cierto constituyen jurisprudencia menor, no lo es menos que pueden servirnos para ofrecer una visión generalizada de cuáles son los criterios que los Tribunales de apelación vienen aplicando para dar respuesta a las dudas que han surgido en torno a la calificación penal de las conductas que, a buen seguro y una vez superado el trámite de discusión parlamentaria, integrarán el nuevo apartado tercero del art. 468 del CP.

SAP Castellón, 4 julio 2012¹⁷⁰: Permitir que el dispositivo localizador GPS se quede sin batería.

Según sus ANTECEDENTES DE HECHO, la sentencia dictada en primera instancia y recurrida declaró probados los hechos siguientes:

*"Se considera probado y así se declara que el pasado día 14 de abril de 2011 se emitió Sentencia por el Juzgado de lo Penal (...), en la que se imponía a Jacinto, mayor de edad (...) la prohibición de comunicación y aproximación a D^a María Rosario por el período de 2 años y seis meses, **materializándose el cumplimiento de dicha pena mediante la implantación del dispositivo de alarma de localizar GPS 24 horas a través de una pulsera de localización y seguimiento. El acusado, consciente de ello,***

¹⁶⁸ Art. 556 CP: "Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año".

¹⁶⁹ Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 20 de septiembre de 2013, apartado XXIII de su Exposición de Motivos.

¹⁷⁰ Audiencia Provincial de Castellón, sec. 2ª, S 4-7-2012, nº 356/2012, rec. 242/2012.

permitió, sobre las 02:00 horas del día 2 de noviembre de 2011, que el dispositivo GPS se quedara sin batería, impidiendo el funcionamiento de dicho localizador.

El acusado había resultado ejecutoriamente condenado por Sentencia firme de fecha 28 de abril de 2011(...), por un delito de quebrantamiento de condena o de medida cautelar".

El Fallo de dicha sentencia apelada literalmente dice: "Que debo ABSOLVER Y ABSUELVO a Jacinto del delito de quebrantamiento de condena del que era objeto, con todos los pronunciamientos favorables, declarando las costas de oficio"¹⁷¹.

En su FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA, con carácter previo, expone que es el Ministerio Fiscal el que se alza en apelación contra la sentencia que viene a absolver al acusado del delito de quebrantamiento de condena ex art. 468 del CP , interesando la revocación de la absolución que, a juicio del fiscal, viene motivada por la incongruencia del fallo desde el error de que habiendo apreciado el juzgador de primer grado que el acusado cumplía su condena penal en situación de libertad pero con el dispositivo de seguridad y control permanente por GPS que supone la pulsera de obligatoria llevanza, **permitió que el dispositivo se quedara sin batería, siendo el acusado consciente de que ello iba a pasar, puesto que fue avisado**, lo que a juicio del Fiscal recurrente supone el elemento subjetivo (a sabiendas) que, sin embargo, el juzgador luego no encuentra, para concluir que hay ausencia de dolo, sin que el hecho de que el acusado pudiera estar afectado por la bebida ingerida pudiera suponer otra cosa que la apreciación de una atenuante, pero no la absolución por falta de intencionalidad de un hecho del que era consciente.

A continuación, la Sala argumenta en su fundamentación jurídica los motivos por los que se desestima la apelación, considerando correcta la absolución y que aquí se reproducen en su literalidad¹⁷²:

A nuestro juicio es preciso distinguir entre la medida o la pena en si misma (la prohibición de acercamiento o restricción de movimientos del afectado, respecto de una persona o de un lugar determinado), y la forma de control de su ejecución o verificación de incidencia por medio del dispositivo. Y desde tal distinción, hay que entender que cabe como posible el quebrantar la condena o la medida, pero sin incidencias en el funcionamiento del GPS, pues precisamente éste avisaría de ello; y al contrario, caben incidencias en el funcionamiento del sistema, pero que no afecten a la correcta ejecución de la pena o medida si el penado no rompe la barrera electrónica de acercamiento. Obviamente, cabrá que ambas cosas concurren; que un penado rompa o se quite el brazalete -dando lugar a lo que el protocolo denomina incidencia grave- y al tiempo penetre en la zona de seguridad quebrantando la pena o medida cautelar.

En este caso, pese a la confusa instrucción, parece evidente que el acusado nunca infringió la pena prohibitiva de acercamiento que pesa sobre él, pues nada se indica de lo contrario, con lo que su comportamiento se ciñe a la infracción de las normas

¹⁷¹Antecedentes de hecho, primero y segundo de la SAP Castellón, 4-7-12, cit., págs. 2-3.

¹⁷²Fundamento jurídico tercero, SAP Castellón, 4-7-12, cit., págs. 4-6.

relativas al uso eficaz del dispositivo de control en lo que se refiere a su obligación de cargar la batería del aparato GPS para que pudiera funcionar, por lo que primero recibió un aviso policial de que la batería estaba descargándose, y minutos después se le detuvo cuando estando realizando daños a unos coches y los agentes advirtieron que el acusado había dejado descargarse la batería, estando al parecer bajo los efectos de alguna sustancia estupefaciente.

Así las cosas, la sola infracción -sea voluntaria o por dejadez- de las normas de uso del dispositivo GPS de control de la pena o medida, podrá tener en cada caso una incidencia en función de la finalidad perseguida. Por ejemplo en el caso de la libertad condicional en que el uso del dispositivo está condicionado a la aceptación voluntaria del penado, significará la lógica revocación del beneficio en cuanto a las posibilidad de no cumplir el tiempo mínimo de estancia en el C Penitenciario (art. 86.4 RP) o en el caso de una medida cautelar del art. 544 ter y art. 64.3 de la L de Violencia de Género, la sustitución de la medida por otra más gravosa como la prisión provisional.

*En el caso de estar el dispositivo acordado para la ejecución de la pena concreta de prohibición de acercamiento conforme al art. 48 CP, en que no cabe la sustitución por otro tipo de pena que permita la seguridad de la víctima, **solo procedería la respuesta de la posible inculpación por delito de desobediencia, una vez que el controlado ha sido avisado o advertido de lo que supone el incumplimiento de los cuidados precisos para el funcionamiento correcto del aparato que lleva puesto, o en su caso haya sido avisado de la incidencia** y por ejemplo recibido la orden de que cargue de inmediato la batería, o en su caso que se vuelva a colocar el dispositivo que se hubiere quitado o desprendido.*

Sin embargo, lo que no puede percibirse es un delito de quebrantamiento de condena de forma automatizada si el comportamiento del penado a una prohibición de acercamiento a una persona o lugar, fue meramente obstruccionista o descuidado en el sistema de control GPS en el que debe colaborar, pero sin incidencia en la pena en concreto cuando no se haya aproximado a la persona protegida o lugar prohibido.

En consecuencia el recurso debe desestimarse”¹⁷³.

Del tenor literal de lo anterior se infiere, a modo de CONCLUSIÓN, que en el supuesto de hecho enjuiciado, el acusado no puede ser condenado como autor responsable de un delito de quebrantamiento por no proceder de forma dolosa a cargar la batería del dispositivo de control GPS, toda vez que, impuesto el mecanismo telemático para controlar el cumplimiento de la pena de prohibición de acercamiento, el acusado no entra dentro de la zona de exclusión. No hay pues quebrantamiento al darse una correcta ejecución de la pena impuesta y sin que pueda subsumirse en ese tipo penal la conducta del acusado consistente en dejar de cargar la batería del dispositivo GPS, aunque su voluntad fuera obstruccionista, y sí hubiera sido admitida la inculpación por delito desobediencia.

¹⁷³ Fundamento jurídico tercero, SAP Castellón, 4-7-12, cit., págs. 6-7.

Así pues, parece que en este caso la resolución del Juzgado de lo Penal no erró al absolver al acusado pero, de la motivación jurídica desplegada por la AP, se advierte que no fue por entender que los hechos enjuiciados no fueran constitutivos de un delito de quebrantamiento, en los términos expuestos por el Tribunal de apelación ya analizados, por mucho que el resultado alcanzado sea el mismo, esto es, absolutorio.

SAP Guadalajara, 20 diciembre 2012¹⁷⁴: manipulación y desactivación dolosa de la pulsera electrónica.

Según sus ANTECEDENTES DE HECHO, la sentencia dictada en primera instancia y recurrida declaró probados los hechos siguientes:

*"De lo actuado en juicio, resulta probado, y así se declara expresamente que, mediante auto de fecha 12 de noviembre de 2007, (...), se impuso al acusado, Claudio, mayor de edad, sin antecedentes penales conocidos, la medida cautelar de alejamiento y prohibición de comunicación con su esposa, D^a Fidela, acordándose también, para la efectividad de la misma, la instalación de un sistema tecnológico de detección de aproximación con respecto a la citada víctima, con la información de las consecuencias de la manipulación indebida del mencionado sistema que se le implantaba, y que no era otra que la comisión de un delito contra la Administración de Justicia. Resolución que fue notificada en legal forma al acusado. El acusado, pese a tener perfecto conocimiento del contenido de la orden impuesta, al día siguiente, 13 de noviembre de 2007, **manipuló conscientemente la pulsera que se le había colocado, y la desactivó**", y cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**Que debo condenar y condeno a Claudio como autor criminalmente responsable de un delito de quebrantamiento de medida cautelar previsto y penado en el art. 468.1 y 2 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena, y el pago de las costas procesales**"¹⁷⁵.*

En su FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA, con carácter previo, expone los motivos en los que se basa el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Claudio, a saber: el primero, posible infracción de ley, al haberse aplicado el artículo citado **no estando recogida la conducta objeto de sanción en dicha norma**, y en consecuencia no estar tipificada, dado que los medios electrónicos no son una medida cautelar en sí, con lo que nos hallaríamos ante un **supuesto de atipicidad penal**; en segundo lugar, porque no se practicó en forma la notificación del auto de medidas, siendo elemento esencial para un posible quebrantamiento; en tercer lugar, por desconocerse la firmeza de la resolución, no constando en autos la misma; y en cuarto lugar, al entender que la pulsera

¹⁷⁴ Audiencia Provincial de Guadalajara, sec. 1^a, S 20-12-2012, n^o 5/2013, rec. 356/2012.

¹⁷⁵ Antecedente de hecho segundo, SAP Guadalajara, 20-12-12, cit., págs. 2-3.

se retiró por necesidad, no por capricho, ya que estaba causando excesiva presión y rozando la piel. El Ministerio Fiscal se opone a dicho recurso.

A continuación, la Sala argumenta los motivos por los que se estima la apelación y de todos ellos reproducimos el primero que es el más interesante a los efectos de esta exposición: *“(…)como señala el recurrente en su motivo primero de recurso, la instalación de una pulsera electrónica no es una medida en sí sino una forma de control de la medida que realmente es la prohibición de acercamiento, impuesta en el auto (...), es más, la parte dispositiva así lo contempla cuando en el párrafo segundo, textualmente, recoge que "Para dar cumplimiento eficaz a esta medida -la que se recoge en el primero, la prohibición de aproximación y no entrada en el término municipal-, instálense sistemas tecnológicos de detección de proximidad", es decir, la medida cautelar es la que se contempla en el primer párrafo y la forma de control en el segundo, y cuando en el párrafo quinto se alude a infracción penal con ingreso en prisión, en realidad no lo es por un delito contra la Administración de Justicia sino contra el orden público”*¹⁷⁶.

En CONCLUSIÓN, vuelve a resolverse en este supuesto de hecho, en el que la conducta del acusado consistió en desactivar voluntariamente la pulsera electrónica, que tal acción no puede subsumirse en el tipo penal de quebrantamiento del art. 468 del CP, que lo hubiera sido en el caso de aproximación o comunicación con la víctima o entrada en el término municipal del domicilio de ésta, sino que nos encontramos ante un delito de desobediencia, con lo que se ha errado en la calificación jurídica de los hechos, pues la conducta consistente en la desactivación de la pulsera, como pretende el recurrente, no es atípica, sino simplemente defectuosamente calificada desde un punto de vista jurídico.

Hasta aquí el análisis de las dos resoluciones propuestas y que, en lo básico, esto es en lo relativo a la calificación de desobediencia de las conductas tendentes a hacer ineficaz el dispositivo telemático colocado para control de pena o medida cautelar, rechazando que puedan ser constitutivas de quebrantamiento, coinciden con numerosos pronunciamientos más de otras AP, tales como, SAP Valencia de 27 de marzo de 2012, que habla, en relación a los dispositivos electrónicos de "mantenimiento del control de las medidas de protección mediante el dispositivo electrónico", las de Madrid de 6 de abril de 2011, 13 de junio de 2011 ó 29 de junio de 2012, de Las Palmas de 23 de febrero de 2012 y 21 de diciembre de 2011, de Santa Cruz de Tenerife de 28 de abril de 2011, de Vizcaya de 5 de octubre de 2010, de Soria de 1 de febrero de 2010 ó de Alicante de 26 de diciembre de 2008, entre otras muchas.

Concluimos, pues, que las soluciones jurisprudenciales a los problemas de calificación jurídica que menciona el pre legislador en su EM¹⁷⁷, no coinciden con el

¹⁷⁶Fundamento jurídico segundo, SAP Guadalajara 20-12-12, cit., págs. 3-5.

¹⁷⁷Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 20 de septiembre de 2013, apartado XXIII de su Exposición de Motivos.

tratamiento del tipo que éste incorpora en el Proyecto de reforma, siendo incluso contrarias al mismo, al rechazar sistemáticamente que las conductas tendentes a hacer ineficaz el dispositivo telemático de control puedan ser constitutivas de quebrantamiento porque lo son de desobediencia.

CONCLUSIONES FINALES

A estas alturas del análisis ya es posible formular algunas conclusiones sobre lo que constituye nuestro objeto de estudio:

1. Los medios de control telemáticos, en el ámbito penal, se definen como un conjunto de sistemas electrónicos utilizados con el fin de verificar el cumplimiento de penas, medidas cautelares y de seguridad, así como, de penados en régimen abierto que dependen de IIPP.

Existen tres tipos de aplicaciones tecnológicas genéricas que permiten la localización de una persona, a saber, la radio frecuencia, el contacto programado y el rastreo vía satélite (GPS), contando además con un cuarto tipo de carácter más específico empleado para la detección de determinados eventos como el alcohol en sangre, drogas o notificación/alerta a víctimas.

El que se puede considerar de uso más habitual es el de radio frecuencia pero es con el que también se obtiene un mayor efecto estigmatizante, problema que resuelve, en parte, el de tecnología GPS o de rastreo por satélite.

El sistema de contacto programado se emplea en menor medida quizá por el ambiente disruptivo que genera para el infractor y las personas que con él conviven.

Desde un punto de vista terminológico, las expresiones empleadas para referirse a estos sistemas son variadas, así se puede hablar de “vigilancia electrónica”, “monitorización electrónica”, “control telemático”, “monitorización telemática”..., pero en todo caso, vienen a significar siempre lo mismo, ese conjunto de sistemas electrónicos utilizados con el fin de verificar el cumplimiento de penas, medidas cautelares y de seguridad.

2. Los orígenes de la aplicación de los medios telemáticos de control al ámbito penal, se encuentran en EEUU, en los años 60, sin embargo no es hasta la década de los 80 cuando comienza a ser utilizado de forma generalizada, siendo el juez Jack LOVE el primero en ordenar su utilización en abril de 1983.

A partir de esa década su expansión ha ido en aumento, tanto en el continente americano como en Europa.

3. Por lo que respecta a España, la incorporación de los medios telemáticos, se produce vía reglamentaria, en el RD de 9 de febrero de 1996, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, lo que no ha estado exento de importantes

críticas doctrinales, considerando que su introducción en la esfera jurídico-penal española empleó esta vía para eludir el debate parlamentario, social y académico que de una forma inevitable iba a generar.

Más concretamente, es el art. 86.4 del RP, el que introduce el control monitorizado en nuestro Derecho Penal, aplicándolo exclusivamente a internos ya clasificados en tercer grado, o sea, a una población penitenciaria de bajo riesgo pero con escasa o nula intervención judicial, extremo que también ha sido motivo de crítica doctrinal.

A finales de 2002, cerca de trescientos internos de diferentes establecimientos penitenciarios de nuestro país ya pernoctaban en sus domicilios portando telepulsersa.

4. Los medios de control telemáticos aplicados al ámbito penal se encuentran, en España, limitados a supuestos muy concretos, a saber:

.- Como forma de control de cumplimiento de la medida cautelar de prohibición de aproximación a persona protegida, ex art. 64.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

.- Como forma de control de cumplimiento de penas, en concreto, la de localización permanente, ex art. 37 CP y las de privación de derechos, ex art. 48 CP.

.- Como forma de control de cumplimiento de medida de seguridad no privativa de libertad que es la libertad vigilada, ex art. 106.1 a) CP.

.- Como forma de control de cumplimiento del tercer grado penitenciario, esto es, como forma de cumplir en régimen abierto, ex art. 86.4 RP, y que implica básicamente que el interno queda eximido de pernoctar en prisión (Instrucción 13/2006, sobre aplicación del art. 86.4 del RP).

5. Los sistemas de vigilancia electrónica empleados por IIPP son: monitorización por pulseras de red telefónica (fija o móvil); sistemas de verificación por voz; seguimiento continuo por GPS; unidades de seguimiento móviles; y sistemas combinados de localización y control de consumo de alcohol.

Se caracterizan porque son impuestos por la Autoridad administrativa, concretamente los propone la Junta de Tratamiento en su programa individual y es la Subdirección General de IIPP, la que por resolución dictada al efecto decide su aplicación, previo el consentimiento del interno y como forma de cumplir en régimen abierto. Se puede concluir pues, que la intervención de la

autoridad judicial es aquí mínima, limitándose a ser notificada por la autoridad penitenciaria del hecho de la aplicación del dispositivo o de el cese, en su caso.

Por otra parte, la Administración de Justicia, emplea un sistema que puede denominarse, sistema combinado de rastreo vía satélite (GPS). Según el Protocolo de fecha 8 de julio de 2009, de actuación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas y penas de alejamiento en materia de violencia de género, nace únicamente como forma de control de medida cautelar pero enseguida se amplió a control de cumplimiento de penas.

Ese mismo Protocolo describe el sistema y los pasos a seguir para su colocación una vez impuestos en resolución judicial, que haya detectado la existencia de alto riesgo de reiteración delictiva y siempre que el condenado/imputado no se halle en prisión.

6. El empleo de estos sistemas de vigilancia electrónica presentan ventajas e inconvenientes.

Entre las ventajas se pueden destacar tres: su carácter resocializador; puede constituir un posible ahorro presupuestario en comparación con la pena de prisión; y la seguridad, por su constatado éxito en términos de índices de cumplimiento respecto de penados.

Entre sus inconvenientes destacamos, los que más ganan con el programa de seguimiento son las empresas especializadas que actúan en este campo, en violación de la prerrogativa exclusiva del Estado de aplicar una sanción punitiva; los costes no serían, en realidad, tan bajos como se pregona; tiene efectos estigmatizantes y plantea delicados conflictos constitucionales respecto de derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, dignidad, privacidad o libertad ambulatoria.

7. Las futuras reformas previstas en sede penal, tanto materiales como procesales, apuestan por una clara potenciación de la utilización de los medios telemáticos en el sistema español y por la necesidad de subsanar los errores de la actual regulación.

Concretamente el Proyecto de Reforma del CP incorpora un nuevo ordinal tercero al art. 468, en sede de quebrantamiento, que según su propia EM, tiene por objeto solucionar ciertos problemas que plantea la actual regulación, respecto a la calificación jurídico-penal de conductas tendentes a conseguir la ineficacia o inutilización de los dispositivos telemáticos impuestos como forma de controlar el cumplimiento de penas y medidas, tanto cautelares como de seguridad. Problemas que ya se advertían en la Circular 6/11 de la FGE y que es invocada por la propia EM del mencionado Proyecto de reforma.

8. En torno al nuevo tipo penal del art. 468.3 como modalidad de quebrantamiento, se plantean algunas cuestiones penológicas que conducen a las siguientes reflexiones:

.- Respecto a su ubicación, como forma de quebrantamiento, el bien jurídico protegido es, para esos delitos, la Administración de Justicia, en general y el cumplimiento de sus resoluciones, en particular. Ahora bien, resulta que la realización de conductas tendentes a hacer ineficaz el dispositivo, tales como, su manipulación, su rotura, descarga voluntaria de su batería..., no suponen un incumplimiento de resolución judicial, toda vez que lo allí impuesto es la pena o medida (cautelar o de seguridad) para cuyo control se aplica el sistema telemático, aunque sí suponen un incumplimiento de una orden que dimana de la autoridad judicial o administrativa, esto es, una desobediencia, donde el bien jurídico protegido es el orden público, por lo que no se puede sino concluir que es más acorde con la naturaleza jurídica del tipo de desobediencia que de quebrantamiento y su ubicación en el CP no sería la adecuada.

.- Llama la atención la amalgama de verbos nucleares del tipo empleados por el pre legislador (inutilizar, perturbar, no llevar consigo y omitir) pueden generar una confusión siempre indeseable en el ámbito penal, aunque todos ellos nos indican que las conductas que se pretenden sancionar son, en definitiva, aquellas acciones u omisiones voluntarias, del condenado o imputado, que dificultan el adecuado funcionamiento de tales dispositivos, que pueden ser de gran variedad, y que, como ya se apuntaba en la Circular 6/2011, se concretan en aquellas que provocan la ineficacia del sistema, sin causar daños al dispositivo (no cargar de forma contumaz la batería o alejarse reiteradamente de la unidad Track 2), o las que conllevan la fractura de alguno de sus mecanismos (rotura del brazalete). Sería pues conveniente que la redacción del nuevo tipo penal acotara las conductas que se pretenden sancionar, concretando las acciones punibles más graves, para evitar que se sancionen las que deben quedar al margen del Derecho Penal (última ratio), el carácter doloso de las mismas y dirigidas a impedir el funcionamiento del dispositivo, ya por acción ya por omisión. Esto es, la redacción debe posibilitar la sanción expresa de la causación intencionada de daños al dispositivo que determinen su ineficacia y aquellas otras conductas, por acción u omisión, que de forma reiterada lleva a cabo el imputado o condenado con idéntico fin.

.- En cuanto al ámbito de aplicación, se advierte que la finalidad del legislador es la de procurar dar una respuesta penal adecuada a aquellas conductas, cuando afectan a los dispositivos impuestos para el control de las penas y medidas de seguridad o cautelares de alejamiento, -no en vano invoca la Circular 6/2010- y no otros, como pudieran ser los impuestos para control de la pena de

localización permanente, pues es en aquéllos donde se producen las peculiaridades jurídicas a que se refiere el legislador, por lo que sería necesario que se identificaran tales dispositivos como los “impuestos para el control de las penas contempladas en el art. 48.1 y 2 del CP o medidas de seguridad o cautelares de igual naturaleza”, tal y como propone el Informe del Consejo Fiscal.

.-Por lo que respecta a la consecuencia jurídica, las conductas típicas sancionadas en el nuevo art. 468.3 del CP, vienen en la actualidad siendo castigadas como delito de desobediencia y determinan la imposición al condenado de una pena privativa de libertad, a saber, la de prisión de seis meses a un año, (que es la pena en abstracto contemplada en el art. 556 del CP para ese tipo, configurado como delito contra el orden público) mientras que, una vez operada la reforma objeto del presente análisis, determinarán la imposición al declarado culpable, como autor del tipo previsto y penado en el art. 468.3 del CP, de una pena en abstracto de multa de seis a nueve meses.

A la vista de lo expuesto, resulta inevitable concluir que la respuesta penal será más débil, lo que no deja de resultar paradójico, habida cuenta de que la rotura o inutilización dolosa del mecanismo de control revela una mayor energía criminal que sería acreedora, por tanto, de una respuesta penal más contundente.

.- Una vez que el pre legislador ha hecho desaparecer en el texto del Proyecto de reforma del CP la expresión “*salvo que los hechos estuvieren ya castigados con una pena más grave por alguna norma de este Código*”, en el apartado tercero del art. 468, concluimos que los alegatos expuestos en los Informes, tanto del CGPJ como del Consejo Fiscal, han sido acogidos casi en su integridad, aunque no en su totalidad y ello porque el pre legislador no incluye en el precepto –tal y como aconseja el Informe del Ministerio Público- una fórmula que permita la “neutralización” de la aplicación de las normas relativas al concurso medial, que vendría justificado por la mayor antijuridicidad de la conducta en los supuestos en los que, junto al quebrantamiento por manipulación, en cualquier forma y en sentido amplio, del dispositivo telemático, se quebrante también la pena o medida –ya de seguridad, ya cautelar- para cuyo control se impuso aquél y que supondría beneficiar al sujeto que no sólo desobedece a la autoridad judicial, inutilizando el dispositivo que ésta le impuso, sino que, además quebranta la pena o medida, (v.gr. acercándose a la víctima invadiendo el espacio de exclusión), toda vez que la sanción que le vendría impuesta sería de menor gravedad que la que correspondería al que únicamente hubiera incurrido en la conducta tipificada en el art. 468.3 y ello por mor de lo dispuesto en las normas que resultan de aplicación al concurso medial de delitos.

9. Es el propio apartado XXIII de la EM del Proyecto de reforma del CP el que nos indica dónde se enuncian los problemas que actualmente se plantean sobre la calificación penal de las conductas tendentes a hacer ineficaces los dispositivos de control telemático, al invocar la Circular 6/11, de 2 de noviembre de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal, en relación a la violencia sobre la mujer, cuyo apartado VI titula “DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS”.

Partiendo de la premisa de que en torno a los dispositivos telemáticos se han venido planteando problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del imputado, cuando no respeta las normas de funcionamiento del dispositivo, haciendo éste ineficaz, o fractura intencionadamente el dispositivo transmisor RF (brazalete), sin aproximarse a la víctima, ni a los lugares determinados en la resolución judicial, distingue dos supuestos de hecho:

- a) **Situaciones en las que el dispositivo no funciona a consecuencia de la actuación voluntaria del imputado (por ejemplo, no carga de forma contumaz la batería de la unidad 2Trak, sabiendo que al agotarse ésta deja de funcionar).**

Se podría estar, en este caso, ante un delito de desobediencia, pues la imposición de tales mecanismos de detección de proximidad ha sido acordada en una resolución judicial, y el imputado debe haber sido requerido para colaborar en la instalación y adecuado funcionamiento del dispositivo con el apercibimiento de que, de no hacerlo así, puede incurrir en el citado delito; tal requerimiento deberá constar en la propia resolución o en el acta de la notificación de la resolución en la que se acuerda la imposición de estos mecanismos para el control.

- b) **Supuestos en los que el imputado fractura intencionadamente el brazalete (lo que generará inmediatamente la alarma correspondiente), pero no invada las zonas de exclusión establecidas en la resolución judicial, es decir, no se aproxime a la víctima ni a su domicilio, ni a los demás lugares afectados por la prohibición de aproximación.**

En este caso, no cometería un delito de quebrantamiento de medida cautelar, pues no incumple las prohibiciones impuestas en la resolución judicial, dado que el dispositivo de detección de proximidad no es más que un mecanismo de control de ejecución de la medida cautelar o pena que no se vulnera.

Podría imputarse un delito de desobediencia (artículo 556 del Código Penal), si en la resolución judicial, o en el acta de su notificación al imputado consta el

expreso requerimiento de que ha de colaborar con el adecuado funcionamiento del dispositivo, con las advertencias de poder incurrir, en caso contrario, en un delito de desobediencia. Además, y en atención al valor pericial de los daños causados, podría haber incurrido en una falta o delito de daños (artículos 625 o 263 del Código Penal).

10. En la práctica jurisprudencial, muchos Juzgados de lo Penal han resuelto en el sentido de condenar a sujetos que actuaron sobre el dispositivo de control de tal forma que lo inutilizaron o fracturaron como autores responsables de un delito de quebrantamiento, sin embargo, las Audiencias Provinciales respectivas resuelven las apelaciones en el sentido de calificar tales conductas como constitutivas de un delito de desobediencia, con la concurrencia de quebrantamiento, si es que se incumplió la medida cautelar, la pena o la medida de seguridad, al mismo tiempo y con la concurrencia de daños por los perjuicios irrogados a los dispositivos que componen el sistema de detección y control.

11. Recordando que el objetivo del presente estudio era saber si, realmente, con la nueva regulación, se ha cumplido el fin perseguido por el pre legislador de dar cumplida respuesta a los problemas que se venían planteando en la práctica, en torno a la calificación jurídico penal de las conductas de imputados o penados que, sometidos a dispositivos técnicos de control de cumplimiento de penas o de medidas -tanto cautelares como de seguridad-, ya por acción ya por omisión, tiendan a impedir su normal funcionamiento, lo cierto es que estando enunciados los problemas y ofreciéndose la solución en la práctica jurisprudencial, en los términos ya expuestos, el pre legislador opta por una solución diferente, incluso contraria a sus propias reflexiones –según consta en la EM del segundo anteproyecto de reforma-, describiendo conductas que hasta ahora venían siendo consideradas como desobediencia -y por tanto no impunes ni atípicas- como una modalidad de quebrantamiento, empleando en la redacción una amalgama de verbos que podrían inducir a confusión, sin determinar exactamente que las conductas que se sancionan son las más graves y en su vertiente dolosa para evitar que se sancionen las que deben quedar al margen del Derecho Penal, no concretando a qué tipos de dispositivos afecta, habida cuenta de que algunos quedarían fuera de su ámbito de aplicación y, por último, no articula una fórmula que neutralice la aplicación de las normas relativas al concurso medial y que podrían suponer primar al delincuente que no solo inutiliza el dispositivo, sino que además quebranta la pena o medida, ya cautelar, ya de seguridad.

12. Para poner fin a las conclusiones y al hilo de lo anterior, reproducimos la redacción que, para esta nueva tipología, se propone en el Informe del Consejo Fiscal y que, consideramos, vendría a dar cumplida respuesta a los problemas que se venían planteando en la práctica, en torno a la calificación jurídico penal de las conductas de imputados o penados que, sometidos a dispositivos técnicos de control de cumplimiento de penas o de medidas -tanto cautelares como de seguridad-, ya por acción ya por omisión, tiendan a impedir su normal funcionamiento.

Partiendo de la sugerencia de que se regule el tipo penal como una modalidad de delito de desobediencia, del art. 556 del CP y no como un delito de quebrantamiento de condena, añadiendo un párrafo segundo al art. 556, se propone como redacción la que a continuación se expone y con el siguiente tenor literal:

Art. 556.2º del CP:

“Los que de propósito inutilicen los dispositivos impuestos para el control de las penas contempladas en el art. 48-1 y 2 del C.P. o de las medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza, o de forma contumaz o reiterada impidan su adecuado funcionamiento, incumpliendo las instrucciones que le fueron facilitadas a tal fin, serán castigados con una multa de 6 meses a doce meses, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por el delito de quebrantamiento, si se hubiera incumplido la medida o pena para cuyo control se impuso el dispositivo.”

Visto el contenido del tipo en su redacción propuesta por el Consejo Fiscal, se puede afirmar que:

1º. Apuesta por una ubicación más coherente con las soluciones que en la práctica jurisprudencial se habían dado a los problemas de calificación de las conductas tendentes a conseguir la ineficacia del dispositivo impuesto para el control de penas o medidas, ya de seguridad ya cautelares, toda vez que ubica el nuevo tipo penal entre los delitos de desobediencia.

2º. Introduce la expresión “de propósito”, consiguiendo ceñir el tipo penal a supuestos de conductas exclusivamente dolosas, excluyendo así al mismo tiempo las que pudieran tener el mismo resultado pero interviniendo como elemento subjetivo del injusto la imprudencia, que deben quedar apartadas de la acción del derecho penal en respeto al principio de intervención mínima que se predica del mismo.

3°. Determina exactamente a qué dispositivos de control telemáticos afecta, de entre todos aquellos que pueden ser empleados en la esfera de nuestro ordenamiento jurídico penal, a saber, “*los dispositivos impuestos para el control de las penas contempladas en el art. 48-1 y 2 del C.P. o de las medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza,*”, pues únicamente en aquéllos es donde se producen las peculiaridades jurídicas a que se refiere el pre legislador.

4°. Se reducen a dos los verbos nucleares del tipo, incrementándose así la seguridad jurídica, a saber, inutilizar e impedir su adecuado funcionamiento.

La inutilización, que será castigada si lo es dolosa (“de propósito”).

El impedir su adecuado funcionamiento, que será castigado si existe reiteración o contumacia en incumplir las instrucciones recibidas para su óptimo funcionamiento.

5°. Como consecuencia jurídica se mantiene la pena de carácter pecuniario, esto es la pena de multa en una extensión de seis a doce meses.

6°. Por último, se incluye en su dicción literal una fórmula que neutraliza la aplicación de las normas relativas al concurso medial para supuestos en los que, la inutilización del dispositivo o el impedir reiteradamente su adecuado funcionamiento, concurren con el quebrantamiento de medida o pena para cuyo control se acordó la monitorización, evitando así que por aplicación de las mencionadas normas se prime al infractor que, además de inutilizar el dispositivo o impedir de forma contumaz su adecuado funcionamiento, quebrante la pena o medida, cautelar o de seguridad, lo que supone el despliegue de una mayor actividad criminal, haciéndose merecedor, por tanto, de una respuesta penal más contundente, proporcional al mayor juicio de reproche que merece el que inutiliza y quebranta, frente a aquél que únicamente impide el funcionamiento del dispositivo pero no deja de cumplir la pena o medida para cuyo control se impuso.

BIBLIOGRAFÍA

ADAMS, C. y HARTLEY, R, *The Chipping of Goods Initiative. Property Crime Reduction Through the Use of Electronic Tagging Systems. A Strategic Plan*. Home Office. Sandridge, 2000.

ARMAZA ARMAZA, J.D., “El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso”, Tesis Doctoral, Dir. Romeo Casabona, C. M., Univ. País Vasco.

BARROS LEAL, C., “La vigilancia electrónica a distancia como alternativa al encierro”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, Universidad de Costa Rica, nº 2, 2010.

BRIGHT, C., “Net Widening” en Restorative Justice.

CONWAY P., “A basic introduction to electronic monitoring: Remote supervision technologies”, *Journal of Offender Monitoring*, 2001.

CROWE A. / SYDNEY L. / BANCROFT P. / LAWRENCE B., “Offenders Supervision with Electronic Technology”, Kentucky: American Probation and Parole Association, 2002.

DEMICHELE, M. y PAYNE, B. “Offender supervision with Electronic Technology: Community corrections resource”, Washington: Bureau of Justice Assistance, Department of Justice, 2009.

DOS REIS, G., “A Vigilância Eletrônica de Condenados como Opção ao Cárcere”, *Revista do Conselho de Criminologia e Política Criminal*, Belo Horizonte, vol. 9, diciembre/2006.

ESCOBAR MARULANDA, G., “Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)”, en *Penas alternativas a la prisión*, BOSCH, Barcelona 1997.

GARCIA AQUINO, J., “La vigilancia electrónica personal sus modalidades en el sistema penal nacional”. *Diario oficial “El Peruano”*, enero 2010.

GONZÁLEZ BLANQUÉ, C., Tesis Doctoral “El control electrónico en el sistema penal”. Directora, Larrauri E., Universidad Autónoma de Barcelona, junio 2.008.

GUDIN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, F.G., “Cárcel electrónica versus prisión preventiva”, febrero 2009.

JOHN HOWARD SOCIETY OF ALBERTA (JHSA), “Electronic Monitoring”, *The Reporter*, 2001.

LANDROVE DÍAZ, G., “La reforma del arsenal punitivo español”, *Diario La Ley*, nº 5912, pág. 9, diciembre 2003.

LLOP CUENCA, P., “Incidencia de las nuevas tecnologías en la obtención y valoración de la prueba”, *Centro de Formación AECID*, 4-8 noviembre 2013.

LUZÓN PEÑA, D. M., “Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión”, VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Junta de Andalucía, Sevilla, 1994.

MORALES PEILLARD, A. M., “Vigilancia en la modernidad tardía: El monitoreo telemático de infractores” *Polít. crim.* Vol. 8, Nº 16 (Diciembre 2013).

NELLIS, M., “The electronic monitoring of offenders in England and Wales: Recent developments and future prospects”, *British Journal of Criminology*, 1991, nº 31.

OLIVEIRA, E., “O futuro Alternativo das Prisões”, Rio de Janeiro, 2002.

OTERO GONZÁLEZ, P., “Monitorización electrónica en el ámbito penitenciario”, *Icade Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74 mayo-agosto 2008.

PETERSILIA, J., “When prisoners come home. Parole and Prisoner Reentry”, Nueva York: Oxford University Press, 2003.

POZA CISNEROS, M., “Las nuevas tecnologías en el ámbito penal”, *Revista Poder Judicial*, nº 65.

REGOJO BALBOA, J. P., “Presente y futuro de los medios de control telemáticos en el Derecho Penal”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 877, 23 enero 2014.

RENZEMA, M. y MAYO-WILSON, E., “Can electronic monitoring reduce crime for moderate to high risk offenders?” *Journal of Experimental Criminology* 1.

SAURA ALBERTI, B., “El control telemático del alejamiento en violencia de género”, *Revista de Derecho Procesal* nº 3-4 noviembre 2010.

SCHMIDT, A., “*The use of electronic monitoring by criminal justice agencies*”, Washington: National Institute of Justice, 1988.

WEIS, C., “Estudo sobre a Vigilância Telemática de Pessoas Processadas ou Condenadas Criminalmente”, *Seminário “Monitoreo Electrónico: ¿Una Alternativa a la Prisión?, Experiencias Internacionales y Perspectivas en Brasil”*, Brasil, octubre de 2007.

ANEXO

Galería fotográfica



Fig. 1

Brazaletes RF



Fig. 2

**Unidad 2Track
(imputado/condenado)**



Fig. 3

**Unidad 2Track
(Víctima)**



Fig. 4

Tobilleras RF

(Imagen propiedad de CNN México)



Fig. 5
Verificadores de voz

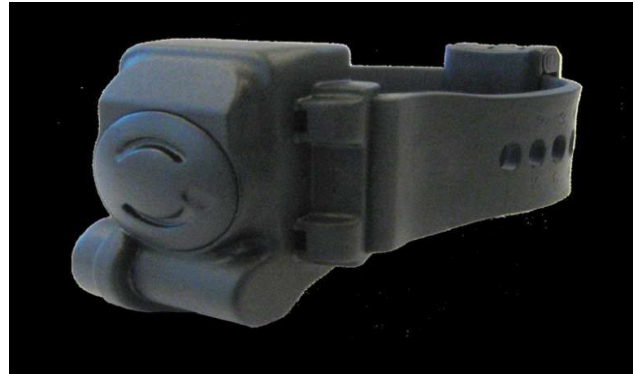


Fig. 6
Detector transdérmico de etanol
(Imagen propiedad de watchwardmonitoring.com)



Figs. 7-8
Sistemas de control de adicciones a distancia
(Imágenes propiedad de Security Artlog)