

Universidad para la Cooperación Internacional

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Final de graduación para optar

por el grado académico de:

Maestría en Criminología con Énfasis en Seguridad Humana

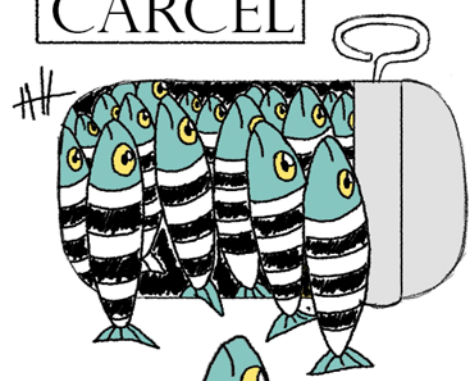
“Mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia en materia penal, como solución al hacinamiento carcelario en Costa Rica”.

Esteban Víquez Vargas

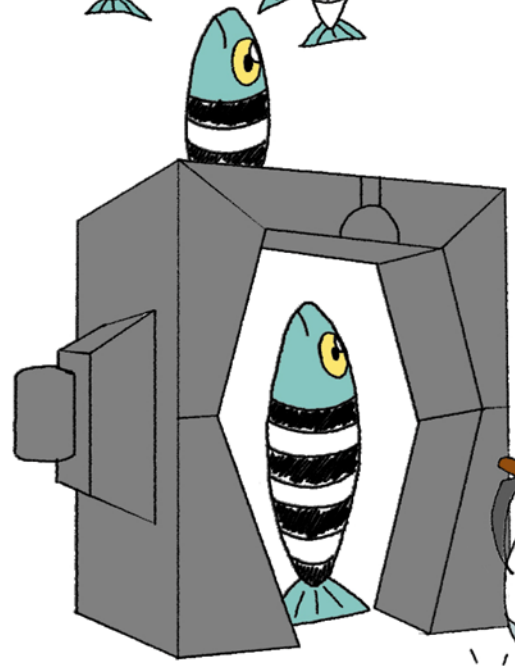
San José, Costa Rica

2015

CÁRCEL



"Mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia en materia penal, como solución al hacinamiento carcelario en Costa Rica."



Daniel Viquez -2015-

A la memoria
*de mi tío **Orlando Vargas Soto**,*
quien en su legado me enseñó, que mediante
el sacrificio se encuentra la Gloria de Dios.

AGRADECIMIENTOS

A mi Dios Todopoderoso, porque jamás me ha dejado solo, y de su mano he logrado superar cada reto.

A mis padres Edgar e Ivette, porque como dos luceros me han guiado y apoyado durante toda mi vida. A mis hermanos Daniel y Verónica, que son mi compañía incondicional y mi razón de ser. Los amo.

A la Licda. Andrea Viquez Carrillo, por ser un ejemplo de ser humano y un modelo profesional a seguir.

A la MSc. Iris Lucía Valverde Usaga, por sus valiosos aportes a este trabajo, su incondicional ayuda y orientación.

Al MSc. Edgar Ramírez Villalobos, por su apoyo y comprensión durante el desarrollo de esta investigación, sus valiosos aportes y por permitirme adquirir tantas experiencias para crecer como profesional y ser humano.

A mis amigos(as) María José Zamora, Gabriela Jara, Elena Romero, Tatiana Villegas, Estela Tenorio, Maricela Bolaños, Katia Acosta, Emilia Ureña, Sonia Huevo, Bryan Peña y Óscar Alvarado, por ser más que mis amigos mi familia, por apoyarme en este proceso y nunca dejar de creer en mi, que Dios les replique sus buenos deseos.

-Esteban.

PRÓLOGO

El hacinamiento carcelario y el pésimo tratamiento que se le ha dado a la pena en general, es una problemática mundial, que produce una violación a los derechos de los imputados, la obstaculización de la utópica resocialización y el fracaso del proceso penal como tal.

Con excepción de los países extremadamente desarrollados, que han elevado los controles de criminalidad, exponen casi un control social absoluto y consientes que estos paraísos criminales son excepciones, y la constante persiste en que las naciones son llamadas segundo mundistas y demás numéricos inferiores, en las que existen desde hace varios años ya problemáticas sociales abrumadoras (raciales, étnicas, de pobreza, desempleo, migratorias, etc.) que a su vez producen una delincuencia masiva dadas las necesidades y gustos de cada quien, que los Estados no han logrado contener debido a otra serie de circunstancias políticas que a fin de cuentas los analistas modernos han venido a querer maquillar con el título de “falta de presupuesto”.

Sin embargo, la falta de presupuesto es solo un factor del cúmulo de aspectos negativos que merodean el hacinamiento carcelario como un resultado, la pena ha sido pésimamente tratada al menos en los países latinoamericanos; el maestro Zaffaroni expone que la intención en la mayoría de codificaciones en el continente fue la eliminación de tipos penales privilegiados y la imposición de mínimos bajos; sin embargo y como producto del populismo penal estos mínimos bajos fueron elevados y como resultado la inexistencia privilegios y las penas elevadas.

Aunado a esto, se encuentra una sobreproducción de tipos penales, donde cualquier actividad con bajo reproche como los delitos de mera actividad son

merecedores de penas privativas de libertad, la potencialización de los alcances de los ya existentes, las políticas de persecución criminal de cero tolerancia en los delitos vanales,

Con relación a los privilegios insertos en los tipos penales o bien los beneficios en etapa de ejecución, han caído los Estados en un hueco producto de la clonación de la codificación, lo que concluye en que los beneficios son aplicables a los criminales primarios, empero, en asocio con las ideas ya expuestas se convierte en inútil la obtención de beneficios ya que son pocos los que pueden alcanzarlos, convirtiendo penas perpetuas para una segregación de la población criminal.

Este desastre social, motiva al ponente a realizar este trabajo de investigación, a canalizar todas las aristas viables y analizar a fondo una metodología aplicable para apalea este perjuicio social.

La colocación de brazaletes o tobilleras de rastreo es una metodología en el horizonte lejano que pretende acercar el analista, plasmarla no solo como opción muy viable, sino como el camino a seguir, como el inicio de una mejoría social, enfocada a la descarcerización, a cumplir las utopías de la “tierra prometida” por los doctrinarios evolucionistas de la pena, a una justicia social inexistente y a un uso lógico e inteligente del recurso.

La constante violación a los derechos de los privados de libertad necesita de estudios como el que se presenta que vengan a implementar ideas novedosas y frescas, que aprovechen el avance tecnológico de la humanidad y se preocupen no solo por el proceso penal hasta la etapa de juicio como ha sido la constante, sino que pueda ver más allá, que vele por la vida digna de todo hombre en la sociedad aunque haya sido culpable y darle esa nueva oportunidad que tantos claman sin ser escuchados.

La proyección del proyecto de brazaletes es ambiciosa, pero en los países vecinos a Costa Rica, ha tenido muy buenos resultados y es que sin afán de ser oportunista ni abogado del diablo, es una respuesta a una problemática social que expone una relación de “ganar-ganar”, es decir, con esta implementación si bien es cierto los grandes beneficiados serían los privados de libertad, el Estado al disminuir el hacinamiento carcelario se ahorraría recurso y cumpliría de una mejor manera los tratados internacionales, la sociedad tomaría su mejoría al resocializar una serie de culpables que en prisión por las condiciones actuales no hubieran llegado a ese punto y su libertad solo les daría la oportunidad de volver a delinquir.

Es así como debemos ver, a criterio de quien escribe, la herramienta del brazalete electrónico, no solo porque esa es la verdadera esencia de una resocialización criminal, sino también porque esto permite al privado de libertad ejercer sus derechos sin la coacción de una pena privativa de libertad y al Estado mantener un control eficaz sobre el orden sociocriminal.

Es un honor haber introducido este proyecto y poder ver concluido el esfuerzo que por horas le fue dedicado al mismo, pero aún más, ver un aporte importante a nuestra cultura jurídica así como observar plasmado las ideas que darán pie a un cambio de pensamiento en la materia legal de nuestro país.

Óscar Alvarado Ferreto.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA.....	I
AGRADECIMIENTOS	II
PRÓLOGO.....	III
ÍNDICE GENERAL	VI
RESUMEN EJECUTIVO.....	IX
INTRODUCCIÓN.....	8
PRIMER CAPÍTULO	13
A. Marco teórico. Antecedentes.	14
i. Generalidades de la pena de prisión en la historia humana.....	14
ii. Propositiones de la criminología crítica sobre la pena de prisión.	22
iii. Hacinamiento carcelario en Costa Rica.....	27
Ejemplo. Centro de Atención Institucional de Pérez Zeledón.	30
iv. Retiro del proyecto de ley n. 9271 en la administración Chinchilla Miranda.	34
B. Uso de la tecnología aplicada al Derecho Penal.....	36
i. Dispositivos electrónicos de seguimiento. (formas de vigilancia)	38
ii. Tipos de dispositivos electrónicos.	41
SEGUNDO CAPÍTULO	44

<i>A. Mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia en materia penal en el Derecho Comparado.</i>	45
i. Caso de Estados Unidos de América.....	45
ii. Caso de Europa.	48
iii. Caso de América Latina.	53
<i>B. Ley número 9271 mecanismos electrónicos de seguimiento en materia penal.</i>	58
i. Reformas al Código Penal.	62
ii. Reformas al Código Procesal Penal.....	65
iii. Relación con la ley de penalización de violencia contra las mujeres. Protección de víctimas.	69
iv. Presupuesto para su aplicación	71
TERCER CAPÍTULO	73
<i>A. Mecanismos de vigilancia a distancia en materia penal, frente a los Derechos Humanos.</i>	74
i. Principio de dignidad humana.....	77
ii. Derecho a la libertad de tránsito y autodeterminación.	80
iii. ¿Una nueva forma de estigmatización?.....	83
<i>B. Reducción de la pena privativa de libertad.</i>	88

i. Mecanismos electrónicos de seguimiento como medida cautelar.	88
ii. Mecanismos electrónicos de seguimiento como sanción.....	92
CONCLUSIONES	95
BIBLIOGRAFÍA	101

RESUMEN EJECUTIVO

En la gran mayoría de Estados democráticos de Derechos, se ha considerado la cárcel como la reacción más violenta que pueden los distintos ordenamientos jurídicos, indistintamente si nos encontramos frente a una sanción a una medida cautelar. Por extraño que parezca, la cárcel no es un instituto eviterno, sino que con el paso del tiempo a través de la historia humana, humanizó la sanción penal, dado que los inicios de la pena solo implicaron la aplicación de penas degradantes e inhumanas, tendientes a provocar dolor y humillación como forma de expiar delito cometido en contra del “poder divino”.

Hoy día la pena que humanizó la ejecución penal, la cárcel, es quizá la pena más inhumana que ostenta nuestro ordenamiento jurídico. El solo encerramiento de una persona, implica la anulación de una serie de derechos mínimos y la exposición del sentenciado a una serie de riesgos, tales como episodios de violencia dentro de los centros penales, condiciones insalubres, contagio de enfermedades infecto-contagiosas, entre otros. En suma a lo anterior, el encerramiento muchas veces implica la anulación de los roles sociales que desempeña cualquier persona sin importar sus condiciones particulares. Pero pese a la gravedad de los efectos de la cárcel, existe un sentimiento generalizado de desinterés de parte de los gobiernos a nivel mundial, e importa poco qué sucede con aquellas personas que son sentenciadas y enviadas a prisión.

Costa Rica ostenta altos índices de hacinamiento carcelario, lo cual ha generado la necesidad implementar nuevos mecanismos de alternativos a la prisión, como lo son los mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia en materia penal, ya que su utilización podría constituir una solución a tal problemática, cumpliendo el mismo fin que dispone una sanción privativa de libertad, pero con efectos menos nocivos. No obstante, las ideas de populismo punitivo y la fuerte presión mediática no han permitido la marcha constante hacia la implementación de estas penas alternativas y por el contrario ha generado el rechazo de la legislación en al menos una oportunidad.

La tecnología ha sido utilizada por el hombre a través de la historia para solucionar la gran mayoría de inconvenientes o incomodidades que se presentan. Es claro que el tema de la cárcel y la problemática que la misma acarrea, no ha sido la excepción de los intentos humanos de solucionar aquellas situaciones adversas por medio de la tecnología. En los países más desarrollados, como en Estados Unidos se inició con ocasión del desarrollo de la carrera armamentista, se implementaron sistemas de seguimiento electrónico, aplicados a la materia penitenciaria.

Se observará a través del estudio de legislación extranjera y doctrina internacional, que de la experiencias vividas por otros Estados, es posible vislumbrar un futuro positivo para Costa Rica en la utilización de “brazaletes electrónicos”, pues pese a que en nuestro país no se han ejecutado formalmente estos mecanismos, la forma en la que se pretende llevar a la práctica y la armonía que guardan las penas alternativas a la prisión con los derechos humanos, podría facilitar la solución a muchos problemas que se generan en la administración penitenciaria.

Del análisis de la legislación penal y procesal penal, se puede observar que existen maneras distintas de alcanzar los fines propuestos por el derecho penal, sin necesidad de someter a las personas a penas tan graves como la prisión. Sobre todo cuando los mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia presentan la doble condición de pena y medida cautelar. Y en suma se analizarán las posibles interpretaciones que puedan hacerse de los artículos adicionados o reformados por la inclusión de la Ley 9271 al ordenamiento jurídico costarricense.

Al tratarse de un tema de vanguardia en la realidad nacional, se genera mucha expectativa por parte de los órganos que administran justicia y los demás intervinientes en el proceso penal. Surgen al efecto muchas dudas, en cuanto a la aplicación de esta legislación y sus efectos en la tramitación de asuntos penales, pero la principal interrogante, a la que se dará respuesta afirmativa es: ¿podrían los mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia implicar una solución al hacinamiento carcelario?.

INTRODUCCIÓN

¿Castigo o medio de reinserción social? Esta interrogante sin respuesta posiblemente abarque la gran mayoría de sistemas penitenciarios a nivel mundial, y para algunos de corte autoritario quizá sea más fácil concluir que la cárcel es un sistema de castigo o retribución social que una persona le adeuda a un determinado grupo organizado por el rompimiento al orden social. Para la mayor parte de los Estados democráticos de Derecho, la respuesta no resultaría tan simple, y probablemente la naturaleza jurídica de la pena privativa de libertad, va a oscilar de acuerdo a una serie de valores en un determinado contexto social.

Existe a nivel gubernamental de muchos Estados, una desidia generalizada por conocer lo que realmente sucede posterior al dictado de una sentencia penal y a la finalización de un proceso penal, nadie sabe qué sucede con las personas a quienes el sistema punitivo ha encontrado responsables de un hecho ilícito y por tanto se ha impuesto una pena privativa de libertad. Dicho de otro modo, existe un sentimiento de apatía en las sociedades de enterarse qué pasa con aquellos sujetos que ingresan al *“mundo de las sombras”*. Para muestra de lo anterior, los autores que se han dedicado a disertar acerca de la cárcel, concluyen sus obras dando recomendaciones encaminadas a que los Estados reaccionen frente al problema de la cárcel y descalifican a los gobiernos a nivel mundial por su desidia en el tema. Verbigracia de lo expuesto, el profesor Josep García Borés, realiza una serie de llamadas de atención acerca de los efectos causados por la aplicación de la pena privativa de libertad sobre las personas y el cuidado que los Estados deben de atender. (García, 1995).

Al igual que García Borés, existe una corriente doctrinaria dirigida por muchos creyentes en las ideologías de la criminología crítica, que se han dedicado a denunciar los problemas existentes en torno a la pena privativa de libertad, como consecuencia de la aplicación de un Derecho penal positivista, así como de un desarrollo desmedido del populismo punitivo; lo que ha provocado que la interrogante planteada al inicio, pierda importancia y más bien surja la necesidad de

cuestionarse si la cárcel es verdaderamente útil a los fines requeridos por el Estado de Derecho.

Ante ello es difícil encontrar respuestas afirmativas fuera el plano jurídico legal, en donde se describe una realidad, que no se concilia con la realidad sociológica de las cárceles de nuestro país y a nivel mundial, en donde cada día lejos de reducirse su aplicación, se amplía. Y en consecuencia proliferan más y más problemas cuya solución debiera ser resorte exclusivo del Estado y de la Administración Penitenciaria, pero tales problemáticas continúan en el tiempo sin solución alguna. Tal es el caso de la sobrepoblación carcelaria y el hacinamiento carcelario, lo cual es un problema que afecta a la gran mayoría de países subdesarrollados y a su vez implica el surgimiento de nuevos problemas como lo son la falta de higiene, el brote de enfermedades contagiosas, aumento de la violencia entre los privados de libertad, irrespeto a los derechos mínimos y menoscabo al principio de dignidad humana.

Cuando quien expone refiere acerca de un sentimiento de apatía Estatal, no se refiere, a que no se hayan creado los medios para combatir los problemas relacionados con la administración penitenciaria, y específicamente con el hacinamiento carcelario. Desde luego que existen algunos mecanismos, que por voluntad política, o distintas razones no se han implementado por temor a represalias del clamor social, que reclama constantemente una mal llamada “seguridad ciudadana”, cuando en realidad tal concepto está enfocado a que el estado debe emitir políticas públicas en busca del bien común mediante procesos de mediana intervención, que tengan por objetivo el respeto a los derechos humanos.

Costa Rica tiene catorce centros penitenciarios, los cuales según datos estadísticos de 2014, revelan un 37% de sobrepoblación carcelaria a nivel nacional, situación que por si sola, no es simplemente una problemática de espacio físico, sino que en sí misma, implica el menoscabo o al menos la puesta en peligro de los derechos fundamentales de cientos de privados de libertad.

La apatía gubernamental a la que se hace alusión, corresponde a la poca iniciativa de potenciar los recursos existentes para remediar los problemas del sistema penitenciario como lo es el hacinamiento, y es por ello que me he interesado en analizar a lo largo de esta investigación, el fenómeno de la cárcel, sus orígenes y desarrollo histórico así como algunas posiciones doctrinarias del siglo pasado y también de nuestros días. Asimismo se contemplará en esta disertación, la existencia de un recurso útil, que podría solucionar o paliar el problema que general el hacinamiento carcelario.

Es sumamente importante dedicar al tema que nos ocupa un espacio de investigación y al abocarnos a la realización de este trabajo, se plantea como hipótesis que la insistencia marcada por parte de los sectores gobernantes, durante las últimas décadas, de hacer uso del Derecho Penal y el Derecho Penitenciario, al tenor de las políticas de la criminología positivista, ha generado una problemática de hacinamiento carcelario, el cual puede ser minimizado a través de la adecuada aplicación de los mecanismos electrónicos de seguimiento en materia penal. Solo mediante el análisis de los mecanismos de **vigilancia** electrónica y su utilidad dentro del sistema penitenciario, podremos valorar si el uso de dichos dispositivos implica una solución al problema social que representa el hacinamiento carcelario en Costa Rica, así como las eventuales violaciones a los Derechos Humanos.

Como objetivo de esta investigación, analizaremos la Ley No. 9271, Mecanismos electrónicos de seguimiento en materia penal, publicada en el diario oficial La Gaceta el 30 de setiembre de 2014, y a la luz del Derecho Comparado, se valorará la utilidad de dicha metodología de vigilancia penitenciaria fuera de los límites de un encierro físico, como una forma de cumplir con los fines de la pena privativa de libertad y de las medidas cautelares que prevé nuestro Derecho Procesal Penal. Para lo cual se detallarán, todas y cada una de las reformas incluidas en las normas de fondo y forma.

Todo lo anterior con la finalidad de **demostrar la utilidad de los mecanismos de vigilancia electrónica a distancia, para superar la problemática del hacinamiento carcelario en Costa Rica**, asimismo resulta indispensable

analizar la efectividad de los mecanismos de vigilancia electrónica a distancia en materia penal, en el Derecho Comparado, y evidenciar la congruencia entre los mecanismos de vigilancia electrónica a distancia en materia penal y el respeto a los Derechos Humanos de las personas sometidas a un proceso penal. Para finalmente, evaluar los mecanismos de seguimiento electrónico, y su idoneidad para lograr el cumplimiento de los fines de las penas y de las medidas cautelares en el proceso penal.

Debe anticiparse que la utilización de mecanismos electrónicos en Costa Rica es un tema bastante reciente por lo que aún no existen obras doctrinarias autóctonas que revelen una realidad jurídica o sociológica de dichos mecanismos. Se pretende la realización de una investigación, basada en una metodología marcadamente documental, sustentada en el análisis de la normativa anterior así como en las reformas incluidas para ejecutar el uso de dispositivos de vigilancia electrónica en Costa Rica. En suma a ello, y como se indicó líneas atrás, se trata de un tema de actualidad en Costa Rica, y en razón de ello se emplearán fuentes secundarias, las cuales corresponderán a legislación nacional y doctrina internacional aplicable al caso concreto de Costa Rica, entrevistas a expertos y funcionarios gubernamentales, así como información de los medios de prensa para integrar la realidad jurídica con una realidad sociológica y de ésta manera dar una amplitud a la investigación, cuya visión no se limite a un plano teórico normativo alejado de lo que sucede en las cárceles de nuestro país.

Expondré mi humilde opinión acerca de la armonía que podría existir entre la utilización de sanciones alternas con relación al respeto por los derechos humanos y cómo los mecanismos electrónicos de vigilancia, pueden ser utilizados tanto como pena privativa de libertad, en algunos casos y también como medida cautelar. Todo ello bajo la firme convicción que los resultados de esta investigación servirán como base para que juristas o estudiantes amplíen el tema en futuros abordajes.

La investigación se desarrollará bajo un Título Único, el cual a su vez se encuentra dividido en cuatro capítulos. En el Primer Capítulo se desarrollará el Marco Teórico

Conceptual incluyendo antecedentes, aspectos generales e históricos de lo que ha sido la pena prisión a través de la evolución humana, así como la latente problemática del hacinamiento carcelario en Costa Rica; y acerca de los principales cimientos del uso de la tecnología aplicada al Derecho Penal. En el Segundo Capítulo se hará un análisis de los mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia en materia penal en el Derecho Comparado. En un Tercer Capítulo se trabajará el tema de los Derechos Humanos, frente a la aplicación de mecanismos electrónicos de seguimiento en materia penal, a fin de discutir si los mismos implican una verdadera pena alternativa a la prisión o si por el contrario se trata de una nueva forma de estigmatización. Y finalmente, se expondrán las conclusiones del trabajo y algunas recomendaciones que puedan dilucidar la problemática expuesta.

PRIMER CAPÍTULO

Marco Teórico. Antecedentes. Uso de la Tecnología aplicada al
Derecho Penal.

A. Marco teórico. Antecedentes.

i. Generalidades de la pena de prisión en la historia humana.

Con el avance de la historia humana, se ha desarrollado una tendencia generalizada de dar un carácter eviterno a la pena privativa de libertad. Esto posiblemente obedece a que se trata de una pena generalmente aceptada por casi todos los regímenes a nivel mundial, sin importar los bemoles de cada uno de ellos. Hoy día la pena de prisión no es solo la pena más común en los sistemas punitivos, sino que en algunos ordenamientos es considerada la pena más gravosa, como lo es en el sistema penal costarricense. Señala Alberto Binder, que la prisión en Costa Rica no sólo se trata de una medida excepcional, admitida dentro de los límites constitucionales, sino que implica una de las manifestaciones más duras y fuertes del poder penal del Estado. (Binder, 2014). Por su parte Foucault, señala: *“La prisión es el único lugar en que el poder puede manifestarse de forma desnuda, en sus dimensiones más excesivas, y justificarse como poder moral”*. (Foucault, *Microfísica del Poder*, 1993) Es así como podrían compilarse muchas otras opiniones provenientes de jurisconsultos asentados en sistemas principalmente democráticos, que consideran la prisión como la manifestación más violenta de las potestades de imperio de un Estado.

Sin embargo a través de la historia la prisión no siempre fue considerada como la pena más gravosa en los distintos ordenamientos jurídicos, al menos la profesora Herlinda Enríquez Rubio Hernández, investigadora de la Universidad Autónoma de México, apunta que la prisión es producto de la evolución de la pena y que al igual que las otras penas su objetivo principal es el castigo, pero que su aparición vino a desplazar paulatinamente las penas inhumanas y crueles que determinaron el régimen antiguo. (Enriquez-Rubio, 2012). La instauración del instituto de la prisión, como sanción o como medida de contención dentro de un proceso penal, fueron el inicio de la humanización de las penas en la historia.

De manera que no queda duda que la prisión como la conocemos en nuestro régimen no ha sido igual desde sus inicios, sino que se trata de un proceso evolutivo de transformación a través de distintas fases y acontecimientos de la historia humana; avance que estuvo marcado por los progresos intelectivos acerca del tema de la pena como razón de ser de los procesos punitivos. Sobre este proceso evolutivo explica Emiro Sandoval Huertas, que de la visión retrospectiva de la pena en el acontecer humano, es posible hacer una división de en cuatro fases o etapas: vindicativa, expiacionista o retribucionista, correccionalista y resocializante.

En lo que respecta a la etapa vindicativa, refiere Sandoval Huertas, que la misma está determinada por un sentimiento de venganza, se trata de una justicia privada entre particulares, en donde la acción delictiva debe regresar al ofensor, no se trata de una reacción institucional, sino de una forma de punitivizar las conductas entre los particulares, entre los clanes o las familias. La venganza es el antecedente inmediato de la penal según Sandoval, incluso para esta época se institucionaliza el derecho a la venganza cometida. (Huertas, 1982) La antigua pero bien conocida Ley del Talión, corresponde precisamente a la etapa vindicativa de la pena, pues su adagio “ojo por ojo, diente por diente”, no es otra cosa que la misma ley aplicada en función de una venganza por una acción delictiva perpetrada en desmedro de un sujeto pasivo.

La venganza como principal antecedente de la pena, se mantuvo como un instituto privado, hasta las primeras conformaciones de los grupos sociales, en donde la labor de castigar fue asumida por el jefe de grupo social, quien fungía como una especie de garante de que la pena (venganza), guardase relación con la magnitud del daño causado. (Enriquez-Rubio, 2012) Es decir hacía un control de proporcionalidad, aunque es incipiente en la historia para hablar del principio de proporcionalidad como lo conocemos hoy día.

La privación de libertad existió para esta época caracterizada por la venganza, pero por extraño que parezca, no fue utilizada como una venganza, sino como un mecanismo de aseguramiento de aquellas personas que cometían delitos, a fin de “guardarlos” hasta la efectiva ejecución de una pena mucho más gravosa. Al

efecto ilustra la profesora Enríquez, que en las Partidas de San Alfonso, de finales del siglo XIII y principios del siglo XIV, se proclamó: *“La cárcel non es dada para escarmentar yerros, mas para guardar las presos tan solamente en ellas hasta que sean judgados”*. (Enriquez-Rubio, 2012).

La fase vindicativa de la pena empieza a llegar a su fin cuando, el poder es asumido por los monarcas absolutos y descendientes de la divinidad, pues en ellos recaerá la labor de legislar y juzgar. Esta tendencia es evidenciada por Barros Leal quien al efecto indica: *“...En muchas otras culturas la legislación evidenció un carácter teocrático, presente en sus libros sagrados: Babilonia (Código de Hammurabi), Persia (Avesta, compuesto por 12 libros, los Nasks), China (Libro de las Cinco Penas) e India (Código de Manu). La lectura de esos textos revela una época de regímenes absolutistas en los que los castigos se conminaban y ejecutaban con prodigalidad¹...”* (Leal)

Pero aun para este momento la privación de libertad, guardaba un carácter de medida cautelar, en donde la persona era detenida, para posteriormente ser llevada a su castigo, que podían ser mutilaciones, la vergüenza pública, servicios comunitarios o su ejecución. (Enriquez-Rubio, 2012) Aun para ésta época la prisión no era concebida como una pena per se, sino que era una forma de asegurar un castigo posterior, el cual por lo general se trataba de penas inhumanas y muy crueles.

César Barros Leal señala: *“...A pesar del hecho de que la prisión encetada por la Iglesia fue imitada por los establecimientos laicos, que surgieron en los siglos siguientes en Europa y Estados Unidos, lo cierto es que en la Edad Media hubo un recrudecimiento de la represión, aplicándose penas diversas como galeras, azotes, mutilaciones, trabajos forzados y destierro, así como distintas modalidades de pena de muerte, identificadas por su crueldad, con suplicios que se graduaban*

¹ 1. Profusión, desperdicio, consumo de la propia hacienda, gastando excesivamente. Abundancia o multitud.

meticulosamente para afianzar el máximo de sufrimiento y ejecutadas en ceremonias por lo general precedidas de confesiones públicas y de un oprobioso desfile por las calles, que se organizaban con la finalidad de causar una honda impresión sobre los asistentes. El verdugo era aplaudido u objeto del odio, de la furia de la multitud.” (Leal)

A partir de la coalición entre el poder monárquico-absolutista y el poder divino, el control político se traslada al Rey o a los jueces que actúan en su nombre, de manera que el fenómeno criminal, va a tener una connotación un poco distinta. El delito va a ser una ofensa directa al poder divino, de manera que la venganza ya no va a inspirar el ser de la pena, sino la retribución. Es por ello que surge la fase expiacionista o retribucionista, también conocida como la fase de explotación oficial del trabajo del recluso, en virtud de que las penas se van a orientar a demandar del transgresor una retribución. Las penas se orientaban a provocar dolor en las personas, se consideraba que a través de las experiencias dolorosas, la persona podría redimir sus culpas ante los representante del poder divino. (Huertas, 1982). No obstante la pena de prisión seguía siendo un medio de contención, y no una pena como tal.

Esta fase de la pena mantuvo la idea del dolor como forma de eximir la responsabilidad ante del poder divino a través de los siglos XV, VI y XVII, sin embargo con el avance en los procesos de colonización de América y África, la apertura y auge de los mercados y el consecuente surgimiento de las ideas capitalistas, estas ideologías abandonaron lo que la profesora Enríquez denomina el “mundo mágico” amparado el poder divino, y se traslada a una sociedad racional, ostentosa de pensamientos de justicia más cercanos a la realidad. (Enriquez-Rubio, 2012) Y es en este momento que la fase retributiva, toma tal carácter, por cuanto se empieza a valorar la fuerza de trabajo, como una forma de suplir la necesidad dentro del nuevo modelo económico. Ello lleva a la creación de las galeras, los presidios, la deportación y los establecimientos correccionales.

Es posible que las correccionales hayan sido el primer intento de reclusión para reeducación, sin embargo nos encontramos lejos de la existencia de ideas

resocializadoras en la época, mas bien se trató de instituciones de disciplina que se extendieron, no sólo para transgresores de la ley, sino para otros individuos relacionados con los principales problemas sociales, o por lo menos lo que se consideraba problemas sociales en la época y por ello se dispuso el encerramiento de: mendigos, prostitutas, homosexuales, ancianos e incluso personas sin empleo, y no escaparon de ello las mujeres jóvenes seducidas o en peligro de ser seducidas.

Ésta reeducación a través de correccionales, no es otra cosa que la aplicación de la disciplina a través de técnicas, por medio de un conjunto de elementos y que irían a representar varias instituciones especializadas, y ello se denominó por Michael Foucault, la física del poder, en virtud de que Foucault, denominó a la disciplina como un nuevo poder, con un papel preponderante en el ejercicio del poder político. (Foucault, Vigilar y Castigar, 2002). Lo cierto es que las correccionales constituyeron el principal antecedente de la prisión como la conocemos al día de hoy (Huertas, 1982), en donde el encerramiento no es un fin en sí mismo, sino que además guarda un propósito orientador hacia los intereses del grupo social.

El paso a la etapa correccionalista fue dado por la aparición de las ideas iluministas del siglo XVIII, en donde distintos acontecimientos históricos conllevaron al levantamiento de las masas en contra de la existencia de delitos en perjuicio de la religión, de manera que las ideas de ilustrados como Voltaire, Montesquieu, Morelly y Beccaria, abrieron las puertas del Derecho Clásico Liberal, lo cual tuvo como consecuencia el deseo de la imposición de penas proporcionales al delito. (Huertas, 1982).

Al realizarse un análisis de la proporcionalidad de las penas, se contempla entonces un factor que hasta ese momento no se había valorado: el tiempo. Es decir, se asocia el tiempo como unidad de medición para la magnitud de daño causado y el reproche aplicable a una determinada conducta ilícita. Máximo Pavarini, señala que *“a cada conducta transgresora del consenso le corresponde, en justo rigor, un quantum de tiempo expropiado, de tiempo libre de sentido útil para el delincuente que deberá gastarse en el encierro”*. (Pavarini, 2002)

De manera que es hasta en el curso de la fase correccionalista, que surge la prisión como castigo, pues hasta ese momento solo habría sido la antesala de otros castigos inhumanos, dolorosos y crueles. Pero la intervención de las corrientes iluministas, y la pérdida de valor del pensamiento teocrático, le restan importancia a la necesidad de retribuir por medio del dolor, y le dan un nuevo surgimiento a la figura del ser humano y sus derechos; entre ellos se encuentra el derecho a la libertad, el cual según las ideas iluministas se empieza a considerar inherente al ser humano, y puede restringirse como sanción para quien transgreda el ordenamiento jurídico. Es así como se contempla la pena de prisión por primera vez en el Código Criminal Francés de 1791, el cual no solo incluyó la pena privativa de libertad en tres modalidades (el calabozo, la galea y la prisión), sino que redujo la aplicación de la pena de muerte y suprimió las mutilaciones. (Enriquez-Rubio, 2012).

A finales del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX, se promulgaron códigos civiles y penales, como consecuencia de la aceptación de la ideología de la proporcionalidad del castigo, y entre los principales avances fue la adopción del régimen penitenciario (Enriquez-Rubio, 2012), pues hasta ese momento, existía un vacío y todo lo referente a la administración penitenciaria, habría sido resorte de la administración de justicia, sin que existiera división alguna en su quehacer. Otra de las principales tendencias ideológicas aceptadas en este momento histórico, fue la adopción del modelo médico; los criminólogos críticos han expuesto bastante sobre este tema, por lo irónico que resulta el mismo, cuando se analiza que la criminología como ciencia penal, lejos de nacer en una facultad de Derecho, se acuñó en una Facultad de Medicina, en manos del Dr. Lombroso durante el siglo XIX

Cesare Lombroso, se dio a la tarea de analizar el fenómeno criminal y concluyó de acuerdo a criterio anatómicos², así como a las teorías de la evolución de las especies de Charles Darwin, que el fenómeno criminal se presentaba en algunos

² Lombroso sostuvo que la principal causa del hombre delincuente siempre fue una malformación craneal, en el hueso denominado foceta occipital media.

seres humanos con características físicas y anatómicas similares entre sí, que a su vez permitieron arribar a la conclusión, según Lombroso, que el delincuente era un ser subdesarrollado y que su actuar delictivo era en razón de que éste no alcanzó un desarrollo evolutivo al igual que todos los seres humanos. A partir de este momento y durante el paso de los años, se tuvo que la criminalidad o el delito según la criminología, era un mal patológico que afectaba a ciertos seres y que debía considerárseles como desviados, analizando únicamente el acto criminal y sin considerar las circunstancias que rodean al sujeto. En este sentido refiere Alessandro Baratta: *“La reacción contra el concepto abstracto de individuo conduce a la escuela positiva a afirmar la exigencia de una comprensión del delito que no se detenga en la tesis indemostrable de una causalidad espontánea por medio de un acto de libre voluntad, sino que se dirija a encontrar todo el complejo de las causas en la totalidad biológica y psicológica del individuo, y en la totalidad social en la que la vida del individuo se inserta. En su libro L 'uomo delinquente, cuya primera edición es de 1876, Lombroso consideraba el delito como un ente natural, "un fenómeno necesario, como el nacimiento, la muerte, la concepción", determinado por causas biológicas de naturaleza sobre todo hereditaria”*. (Baratta, 2004).

Pero Lombroso tenía algunas consideraciones especiales dentro de su criminología positivista para las mujeres: *“... el estadio inferior en que se encuentra la mujer podría ser consecuencia de la mayor inactividad que caracteriza a la mujer respecto al varón, al igual que la inmovilidad del óvulo respecto al zoosperma... de ahí que la mujer delincuente, por el hecho de estar menos evolucionada: presentaría una inferior tasa de delitos por su menor capacidad para delinquir su mayor crueldad se debería a su mayor identificación con lo primitivo, de ahí su predominio en la comisión de delitos de sangre. Su mejor capacidad de adaptación llevaría a combinar las peores características de la mujer: astucia, rencor y falsedad; con aquellas otras de la criminalidad masculina, disponiendo además de una mayor habilidad en su trato con la justicia. Concluyendo: su criminalidad resulta un comportamiento masculinizado e impropio de su verdadera naturaleza, ... una doble anormalidad: biológica y social, ... y por ser una doble excepción, la mujer criminal es un monstruo”*. (Lombroso-Ferrero, 1908)

Se le atribuye a los positivistas la creación de la criminología, bajo el claro estandarte de “la pena como medicina del alma” y de esta forma el delito es considerado un mal patológico por los positivistas de la criminología, y la pena de prisión como su medicina. (Enriquez-Rubio, 2012). Es importante destacar que en este punto aun nos encontramos en una fase correccionalista, que aun está muy lejos de llegar a una fase resocializadora, por cuanto la filosofía de la pena de prisión como remedio al mal natural del delito en realidad solo tuvo como consecuencia la creación de mecanismos e instituciones formales para el control de la disciplina para los transgresores. Dicho de otro modo, el sistema operaba por medio de castigos corporales en busca del adecuado acatamiento de la disciplina pero no tenía más alcances. Aunque si existió un claro cambio en la acepción del delito, pues ya la transgresión no iba a ser únicamente en perjuicio de intereses particulares, o contrarios al poder divino, sino que irían en contra de la organización social.

La fase correccionalista dio paso a la fase resocializadora, posterior a la celebración del “Congreso Nacional sobre las Disciplina de las Penitenciarias y Establecimientos de Reforma” celebrado en Cincinnati, Ohio, Estados Unidos en 1870, el cual estableció: *“El trato de los criminales por la sociedad tiene por motivo la seguridad social. Mas, como el objeto de él es el criminal y no el crimen, su fin primordial debe ser la regeneración moral de aquél. Por esta razón la mira suprema de las prisiones debe ser la reforma de los criminales y no la imposición del dolor, o sea, la venganza”* (Huertas, 1982)

Con este cambio de enfoque en la fase resocializadora de la pena privativa de libertad, el objetivo de la prisión se va a variar circunstancialmente, y se va a adoptar a principios del siglo XX una visión *“medicalizada”* de la prisión, en donde el delincuente, será observado como un desadaptado, que padece una patología que lo lleva a delinquir y por ende la pena será un tratamiento terapéutico a ese mal natural que implica el delito. Refiere la profesora Enríquez, que la idea de la sanción como una cura, concede un rostro humano a la pena de prisión (Enriquez-Rubio, 2012). Observemos, que si bien es cierto a este punto de la fase resocializadora, no nos encontramos amparados en la ideas que hoy día rodean a la pena privativa de

libertad, al menos se empieza a dotar de humanidad la actividad punitiva del Estado, a quien se le limita la posibilidad de castigar (cimientos que fueron heredados de la fase retribucionista); no obstante se maneja aun la idea de que el delito es una ente natural y no una categoría dogmático-jurídica, creada por el grupo social organizado.

A partir del auge de la fase resocializadora de la prisión, tanto como medida cautelar, como en su condición de pena privativa de libertad, se generan intenciones por parte de los Estados a nivel del mundo, de interesarse por aquellas poblaciones que viven en el “mundo de la sombras”, y consecuentemente se da inicio a un proceso de legislación internacional para regular de manera uniforme los derechos, deberes y garantías de las personas privadas de libertad. Es así como en 1955 se dio a conocer el “Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente”, celebrado en Ginebra. Lo cual empieza a ampliar los horizontes de la criminología a fin de que ésta no solo se interese en los crímenes comunes y en los ya cometidos, sino que se empiecen a buscar los factores que generan la criminalidad y las formas de evitar la delincuencia.

Aunque aquí no acaba la historia de la pena de prisión, pues existe un vacío en lo hasta ahora expuesto, ya que debe conocerse lo ocurrido hasta nuestros días, de ello se ocupará en el siguiente acápite, haciendo una breve reseña del proceso de ruptura de paradigmas de la criminología positivista, hacia la criminología crítica, a pesar de que muchos de sus postulados fracasaron en el camino.

ii. Propositiones de la criminología crítica sobre la pena de prisión.

Desde este concepto médico etiológico se incluyeron como herramienta de estudio varias disciplinas, tales como la antropometría, la antropología, la biotipología, la endocrinología, la socio-biología, la genética criminal y por último y no menos importante el sistema nervioso autónomo, siendo que esta última relacionaba el fenómeno criminal con la presencia de rasgos esquizofrénicos y de orden psiquiátrico, lo cual toma importancia dentro del curso histórico de la

criminología pues se comienza a apartar su concepto meramente anatómico y se permite el paso a ciencias como la psicología³, el psicoanálisis y la psiquiatría, las cuales con sus aportes, más el concepto de criminología puramente médico-anatómico, permiten establecer un nuevo concepto de criminología como una patología, como una enfermedad.

Toma mayor importancia este momento histórico por cuanto es aquí donde se comienza a forjar la criminología positivista⁴, como ciencia rígida, netamente causalista y curativa del mal que implica el fenómeno criminal (Baratta, 2004). Surgen como consecuencia de este enfoque criminológico las penas indeterminadas, pues la fijación de una pena a un tiempo determinado contrariaba la visión de la pena como paliativo de una enfermedad, representada en este caso por el delito, que hasta este punto, era visto un como una cuestión natural; dicho de otro modo surge la cárcel terapéutica.

Pero lo que resulta aún más importante es el surgimiento de la penología como parte fundamental de estudio de la criminología, que hasta esa época histórica se había abocado a analizar al sujeto como fuente del delito per se. Y es aquí donde se obtienen dos grandes legados en la criminología que más adelante permitieron la ruptura de paradigmas, una de ellas es la graduación o escalonamiento de la pena⁵ privativa de libertad y un segundo legado que es la visión resocializadora de las penas o bien la mera función disciplinaria de gobierno.

³ Aunque se mencione el ingreso de la psicología en este momento histórico por su participación el análisis del fenómeno criminal en el sistema nervioso autónomo, realmente la psicología toma su importancia más adelante en la historia con el interaccionismo y una visión más de sociedad.

⁴ El positivismo debe entenderse como aquella postura de conocimiento absoluto, que deriva del método científico y que elimina cualquier cuestionamiento, pues se ve en sí mismo como una ciencia exacta que no da lugar a la interpretación.

⁵ Los sistemas penitenciarios más calificados aplican la graduación o escalonamiento de las penas con la intención de alcanzar la resocialización, permitiendo otro tipo de mecanismos de pena, distintos a la contención física conforme sea el avance del privado de libertad.

Hasta este punto se ha analizado el desenvolvimiento de la pena de prisión a través de los años y habiendo superado el filtro de cada una de las escuelas de pensamiento criminológico, y a este punto sabemos que existió un proceso de ruptura de la criminología positivista hacia la criminología crítica, ellos por medio de la intervención de muchas otras ciencias auxiliares, como la psicología y la sociología que le permitieron a los estudios de la cuestión criminal dejar de analizar al individuo como fuente de producción del delito como categoría natural y comenzar a analizar su entorno, sus vivencias, sus valores entre y una serie de factores que hicieron más complejo el hecho criminal y por ende la penología. (Baratta, 2004) Sin embargo para efectos de la investigación que nos ocupa no es posible dedicarlo a establecer todo el proceso de cambio del positivismo hacia la criminología crítica, pues a juicio de quien expone es un tema que debe desarrollarse ampliamente.

Por lo anterior, podemos dedicarnos a analizar en este punto una interrogante: ¿qué opinan los criminólogos críticos sobre la cárcel?. Sobre este punto el profesor Iñaki Rivera ha señalado en sus obras la distinción entre la cárcel real y la cárcel legal y al efecto se ha referido: *“que es profunda la brecha que separa a la cárcel legal de la real y dijo que el **“perverso”** sistema de premios y castigos es el que domina el tratamiento penitenciario”*. (Pérez A. , 2012). Esta sola indicación revela que la posición generalizada de los criminólogos críticos sobre la prisión es que consideran a la misma como un mecanismo de disciplina y no como un instrumento de resocialización. En la entrevista rendida por el Profesor Rivera Beiras, a un programa radial denominado “Crítica Radial”, se le consultó: **“¿Qué diferencia existe entre la cárcel legal y la cárcel real?”** y se indicó: *“...Si yo le cuento a la gente sobre lo que legalmente se dice de la cárcel, le digo que es una institución que está orientada a la reeducación y reinserción de las personas; que los presos, al menos en la ley penitenciaria española, tienen derecho de habilitar una celda individual, a recibir una remuneración en el trabajo en igualdad de condiciones de las personas que viven en libertad, que en general tienen excelentes condiciones materiales de vida y que tienen cubiertos una serie de derechos fundamentales.*

Sin embargo, si yo le transmito eso a la gente, no le estoy contando la realidad de la cárcel. En todo caso, le estoy contando cómo la cárcel debe ser, cómo está diseñada en la norma jurídica y cuáles son las funciones que la cárcel debería de cumplir...” (Beiras, 2012), Rivera Beiras deja muy en claro que este no es su verdadero pensamiento sobre la cárcel, sino es el concepto mayoritariamente admitido, que fue creado por una disposición legal y que es el carácter imperativo e la norma el que se ha encargado de que se siga creyendo que la cárcel puede describirse de ese modo. Asimismo se define la cárcel real como: “...*Si en lugar de hacer todo eso, te pido que me acompañes al interior de la cárcel, verás que los presos no habitan una celda individual, sino que viven de a tres o de cuatro en escasos metros cuadrados; que no trabajan o si trabajan, no cobran los salarios que dice la ley; que la reeducación o reinserción termina siendo una quimera bastante insultante en la realidad carcelaria. Por tanto, concluiremos en que la cárcel real no se compadece o corresponde con la cárcel legal...*” (Beiras, 2012).

Esta misma posición de cárcel como institución de disciplina y no como instrumento de resocialización, es sostenida por Josep García Borés, en su obra “*La Psicología de las Instituciones*”, y en ella dedica un capítulo exclusivo a la pena institución de la cárcel y establece que ésta, es una institución total, ello conforme la clasificación que hace Goffman en su obra “*Asylums*”⁶, por medio de la cual se exaltan las políticas generalizadas de control en las cárceles en las que se pretende un sometimiento de la población carcelaria, en donde se busca una única autoridad a la cual deben someterse todos los privados de libertad, por medio de la estructuración de una vida idéntica para todos los habitantes penitenciarios, quienes deberán ajustarse a un “*régimen de vida artificial*”, según hace ver el profesor García Borés. Y como medio para lograr este régimen, se ha instaurado un sistema de mortificaciones y privilegios o castigos y privilegios, en donde se reconoce a

⁶ *Asylums: Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales y otros reclusos* es un libro de 1961 por el sociólogo Erving Goffman . *Asilos* era un texto clave en el desarrollo de la desinstitucionalización

través de “*recompensas*” los comportamientos de obediencia, recompensas que al final se traducen en privilegios mínimos consistentes en poca mortificación, mientras que la mortificación por su parte implica la ausencia de privilegios o libertades. Cayendo en lo que denomina el autor un “chantaje institucional” (García-Borés, 1995).

Refiere el García Borés que el “mundo de la cárcel”, su política y estructura implica una mutilación “del yo”, pues la inyección constante del principio de obediencia sobre los privados de libertad implica la pérdida o deposición de la autodeterminación (García-Borés, 1995) según lo hace ver el disertador en su obra; lo cual implica un aislamiento psíquico y social de las personas, e inutiliza a los privados de libertad para el futuro ejercicio de cualquier rol social.

Aunque existen innumerables posiciones de los criminólogos críticos sobre la cárcel, no es posible abarcarlos a todos, pero sí podemos concluir a partir de las posiciones de los autores analizados, que la pena de prisión es para los críticos, un resabio heredado de la criminología positivista, la cual solo responde a la vieja ideología del bio-criminal, del delito como patología y la cárcel como su cura. En suma a ello la cárcel es considerada por la corriente de los criminólogos críticos como una institución de disciplina o castigo, pero no como un instrumento de resocialización. Se adiciona que de lo antes expuesto, refieren los autores que son más las consecuencias negativas que conllevan las penas privativas de libertad, frente a los beneficios que puedan ofrecer; siendo que esto abre las puertas a un amplio discurso que no forma parte de la presente disertación.

Finalmente García Borés, señala una problemática que se ha generado a nivel mundial en torno a las penas de prisión, y puntualiza que muchas veces el tema de los espacios reducidos en las cárceles, implica una serie de consecuencias negativas en perjuicio de la población penitenciaria, ya que reduce las condiciones de salubridad, facilita los brotes de enfermedades infecto-contagiosas, muchas veces en razón del hacinamiento carcelario. Sin embargo el tema del espacio no solo puede repercutir desde el punto de vista físico, sino también genera desajustes a nivel psicológico, sobre lo cual refiere el autor al decir que el poco espacio en las

cárceles y aumento en el hacinamiento, impide que los reclusos tengan un solo espacio en soledad, anula por completo la privacidad (García-Borés, 1995).

iii. Hacinamiento carcelario en Costa Rica.

Una vez que se ha analizado el surgimiento de la pena de prisión, y sus diferentes cambios a través de la historia humana, es necesario dirigir la visión hacia la situación carcelaria costarricense en nuestros días. Estamos acostumbrados a escuchar la alarmante situación de las cárceles de nuestro país, sin embargo nos acogemos a ese sentimiento de desidia generalizado, en donde existe una verdadera apatía por lo que sucede con aquellas personas que cruzan al *“mundo de las tinieblas”*.

Los medios de comunicación colectiva de nuestro país, y en general los ciudadanos costarricenses por medio de las redes sociales, exigimos al aparato punitivo un sistema de *“cero tolerancia”* como supuesto remedio a la inseguridad ciudadana, pedimos día a día que las personas indiciadas (ni siquiera las personas sentenciadas) vayan a prisión, atentando con ello cada día más contra la institucionalidad y la democracia, pues tales presiones, sólo permiten socavar los principios de inocencia y debido proceso, así como el principio de independencia judicial que deben ostentar los juzgadores administradores de justicia penal. Pero se pregunta quien expone, ¿conocemos los costarricenses el verdadero estado las cárceles de nuestro país?.

Para dar respuesta a la anterior interrogante, debemos analizar en primera instancia que Costa Rica cuenta con 14 centros penitenciarios, a saber: Centro de Atención Institucional San José, Centro de Atención Institucional Buen Pastor, Centro de Atención Institucional Pérez Zeledón, Centro de Atención Institucional La Reforma, Centro de Atención Institucional San Rafael, Centro de Atención Institucional Adulto Mayor, Centro de Atención Institucional Gerardo Rodríguez Echeverría (El Virilla), Centro de Atención Institucional San Ramón, Centro de

Atención Institucional San Carlos, Centro de Atención Institucional Cartago, Centro de Atención Institucional Liberia, Centro de Atención Institucional Puntarenas, Centro de Atención Institucional Limón y el Centro de Atención Institucional Pococí. Situación que cuando se analiza, podría pensarse que se trata de una gran cantidad de centros penitenciarios, para un país como Costa Rica cuya extensión territorial no sobrepasa los 52100 kilómetros cuadrados, sin embargo los datos estadísticos publicados por la Revista de Ciencias Jurídicas, indica que se torna alarmante el estado de hacinamiento carcelario en nuestro país.

El profesor Jorge Enrique Romero Pérez, en la edición 134 de la revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, realiza un compilado de las notas periodísticas más trascendentes en la realidad nacional, pero además establece que los centros penitenciarios de Costa Rica, tienen para agosto del año 2014, un sobrepoblación carcelaria del 37.3%, lo cual refiere el profesor Romero Pérez, se puede traducir en un excedente de 3587 privados de libertad por cada centro penitenciario. Asimismo se ha indicado que existe una sobrepoblación carcelaria que implica un porcentaje de hacinamiento del 20 al 25 %. Cifras que se vuelven sumamente preocupantes cuando se analiza, que según estos mismo datos que proporciona el catedrático en su artículo, la población de reos en nuestro país crece en un porcentaje de 30% anual, comportamiento que se ha mantenido en nuestro país desde el año 2013. (Pérez J. E., 2014)

La situación más preocupante del hacinamiento carcelario, además de los múltiples atropellos a los derechos humanos que se pueden generar a partir de tener a personas privadas de libertad (muchas de ellas sin sentencia judicial firme), es que el sistema penitenciario se empieza a alejar de su objetivo resocializador. Entre las conclusiones del profesor Romero Pérez, se tiene que el sistema carcelario en realidad es una escuela del crimen y por ello no hay para los internos reeducación, reinserción, resocialización ni rehabilitación. (Pérez J. E., 2014).

Según esta misma fuente de información, que se ha venido citando, el problema del hacinamiento carcelario, no es un fenómeno novedoso, sino que remonta desde mucho tiempo atrás, pues si se observa con detenimiento algunos acontecimientos históricos vemos como la problemática del hacinamiento proviene incluso desde la existencia de la Penitenciaría Central fundada en 1906 y que estuvo en funcionamiento hasta 1979, contando con una capacidad para albergar a 480 privados de libertad, pero llegó a tener 2000 reclusos. (Pérez J. E., 2014) De la misma manera en el año 1971 se funda el Centro de Rehabilitación La Reforma con una capacidad para mantener a 1000 privados de libertad, y dicho centro penitenciario ha llegado a tener 2200 reos dentro de sus muros.

Las causas del hacinamiento carcelario pueden ser muchas, y entre las más comunes se señala en nuestro país el aumento en la aplicación de la prisión preventiva, lo cual ha generado altos índices de privados de libertad indiciados, a quienes el sistema penitenciario debe soportar y dar un tratamiento distinto, tomando en cuenta que sobre ellos aún no recae una sentencia condenatoria, pero que de cualquier manera, representan un porcentaje importante en la población penitenciaria.

Nuestro país, lejos de lograr la disminución en los índices de hacinamiento carcelario, ha incrementado dichas cifras, en virtud de que para el año 2010, el porcentaje de sobrepoblación carcelaria era de un 23.6%, y vistos los datos actuales anteriormente expuestos, vemos en un plazo de cuatro años el porcentaje de sobrepoblación aumentó en un 13,7%, es decir 3,4% cada año.

Ejemplo. Centro de Atención Institucional de Pérez Zeledón.

Para obtener una muestra de realidad, es necesario analizar la cárcel no desde los planteamientos teóricos, ni desde la ley misma que ordena a las personas ingresar a ésta, sino que si lo que se pretende es analizar sociológicamente la cárcel, es necesario ver la cruda realidad de la prisión. Si bien, he expuesto una situación de hacinamiento que abarca todos los centros penitenciarios de Costa Rica, no resulta posible para efectos de esta investigación, abordar el caso de todas las prisiones costarricenses, sino que nos abocaremos a ejemplificar la problemática descrita, con base en el estado actual del Centro de Atención Institucional de Pérez Zeledón (Centro Penal El Valle), la cual aunque con algunas particularidades nos dará idea acerca de la crítica situación que enfrentan los establecimientos carcelarios nacionales.

Durante el mes de febrero de dos mil quince, funcionarios del Ministerio de Salud del Área Regional de Salud de Pérez Zeledón, visitaron el Centro Institucional del Valle de Pérez Zeledón, a fin de realizar una inspección acerca de las condiciones físico sanitarias de dicho centro penal. (Herrera, 2015). Ante la observación de resultados, sorprende poco, que la primer situación detectada por los funcionarios del Ministerio de Salud, fue la sobrepoblación carcelaria en algunos pabellones del centro penitenciario. **(Véase figura No.1)**

Y al efecto refiere el informe de cita: *“...Según lo observado y lo indicado por la dirección el centro penal cuenta actualmente con una población total de **1164 privados** y con una estructura física para albergarlos de 15 módulos construidos, se verifica en la inspección que el centro penal cuenta con módulos nuevos los cuales son el F1, F2 y el F3, dichos módulos mantienen condiciones físicas semejantes, son construidos en concreto distribuidos en curtos(sic) corridos con capacidad para 21 camas conocidos como camarotes lo que da una capacidad por pabellón de 84 camas...”(el resaltado no es del original).*

No obstante para arribar a datos correctos, debe hacerse una clara distinción entre los conceptos de sobrepoblación carcelaria y hacinamiento carcelario, dado que dichos términos comprenden problemáticas distintas y suelen utilizarse de manera indiscriminada, sobre todo por los medios de prensa y comunicación masiva. Pero la existencia de sobrepoblación carcelaria, entendida como la presencia de un número de personas superior al que el establecimiento penitenciario puede albergar, no necesariamente implica hacinamiento carcelario, el cual define Carranza como: *“hay más de una persona donde solo hay espacio para una”* (Carranza, 1996)

Centro de Atención Institucional de Pérez Zeledón					
Pabellón	Capacidad	Población actual	Pabellón	Capacidad	Población actual
A1	40	40	C	80	107
A2	40	40	D	32	39
A3	40	36	E1	96	94
A4	40	39	E2	96	194
A5	30	29	E3	40	47
B1	80	103	F1	84	86
B2	80	114	F2	84	102
--			F3	84	89

Figura No. 1. Según el informe técnico 9 de los 15 pabellones que componen el centro penal presentan condiciones de sobrepoblación penitenciaria.

Aunque los conceptos anteriormente dichos guarden cierta similitud, no necesariamente la existencia de uno implica la presencia del otro, es decir aún cuando exista sobrepoblación carcelaria, no necesariamente existirá hacinamiento carcelario. Lo cierto del caso es que en el Centro de Atención Institucional de Pérez Zeledón, se concluyó irónicamente la presencia de hacinamiento carcelario en algunos de los pabellones, los cuales dicho sea de paso, albergan personas indiciadas⁷. Y al efecto refiere: “...Los pabellones “E”, estos pabellones mantienen condiciones de hacinamiento, en específico el pabellón E2, esta situación del pabellón E2 ha sido reiterada e informada en varias ocasiones a la sala constitucional, así como las condiciones de deficiencias físico- sanitarias existentes

⁷ Privados de libertad sin sentencia condenatoria firme.

*en dichos módulos, como lo es el caso del no funcionamiento de algunas letrinas y duchas que utilizan los privados de libertad...”*⁸

Como se indicó líneas más arriba, la problemática del hacinamiento carcelario, se extiende por todo el territorio nacional, y esta patología la sufren otros países a nivel mundial. A criterio de quien expone, el hacinamiento carcelario no puede ser analizado solamente como un problema per se, sino que conlleva una serie de problemas graves derivado de la violación a los derechos humanos de las personas privadas de libertad, a quien una sentencia les ha restringido su derecho al libre tránsito, pero no se les ha relevado de su derecho a la salud, o de condiciones dignas. Sobre este punto la Sala Constitucional resuelve en el voto 2009-002785, de las dieciséis horas y treinta y cinco minutos del veinte de febrero del dos mil nueve, de la siguiente forma: “ *...los internos en un centro de reclusión, a pesar de ver restringidos algunos de sus derechos, principalmente el atinente a su libertad de tránsito, siempre gozan de la tutela que merecen sus derechos fundamentales por su condición de seres humanos. De esta manera, se ha postulado que si el Estado, cumpliendo con una función pública como lo es el velar por la seguridad ciudadana,*

⁸ Informe técnico BRU-ARSPZ-ERS-0466-2015: “...**Condiciones generales Pabellón E1, E2 Y E3** Los pabellones E1, E2 y E3 son módulos construido con paredes en concreto hasta la altura del techo en buena condición, el piso es en concreto lujado en buena condición, la estructura del techo es en metal tipo malla, la cual sirve de cielorraso en buena condición, las paredes laterales cuenta con block tipo ornamental, el cual brinda ventilación natural, Los módulos **E** tiene una división interna de 4 áreas de dormitorio, cada una de estas cuenta con su batería sanitaria y un patio común ubicado al centro del modulo el cual es utilizado para esparcimiento durante el día...**Área de cuartos** Los pabellones E1 ,E2 y E3 cuenta con cuatro cuartos por modulo o pabellón con un área total de 60.55 m² cada cuarto, en cada cuarto se ubican un total de 11 camarotes para un total de 44 camarotes con una capacidad instalada de 88 camas por pabellón, actualmente el pabellón E2 cuenta con una capacidad instalada de 96 camas y cuenta actualmente con una población de 194 personas, lo que viene a complicar las condiciones de estos privados de libertad, en total par los tres pabellones hay una población total de **335** privados, por lo que viendo la capacidad instalada de 232 camas, el restante **68** privados están actualmente durmiendo en colchonetas debajo de los camarotes y en los espacios libres que quedan tanto en las habitaciones como en los diferentes área como los servicios sanitarios y duchas.

aísala y priva de su libertad a personas que han infringido la ley, o bien, se encuentran privadas de su libertad por existir una probabilidad razonable de haber cometido un ilícito, debe hacerlo dentro del marco del respeto a los derechos humanos...”.

De la misma manera, el hacinamiento carcelario, no es solo un problema social, sino también político, en virtud de que surgen para el Estado una serie de situaciones que colocan en “jaque” las políticas criminales, y se hace necesario valorar otras alternativas de sanción distintas a la prisión, pues como lo han señalado algunos criminólogos críticos, la cárcel no constituye la solución al fenómeno criminal.

iv. Retiro del proyecto de ley n. 9271 en la administración Chinchilla Miranda.

El Gobierno de Costa Rica, y la administración penitenciaria, no han quedado excluidos de la crisis causada por el hacinamiento carcelario en nuestro país, en virtud de que desde hace algunos años, se valora la posibilidad de sanciones alternas a la prisión, pero las tendencias de populismo punitivo, y las falsas promesas de “cero tolerancia” a la delincuencia, como garantía de la “seguridad ciudadana”, siguen siendo más fuertes aún que la propia necesidad de garantizar los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las cárceles de nuestro país.

Durante el año 2013, por primera vez se llevó ante la Asamblea Legislativa costarricense, el proyecto de Ley de Mecanismos Electrónicos de Seguimiento en Materia Penal, tramitado bajo el expediente legislativo número 17665, y éste se planteó como una solución al hacinamiento carcelario costarricense. No obstante al gobierno costarricense, le atemorizó la idea de autorizar la salida masiva de personas privadas de libertad bajo estos mecanismos, y fue entonces cuando la entonces presidenta de la nación Laura Chinchilla Miranda y el señor Carlos Ricardo Benavides exministro de la presidencia de Costa Rica, mediante el decreto ejecutivo

número DMP-193-2013, ordenaron el retiro del proyecto de ley del plenario, hasta tanto no se obtuviera un criterio por parte del Poder Judicial.

Desde luego que lo criticable en las acciones de los mandatarios, no es la solicitud de un criterio técnico de los órganos que administran justicia, sino las razones que los mueven a declinar del proyecto, sin que sus acciones posteriores evidenciaran un verdadero interés en que el proyecto de ley saliese adelante, pues durante el resto de su gestión no fue valorado nuevamente. En cuanto a las argumentaciones dadas por los mandatarios, el periódico La Nación, publicó en fecha 4 de abril de 2013, en donde la mandataria en ejercicio “llama a la calma” al pueblo costarricense, y asegura que el proyecto de ley no va a ser aprobado como sanción penal, sino únicamente como medida cautelar y que será autorizado bajo criterios sumamente estrictos, lo cual es apoyado por el actual presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Carlos Chinchilla. Por su parte la defensa pública pidió que se ampliara la aplicación del proyecto para que el uso de brazaletes electrónicos, fuese dirigido a privados de libertad condenados por primera vez a penas inferiores a los seis años de prisión. (La Nación, 2013).

Visto lo anterior, no queda duda que nuestro país se sigue inclinando al mandato por las exigencias del clamor social y el populismo punitivo, por encima del verdadero resguardo de los derechos humanos y los fines resocializadores de la sanción penal. Sin temor a equivocarme, es claro que el proyecto de ley fue retirado, por un sentimiento de temor que embargó a los mandatarios encargados de tomar una decisión desfavorable a los requerimientos populares.

B. Uso de la tecnología aplicada al Derecho Penal.

Faustino Gudín Rodríguez Magarriños señaló que la: “tecnología es el nexo de unión entre lo que el hombre imagina o ansía y la realidad existente”. (Rodríguez-Magarriños, 2007). A través de la historia humana, la tecnología ha sido utilizada por el ser humano para solucionar cualquier problema o incomodidad que se presente, al punto de lograr acciones que su anatomía no le permiten, para poder volar o transportarse a otras latitudes a mayor velocidad y en el menor tiempo posible.

Como lo apunta el autor antes citado, la tecnología ha representado para el hombre la forma de solucionar todos sus conflictos y de una u otra manera imponerse ante las otras especies, adaptarse a los distintos ambientes y generar facilidades para su modo de vida. El caso de la cárcel no ha escapado de las aplicaciones tecnológicas, pues según se señala por Rodríguez Magarriños, la cárcel ha sido utilizada como laboratorio de seres humanos por muchos sociólogos, políticos, filósofos, neurólogos, psiquiatras y juristas. (Rodríguez-Magarriños, 2007). Precisamente este hábitat, es el tubo de ensayo de los primeros estudios de la criminología positivista, en donde se empieza a estudiar al ser humano delincuente como una especie hipoevolucionada, de ahí los planteamientos de Francesco Giuseppe Gall (1758-1828), Lauvergne (1797-1859) y Cesare Lombroso (1835-1909), cuyas teorías se basaron en que el fenómeno criminal obedecía a malformaciones craneales, ello con base en el estudio clínico de muchos privados de libertad en cárceles y hospitales psiquiátricos.

Posterior a las ideas Lombrosianas, durante los años XX, se da en los Estados Unidos de América, una explosión delictiva específicamente en la costa este, lo cual genera una gran inversión de recursos estatales para tratar el fenómeno criminal y ubicar a los delincuentes dentro de la figura del “american dream”. (Rodríguez-Magarriños, 2007). Sin embargo, como lo refiere el autor de cita, la tecnología no solo debe tener ideas técnico-científicas, sino también éticas, pues su uso puede ser utilizado en una amplia gama de posibilidades y sus consecuencias

pueden ser atroces. De esta manera es como durante el siglo XX, tanto en Norteamérica como en Alemania, se introducen al sistema penitenciario las ideas nocivas de la tecnología para la “higiene racial”, y producto de ello se inicia un proceso de esterilización entre los años de 1907 a 1939, en donde más de 30000 personas se vieron afectadas. Se sostuvo por los tratadistas anglosajones de la época que la especie humana podía ser mejorada limitando la reproducción de gente inferior y promoviéndolo entre la gente superior. Todo esto mientras la Alemania Nazi, se convertía en ejemplo vivo para el mundo de política de salud progresista y es por ello que las prácticas germanas se repiten en otros países de corte fascista, utilizando las cárceles como su laboratorio. (Rodríguez-Magariños, 2007)

Pese a lo anterior, debe destacarse que el uso de la tecnología en la cárcel no fue solamente para tratos crueles y racistas, sino que posteriormente, se emplea bajo criterios éticos a fin de sustituir la prisión por otros medios tecnológicos, logrando un fin igual o muy similar al encerramiento. No obstante esto tiene origen posterior a 1980, cuando el presidente de los Estados Unidos, Ronald Reagan, autoriza el uso civil de las señales de transmisión telemática⁹, posterior a que las mismas fueran utilizadas exclusivamente por la carrera armamentista y de esta nace el sistema GPS¹⁰.

Como ya es sabido las primeras aplicaciones del sistema GPS, fueron de carácter armamentista, para controlar tropas y equipamientos, posteriormente se le dieron usos como el control de vehículos de transporte público, la ubicación de

⁹ En junio de 1977, se transmiten las primeras señales test por un satélite de prueba. Posteriormente en 1978, el Departamento de Defensa de Estados Unidos de América, puso en órbita una red de 24 satélites para mantener localizadas las tropas y el equipamiento de su ejército. (Rodríguez-Magariños, 2007)

¹⁰ GPS (Global Positioning System). GRPS (Global Packet Radio Service). Todos los navegadores portátiles poseen una antena que les permite comunicarse con el satélite. Una vez captada la señal del espacio aplican una fórmula matemática para calcular la latitud y la longitud, es decir, la ubicación exacta en el espacio que revele donde se encuentra el portador del dispositivo. También están equipados con un programa de navegación que les permite desplegar los planos de pantalla y así informar al usuario sobre el país o la ciudad donde se encuentra. (Rodríguez-Magariños, 2007)

personas o de lugares de accidentes e incluso en el campo de la geodesia y la topografía para la medición de terrenos y altitudes.

i. Dispositivos electrónicos de seguimiento. (formas de vigilancia)

Como se apuntó algunas líneas arriba, Costa Rica recién aprobó el primer proyecto de ley en lo que respecta a los dispositivos de seguimiento electrónico en materia penal. No obstante no se conocen casos aún en los que se hayan aplicado, situación que vislumbra alguna lentitud en la logística gubernamental, para poder materializar lo dispuesto en la norma jurídica. También debe tomarse en cuenta, que hasta el momento, Costa Rica tampoco ostenta un reglamento que señale puntualmente los detalles y pormenores en cuanto a las formas de vigilancia por medio de mecanismos electrónicos en materia penal. Si bien es cierto la Ley número 9271, como se analizará en el capítuló siguiente, reformó la legislación sustantiva y procesal, autorizando el uso de estos mecanismos electrónicos de vigilancia aun no se han observado ejemplos de su funcionamiento en nuestro sistema penal.

Por lo anterior, conviene analizar las formas de seguimiento o vigilancia electrónica que hoy día se aplican. Refiere Faustino Gudín que existen dos sistemas de vigilancia bastante heterogéneos (Rodríguez-Magariños, 2007):

- a) *Sistemas pasivos*: Consiste en un sistema aleatorio de llamadas telefónicas realizadas por un ordenador, las cuales se dirigen a una zona determinada en la que debe encontrarse el sindicado, y él personalmente debe contestar y su identidad es confirmada por sistemas de reconocimiento de voz.¹¹

¹¹ Este tipo de mecanismos es utilizado primordialmente en los Estados Unidos, o países con suficientes recursos para emplear dicho métodos. (Rodríguez-Magariños, 2007)

- b) *Sistemas activos*: se caracterizan por imponer restricciones a la movilidad de ambulancia del sindicado, restringiendo las áreas por las que éste pueda movilizarse, para que el individuo pueda ser localizado. Estos sistemas utilizan un dispositivo que porta el individuo, el cual transmite una señal a una radio base o estación de vigilancia. Si el portador abandona la zona en la que se le está permitido mantenerse, se acerca a aquella que le ha permitido acercarse o destruye el dispositivo la alarma se activaría.¹²

Asimismo y aun de forma más gráfica apunta José Beltrán que los sistemas de seguimiento activo-GPS, consisten en el “...sistema de vigilancia electrónica a través del cual se instala un dispositivo en un brazalete o tobillera en el cuerpo del sindicado, imputado o acusado, según fuera el caso, el cual lleva incorporada una unidad GPS, que transmite la ubicación del beneficiario, indicando si ha llegado a las zonas de exclusión...” (Beltrán, 2009).

Los sistemas de colocación global, utilizan tres componentes¹³: satélites, una red de las estaciones de la tierra y dispositivos móviles del usuario. (Rodríguez-Magariños, 2007). Estos dispositivos, lo que pretenden es facilitar un control por parte de una determinada autoridad, y aunque el ejemplo más claro que conocemos es el uso en la administración penitenciaria, existen otros usos relacionados con el control de bebidas alcohólicas¹⁴ o el monitoreo de padecimientos cardíacos en forma ambulatoria.

¹² Ver imagen no.2 sobre los sistemas de seguimiento activo. Imagen tomada de sitio web: <http://www.eluniversaldf.mx/home/grafico-animado-purgan-condena-fuera-de-prision-con-brazalete-electronico.html>.

¹³ Ver imagen no.1 Sobre los sistemas de vigilancia GPS. Imagen tomada de sitio web <http://www.eluniversaldf.mx/home/grafico-animado-purgan-condena-fuera-de-prision-con-brazalete-electronico.html>

¹⁴ Se ha dado otra aplicación técnica a los dispositivos de seguimiento electrónico, para que los mismos puedan comunicar la tasa de alcohol en sangre, utilizando un alcoholímetro integrado. (Rodríguez-Magariños, 2007)

En cuanto a los fines de estos dispositivos se apunta que pueden ser utilizados para varios propósitos, entre ellos mantener al individuo sujeto a vigilancia en una ubicación determinada, por lo general su casa, asimismo impedir que frecuenten o circulen por ciertos lugares y/o se acerquen a determinadas personas como víctimas y testigos. Pero sin duda uno de los principales fines, es el monitoreo continuo sin crear obstáculos a su circulación. (Leal).



Figura No. 2 Sistemas de vigilancia activa por medio de sistemas de posicionamiento global GPS.



Figura No.3 Sistemas de vigilancia activa.

ii. Tipos de dispositivos electrónicos.

Como ya se ha expuesto existen varias modalidades de dispositivos de vigilancia electrónica, y Costa Rica por medio de la promulgación de la Ley 9271, avaló el uso de brazaletes electrónicos en sustitución de la pena privativa de libertad, y como medida cautelar sustitutiva. Conviene por tanto, señalar como último antecedente, cuales son los dispositivos que autoriza la Ley de mecanismos electrónicos de seguimiento en Costa Rica.

De la lectura del texto legal, no se extrae esta información como tal, sin embargo, el Poder Legislativo avaló el uso de dispositivos electrónicos con vista en el expediente legislativo número 17665, se ha permitido el uso de dispositivos electrónicos de seguimiento, los cuales cuentan con sistema de GPS integrado, a fin de que cumplan las tres modalidades, es decir el seguimiento del indiciado o condenado para evitar que el mismo se apersona a zonas prohibidas por la autoridad judicial, se aleje de aquellas a las que se le ha confinado y no se separe del dispositivo electrónico.

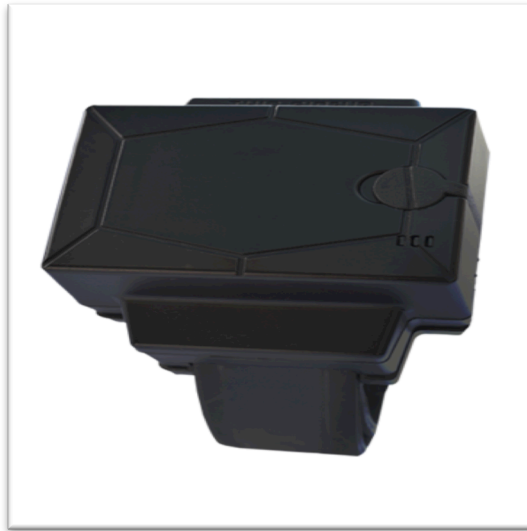


Figura No.4 Brazalete que se utilizaría en Costa Rica, una vez que se materialice la utilización de los dispositivos electrónicos.

Según se observa a folio 428 del expediente legislativo 17665, mediante el cual se analizó en el plenario el proyecto de ley que posteriormente se autorizó en Costa Rica como Ley número 9271; se tiene que la tecnología a utilizarse, sería la que distribuye la empresa Birkcom and Technologies S.A; que opera bajo el nombre comercial MonitoREOS. Por lo que especula que el dispositivo a utilizarse es un brazalete electrónico grillete o pulsera electrónica para el rastreo, utilizando tecnologías de rastreo GPS/GLONASS/RF¹⁵ (véase imagen no.3), con las siguientes características (Expediente Legislativo Proyecto de Ley 9271, 2014):

- Tecnología de Rastreo GPS
- Tecnología de Rastreo GLONASS
- A-GPS / LBS
- Tecnología Cuatro Banda 850/900/1800/1900 MHz GSM/GPRS
- Reporta cada 15 segundos
- Tiempo, Fecha, Velocidad, Dirección, Verja Virtual (Radio y Polígono)

¹⁵ Información obtenida del sitio web: <http://monitoreos.net>

- Zona de Inclusión / Zona de Exclusión / Zona de Peligro
- Trama de Movimientos Históricos hasta 5 años
- Miles de registros diarios de posición y eventos (hasta 5,760)
- 100% Materiales Hipo Alérgico
- Brazalete con Seguridad con Alerta de Violación Remota
- Brazalete con Seguridad con Tecnología de Fibra Óptica
- Reporta en Tiempo Real rupturas accidentales, atentos de violación o manipulación o si fue dejado caer.
- Reporta en Tiempo Real vía posicionamiento dinámico con base intercalada o distancia recorrida.
- Peso 7.5 oz.
- Vida de Batería mayor a 24 horas con una sola carga completa
- Dimensiones: 2.75 x 3 x 1.5.
- FCC (EEUU) EN & CE (En Proceso)

Dentro de las pretensiones de este dispositivo se tiene el control de los sujetos condenados, así como el control en medidas cautelares. Su uso según la información obtenida del expediente legislativo, se pretende dirigir hacia la protección de víctimas y el uso de sustancias no autorizadas o el consumo del alcohol, sin embargo este punto no es tratado por la ley aún.

SEGUNDO CAPÍTULO

Ley de Mecanismos Electrónico de seguimiento en materia penal en el Derecho comparado y Proyecto de Ley No. 9271

A. Mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia en materia penal en el Derecho Comparado.

A pesar de que Costa Rica cuenta con un sistema penitenciario, el cual se ha exaltado por algunas organizaciones como un sistema avanzado, precisamente por la existencia de escalones o niveles de avance que permiten bajo una realidad normativa resocializar al condenado desde su encerramiento y hasta su supuesta rehabilitación. Sin embargo nuestro país no se encuentra a la vanguardia en el tema de sanciones alternativas a la prisión, y por el contrario muchas otras naciones cuentan con camino recorrido.

Conviene en este caso desarrollar las experiencias que han vivido otros estados en Norteamérica, Europa e incluso Latinoamérica, a fin formar una idea de lo que podría deparar este sistema de mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia, una vez que Costa Rica inicie su efectiva ejecución. Aunque se trate de latitudes distintas, es importante a juicio de quien expone analizar cuál ha sido el impacto de dichos sistemas sobre los problemas de la administración penitenciaria como lo es el hacinamiento carcelario.

i. Caso de Estados Unidos de América.

Aún y cuando el tema de la vigilancia electrónica a distancia en materia penal, es un concepto recién incorporado en algunas legislaciones americanas, es lo cierto, que no se trata de una invención novedosa, pues según refiere Fautino Gudín Rodríguez Magarriños, en 1919 el ejército estadounidense ya utilizaba mecanismos de vigilancia a distancia para el seguimiento de tropas militares, aviones o barcos. También se le dio uso por parte de biólogos dedicados al

estudio de ciertas especies, a fin de dar seguimiento a las mismas por tierra y por mar. (Rodríguez-Magariños, 2007).

Sin embargo es al profesor Ralph Schwitzgebel, de la Unidad de Harvard, a quien se le atribuye el título de fundador de la vigilancia a distancia como medida de control penitenciaria, mediante el método que denominó el bostoniano “*la psicotecnología*”, cuyo planteamiento fue demostrar cómo la psicología fusionada con la tecnología podía ayudar a variar los cánones habituales de conducta de ciertas personas, específicamente de privados de libertad. (Rodríguez-Magariños, 2007)

Durante los años setenta existieron postulados acerca de estos sistemas denominados “probation”, en donde Ingraham y Smith, consideraron que la utilización de estos dispositivos podría ser una alternativa a la cárcel y por ende a los problemas que de la misma resulten. Pero es hasta el año 1983, que este mecanismo se utiliza en la vía judicial gracias al “case law”, el juez Jack Love, decide utilizar este mecanismo por sí mismo y colocar un dispositivo en el tobillo de un joven de Albuquerque, Nuevo México. Un año más tarde, se implementó en Palm Beach, Florida, un sistema de vigilancia para sustituir la pena en delitos menores o poco graves. (Cisneros, 2002).

Destaca la Magistrada española Poza Cisneros, que la utilización de mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia, se caracteriza por: la voluntariedad, la corta duración, repercusión del coste de la persona vigilada y el uso combinado de otros tratamientos. (Cisneros, 2002)

En lo que respecta a Estados Unidos se ha hecho ver que la implementación de este sistema de seguimiento a distancia, no ha logrado impactar en el porcentaje de personas privadas de libertad, pero al parecer tal situación no obedece a la forma de funcionamiento de los dispositivos de seguimiento, sino más bien a la forma de aplicación en la administración penitenciaria anglosajona, en donde no se han contemplado como una alternativa, sino como una “alternativa a las alternativas”. (Cisneros, 2002). Es decir su uso ha sido relegado

de alguna manera limitándose a aspectos que verdaderamente carecen de importancia para el sistema penal, situación que solo refleja un genuino temor gubernamental y una inobservancia al principio de oportunidad.

Entre otros datos estadísticos que se realizan para valorar la viabilidad del sistema de mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia, se tiene que en lo que respecta a la seguridad en la utilización de estos dispositivos, existe un índice de oscilación entre el 70% y 94%, lo cual deja ver que alcanza altas expectativas tratándose de una medida penitenciaria y se sobre entiende lo delicado de la materia. Por otro lado se habla que el porcentaje de reincidentes es de un 25%, lo cual lo sitúa a este sistema muy por debajo de los índices de reincidencia de otras medidas como lo son la cárcel y otras sanciones no privativas de libertad. (Cisneros, 2002) Lo cual es un indicador claro de que la vigilancia a distancia podría acercarse aún más a los fines resocializadores del Derecho Penal; no obstante no podemos ser ingenuos y dejar de lado que los sujetos sometidos a esta medida, son seleccionados cuidadosamente por un perfil prescrito en ley, de manera que tampoco la medida cumple un cien por ciento de la resocialización, pero al menos contribuye con un porcentaje nada despreciable de la población, del cual sabemos que hoy día la cárcel no se ocupa.

Otro aspecto positivo que se ha exaltado en la experiencia estadounidense, en el uso de dispositivos electrónicos de vigilancia es la humanización de la pena (Cisneros, 2002). Sin temor a equivocarme, puedo señalar que no existe en el sistema penal de los Estados Democráticos, pena más inhumana que la pena de prisión. Desde luego haciendo excepción de aquellas naciones que a pesar de hacerse llamar Estados de Derecho, irrespetan la vida humana, por medio de ejecuciones o torturas. La pena de prisión implica en cualquier sistema político, extirpar a una persona de todos sus roles sociales (familiar, social, laboral y otros) y confinarlo al castigo de encerramiento, por haber perdido su derecho a la libertad, pero sin duda alguna las personas pierden algo más que su derecho al libre tránsito, y se inicia el proceso que García Borés señalaba en el capítulo

anterior como la “*pérdida del yo interior*”. (García-Borés, 1995). Posterior a ese proceso y cumplida una pena con fines positivistas, pretendemos que la persona se haya resocializado y se le exige volver a la sociedad, sin resentimiento alguno y pretendiendo que ésta lo asimile con normalidad.

De lo anterior, al menos en la vivencia norteamericana se observa que la utilización de los dispositivos electrónicos de vigilancia a distancia en materia penal, implica el soportar un proceso penal o una pena, sin ser privado de otros derechos que si limita la cárcel, y desde luego que no requiere un proceso de readaptación social de la persona a la sociedad, lo cual no quiere decir que el sujeto no deba ser asistido por el personal de la administración penitenciaria a fin de lograr la erradicación de errores de pensamiento por ejemplo, pero no será necesario que vuelva a aprender a convivir en sociedad, lo cual no es posible hacer estando recluso.

Finalmente aun en el caso de Estados Unidos, tratándose de una potencia mundial, valora positivamente la disminución en el gasto estatal de manutención de un privado de libertad, frente a la utilización de dispositivos electrónicos. (Cisneros, 2002). Es decir, aun y cuando Estados Unidos, a diferencia de muchos otros países, sobre todo subdesarrollados, cuenta con la cantidad de recursos adecuados para hacerle frente, es lo cierto que tal sistema le ha beneficiado por su costo.

ii. Caso de Europa.

En viejo continente no se ha quedado atrás en la utilización de mecanismos de vigilancia a distancia. En Inglaterra, la evolución de estos dispositivos inició entre los años 1989 y 1990, como medida de arresto domiciliario. Sin embargo es hasta la reforma de la “*criminal justice and public order act*” en 1994, con la

inclusión del “*curfew order*”¹⁶ que al año siguiente, se inicia un plan piloto en la ciudad de Manchester, el condado de Norfolk. Y tras una ampliación de los programas pilotos, su vigencia se impone en la totalidad la nación hasta el 28 de enero de 1999. (Cisneros, 2002)

Posteriormente en 1998 y hasta el año 2000, el uso de estos dispositivos, se utilizó para garantizar el cumplimiento de la libertad condicional, por lo que se empleó el uso de mecanismos electrónicos de vigilancia en aquellos privados de libertad que se encontraran a dos meses de cumplir el quantum de la pena impuesta. (Cisneros, 2002). Es decir no se utilizó como medida primaria, sino como instrumento de desinstitucionalización, posterior al cumplimiento de una pena privativa de libertad, lo cual no potenció mucho el uso de estos sistemas.

El sistema de vigilancia electrónica a distancia, se caracteriza según Poza Cisneros, por su implementación “*siempre relacionada con el arresto domiciliario, como pena autónoma o como complemento de otras medidas, exigiéndose el consentimiento del condenado, mayor de 16 años, a un delito cuya pena no esté expresamente determinada por ley*”. (Cisneros, 2002). Asimismo el índice de cumplimiento de estas medidas en el sistema inglés es del 82%.

Dentro de la valoración del sistema de vigilancia a distancia en Gran Bretaña, no se contempla el hacinamiento carcelario como un problema grave, de manera que es difícil establecer que el uso de dispositivos electrónicos haya aumentado

¹⁶ “...The Court may use a curfew requirement to reduce the offender’s opportunities for criminal activity. It may also protect the local community from anti-social behavior. Curfew is appropriate for people aged over 16 who do not need rehabilitative supervision, but where a curfew would be punishment and provide structure to their lives. Curfew hours are often set to times when offending has taken place, which could be during the hours of darkness. Orders last for a maximum of six months, with a curfew of at least two and up to twelve hours per day. A curfew order is similar to house arrest. People must stay indoors, usually at their home, for the curfew period. A tag, worn on the ankle or wrist, notifies monitoring services if the offender is absent during the curfew hours. Electronically monitored curfews are also used for prisoners released under a Home Detention Curfew (HDC)...” <http://www.thelawpages.com/legal-directory/community-sentence-non-custodial.php>

o disminuido la sobrepoblación carcelaria de manera sustancial según índices estadísticos. No obstante tomando en cuenta que el sistema inglés avala la posibilidad de utilizarse como medida alterna a la prisión e incluso como mecanismo de aseguramiento de las penas privativas de libertad, no es difícil deducir que en efecto es una contribución importante para descongestionar los centros penitenciarios.

Adicionalmente, debe señalarse: “desde la perspectiva económica, los costes resultan más reducidos que los generados por la prisión y los trabajos comunitarios, a pesar de no ser objeto de repercusión en el sometido a vigilancia”. (Cisneros, 2002).

Suecia incursiona en la utilización de mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia en materia penal, posterior a la aprobación de la ley del 1 de agosto de 1994, y en este caso sí se utiliza como una verdadera alternativa a la prisión, en aquellos casos en donde se haya dictado una pena no mayor de dos meses en contra del sentenciado. No obstante al menos en sus inicios, Suecia realizó un proceso de utilización de estos mecanismos de forma “automática” y sin cabida para la discrecionalidad judicial, pues lo único que se requería era una pena inferior a dos meses, un informe de idoneidad por parte de la administración penitenciaria y la aceptación del penado. (Cisneros, 2002). Más adelante se amplió el uso de estos dispositivos para todo el territorio sueco, ya que para ese momento solo se había limitado para seis partidos judiciales y además se amplía su aplicación para penas impuestas menores a los tres años de prisión.

Presupuestariamente, Suecia se ha considerado beneficiado al realizar la comparación entre el coste de monitorear a un sujeto con dispositivo de seguimiento (\$75 por día)¹⁷, con relación al coste de manutención de un privado de libertad en régimen de contención física (160 dólares). Adicionalmente el porcentaje de cumplimiento alcanzó un 92%, y se previó la posibilidad de que en

¹⁷ Datos presupuestarios que datan la década de los noventa, que fue cuando se tomó la decisión de ampliar la aplicación de la norma que avalaba los mecanismos de seguimiento electrónico.

caso de incumplimiento el resto de la pena debe cumplirse en prisión. (Cisneros, 2002). Como se puede observar el modelo de vigilancia resultó un éxito desde el punto de vista presupuestario, así como desde el punto de vista de política criminal.

El éxito del sistema de vigilancia a distancia del modelo sueco, debe ser motivo para que en nuestro país se incursione en esta metodología de penas alternas a la prisión preventiva, a fin de lograr sanciones más humanas que el simple encerramiento. Además de ello, obsérvese que el éxito del sistema, por lo expuesto hasta ahora no depende de los recursos económicos, pues falsamente se podría asumir que el éxito de la incursión sueca, se da en virtud de que se trata de un país acaudalado, mientras que Costa Rica¹⁸ no, por lo que no sería de utilidad, sin embargo ello solo sería una falacia de causa inatingente y no permitiría explicar las razones no tan exitosas de la aplicación en los Estados Unidos de América, cuando se sabe que se trata de un país considerado una potencia mundial y que ha hecho importantes inversiones en el tema del derecho penitenciario. Es por ello que consideramos, que no es un tema de recursos económicos la clave para el éxito de la metodología que se viene exponiendo, aun y cuando desde luego es un aliciente importante, sino que es un tema de voluntad política, de madurez en el derecho penal de oportunidad y de alejarse de aquellas ideas de populismo punitivo y de “*cero tolerancia*” inspiradas por contiendas políticas, en donde se trata de vender la idea a los habitantes de un Estado, que más cárcel, equivale a más “*seguridad ciudadana*”.

¹⁸ El uso de brazaletes electrónicos como una alternativa a la prisión preventiva, generará un ahorro del 75 por ciento en el costo mensual por manutención de reos, según señaló la Ministra de Justicia Cristina Ramírez, este jueves durante una entrevista para el programa [Nuestra Voz](#). De acuerdo con Ramírez, el Estado invierte actualmente unos ¢880 mil al mes por cada privado de libertad, mientras que con el uso de brazaletes electrónicos dicha cifra se reduciría a menos de ¢300 mil. (Ramírez, 2014)

El caso francés da inicio en 1990 con la presentación de un informe sobre la modernización de los servicios penitenciarios, el cual contenía una propuesta de arresto domiciliario bajo mecanismos de vigilancia a distancia, como solución al hacinamiento carcelario. No obstante el proyecto de ley es aprobado e introducido al código procesal penal hasta el 19 de diciembre de 1997 y en el 2001 se inició su uso como alternativa a la prisión preventiva. Su legislación se utiliza como pena alternativa en periodos cortos o bien para el cumplimiento del último período de una pena de prisión. (Cisneros, 2002). La competencia para la aplicación, surge luego del consentimiento del sentenciado y le corresponde al Juez de Garantías y al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

También el caso francés incluye un aspecto importante, que hasta ahora ninguno de los otros casos expuestos habría señalado, ni tampoco lo hace la reciente ley aprobada por Costa Rica, y es la posibilidad de que el penado sea valorado por un médico a fin de que se garantice que el dispositivo no genere un daño en su perjuicio. Asimismo según lo señala la magistrada Poza Cisneros: *“la sumisión a vigilancia impone al condenado la prohibición de ausentarse de su domicilio o de cualquier otro lugar designado por la autoridad judicial fuera de los períodos señalados, teniendo en cuenta la atención a la actividad profesional, su formación, empleo temporal o periodo de prácticas, su familia y el tratamiento médico que le fue prescrito”* (Cisneros, 2002). Todo lo cual evidencia que de la misma manera el modelo de vigilancia a distancia en esta materia, se instauró con miras a contar con una pena más humana, sin necesidad de extirpar a la persona de sus roles sociales.

El sistema español se introduce de manera tímida en el año 1996, por medio de la vía del decreto ejecutivo, a fin de realizar un período de prueba sobre su funcionamiento, sin necesidad de desatar una discusión parlamentaria. Y más adelante por medio de la reforma del Reglamento Penitenciario, se trata de dirigir esta medida a los privados de libertad clasificados por la poca peligrosidad

El sistema de vigilancia a distancia ha se ha extendido por muchas otras naciones de Europa como: Italia, Bélgica, Suiza, Dinamarca, Holanda, Portugal,

Noruega y Alemania, en donde la madurez del pensamiento sobre un derecho penal de oportunidad y no enteramente punitivo ha permitido que los sistemas de vigilancia a distancia, se han implementado con éxito dando amplios resultados positivos a la administración penitenciaria y se ha ampliado la aplicación de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Todo lo anterior sin que exista un estrecho vínculo entre la cantidad de recursos económicos de un Estado y el éxito en el funcionamiento del sistema.

iii. Caso de América Latina.

América Latina, aunque rezagada con relación a los casos de los países expuestos ha dispuesto aplicar los mecanismos de vigilancia a distancia. Entre los primeros países que implantaron este sistema fue Colombia, por medio del decreto 2636 del 19 de agosto de 2004, el cual adicionó el artículo 29 B del Código Penitenciario de dicho país. No obstante tal modificación a la legislación colombiana no se pudo materializar con rapidez en virtud de que enfrentó algunas dificultades principalmente de orden presupuestario.

La modificación del citado artículo se dio en el país antes mencionado, consistió en su aplicación en aquellos casos en donde la pena no superara los cuatro años, asimismo se concedió la posibilidad al juez penitenciario de sustituir la pena de prisión por la vigilancia a través de mecanismos de seguridad electrónica previa solicitud del condenado, si se cumplen además algunos requisitos. Sin embargo fue hasta el 2007, por medio de la promulgación de la ley colombiana 1142 (Ley de convivencia y seguridad ciudadana), que fue posible dar estructura a los alcances jurídicos de los dispositivos de vigilancia electrónica. (Beltrán, 2009). No obstante de la lectura de la ley antes citada, se desprende que la idea del parlamento colombiano no era precisamente la promulgación de una medida alterna, para el descongestionamiento de los centros penitenciarios, sino que por el contrario, se atendió a los clamores

sociales de inseguridad ciudadana y se quiso aumentar las penas en los delitos existentes, por lo que se elevaron los extremos mínimos de las penas. De manera que según apunta José Beltrán, en el 2008, tan solo un año después de la promulgación de la ley supra, hubo un índice de hacinamiento carcelario del 27.7% lo cual implicó un aumento de 9000 privados de libertad (Beltrán, 2009).

Por lo anterior y ante la paradoja de que se promulgó una ley con medidas alternas a la prisión y más bien esta contribuyó al hacinamiento carcelario, se buscó entonces por medio de la promulgación del decreto 177 del 24 de enero de 2008, que se pretendió mejorar las condiciones de la sanción y de esta manera hacer efectivo el verdadero cometido de la pena accesoria de vigilancia electrónica. De manera que la promulgación de este decreto solucionó los problemas de materialización de la ley de mecanismos electrónicos, por lo que hizo necesario dar contenido presupuestario a dicha ley e iniciar con las labores de implementación.

Por lo anterior se implementaron sistema de vigilancia electrónica previstos como sustitutivos de la pena de prisión: Seguimiento pasivo RF, el Seguimiento Activo GPS y el Reconocimiento de Voz (Beltrán, 2009). Aunque los resultados del INPEC colombiano, fueron importantes pues disminuyó el hacinamiento carcelario en un porcentaje considerable, aumentó el número de personas sentenciadas y penadas con mecanismos de vigilancia a distancia, pero lamentablemente surgía un nuevo problema, que fue la necesidad de vigilar y supervisar el cumplimiento de estas medidas, frente a la poca cantidad de funcionarios de la administración penitenciaria.

El Senado Chileno incurrió a partir de la aprobación con 32 votos de la ley que regularía en este país la utilización de mecanismos electrónicos a distancia, modificando las medidas alternativas a las penas restrictivas de libertad. Dicho proyecto autorizó el uso de dispositivos electrónicos durante las 24 horas del día para reos con penas alternativas, así como la libertad vigilada intensiva.

Durante el proceso de implementación de los dispositivos de seguimiento electrónico el ministro de Justicia Chileno, Teodoro Ribera, señaló que se trata de la modificación *“más relevante en materia de privación de libertad de los últimos 29 años, puesto que contempla más tecnología, seguridad y posibilidad de control para las personas que cumplen sanciones en libertad efectiva”*. (La Tercera, 2012).

Entre los planteamientos del proyecto de Ley Chileno, se tiene la utilización de los brazaletes como mecanismos de vigilancia en sustitución de la prisión para cierta clase de reos, incluyendo agresores domésticos y ofensores sexuales, a fin de que los dispositivos electrónicos no solo funcionen para controlar a los imputados y mantenerlos sujetos a un determinado lugar, sino que además permita proteger a las víctimas sometidas a los procesos, por medio de un sistema de alertas que les prevendrían de la proximidad del sindicado. De esa forma, se busca seguir el modelo de países como España, Francia e Inglaterra, donde la aplicación de la medida permitió conseguir un mejor seguimiento de los condenados. No así en el caso argentino, donde la implementación rápida de la medida no tuvo los resultados esperados. (La Tercera, 2012).

Otros países a nivel de Latinoamérica se han involucrado en el tema de la vigilancia a distancia por medio de mecanismos electrónicos, tales como México, sin embargo en este último existen graves problemas de tipo presupuestario, en donde el parlamento actualmente se cuestiona la forma de cubrir el gasto por la obtención de los brazaletes electrónicos, e incluso se ha valorado la posibilidad de que el propio privado de libertad sea quien deba costear el valor del dispositivo electrónico, ello en razón de la urgencia que existe, en virtud de las altas tasas de hacinamiento carcelario que dicho país presenta. No obstante a juicio de quien expone, en Costa Rica no es posible privatizar los servicios ofrecidos por la administración penitenciaria, ello contraría los principios inspiradores del sistema penal, tales como la gratuidad y el acceso a la justicia, además de los mandatos imperativos de rango constitucional que prevé nuestro país, y así lo ha señalado el voto número 2015-292 del Tribunal de Sentencia

Penal de San José, de las ocho horas con cinco minutos del veintiséis de febrero de dos mil quince, el cual analiza la obligatoriedad estatal de la prestación del servicio público: *“Como si eso fuera poco, resulta que se pretende relegar el derecho de una persona (a que su sanción vigente sea más benigna y en mejores condiciones) hasta tanto se cuente con recursos económicos para aplicar el mecanismo de vigilancia (respecto al que habrá que discutir si es la esencia de la sanción sustitutiva o si ésta podría, mientras tanto, monitorearse por otros medios, sin que esto necesariamente sea violatorio del numeral 2 del Código Penal pues no se trataría de una aplicación analógica de la ley en perjuicio, sino favorable al encartado, aspecto en el que esta Cámara no tomará partido, por escapar al objeto de este pronunciamiento), lo que tampoco es posible. Ha sido copiosa la doctrina y los pronunciamientos de los diferentes órganos de protección de Derechos Humanos en el sentido de que los Estados no pueden limitar o no desarrollar derechos, so pretexto de la falta de recursos económicos, que es a lo que, en última instancia, se supedita el referido transitorio. Si eso es así entratándose de derechos económico-sociales, con mucha mayor razón si aludimos a los derechos individuales y a las garantías judiciales. En esa tesitura, la Observación General N° 31, del Comité de los Derechos Humanos (órgano universal creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que está adscrito nuestro país, para supervisar su cumplimiento) dispone: “14. El requisito establecido en el párrafo 2 del artículo 2 de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto no está sometido a condiciones y es de efecto inmediato. La falta de cumplimiento de esta obligación no puede estar justificada alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado.” (Se suple el destacado. cfr. el documento original en la siguiente dirección electrónica: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom31.html>). En igual sentido, nuestro órgano constitucional, haciéndose eco de esos principios, en forma vinculante erga omnes (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), a través de, entre otros, el voto número 2011-14909 dispuso, para los servicios públicos (dentro de los cuales se encuentra la Administración de Justicia y la*

Administración Penitenciaria): "PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RECTORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Todos los servicios públicos prestados por las administraciones públicas –incluidos los asistenciales o sociales- están regidos por una serie de principios que deben ser observados y respetados, en todo momento y sin excepción alguna, por los funcionarios públicos encargados de su gestión y prestación. Tales principios constituyen una obligación jurídica de carácter indeclinable impuesta a cualquier ente u órgano administrativo por su eficacia normativa directa e inmediata, toda vez que el bloque o parámetro de legalidad (artículo 11 de la Constitución Política) al que deben ajustarse en sus actuaciones está integrado, entre otros elementos, por los principios generales del derecho administrativo (artículo 6° de la Ley General de la Administración Pública). No debe perderse de perspectiva que los Principios Generales del Derecho, tienen el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan, con lo que pueden asumir un rango constitucional si el precepto respecto del cual cumplen tales funciones tiene también esa jerarquía. Como veremos en el considerando subsiguiente nuestro texto fundamental recoge como derecho fundamental de las personas el del buen funcionamiento de los servicios públicos, consecuentemente los principios que informan los servicios públicos en cuanto hacen efectivo tal derecho tienen un rango constitucional. El ordinal 4° de la Ley General de la Administración Pública dispone claramente que "La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios o beneficiarios". La continuidad supone que la prestación de los servicios no se debe interrumpir, diversos mecanismos jurídicos del ordenamiento administrativo pretenden asegurar este principio, tales como la prohibición de la huelga y de paro en los servicios públicos esenciales, la teoría de la imprevisión para hacerle frente a los trastornos económicos que pueden suspender o paralizar los servicios públicos, el carácter inembargable de los bienes dominicales destinados a la prestación de un servicio público, etc.. Cualquier actuación –por acción u omisión- de los

funcionarios o imprevisión de éstos en la organización racional de los recursos que propenda a interrumpir un servicio público es abiertamente antijurídica...”
(Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San José, 2015)

B. Ley número 9271 mecanismos electrónicos de seguimiento en materia penal.

Como ya se ha señalado supra, el Estado de Costa Rica, aprobó el proyecto de Ley 9271 a finales del año 2014, estableciendo un articulado básico el cual repercutió en la reforma de algunas otras normativas como el Código Penal, Código Procesal Penal y la participación de algunos órganos judiciales y penitenciarios. A juicio de quien expone, la aprobación de esta ley en nuestro país es un avance importante en el desarrollo maduracional legislativo de Costa Rica, para pasar de un derecho penal absoluto, a un derecho penal de oportunidad y verdaderamente resocializador. Pero sin lugar a dudas, el articulado introducido por esta ley es sumamente básico y sus alcances son limitados al compararlo con el alcance que tienen legislaciones en el Derecho Comparado.

El artículo 1 de la Ley de Mecanismos Electrónicos de Seguimiento en Materia Penal reza: “...Artículo 1.- Objeto de la Ley: *”El objeto de la presente ley es regular el uso de mecanismos electrónicos alternativos al cumplimiento de la privación de libertad, sea bajo la modalidad de localización permanente de las personas sujetas a una medida cautelar o para el control de personas sentenciadas en los casos regulados por ley. El juez penal o el de ejecución de la pena, según corresponda, determinará el ámbito de movilización de la persona que usará el mecanismo...”* (Legislativa, 2014). Este artículo establece la base para la interpretación de la ley en estudio, por cuanto el legislador ha sido claro en señalar que se pretende la utilización de sistemas de seguimiento electrónico de tipo activo, y aun y cuando la

ley no lo señala como tal, se desprende la posible utilización de seguimiento por medio de la tecnología GPS.

Además de ello es de vital importancia este carácter de alternativo que señala la legislación, pues si bien es cierto nuestro código procesal penal señala varios tipos de sanciones, hasta ahora hemos hablado de penas accesorias como lo es la inhabilitación especial, regulada en el artículo 58 del Código Penal vigente (Morales, Código Penal, 1971). Pero hasta este momento Costa Rica, no contaba con una verdadera pena alternativa a la prisión, es decir las penas existentes funcionaron en su carácter principal (prisión, multa o prestación de servicios), pero nunca se había legislado sanciones que pudiesen sustituir la pena de prisión ante determinados casos.

Otro de sus alcances es la posibilidad prevista por el parlamento nacional, en cuanto a que los dispositivos de seguimiento electrónico pueden ser utilizados como pena alternativa o bien como medida alterna a la prisión preventiva, lo cual si bien es cierto puede revolucionar el tema de las medidas cautelares, es lo cierto que dicha posibilidad siempre tuvo la “puerta entreabierta”, ya que el artículo 244 inciso b) del Código Procesal Penal vigente en cuanto a las medidas alternas a la prisión, establece como una medida: “...*La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará regularmente al tribunal...*” (Morales, Código Procesal Penal, 1998), es decir la vigilancia como medida cautelar no es un tema novedoso, pero a través de la ley mencionada, se avala la posibilidad de lograr tal medida por medio de mecanismos electrónicos que hasta el año anterior no era factible en Costa Rica.

En suma a lo ya dicho, entre las líneas centrales emanadas por el legislador para dar norte a la ley que nos ocupa, se tiene que la competencia en la aplicación de los mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia en materia penal, será resorte exclusivo del juez de ejecución de la pena. Lo cual evidencia que Costa Rica ha tratado de seguir otros modelos más avanzados en el tema de dispositivos de vigilancia, como es el caso de Colombia, siendo que dicho sistema también concede tal potestad al juzgador penitenciario por ministerio de ley. No obstante el artículo de

la ley costarricense, se queda corto para explicar quién es el funcionario encargado de delimitar el ámbito de movilización de la persona que usará el mecanismo como medida cautelar. Lo anterior por cuanto de la lectura del artículo pareciera que la competencia otorgada al juez de ejecución de la pena, es en cuanto a las personas sentenciadas, sin embargo queda la duda de qué sucede cuando se trata de personas sometidas a medidas cautelares. Pareciera que lo lógico en este tipo de casos es que le corresponda la competencia al juez de la etapa preparatoria, sin embargo esto es un tema que en apego estricto al principio de legalidad, no debiera estar sujeto a la interpretación. Incluso el artículo 38 de la Ley colombiana en esta materia refiere: *“el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar la utilización de sistemas de vigilancia...”*. (Beltrán, 2009).

Siempre dentro de las consideraciones iniciales el artículo dos de la referida ley, a la letra indica: *“...Artículo 2 Condiciones de aplicación: La aplicación de medios electrónicos autorizada en la presente ley se hará con el consentimiento expreso de la persona a la que se le aplique la medida. Al aplicar la medida, el juez deberá explicar de manera clara a la persona indiciada o privada de libertad, según sea el caso, los elementos generales de cómo funciona el mecanismo electrónico, cuáles son las condiciones de su uso y cuáles serían las consecuencias de su violación. La duración del seguimiento en las medidas cautelares se regirá conforme a la legislación vigente.*

El mecanismo electrónico deberá ser de características que no permitan la estigmatización, y es obligación de la persona sometida a ese control no alterar, no dañar, ni desprenderse de este, reportar cualquier falla o alteración involuntaria, y acatar las condiciones impuestas. En caso de incumplimiento injustificado de lo anteriormente dispuesto, el juez competente podrá revocar inmediatamente esta modalidad de cumplimiento y ordenar el ingreso a prisión. Para tal efecto, un día bajo localización permanente con dispositivo electrónico equivale a un día de prisión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 55 de la Ley N.º 4573, Código Penal, de 4 de mayo de 1970...”. (Legislativa, 2014)

Sobre este artículo segundo debe destacarse varios elementos importantes

que contiene la legislación en estudio:

1. **Voluntariedad:** El mecanismo solo podrá ser aplicado a quienes voluntariamente hayan aceptado su utilización. Lo cual se asemeja a la forma de implementación de países como Estados Unidos, Inglaterra, Nueva Zelanda, Suecia y otros. (Cisneros, 2002). Se exige para estos casos que la persona acepte renunciar a su derecho de intimidad y libre tránsito, porque a partir de la utilización del dispositivo será vigilado las 24 horas del día, ello a cambio de su libertad ambulatoria, de manera que se requiere más allá de la autorización judicial, el consentimiento del derechohabiente. En cuanto al tema de la voluntad, queda a la interpretación qué sucede con las personas inimputables del sistema, así como con las personas menores de edad; pues en cuanto a las primeras pareciera inaplicable la medida por exigencia de un compromiso y una verdadera aceptación del beneficiario, pero en cuanto a las personas menores de edad no se refiere ninguna situación, ni se incluye nada en la Ley de Justicia Penal Juvenil.
2. **Obligación del juzgador de explicar el funcionamiento:** Se exige al juzgador que aplique la medida que debe explicar al portador del dispositivo, la forma en la que este debe ser utilizado, y no limitarse a imponer la medida sin ningún detalle, así como las consecuencias de su violación.
3. **Carácter supletorio de la legislación vigente:** La Asamblea Legislativa Nacional, da un tratamiento igualitario a los mecanismos electrónico de vigilancia, con relación a las medidas cautelares vigentes e instauradas en el Código Procesal Penal, y según se interpreta de la legislación recién incorporada, tales regulaciones fungirán como criterios orientadores, cuando se ordene una medida cautelar con dispositivo electrónico de seguimiento. Ante tal supuesto debe entenderse que solo podrá decretarse el seguimiento electrónico cuando exista un grado de probabilidad conforme el artículo 239 C.P.P, y la necesidad se sustente en un peligro procesal como los regulados en los artículos 239, 240 y 241 C.P.P (peligro de fuga, peligro de reiteración delictiva, peligro de obstaculización y peligro para la víctima). Asimismo

deberá decretarse y revisarse por el juzgador, quien deberá fundar el fallo conforme al numeral 142 C.P.P. No obstante queda un incierto en cuanto al punto de la duración de las medidas cautelares, pues nuestra legislación no distingue el plazo máximo de ninguna medida cautelar, salvo la prisión preventiva, siendo posible en el caso de las medidas alternas su aplicación de forma indeterminada siempre que no causa perjuicio, o al menos así lo ha establecido la jurisprudencia nacional. Y aunque considero que tal medida no puede ser aplicable de manera indeterminada, la ley no establece situación contraria, salvo la equiparación que realiza en el último párrafo del artículo 2 en donde se equipara un día de prisión por un día de uso del dispositivo de seguimiento.

4. **Revocatoria:** Se señala expresamente que ante el incumplimiento de la pena impuesta por dispositivo de seguimiento, se dispondrá por parte del juzgador el encerramiento, sin dar lugar a discrecionalidades jurisdiccionales en cuanto a otra pena.

Para concluir con los parámetros generales de la Ley de Mecanismos de Seguimiento en Materia Penal, se concede en el artículo 3 de dicha ley, la obligación de supervisión y seguimiento a la Dirección General de Adaptación Social del Ministerio de Justicia y Paz, quien está en la obligación legal de informar acerca de los incumplimientos a la autoridad judicial o administrativa correspondiente. Además de ello se establece la obligación de todos los cuerpos policiales (administrativa, judicial y penitenciaria) para coadyuvar en la labor en caso de alerta de incumplimiento.

i. Reformas al Código Penal.

Como consecuencia de la aprobación y entrada en vigencia de la Ley 9271, fue necesaria la modificación y la inclusión del articulado general de nuestro Código Penal. De la primera modificación, se tiene que mediante el artículo 4, se adiciona un segundo párrafo al artículo 66 del Código Penal vigente, el cual se lee: "...*Asimismo,*

el juez, por solicitud de la persona condenada, de la defensa o del Ministerio Público, podrá ordenar entre las condiciones la localización permanente con mecanismo electrónico..." (Legislativa, 2014). Lo anterior dentro del tema de la libertad condicional, esta situación señala que el legislador, no solo quiso dar un alcance de pena inicial a los mecanismos de seguimiento, sino ampliar la posibilidad de utilizarlos para asegurar la finalización del cumplimiento de la pena impuesta en prisión. Es decir, se abre la posibilidad de otorgar la libertad condicional bajo vigilancia electrónica, lo cual facilita el control de parte de la administración de justicia y penitenciaria.

Si bien es cierto, se observó en el acápite anterior, muchos países han apoyado el tema de la libertad condicional, lo cierto del caso es que esta metodología no se había implementado en Costa Rica, y aun y cuando existan posiciones que estimen que se trata de una implementación utilitaria y que solo lleva por propósito el aumento del control del Estado sobre los privados de libertad, estimo que podría facilitar el trabajo de vigilancia que se le exige a la administración penitenciaria, e incluso podría facilitar la salida bajo libertad condicional de muchas personas que anteriormente a falta de una garantía real, el juzgador no podía ordenar este beneficio.

El artículo 8 de la Ley 9271, reforma el artículo 50 de Código Penal vigente y adiciona como inciso cuarto en el artículo 50, en cuanto a las clases de penas un apartado que indica "arresto domiciliario con monitoreo electrónico". Dicho de otro modo, se adiciona como pena la utilización de dispositivos electrónicos de seguimiento en la modalidad del arresto domiciliario y este se va a regular por la inclusión que hace el artículo 9 de la ley supra citada, el cual incluye en nuestro Código Penal el artículo 57 bis, que refiere en lo literal: "...*El arresto domiciliario con monitoreo electrónico es una sanción penal en sustitución de la prisión y tendrá la finalidad de promover la reinserción social de la persona sentenciada con base en las condiciones personales y sociales reguladas para la fijación de la pena. Para facilitar la reinserción social de la persona sentenciada, las autoridades de ejecución de la pena promoverán la educación virtual a distancia mediante el uso del Internet.*

Al dictar sentencia, el juez tendrá la facultad de aplicarla, siempre que concurren los siguientes presupuestos: 1) Que la pena impuesta no supere los seis años de prisión. 2) Que no sea por delitos tramitados bajo el procedimiento especial de crimen organizado, según el artículo 2 de la Ley N.º 8754, Ley contra la Delincuencia Organizada, de 22 de julio de 2009, ni delitos sexuales contra menores de edad, ni en delitos en que se hayan utilizado armas de fuego. 3) Que se trate de un delincuente primario. 4) Que de acuerdo con las circunstancias personales del condenado se desprenda razonablemente que no constituya un peligro y que no evadirá el cumplimiento de la pena. En este caso, a las veinticuatro horas de la firmeza de la sentencia la persona condenada deberá presentarse a la oficina que al efecto defina la Dirección General de Adaptación Social, la que valorará su caso y determinará su ubicación dentro del programa, sus obligaciones, su control y atención técnica de cumplimiento. El juez competente podrá autorizar salidas restringidas por razones laborales, salud, educación u obligaciones familiares, previo informe rendido por el Instituto Nacional de Criminología. Es obligación de la persona condenada no alterar, no dañar, ni desprenderse del dispositivo, reportar cualquier falla o alteración involuntaria y acatar las condiciones impuestas. En caso de incumplimiento de lo anteriormente dispuesto, el juez competente podrá variar o revocar esta modalidad de cumplimiento de la pena y ordenar el ingreso a prisión...". (Legislativa, 2014)

Quizá el artículo anteriormente mencionado es la reforma más importante y novedosa que puede contener la Ley 9271, pues se trata de la instauración de una nueva forma de sanción, y como bien lo refiere el artículo transcrito, se trata de una pena sustitutiva de la prisión, para promover la reinserción social de las personas sentenciadas que cumplen algunos requisitos. Antes de analizar los requisitos, no puede pasarse por alto, que aunque con algunos vacíos como se ha señalado, la promulgación de una ley en Costa Rica, en donde se estipule una pena con fines no solo punitivos sino resocializadores, es un avance importante en el desarrollo de un derecho penal mínimo libre de populismo punitivo, pues aun y cuando el artículo 51 del Código Penal establezca que los fines de la pena son resocializadores, las penas establecidas en nuestra legislación no permiten una verdadera reinserción, en donde

la persona no sea extirpada de sus roles sociales (familia, escuela, trabajo y otros).

No obstante la aplicación de esta pena no puede ser indiscriminada, y es por ello que se exige para su aplicación penas no superiores a los seis años de prisión, además de ello no es aplicable en los delitos de crimen organizado, ni en delitos sexuales contra personas menores de edad, ni tampoco en los delitos cometidos con uso de armas de fuego. Adicionalmente se exige que debe desprenderse razonablemente que el condenado no evadirá el cumplimiento del castigo. Es decir, la aplicación de esta pena presupone la eliminación de cualquier riesgo de evasión, a través de la cuidadosa selección de un perfil de sentenciado, el cual debe ser delincuente primario, es decir no puede ostentar juzgamientos anteriores.

El hecho de que puedan autorizarse las salidas del sentenciado es una forma de humanizar la pena y permitir a la persona sentenciada asistirse de mejor manera, ello con motivo de situaciones de salud, educación u obligaciones familiares.

ii. Reformas al Código Procesal Penal.

Como es esperable, tratándose de la inclusión de una nueva pena a nuestro ordenamiento jurídico, así como de una medida cautelar, fue necesaria la reforma del Código Procesal Penal a fin de adaptar el funcionamiento de los sistemas de seguimiento a nuestro proceso penal.

La reforma introducida por los artículos 5 y 6 de la Ley 9271, incluye el inciso j) en el artículo 244 del Código Procesal Penal: “..j) *La imposición de la medida de localización permanente con mecanismo electrónico. Para tal efecto, un día bajo localización permanente equivale a un día de prisión preventiva...*” (Legislativa, 2014). Asimismo se incluye un segundo párrafo al artículo 245 del Código Procesal Penal, el cual se lee: “...*El juez podrá acordar que el control de cumplimiento de las medidas aplicadas a las personas se realice por medio de aquellos medios electrónicos que lo permitan...*” (Legislativa, 2014). Tales inclusiones no solo revelan que la legislación debe ceder una vez más ante los avances tecnológicos, sino que además se habilita el uso de una nueva medida cautelar.

Por su parte el artículo 10 de la Ley 9271, adicionó el artículo 486 bis del Código Procesal Penal, para que se lea de la siguiente manera: *“El juez de ejecución de la pena podrá ordenar el arresto domiciliario con monitoreo electrónico durante la ejecución de la pena, como sustitutivo de la prisión, siempre que concurren los siguientes presupuestos: 1) Cuando la mujer condenada se encuentre en estado avanzado de embarazo al momento del ingreso a prisión, sea madre jefa de hogar de hijo o hija menor de edad hasta de doce años, o que el hijo o familiar sufra algún tipo de discapacidad o enfermedad grave debidamente probada. Podrá ordenarse también este sustitutivo siempre que haya estado bajo su cuidado y se acredite que no existe otra persona que pueda ocuparse del cuidado. En ausencia de ella, el padre que haya asumido esta responsabilidad tendrá el mismo beneficio. 2) Cuando la persona condenada sea mayor de sesenta y cinco años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito justifiquen la sustitución de la prisión. 3) Cuando a la persona condenada le sobrevenga alguna enfermedad física, adictiva o psiquiátrica cuyo tratamiento, aun cuando sea posible seguirlo en la prisión, resulte pertinente hacerlo fuera para asegurar la recuperación, previo los informes médicos y técnicos necesarios que justifiquen el arresto domiciliario. 4) Cuando a la persona condenada le sobrevengan situaciones en la ejecución de la pena que ameriten el resguardo del principio de humanidad, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito justifiquen la sustitución de la prisión. El juez podrá ordenar las condiciones que aseguren el cumplimiento de la pena ordenando su ubicación en el programa que defina el Ministerio de Justicia y Paz, a fin de asegurar el cumplimiento del plan de ejecución y atención técnica, y obligaciones de cumplimiento. Asimismo, podrá otorgar los permisos necesarios para los controles médicos de rigor, la ocurrencia del parto u obligaciones adquiridas en relación con el cuidado de los hijos menores a su cargo o personas con discapacidad o dependientes, asegurándose el monitoreo permanente. Estas reglas serán aplicables a la prisión preventiva en relación con la autoridad judicial que conozca del proceso. En caso de incumplimiento injustificado o comisión de nuevo delito doloso se comunicará al juez competente, quien podrá modificar o revocar este beneficio y ordenar el ingreso a prisión...”* (Legislativa, 2014).

La pena de arresto con monitoreo electrónico, como se indicó líneas arriba no solo es un gran avance en el desarrollo maduracional legislativo costarricense, para alejarse de las ideas de populismo punitivo, sino que además se acerca un poco más a las verdaderas funciones de resocialización del derecho penal. Además se trata de la primera sanción alternativa con la que cuenta nuestro país, pues si bien es cierto se cuenta con penas accesorias tales como los días multa, o la inhabilitación; no se contaba con una de carácter alternativo a la prisión, es decir que la misma ostentase su valor y su cometido se pudiese cumplir por medio de una pena menos violenta.

Este instituto pretende al igual que muchos otros países como los Estados Unidos, utilicen la vigilancia electrónica para asegurar la finalización del cumplimiento de la pena de prisión. Es decir, los supuestos que prevé este artículo no necesariamente tendrían que relacionarse con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 9271, que adiciona el artículo 57 bis al Código Penal (analizado anteriormente), ya que este lo que pretende es una imposición de una pena desde el momento del dictado de la sentencia, sino que la figura dispuesta en la adición del artículo 468 bis del Código Penal vigente, lo que permite es que el juez de ejecución de la pena, a quien se le concede la competencia exclusiva por mandato de ley, disponga suspender el cumplimiento de la prisión y lo varíe por el arresto domiciliario con monitoreo electrónico.

Los requisitos para conmutar la pena de prisión por el arresto domiciliario, son distintos a los que establece el arresto domiciliario con monitoreo como pena inicial, y al menos no se ha interpretado que para conseguir el primero, sea necesario que deban cumplirse los requisitos del segundo. Lo cual implica un vacío legal que podría ser utilizado para que delincuentes que no ostenten la condición de primarios permuten la pena de prisión por la utilización de mecanismos de vigilancia, o bien se emplee a favor de personas que hayan cometido delitos sexuales, con arma de fuego o de delincuencia organizada, todo lo cual sin duda desnaturaliza la función de los mecanismos de vigilancia, la cual se ha previsto como una medida alternativa para tratar crímenes menos nocivos.

Entre los presupuestos de aplicación de esta medida, se hace una especial protección a la madre en estado de embarazo avanzado, pero además se observa que conforme al fenómeno legislativo de reciente data en Costa Rica, se brinda una especial protección a la mujer jefa de hogar. Misma situación que se vislumbró en la reforma del artículo 77 bis de la Ley 8204 de junio de 2012, *Ley sobre Estupefacientes, sustancias Psicotrópicos, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo*, la cual reduce la pena de prisión aplicable en los casos de introducción de droga a centro penal, cuando se trate de mujeres en condición de vulnerabilidad, cuando sean jefas de hogar y tengan personas menores de edad a su cargo. Pero también podemos observar que se realiza una aplicación igualitaria en el tema de género, por cuanto el artículo 468 bis adicionado del Código Penal, refiere que la misma contemplación será aplicable en los casos de hombres que asuman tal rol. Lo trascendental radica en que no se protege a un género particular, sino a un rol que la sociedad considera importante por su especial estado de vulnerabilidad.

Además de ellos se pretende aplicar esta conmutación de penas, en los casos de personas adultas mayores de sesenta y cinco años de edad, por cuanto existe una presunción legal de la vulnerabilidad de dicha población. Sin embargo se señala que no basta con el hecho de que la persona cuente con la edad antes referida, sino que es necesario que se valoren las condiciones de su personalidad y la modalidad del delito. No obstante tampoco detallan cuales son las condiciones del delito que de deben tomarse en cuenta para que justifique la sustitución de la prisión, hasta el momento solo podríamos remitirnos al inciso 2 del artículo 57 bis adicionado del Código Penal.

En suma a lo anterior, se prevé en los incisos 3) y 4), la aplicación de la medida de cambio de la prisión, en los casos donde el privado de libertad cuente con una enfermedad física, adictiva o psiquiátrica, cuando su tratamiento sea posible llevarlo en el centro penal, pero resulte pertinente su salida para asegurar su recuperación, para lo cual refiere la norma procesal que se necesitan los respectivos informes técnicos. Además se plasma en el inciso 4 de dicho numeral, una opción

abierta para que el juzgador, pueda valorar la aplicación de la permuta, en caso de que sobrevengan al privado de libertad situaciones que ameriten su salida, sin que se especifiquen puntualmente cuales son estas situaciones. Pero sí se establece que debe ser para garantizar el principio de humanidad, cuando la personalidad del privado y la modalidad del delito justifiquen el cambio en la pena.

iii. Relación con la ley de penalización de violencia contra las mujeres.

Protección de víctimas.

Como se analizó en la primera parte del capítulo segundo de esta disertación, muchos países no han limitado la aplicación de los mecanismos de vigilancia a distancia, sino que le han dado diversas utilidades a esta tecnología aplicada al derecho penal. En algunos casos los dispositivos de seguimiento son ensamblados con alcoholímetros para realizar un control estatal sobre personas en el tema de ingesta de bebidas alcohólicas, en otros casos se ha utilizado para el aseguramiento de la misma persona a fin de que no se acerque a determinadas zonas, o bien para que no se aproxime a determinadas personas sujetas a un proceso penal, es decir para la protección de víctimas.

“...En España fue Generaliat de Cataluña, la primera comunidad –en julio de 1999- en proporcionar pulseras a las maltratadas como medio de defensa. Posteriormente Madrid ha gestionado en octubre 2004 un programa telemático de protección...” (Rodríguez-Magariños, 2007).

Costa Rica no es la excepción en cuanto a la implementación utilitaria de los mecanismos de vigilancia a distancia, dado que la ley 9271, reformó el artículo 7 de la Ley 8589, Ley de Penalización de Violencia contra las mujeres, para que se lea: *"Artículo 7.- Protección a las víctimas durante el proceso Para proteger a las víctimas podrá solicitarse, desde el inicio de la investigación judicial, las medidas de protección contempladas en la Ley N° 7586, Ley contra la Violencia Doméstica, de 10 de abril de 1996, así como las medidas cautelares necesarias previstas en la Ley No 7594, Código Procesal Penal, de 10 de abril de 1996. Asimismo, el juez podrá ordenar a la persona imputada el uso del dispositivo electrónico sin perjuicio de*

enlazar con la víctima, a fin de garantizar su protección.". (Legislativa, 2014)

De la reforma legal antes señalada, se extrae que la protección de víctimas de violencia intrafamiliar podrá realizarse de dos maneras: por medio del dictado de medidas de protección o medidas cautelares, según la sede en la que se tramite el proceso, conforme el artículo 3 de la Ley de Violencia Doméstica y el artículo 244 del Código Procesal Penal; asimismo mediante el enlace electrónico que puede realizar el juzgador de la víctima y el imputado por medio de mecanismos electrónicos de vigilancia.

En lo que respecta a la protección de la víctima por medio de mecanismos electrónicos, debe entenderse que es consecuencia directa las ideas reformistas del Código Procesal Penal de 1998 en Costa Rica (Morales, Código Procesal Penal, 1998), en donde se indicó un proceso de reconocimiento de la figura de las víctimas dentro del proceso penal, que hasta ese momento no revestían ninguna relevancia en los fines del procedimiento. En suma a ello se reconocieron derechos de estas personas, por medio de la Ley 8720, Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, en octubre de 2006, y se estatuyeron una serie de directrices legales obligando a los operadores del sistema penal a procurar una protección a las personas intervinientes en condición de víctimas en el proceso penal. El artículo 1 de dicha ley reza: *"...Artículo 1.- El objeto de este título es proteger los derechos de las víctimas, testigos y otros sujetos intervinientes en el proceso penal, así como regular las medidas de protección extraprocesales y su procedimiento..."* (Asamblea Legislativa, 2006). El cambio de paradigmas en cuanto a las víctimas, ha permitido afianzar los objetivos resocializadores y retributivos del derecho penal, y evitar que continúe siendo una ciencia netamente punitiva.

La legislación existente no ha establecido de qué forma el uso de aparatos electrónicos de vigilancia, puede contribuir con la protección de víctimas, sin embargo de su interpretación se extraer que el juzgador contará con la posibilidad, al menos en los casos atinentes a la Ley de Penalización de Violencia contra la mujeres, de ordenar la colocación de un brazalete a la persona investigada, a fin de confinar la zona de desplazamiento de éste y asegurarse de que el mismo no se

acerque a la víctima.

Asimismo dada la apertura con la que es redactado el artículo que se viene citando, queda la interrogante de si los reportes que genere el sistema de mecanismos electrónicos de seguimiento, en aquellos casos en donde exista un acercamiento entre la víctima y su victimario, puedan ser utilizados como prueba en su contra para la configuración y procesamiento de un nuevo delito de incumplimiento de una medida de protección, conforme a lo establecido en el artículo 43 de la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres y el artículo 3 de la Ley Contra la Violencia Doméstica.

La interrogante surge en el tanto de que el artículo 181 del Código Procesal Penal vigente de nuestro país, consagra el principio de libertad probatoria y autoriza la utilización de cualquier elemento de prueba, siempre que haya sido obtenido por los medios lícitos. No obstante debe recordarse que la utilización de los dispositivos de vigilancia a distancia, pueden utilizarse bajo voluntariedad, de manera que a criterio de quien expone, es un tema que la Sala Constitucional debe analizar y determinar si la utilización de esta prueba podría de alguna manera rozar con lo dispuesto en el artículo 36 de la Constitución Política de nuestro país, el cual refiere que ninguna persona en materia penal está obligada a declarar en su contra o a auto incriminarse produciendo prueba en su perjuicio. (UNODC, 2013)

IV. PRESUPUESTO PARA SU APLICACIÓN

Una de las principales críticas desarrolladas por las opinión popular acerca de la labor legislativa, es precisamente la implementación de normas jurídicas cuyo contenido legal no puede ser desarrollado a falta de presupuesto. Así lo indicó el Programa del Estado de la Nación de Costa Rica en el 2013, en el capítulo 5 denominado Fortalecimiento de la Democracia: Este Informe denomina: “...*“promesa democrática sin sustento económico” a la práctica de aprobar legislación que amplía las competencias del Estado, por la vía del reconocimiento de derechos ciudadanos o la asignación de nuevas obligaciones al aparato institucional, sin proveer los recursos necesarios para hacer efectivos esos mandatos. Esto genera presiones*

sobre la institucionalidad democrática, que no tiene la capacidad para cumplir con lo dispuesto en las nuevas leyes y, por ende, con las expectativas de la ciudadanía. La situación se agrava en el actual escenario de contención del gasto público, como resultado del déficit fiscal. Por ello es deseable que, al ampliarse las competencias del Estado, se identifique claramente la base económica que permitirá la correcta aplicación de la norma. Todos los años, este capítulo hace una revisión de las leyes promulgadas en el período bajo análisis, a fin de determinar cuántas de ellas caen en la categoría de “promesa democrática”. Para ello se utiliza información del Departamento de Servicios Parlamentarios de la Asamblea Legislativa...”. (Programa Estado de La Nación, 2014)

Sin embargo la Ley 9271, estableció en su artículo 12 lo siguiente: “...*El Ministerio de Justicia y Paz deberá incluir, dentro de su presupuesto anual, las partidas presupuestarias necesarias para la sostenibilidad de este mecanismo...*”. Lo cual si bien es cierto no soluciona per se el problema presupuestario, sí permite anticipar la manera en la que se dispondrá de las partidas presupuestarias año con año para el mantenimiento y aplicación de los mecanismos de vigilancia a distancia. Asimismo el Estado de la Nación señala algunos de los proyectos legislativos emitidos por la Asamblea legislativa del año anterior, en donde se mantuvo esta práctica de “promesa democrática”, es decir la aprobación de una legislación para el cumplimiento de intereses sociales, pero sin contenido presupuestario. No obstante no se hace mención alguna en cuanto a que la Ley 9271 ostente esta problemática. (Programa Estado de La Nación, 2014)

Adicionalmente en fecha 16 de enero de 2012, la Asamblea Legislativa de Costa Rica, aprobó un préstamo internacional con el Banco Interamericano de Desarrollo por la suma de \$132 millones, de los cuales según se hizo ver durante la Administración Chinchilla Miranda, se destinarían \$110 millones al sector carcelario del país. (La Nación, 2013) Tal aporte podría ser útil para dar inicio al programa de vigilancia que pretende establecerse por medio de la Ley 9271, a fin de obtener parte del equipo tecnológico y lograr el desarrollo de la plataforma de vigilancia que se requiere al efecto.

TERCER CAPÍTULO

Ley de Mecanismos electrónicos de seguimiento, frente a los
Derechos Humanos. Reducción de la pena de prisión.

A. Mecanismos de vigilancia a distancia en materia penal, frente a los Derechos Humanos.

“La necesidad es la madre de la invención”. Esta frase reconocida al ilustre filósofo Platón, hace ver los seres humanos somos “sujetos de confort”, es decir que en general preferimos vivir la vida en el ambiente en que se nos proporciona sin graves cambios, hasta que se presente alguna circunstancia que nos haga salir de ese estado de confortabilidad y sea necesario solucionarlo de alguna manera. Son los problemas y los momentos de crisis, los que por lo general obligan a los seres humanos a tomar una determinación a fin de encontrar algún mecanismo que los devuelva a su estatus de mayor comodidad o tranquilidad.

A través de la historia las distintas sociedades han ido logrando repeler los conflictos que los fueron sacando de su “confort”, lo cual data desde épocas prehistóricas en las que el ser humano, poco a poco fue dominando sus destrezas para emplear nuevas técnicas de cubrir sus necesidades y mantenerse la mayor cantidad de tiempo en sus círculos de estabilidad. Este fenómeno proliferó a través de los siglos y hoy día y se manifestó desde las invenciones más básicas del hombre hasta la gran explosión tecnológica de finales del siglo pasado, y hoy día no cesan las distintas maneras en las que el ser humano encuentra la manera de mantenerse en estado de poca o nula necesidad.

A nivel jurídico y sobre todo jurídico-internacional, el fenómeno que planteamos con base en la célebre frase de Platón, no se mantiene ajeno, por cuanto la historia revela que el mundo ha sufrido una serie de eventos criminales a nivel internacional, causando con ello graves estragos en muchas de las naciones por periodos prolongados en el tiempo y que en muchos de los casos hoy día no sanan. No obstante esta serie de crímenes globales, como los denomina el profesor Ferrajoli, de la misma manera han obligado a la comunidad internacional a tomar una serie de acuerdos, para prevenir, sancionar y evitar la repetición de eventos tan devastadores para la humanidad.

El jurista Luigi Ferrajoli hace un fuerte cuestionamiento basado en la obra de

Wayne Morrison: *“...¿Qué tiene que decir la criminología frente a las catástrofes terribles del hambre, la sed, las enfermedades, la devastación ambiental causados por el actual anarco-capitalismo y el mercado financiero sin reglas? Hoy, más de 800 millones de personas sufren de hambre y de sed y 2 mil millones no tienen acceso a los medicamentos esenciales que salvan vidas, con el resultado de que cada año mueren cerca de 8 millones de personas -24.000 por día- la mayoría de ellos niños, por la falta de agua y alimentos básicos, y más de 10 millones por la falta de medicamentos que salvan vidas, víctimas más del mercado que de la enfermedad, debido a que los medicamentos están patentados o no son producidos por falta de demanda, relativa a enfermedades infecciosas -infecciones respiratorias, tuberculosis, SIDA, malaria y similares erradicadas y/o desaparecidas en los países occidentales...”* (Ferrajoli, 2013).

Por lo anterior puedo afirmar sin temor a equivocarme que los Derechos Humanos, son consecuencia directa de la necesidad que se ha ocasionado en cada uno de los estados o ciudades abatidos por los crímenes nacionales e internacionales, dando como resultado cada uno de ellos un aporte de necesidad para inventar algún instrumento que prevenga, sancione y concientice los embates de las atrocidades mundiales.

Los Derechos Humanos como hoy los conocemos son resultado de la reunión y el consenso de la comunidad internacional abatida, por una enorme necesidad de evitar la concurrencia de delitos internacionales; sin embargo pese al importante avance que se ha realizado en materia de Derecho Internacional de Derechos Humanos y en Derecho Humanitario es una tarea que no se ha finalizado y que hoy día muestra algunas falencias importantes y que deben complementarse.

No corresponde en este análisis profundizar cuales son todos y cada uno de los problemas que presenta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no obstante es menester indicar que uno de los mayores problemas que presenta es la compleja conformación de su naturaleza jurídica, pues el Derechos Internacional de los Derechos Humanos representa un “híbrido” en las ramas del Derecho, ya que para que este surta de real eficacia es necesario el cumplimiento de los acuerdos

entre los distintos países bajo el principio de “*pacta sunt servanda*”¹⁹, propio del derecho civil o privado. Además es necesaria la analogía del Derecho Internacional de los derechos humanos, con el “*ius puniendi*”²⁰ ya que el objeto de sus efectos son crímenes, que a diferencia del derecho penal puro y simple, se trata de crímenes internacionales, cometidos por sujetos a nombre de los Estados miembros.

Pero considero que el mayor inconveniente que tiene la naturaleza jurídica del Derechos Internacional de los Derechos Humano, es que las “potestades de imperio”, las cuales son necesarias para la investigación y el castigo de los crímenes internacionales, muchas veces quedan supeditadas a la voluntad de los Estados firmantes, lo cual torna incierta su punición por parte del órgano designado por la comunidad internacional para juzgar estos ilícitos, y de igual forma las sanciones impuestas podrían mantenerse en la línea de la validez, sin trascender a la eficacia, pues el imperio del Derecho Internacional dependerá de la lealtad y la buena fe de los Estados que suscriben un determinado tratado internacional en materia de Derechos Humanos.

Establecido lo anterior en cuanto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, resta indicar, que resulta inevitable cuestionarse la viabilidad de los sistemas de vigilancia a distancia en materia penal, frente a la categoría de los derechos humanos, entendidos como herramientas para la construcción de la seguridad humana. El carácter supraconstitucional que ostentan los derechos

¹⁹ **Pacta sunt servanda** es un término latino, atribuido al jurista Ulpiano en el Digesto, que significa que los acuerdos entre partes o pactos deben cumplirse. Los romanos llegaron a esta concepción en el derecho bizantino, ya que antes solo obligaban los contratos. Los pactos, que eran acuerdos de voluntades sin solemnidades solo daban origen a obligaciones naturales y no a acciones civiles.

²⁰ **ius puniendi** es una expresión latina utilizada para referirse a la facultad sancionadora del Estado. De forma desglosada encontramos por un lado que, la expresión “ius” equivale a decir “derecho”, mientras que la expresión “puniendi” equivale a “castigar” y por tanto se puede traducir literalmente como *derecho a penar* o *derecho a sancionar*. La expresión se utiliza siempre en referencia al Estado frente a los ciudadanos.

humanos en nuestro país, exige que cualquier pena privativa o no privativa de libertad debe ajustarse armoniosamente a los derechos y garantías que ha establecido el derecho internacional.

Aun cuando se trate de una pena no privativa de libertad, la aplicación de mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia, deben cumplir con los estándares establecidos por la comunidad internacional en materia de derechos humanos, con el fin de evitar la implementación de penas que constituyan castigos inhumanos, castigos degradantes o torturas. Debe recordarse que la imposición de una pena, necesariamente implica la anulación o limitación de un derecho, en virtud de un delito cometido, pero tal situación no permite despojar a la persona de todos sus derechos, e incluso aquellos que se limiten con ocasión de la falta cometida deberá hacerse de manera proporcional y mesurada.

i. Principio de dignidad humana.

La base del resguardo de los derechos humanos, lo será precisamente el reconocimiento y respeto de la dignidad humana. Obsérvese que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su preámbulo establece: “...*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el **reconocimiento de la dignidad intrínseca** y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...*”(el resaltado no es del original (Asamblea General de la ONU, 1948)). De manera tal, que como se indicó supra, el reconocimiento de la dignidad humana es un requisito *sine quo non*, para la defensa de los derechos humanos de una persona.

En el Manual de Derecho Constitucional del Ministerio Público de Costa Rica, el Exfiscal General de la República, Francisco Dall’Anese señaló: “...*El concepto de dignidad humana atiende a la necesidad de que la persona sea valorada, como un fin en sí misma y no en un medio para otros fines. Es por ello que, partiendo de este reconocimiento, el ejercicio de la facultad punitiva del Estado debe tener límites que impidan la instrumentalización del ser humano. Del principio de dignidad humana, se extraen todas las garantías y derechos que integran el debido proceso, tales como:*

la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el derecho de abstenerse a declarar y el derecho a no ser torturado, entre otros...” (Dall'Anese, 2004). La dignidad humana consiste en dar al ser humano la condición y el valor de persona, por el solo hecho de existir, sin que medie condición alguna para el reconocimiento de sus derechos; deberá recibir un tratamiento igualitario.

En cuanto a la importancia de la dignidad humana apunta Dall'Anese que: *“...El reconocimiento de la dignidad humana constituye la base de la sistematización de los derechos que se atribuyen a toda persona en un régimen democrático, por el solo hecho de serlo, sin distingos de ninguna naturaleza...”* (Dall'Anese, 2004). Dicho de otra manera, la dignidad humana, implica el reconocimiento de derechos mínimos a cualquier ser humano, sin distinción por sus condiciones o características, es decir el respeto por su sola condición de ser humano. En cuanto a la necesidad de reconocer el principio de dignidad humana el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos señala: *“...Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales...”*. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966).

En general, la Comunidad Internacional, se ha preocupado por dejar en claro, que no existe modo de reconocer adecuadamente los derechos humanos de una persona, si no es a través del reconocimiento de su condición de persona, y del respeto por su dignidad humana, pues caso contrario la totalidad de los derechos humanos serían simples enunciados jurídicos, cuyos efectos no llegarían a materializarse. Costa Rica, en el numeral 40 de la Constitución Política ha señalado: *“Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación toda declaración obtenida por medio de violencia será nula.”*. (Asamblea Constituyente Costa Rica, 1949). Aun cuando el Estado, sea el encargado de sancionar las conductas ilícitas, las penas no podrán constituir tratamientos crueles ni degradantes, prohibiéndose las penas perpetuas y la

confiscación, así como también la obtención de confesiones por medio de torturas y tratos inhumanos. Podemos afirmar entonces que el reconocimiento del principio de dignidad humana es en sí mismo, un límite a las potestades de imperio del *“ius puniendi”*.

Por lo general es sencillo dilucidar cuando una persona en libertad y con pleno uso de todos sus derechos ha sido afectada en alguno de ellos, sin embargo cuando se trata de personas que han sido halladas responsables de la comisión de un hecho ilícito en un determinado Estado Nación, y por ende se le ha impuesto una pena, no siempre el análisis de sus derechos es igual de sencillo. Es por lo anterior que la comunidad internacional ha tratado de marcar pautas en cuanto al tratamiento de los deberes y derechos de personas condenadas, tanto para aquellas a las que se les ha impuesto una pena privativa de libertad, como a las que purgan una pena en libertad, a fin de resguardar los derechos humanos de estas personas, dado que no en pocas ocasiones son víctimas del sistema penitenciario, situación que no diluye la gravedad de la falta cometida, pero tampoco autoriza a que se de un tratamiento diferenciado.

Por lo anterior expuesto, es que resulta necesario preguntarse si el sistema de mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia, cuenta con aval jurídico-legislativo de la comunidad internacional. Y para dar respuesta a ello debemos remitirnos a las *“Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad”* o también conocidas como las *“Reglas de Tokio”*. Los objetivos de la Comunidad Internacional con la ratificación de este instrumento, estipulados en el artículo primero son: promover la aplicación de medidas no privativas de libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión, fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad. Asimismo se pretenderá que los Estados miembros introduzcan medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir

la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.

Analizando el artículo 2.4 de las Reglas de Tokio, el cual a la letra dice: “*Se alentará y supervisará atentamente el establecimiento de nuevas medidas no privativas de la libertad y su aplicación se evaluará sistemáticamente.*” (Asamblea General de la ONU, 1990). De forma que al parecer este instrumento de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, da lugar a la creación e implementación de medidas no privativas de libertad como una forma de resguardar los derechos humanos, y primordialmente el principio de dignidad humana, que como se indicó anteriormente constituye la base para el tratamiento jurídico de cualquier persona.

Contando con un asidero jurídico que torna viable la aplicación de mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia en materia penal, resta únicamente cuestionarse, cuáles son aquellos derechos humanos que podrían lesionar estos mecanismos, como por ejemplo del derecho a la libertad de tránsito y a la autodeterminación y si la lesión resulta más grave aún que el encerramiento, además es importante cuestionarse si la utilización de estos mecanismos podría resultar una nueva forma de estigmatización social del ser humano.

ii. Derecho a la libertad de tránsito y autodeterminación.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 3 refiere: “*Todo Individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad de su persona*”, (Asamblea General de la ONU, 1948) asimismo la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo primero refiere: “*Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad*” (Organización de los Estados Americanos, 1948). Estos instrumentos de derechos internacional, señalan la existencia de un derecho de cualquier ser humano a ser libre, sin embargo debe entenderse tal derecho en dos direcciones o dos acepciones. Hace referencia a la libertad de tránsito, es decir a la capacidad del ser humano de desplazarse y transitar libremente por donde lo desee, sin que existan presiones estatales o particulares

que lo impidan. Asimismo hace referencia al principio de libre auto determinación, es decir la libertad que ostenta cada persona de realizar todo aquello que la ley no le prohíba. Para aclarar esta diferencia, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de Colombia ha señalado: “...*Por libertad personal, se entiende la libertad física. Esta interpretación la confirma el párrafo segundo del artículo 7 de la Convención Americana. La libertad en sentido más amplio, es decir, en el sentido del derecho de la persona a desarrollar su vida de conformidad con sus propios valores y deseos está comprendida implícitamente en el derecho a la intimidad, según la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, o en el derecho a la integridad moral...*” (O'Donell, 2004).

Desde luego que dicha libertad en sentido amplio se refiere a la autonomía de los seres humanos y a la independencia personal que goza cualquier persona, y que por ende no puede ser considerado esclavo de nadie. Sobre estas libertades hace eco nuestra Constitución Política cuando señala: “*Toda persona es libre en la República, quien se halle bajo la protección de sus leyes no podrá ser esclavo ni esclava*” (Asamblea Constituyente Costa Rica, 1949). Obsérvese que la regulación constitucional sobre la libertad, es la primera en el capítulo de las garantías individuales que señala la carta magna, e incluso en el numeral 48 de la Constitución Política, señala el derecho que ostenta toda persona al amparo de la leyes costarricense de presentar un recurso de “habeas corpus” o un “recurso de amparo”, para garantizar su libertad e integridad personales o restablecer el goce de otros derechos consagrados en la Constitución Política.

No obstante, atendiendo a lo dispuesto en los principios de legalidad y seguridad jurídica, ningún derecho o garantía, puede considerarse irrestricto, aun cuando derive del texto constitucional o del derecho internacional de los derechos humanos. De manera que en lo que respecta a la libertad personal y a la libertad en sentido amplio, existe la posibilidad de restringir estos derechos ante ciertos supuestos prescritos en las normas jurídica, es así como el artículo 25 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre puntualiza: “*Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas*

por las leyes preexistentes ". (Organización de los Estados Americanos, 1948). Asimismo del análisis del artículo 39 de la Carta Magna de Costa Rica, que a la letra dice: "*Artículo 39. A nadie se hará sufrir pena sino por delito cuasidelito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado par ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.*" (Asamblea Constituyente Costa Rica, 1949), se entiende a contrario sensu, cualquier persona hallada responsable de la comisión de un delito, por sentencia firme dictada por autoridad competente y con previa oportunidad de defensa y mediante la adecuada demostración de la culpabilidad, se tiene entonces que podrá ser merecedora de una pena, lo cual unido a lo dispuesto en el artículo 50 del Código Penal vigente el cual establece como penas: la prisión, el extrañamiento, la multa, la inhabilitación, la prestación de servicios de utilidad pública y el arresto domiciliario con monitoreo electrónico²¹

Es por lo anterior expuesto que la aplicación per se de una pena no implica el quebranto a los derechos de libertad personal y autodeterminación; tampoco sería un tratamiento desigual, pues el principio de igualdad pretende la aplicación del Derecho bajo un tratamiento de iguales por iguales y desiguales por desiguales. Expuesto de otra manera, una persona hallada responsable de la comisión de un hecho ilícito no puede ser tratada en la misma condición que una persona inocente, siendo que la legislación prescrita establece que en el caso de los primeros, éstos podrán recibir como sanción la limitación al derecho de libertad de tránsito o libertad personal, pero mantendrá incólumes el resto de sus derechos mínimos.

Si nos enfocamos propiamente en el derecho de libertad personal, frente a lo que implica la pena de encerramiento, y lo que implica la pena de arresto domiciliario con monitoreo electrónico, no es difícil darse cuenta por la sola forma en la que se ejecutan estas penas, que la segunda es necesariamente más favorable para

²¹ Según la reforma establecida por el artículo 8 de la Ley 9271 Ley de Mecanismos Electrónicos de seguimiento en Materia Penal, que modificó el artículo 50 de la Ley 4573 Código Penal, del 4 de mayo de 1970.

garantizar el derecho a la libertad de la persona sentenciada. Como se ha analizado líneas atrás a lo largo de la presente exposición, vemos que una de las principales críticas de la pena de prisión, es la anulación de la persona en sus distintos roles sociales, en virtud de que debe permanecer recluida, mientras que en el arresto domiciliario con monitoreo electrónico, se pretende ubicar a la persona dentro de un domicilio, y esta sola situación le permite el desarrollo de su rol familiar y evitar que se lesionen los derechos de terceras personas que no tienen por qué sufrir los embates de un proceso penal; asimismo se prevé la posibilidad de que el juez autorice la salida del domicilio bajo vigilancia electrónica, a fin de atender asuntos laborales, de salud, educación y otros.

Desde el punto de vista utilitario, consideramos que al Estado de Costa Rica, no les es funcional mantener una persona privada de libertad, no solo por el gasto público que implica su manutención, sino que además los índices de resocialización en prisión cada vez son menores, en virtud del crecimiento desproporcionado de la población penitenciaria versus la caída exponencial de recursos para atenderle. A juicio de quien expone, una forma de resocializar es permitir que la persona conviva en sociedad, de forma vigilada, y aunque este modelo no sea aplicable a todas las personas sentenciadas, ni a todos los casos, sí una buena parte de los que hoy día se encuentran reclusos en un centro penal, aislados de la sociedad y el futuro se le exigirá salir y comportarse adecuadamente en una sociedad que ya no conoce.

iii. ¿Una nueva forma de estigmatización?

El diccionario de las Real Academia de la Lengua Española, define el término estigmatizar como: *“marcar a alguien con hierro candente, imprimir milagrosamente a alguien las yagas de Cristo, afrentar, infamar.”*. (Real Academia de la Lengua Española, 2015) Asimismo desde el punto de vista sociológico, se define más bien como un aspecto conductual que hace que la persona sea etiquetada o incluida en una categoría social sobre la cual se genera una respuesta negativa y se les encuentra culturalmente inaceptables o inferiores. Se dice que este concepto desde el punto de vista sociológico fue acuñado por Erving Goffman en su obra

denominada Estigma de 1963²².

El estigma que se menciona no responde necesariamente a un daño físico o un rechazo absoluto de la persona, sino que perfectamente puede ser el rechazo social de la misma por ostentar una u otra cualidad que no se considera afín a la mayoría del grupo organizado. Hoy día en Costa Rica, no es un secreto para nadie que existe una fuerte tendencia de estigmatización en contra de las personas sentencias, quienes si bien es cierto han transgredido el ordenamiento jurídico, el sistema debe procurar su resocialización y no su anulación social. Desde luego que es inevitable que ante una acción delictiva comprobada, surja en contra de la persona sentenciada, un juicio de reproche, pero tal reproche sólo debe ser utilizado por el sistema de justicia penal para adecuar la sanción penal, y nunca para boicotear los planos sociales del individuo. La Administración de Justicia y la Administración Penitenciaria deben hacer esfuerzos por evitar que el clamor ciudadano domine los procesos de resocialización, y ello no implica debilitar las bases democráticas de un país, sino aplicar con mesura y entendimiento las sanciones penales de un ser humano.

Tampoco es un secreto, que el instituto de la cárcel, hoy día es la única solución que ofrece el derecho penal a los delitos cometidos en Costa Rica, salvo algunas otras penas accesorias. Sin embargo, no es posible creer, que la pena de prisión sea realmente una respuesta a la necesidad de resocialización que plantea el fenómeno criminal. El encerramiento de personas, aun cuando se reciba un Plan de Atención Técnica por parte de los equipos interdisciplinarios de la Dirección General de Adaptación Social, no son suficientes para resolver el problema. Tómese en cuenta que la persona es extraída de la sociedad, extirpándosele de todos sus roles sociales (familia, educación, trabajo, recreación y otros), y es colocada en encerramiento, en donde se le obliga a permanecer un tiempo determinado por

²² Goffman, Erving (1986 [Ed. original 1963]). *Estigma. La identidad deteriorada*. Buenos Aires: Amorrortu. ISBN 950-518-016-0.

criterios objetivos a pesar la multiplicidad de variables que puede contener cada hecho ilícito, y se le trata de explicar teóricamente como es que se debe vivir en sociedad, pero no se le permite hacerlo. Todo lo cual genera un sentimiento de rechazo social, que es percibido por el privado de libertad, quien vivirá su castigo convencido de que fue la sociedad quien lo colocó ahí. No bastando con ello, una vez fuera de la pena de encerramiento, las posibilidades de la persona para retomar sus planos sociales se ven reducidos por el estigma de rechazo que genera el grupo organizado.

Como se había mencionado anteriormente y teniendo claro que la cárcel sí es un instituto de estigmatización, es necesario cuestionarse entonces si la aplicación de mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia, son realmente una medida alterna a la pena de prisión o si por el contrario, son una nueva forma de estigmatización social que podría perjudicar los derechos humanos de las personas que los utilicen por imperio del sistema de justicia penal. Sobre este punto se pronunció la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en la opinión técnica consultiva 002/2013, en la cual señaló que: “...*En cuanto a la supuesta estigmatización del delincuente y respondiendo a las críticas relativas a la posible humillación sufrida por los usuarios de los brazaletes de monitoreo electrónico, es importante tener en cuenta el amplio alcance del artículo 10.1 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos: **Artículo 10.1** – Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano....*”. (UNODC, 2013)

Se señala por parte de la UNODC además, que para la interpretación del artículo antes citado debe considerarse lo dispuesto por las reglas 3.8, 3.9 y 3.11 de las Reglas de Tokio, la cuales refieren: 3.8 Las medidas no privativas de libertad no supondrán ninguna experimentación médica o psicológica con el delincuente, ni riesgo indebido de daños físicos o mentales. 3.9 la dignidad del delincuente sometido a medidas no privativas de libertad será protegida en todo momento. 3.11 durante la aplicación de las medidas no privativas de libertad se respetarán tanto el derecho del delincuente como el de su familia.

En cuanto a la regla 3.8, con el avance tecnológico se ha logrado evitar que los brazaletes electrónicos puedan suponer un riesgo para las personas penadas, asimismo su utilización conforme lo dispone la legislación, no implica una experimentación médica ni de ninguna otra naturaleza. Y así lo ha puntualizado la UNODC al indicar: *“...Los avances tecnológicos han contribuido a transformar el brazalete electrónico (para ambas tecnologías) en un instrumento moderno similar a un reloj. En este sentido, la dignidad de los usuarios no se verá menoscabada. UNODC ROPAN reafirma que las mejoras tecnológicas tendrán un efecto positivo en las vidas de los usuarios, minimizando los efectos visuales del dispositivo y evitando cualquier tipo de estigmatización...”* (UNODC, 2013). El caso de Costa Rica, las circunstancias no sería distintas, pues si se observa el punto ii del primer capítulo de esta investigación vemos que las dimensiones del brazalete a utilizar son de 2.75 x 3 x 1.5, lo cual implica que puede disimularse fácilmente entre la ropa, sin que se cause un estigma social además es hipoalergénico para evitar lesiones en la piel de quien lo utilice. Al efecto refiere Poza Cisneros: *“...Desde otro punto de vista, la intimidad del vigilado se ve afectada, en una dimensión fronteriza con el derecho a la dignidad y el derecho al honor, en cuanto su «apariencia» puede delatar su condición de delincuente, resucitando, hasta cierto punto, el fantasma de los atuendos estigmatizadores de los presidiarios, proscritos en nuestro Derecho (art. 201 LOGP), cuestión que prácticamente puede soslayarse con la tecnología más avanzada que ofrece unidades miniaturizadas, de diseño discreto, semejante a un reloj...”*. (Cisneros, 2002). Lo anterior permite ver que se cumpliría lo dispuesto en la regla 3.8 de las Reglas de Tokio, así como a la regla 2.6 de este mismo cuerpo normativo, la cual ordena que los procedimientos penitenciarios deben ser aplicados en estricto apego al principio de intervención mínima.

Asimismo en lo que respecta a la regla 3.9, esta se ve en total armonía con la aplicación de los mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia, en razón de que su dignidad se encuentra debidamente garantizada; la sola estadía de una persona en prisión, en muchos casos implica el quebranto de sus derechos fundamentales, los cuales tal y como se analizó en el apartado “i” de este capítulo, son estos derechos las herramientas mínimas para que cualquier ciudadano alcance un estado

de seguridad humana, y se vea respetada su dignidad. El solo encerramiento de las personas, en centros penales sobrepoblados implica la violación a los Derechos Humanos de una persona, pues se sabe de antemano que habrán limitaciones de espacio y recursos que el privado de libertad tendrá que enfrentar, poca privacidad en su intimidad, sin mencionar los riesgos a los que se encuentra expuesto, tales como los brotes de enfermedades infectocontagiosas.

Sobre la regla 3.11 la opinión consultiva de la UNODC ha dicho: *“El derecho a la intimidad del delincuente y su familia, que se menciona en la regla 3.11, es de especial importancia. Los desarrollos actuales y las nuevas formas de intensificación de la supervisión y control, como el monitoreo electrónico y el arresto domiciliario dan a esta regla especial importancia, se debe manejar esto cuidadosamente para respetar la intimidad de los detenidos.”* La permanencia de la persona en su domicilio implica la posibilidad de que ésta pueda desarrollar sus roles sociales, sin necesidad de que personas ajenas al núcleo familiar deban estar ingresando a su domicilio para verificar su permanencia en el recito, como actualmente sucede cuando se ordena un arresto domiciliario. De forma que la vigilancia a distancia cumple el mismo propósito que la vigilancia por contención física en un centro penal o por arresto domiciliario, pero implica una menor intervención en el ámbito de intimidad.” Así lo ha referido la magistrada española María Poza Cisneros: *“...La privación de la libertad de movimiento ha sido siempre el elemento dominante en penas y medidas de prisión o internamiento, hasta el punto de derivar de ellas su nombre. Obviamente, la vigilancia electrónica restituye una importante parcela de esa libertad de movimientos al imputado o condenado sometido a ella. Pero, al mismo tiempo, somete a un sistemático control esa libertad de movimientos, en especial cuando se utilizan distintas unidades receptoras capaces de controlar los itinerarios autorizados, para trabajar o someterse a tratamiento, por ejemplo. En casos extremos, esa vigilancia se extiende a lugares públicos, en ciudades, como algunas inglesas, sometidas a sistemas de vigilancia intensiva a través de cámaras de video distribuidas por sus calles, capaces, incluso, de identificar a los portadores de los brazaletes o pulseras...”* (Cisneros, 2002)

Por todo lo anterior, considero que la aplicación de estos mecanismos de vigilancia a distancia en materia penal, por medio de dispositivos electrónicos, podrían aumentar los índices de respeto a los derechos humanos, principalmente en lo atinente al principio de dignidad humana, y lejos de tratarse de una forma de estigmatización, si se ejecuta adecuadamente y con estricto apego a la legislación procesal vigente, puede constituir un verdadera alternativa a la denigrante pena de prisión, que poco ayuda al resocialización de las personas sentenciadas en nuestro país.

B. Reducción de la pena privativa de libertad.

i. Mecanismos electrónicos de seguimiento como medida cautelar.

Previo a abordar el punto debe dejarse muy en claro al lector que la prisión preventiva, no es una pena anticipada, como muchas veces tratan de hacerlo ver los medios de comunicación masiva, sino que más bien se trata de un instituto procesal, cuyo objetivo es asegurar la presencia de un determinado sujeto en un proceso penal, en virtud de que existen suficientes elementos de prueba para considerar con probabilidad que éste es autor de un hecho punible con pena privativa de libertad, y que además se sospeche con razonabilidad que el acriminado pueda evadir la acción de la justicia fugándose u ocultándose, asimismo en caso de que existan elementos que sugieran objetivamente que éste va a atentar en contra de la víctima, va a continuar con su actividad delictiva o podría influir sobre los elementos de prueba en perjuicio de la investigación existente en su contra para procurar su impunidad. Todos estos elementos se encuentran contenidos en los artículos 238, 239, 239 bis 240, 241 y 258 de nuestro Código Procesal Penal vigente.

No obstante la prisión preventiva no es la única medida cautelar aplicable en nuestro ordenamiento jurídico penal, sino que los artículos 244 y hasta el 252 del Código Procesal Penal, prevén la posibilidad de aplicar medidas alternas a la prisión preventiva la cual solo debe ser aplicada en forma excepcional y no como la regla. Así lo han hecho ver los instrumentos de Derecho Internacional, por su parte el

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9.3 indica: *“Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”*. Los artículos 6.1 y 6.2 de las Reglas de Tokio señalan: **6.1** *En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.* **6.2** *Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 5.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano.* (Asamblea General de la ONU, 1990).

Asimismo el numeral 244 del Código Procesal Penal indica: *“siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerse en su lugar...”* y de seguido el artículo describe todas las medidas que el juzgador puede aplicar incluyendo la imposición de las medidas de localización permanente con mecanismos electrónicos.

La reforma al artículo 244 del Código Procesal Penal, con motivo de la entrada en vigencia de la ley, establece que el juzgador puede imponer una medida cautelar distinta a la prisión preventiva consistente en la localización permanente por monitoreo electrónico, lo cual no significa que se trate de un arresto domiciliario como sí lo es en el caso del artículo 50 reformado, es decir como una pena. Esta medida puede ser ordenada en aquellos casos en los que existan un peligro de fuga conforme lo dispuesto en el numeral 240 del Código Procesal Penal, o bien cuando

exista un peligro para la víctima que pueda ser paliado con la sola ubicación del imputado por parte de la autoridad judicial.

Aun cuando la realidad normativa y jurídica indique que la prisión preventiva no es una pena anticipada, la realidad sociológica y material, hace ver todo lo contrario, pues en términos llanos, la persona está siendo llevada a un centro penitenciario en donde recibirá prácticamente el mismo trato de una persona sentenciada a una pena de prisión. Es por ello que la medida cautelar de monitoreo, podría fortalecer el control que se ejerce sobre una persona, de quien la administración sospecha que pueda sustraerse del proceso, y a la vez garantiza el principio de presunción de inocencia. Sobre este punto destaca Faustino Gudín Rodríguez Magarriños: *“La idea es respetar la presunción de inocencia y no someter al detenido a una condena anticipada es una exigencia de todo Estado de Derecho. Esto ya aparece recogido en las ideas de los fundadores del mismo así resulta expresiva la formulación de Beccaria: “un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando este decidido que ha violado los pactos bajo los cuales le fue concedida”...”*. (Rodríguez-Magarriños, 2007) .

La aplicación versátil de esta medida cautelar alternativa, debió ser implementada en Costa Rica desde su publicación, según lo dispone el transitorio único de la Ley 9271, no obstante al día de hoy no se conoce ningún caso en que se haya dispuesto, lo cual no solo es una inobservancia de la norma procesal, sino un incumplimiento a las obligaciones del estado de prestar de forma ininterrumpida un servicio público y así lo dispuso el voto número 2015-292 de las ocho horas con cinco minutos del veintiséis de febrero de dos mil quince del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San José: *“...Todos los servicios públicos prestados por las administraciones públicas –incluidos los asistenciales o sociales- están regidos por una serie de principios que deben ser observados y respetados, en todo momento y sin excepción alguna, por los funcionarios públicos encargados de su gestión y prestación. Tales principios constituyen una obligación jurídica de carácter indeclinable impuesta a cualquier ente u órgano administrativo por su eficacia*

*normativa directa e inmediata, toda vez que el bloque o parámetro de legalidad (artículo 11 de la Constitución Política) al que deben ajustarse en sus actuaciones está integrado, entre otros elementos, por los principios generales del derecho administrativo (artículo 6° de la Ley General de la Administración Pública). No debe perderse de perspectiva que los Principios Generales del Derecho, tienen el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan, con lo que pueden asumir un rango constitucional si el precepto respecto del cual cumplen tales funciones tiene también esa jerarquía. Como veremos en el considerando subsiguiente **nuestro texto fundamental recoge como derecho fundamental de las personas el del buen funcionamiento de los servicios públicos, consecuentemente los principios que informan los servicios públicos en cuanto hacen efectivo tal derecho tienen un rango constitucional** (el resaltado es del original). El ordinal 4° de la Ley General de la Administración Pública dispone claramente que “La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios o beneficiarios...”. (Poder Judicial de Costa Rica, 2015)*

De la misma manera este voto criticó con fuerza y ordenó la anulación de la sentencia del tribunal, al inobservar éste la excepcionalidad con la que cuenta el principio de irretroactividad, en cuanto que a que una norma posterior es aplicable siempre que beneficie al imputado: “...En la decisión de instancia no se ponderó nada al respecto, pero ello fue porque la publicación de esa normativa se produjo en La Gaceta N° 210 del 31 de octubre de 2014, es decir, con posterioridad a la emisión de la presente sentencia, que se dictó, oralmente, el 27 de octubre de 2014 (ver folio 138), razón por la cual ni la parte pudo hacer, oportunamente, alegatos al respecto (por lo que no se le podría reprochar que su propia inercia haya generado el agravio), ni, tampoco, el Tribunal de instancia tuvo ocasión de motivar nada sobre el particular, lo que no obsta a que se haga la argumentación ante esta sede, que tiene el deber, no solo de aplicar la ley vigente (*iura novit curia*) sino de efectuar un análisis integral de lo resuelto (artículo 462 del Código Procesal Penal), conforme al

debido proceso, que comprende la aplicación correcta de la ley sustantiva (ver voto número 2001-1734 de la Sala Constitucional). Empero, dado que los presupuestos subjetivos requieren una ponderación casuística y motivada, sujeta a impugnación, esa omisión (entendible por lo explicado) generaría un reenvío, sin nulidad alguna, porque la pena principal impuesta (de cinco años) es la base para que se valore si procede, o no, la sustitución discutida. Esto partiendo de que la citada normativa, según se desprende del párrafo segundo del transitorio único, "Rige a partir de su publicación." Valga indicar que si bien, como principio, la ley aplicable para el juzgamiento de los hechos es la vigente al momento de estos (artículo 11 del Código Penal) y esa normativa no lo estaba cuando se produjo el evento aquí juzgado, esa regla se puede excepcionar en virtud de otros principios de mayor rango. Se produce, entonces, el fenómeno de la extra-actividad de la ley penal, es decir, de la vigencia de la ley fuera de su período normal, la cual, a su vez, puede adoptar dos modalidades: la ultractividad (que es cuando una ley derogada se sigue aplicando; por ejemplo, porque la nueva ley, manteniendo la punición, eleva las penas. Como esta última ley no se emitió a la fecha del hecho, no se puede aplicar y la vieja norma sigue desplegando efectos jurídicos para los hechos cometidos cuando estuvo vigente) o bien mediante la retroactividad." (Poder Judicial de Costa Rica, 2015)

ii. Mecanismos electrónicos de seguimiento como sanción.

Aun y cuando he tratado este tema en distintas partes de este trabajo, debemos puntualizar algunos aspectos de interés práctico, para la aplicación de la pena de arresto domiciliario que introdujo el artículo. Iniciado por la naturaleza jurídica de esta pena en Costa Rica, sobre lo cual también se ha ocupado el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, que al efecto ha indicado: *"...En lo que aquí interesa, estableció, mediante el numeral 8 de esa ley (ley 9271), una reforma al artículo 50 del Código Penal, mediante la que introdujo, en su inciso 4, como pena, el "arresto domiciliario con monitoreo electrónico". Aunque, expresamente, no se denominó así, ni se introdujo en el inciso 1 de las penas principales, dicha sanción debe considerarse **principal sustitutiva**, esto porque su naturaleza es la de reprimir, por*

*sí misma (no junto con otras) una conducta, de allí que sea principal y no accesoria, pero solo cabe aplicarla cuando, entre otros requisitos, haya una pena impuesta (principal) inferior a seis años de prisión, de donde surge su carácter de sustitutiva. Nótese que, por una errónea técnica legislativa, tanto en esta ocasión, como cuando se introdujo el inciso 3 del referido numeral 50 del Código Penal, se elencaron **clases de penas**, pero se obvió la clasificación de los dos primeros incisos, que obedecía a la **naturaleza jurídica de cada sanción** que, no obstante, surge de su finalidad y función y no de la denominación que de ella haga el legislador...”* (Poder Judicial de Costa Rica, 2015). A pesar del error legislativo que recalca este voto del tribunal superior, queda claro que se le ha dado un valor de pena alternativa, lo cual en Costa Rica no existía hasta este momento, es decir es una pena equiparable a una pena principal pero que no se aplica conjuntamente como es el caso de las penas accesorias.

Por otra parte y en lo que respecta a los requisitos de aplicación se señala en la jurisprudencia supra citada:“...*Esta sanción tiene requisitos objetivos, mencionados por los incisos 1 a 3 del artículo 57 bis del Código Penal, también adicionado por esa normativa y que son: que la pena impuesta no supere los seis años de prisión, que no se trate de delitos tramitados en el marco de la Ley contra la Delincuencia Organizada, que no sean delitos sexuales en perjuicio de menores de edad, que no se trate de ilícitos cometidos mediante armas de fuego y que el sujeto sea primario. También se prevén requisitos subjetivos entre los que destacan, en el inciso 4 del artículo 57 bis del Código Penal, que se realice alguna valoración específica de las circunstancias personales del encartado de las que se desprenda, razonablemente, que la medida no constituirá un peligro y que el sentenciado no evadirá el cumplimiento de la pena, así como la necesidad de un consentimiento previo, expreso e informado de los alcances y consecuencias de la sanción, de cómo puede ser revocada, etc...”* (artículo 2 de la ley N° 9271) (Poder Judicial de Costa Rica, 2015)

Debe indicarse además que esta pena lleva como consecuencia que en caso de incumplimiento la persona deberá regresar a un centro penitenciario, cual no solo

significa un reconocimiento tácito por parte del legislador, en cuanto a que le pena de prisión necesariamente es más gravosa, sino que además es el otorgamiento de una oportunidad a la persona sentenciada de rehabilitarse en sociedad.

CONCLUSIONES

La pena de prisión como pena mayoritariamente conocida en los ordenamientos jurídicos a nivel mundial, principalmente en los Estados de Democráticos de Derecho, no siempre fue el instituto que conocemos hoy día, sino que es producto de la concurrencia de una serie de acontecimientos históricos que a través de un proceso evolutivo, el cual transformó la privación de libertad de una simple medida cautelar para asegurar la presencia del acriminado al momento de aplicar una pena mucho más cruel en una sanción propiamente dicha. De forma que la aparición de la pena privativa de libertad, de una u otra manera humanizó la sanción penal.

La pena de prisión fue superando distintos momentos de la historia, por cuanto fue respondiendo a las necesidades ideológicas que se estatuyeron en la época. No obstante esta pena tiene sus cimientos durante la fase correccionalista, dado que en las fases precedentes (vindicativa y retributiva o expiacionista), solo fue empleada como mecanismo para asegurar la aplicación al sentenciado de una pena más grave, que usualmente consistió en la ejecución de sanciones crueles y degradantes, inspiradas en ideas teocráticas, mediante las cuales se igualaron los conceptos de delito y pecado; en donde el dolor y la humillación pública eran empleados como formas de redimir la responsabilidad penal por el hecho ilícito cometido en contra del poder divino.

La fase resocializadora de prisión, no es una etapa concluida. A pesar de que se ha demostrado el cambio de enfoque en la aplicación de la pena como sanciones con fines netamente punitivos, y que se han incluido objetivos de reinserción social, es lo cierto, que esta fase se encuentra lejos de lograr este cometido. La Comunidad Internacional ha dado pasos importantes a fin de motivar a las distintas naciones a interesarse en las poblaciones penitenciarias, sin embargo esto es un proceso que al día de hoy se encuentra en construcción y requiere una cantidad importante de recursos ideológicos, así como de la confluencia de voluntades políticas para poder cumplir con los cometidos que propone la filosofía de la pena resocializadora.

En este mismo orden de ideas, aun cuando la cárcel actual es ubicada en una fase de la pena denominada: “fase resocializadora”, se afirma por los principales exponentes de la criminología crítica, que realmente no hemos dado este paso hacia una verdadera resocialización, sino que nos encontramos en una fase de correccionalismo. La cárcel constituye un instituto de disciplina y no un mecanismo de reinserción social, lo cual evidencia la existencia de un “doble discurso”, entre lo dispuesto por el espíritu de la legislación que otorga un concepto deontológico de la cárcel, es decir plantea el “deber ser”, cuando la realidad sociológica muestra un “ser” de la cárcel muy distinto.

El hacinamiento carcelario y la sobrepoblación, son dos de los principales problemas que enfrenta la administración penitenciaria costarricense. La criminalidad costarricense aumenta en relación exponencialmente inversa con la capacidad de los centros penales, lo cual ha producido en Costa Rica para el año 2014, un 37% de hacinamiento carcelario con una sobrepoblación de 3827 privados de libertad, en cada uno de los centros penales. Cifras que se encuentran en aumento y que de la observación del fenómeno criminal se prevé un incremento porcentual del 30%. De manera que no cabe duda alguna de que Costa Rica, al igual que muchos otros países, especialmente catalogados como países en vías de desarrollo, ostenta un alto y creciente índice de sobrepoblación carcelaria, lo cual si bien es cierto no es un problema novedoso, sino que remonta desde principios de siglo XX, cada día nos afecta más.

A su vez el hacinamiento carcelario y la sobrepoblación penitenciaria, son fuente de una serie de problemas que deben enfrentar los privados de libertad y las autoridades en materia de ejecución de la pena, relacionados con la violación de derechos humanos. Conforme se disminuye el espacio en las cárceles de nuestro país, aumentan los quebrantos en los derechos mínimos de los privados de libertad quienes llegaron a estos establecimientos por una resolución judicial que ordenó preventivamente su encerramiento o por una sentencia judicial que dispuso suspender su derecho al libre tránsito por un período determinado; sin embargo cada día son más los derechos que se ven afectados. La poca higiene, el aumento

en la violencia, la exposición a brotes de enfermedades infectocontagiosas, las condiciones infrahumanas de muchos establecimientos carcelarios, son sin lugar a dudas violaciones a los derechos humanos que le asisten a cualquier persona, inocente o hallada responsable de la comisión de un hecho delictivo.

El hacinamiento carcelario se convirtió en un problema político y de interés nacional, lo cual obligó al gobierno a tomar medidas para su reducción, por medio de la búsqueda de soluciones alternas a la pena de prisión como única respuesta al factor criminal. Inicialmente tales acepciones fueron recibidas con temor y fueron contrarias al clamor social y a las políticas de cero tolerancia, lo que llevó a la administración Chinchilla Miranda (2010-2014), a desestimar el proyecto de ley que pretendía la instauración de mecanismos electrónicos de vigilancia como pena alternativa a la prisión, respondiendo no a la necesidad pública, sino a la presión mediática y a la cultura nacional de populismo punitivo.

La tecnología ha sido utilizada por el hombre a través de la historia para solucionar la gran mayoría de inconvenientes o incomodidades que se presentan. Es claro que el tema de la cárcel y la problemática que la misma acarrea, no ha sido la excepción de los intentos humanos de solucionar aquellas situaciones adversas por medio de la tecnología. En los países más desarrollados, como en Estados Unidos se inició con ocasión del desarrollo de la carrera armamentista, se implementaron sistemas de seguimiento electrónico, aplicados a la materia penitenciaria. Ello con relación a dos acontecimientos históricos, uno de ellos correspondiente a una explosión criminal en los Estados Unidos, y la incorporación de las ideas de la higiene racial que surgen a inicio del siglo XX.

Aún y cuando la implementación de mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia, por medio de la tecnología GPS en los Estados Unidos dio inicio desde principios y mediados del siglo pasado, no obstante su aplicación en materia penitenciaria no es sino hasta el año 1983 en Albuquerque Nuevo México, que se presenta como medida útil en el ejercicio judicial y penitenciario; y a partir de tal aplicación tecnológica, se obtienen las características que distinguen la forma en la que se utilizan estos dispositivos, a saber: la voluntariedad, la corta duración,

repercusión del coste de la persona vigilada y el uso combinado de otros tratamientos.

Al observar la aplicación y efectividad de mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia en otros países alrededor del mundo, al tenor del Derecho Comparado, permite vislumbrar un buen futuro para nuestro país, aún y cuando las legislaciones varíen de un Estado a otro. En primer términos son alentadoras las expectativas para Costa Rica, en cuanto al problema de hacinamiento carcelario, pues aún y cuando en países como Estados Unidos e Inglaterra, considerados potencias mundiales, la aplicación de dichos mecanismos no ha impactado en el tema de la sobrepoblación carcelaria, es lo cierto que entre ellos existe un común denominador, cual es la aplicación de los dispositivos electrónicos de vigilancia como una “alternativa de las alternativas”, mientras que en países como Suecia y Francia y España, regulan estos mecanismos como penas alternativas a la prisión y no como a diferencia de los primeros, como una simple manera de coadyuvar al cumplimiento de los últimos años de una pena de prisión. Lo anterior sumado al hecho de que Costa Rica incluyó en la Ley 9271, el arresto domiciliario como pena alternativa, permite vaticinar el inicio de la aplicación de penas más humanas y el éxito de la implementación de la legislación citada.

Desde el punto de vista presupuestario, existe un común denominador entre las naciones que han dispuesto la utilización de dispositivos de seguimiento, pues países como Estados Unidos, Francia, Suecia, Inglaterra y España, a pesar de catalogarse países con cierto poderío económico han sido contestes en señalar una notoria disminución en el gasto estatal, por la utilización de estos mecanismos. Inclusive Colombia y Chile, los cuales sabemos que superan en poderío económico a Costa Rica, a pesar de ser naciones latinoamericanas, que comparten una misma realidad social y cultural, han reconocido una importante disminución presupuestaria. Lo cual con mucho más razón deja entrever un positivo porvenir para Costa Rica como un país en vías de desarrollo.

No puede ocultarse una realidad al momento de realizar una medición de la efectividad de los mecanismos electrónicos de vigilancia a distancia, por cuanto

debe tenerse presente que la población meta de estos mecanismos es cuidadosamente seleccionada, o por lo menos así lo exigen las distintas legislaciones a nivel mundial, de manera que no es motivo de sorpresa que exista un alto índice porcentual de cumplimiento si se compara con otras penas. No obstante al hacer una comparación entre los índices de cumplimiento de esta medida en muchos países es posible vislumbrar la efectividad de la medida, aun y cuando se trate de población seleccionada, máxime si consideramos que se trata de un importante número de personas que se resocializaron verdaderamente y no que su condición empeoró por el ingreso a la cárcel.

Los Derechos Humanos, son consecuencia directa de la necesidad que se ha ocasionado en cada uno de los estados o ciudades abatidos por los crímenes nacionales e internacionales, dando como resultado cada uno de ellos un aporte de necesidad para inventar algún instrumento que prevenga, sancione y concientice los embates de las atrocidades mundiales. Queda claro, que no existe modo de reconocer adecuadamente los derechos humanos de una persona, si no es a través del reconocimiento de su condición de persona, y del respeto por su dignidad humana, pues caso contrario la totalidad de los derechos humanos serían simples enunciados jurídicos, cuyos efectos no llegarían a materializarse. La aplicación de los mecanismos electrónicos de vigilancia, guardan perfecta armonía con la legislación internacional, y no se torna violatorio a los derechos humanos, por el contrario existen múltiples institutos de derecho internacional, que buscan promover la aplicación de penas alternativas y más humanas que la pena de encerramiento.

No se trata de una nueva forma de estigmatización. La utilización de dispositivos electrónicos de vigilancia a distancia en materia penal, no constituyen en sí mismos una nueva forma de estigmatización social para la persona que los utiliza, siempre que se le apliquen al igual que cualquier otra pena, en estricto apego al principio de dignidad humana, y sin que su implementación implique un menoscabo en su salud. Por otra parte los avances tecnológicos hoy día permiten evitar un señalamiento socio-moralista, y en ese mismo sentido las legislaciones deben procurar la adecuada regulación de los dispositivos de manera que los mismos no

involucren el encasillamiento o la imposibilidad de una persona de ejercer sus roles sociales, pues ello implicaría desnaturalizar el fin de esta pena alternativa.

La aplicación de mecanismos electrónicos de vigilancia en materia penal, puede ser una solución al hacinamiento carcelario en Costa Rica. La utilización de estos dispositivos versátiles, sumado a la aplicación de penas y medidas cautelares dentro de un sistema de democrático de Derechos, definido por un derecho penal mínimo; sumado a los presagios que brinda el Derecho Comparado, permite arribar a la conclusión de que Costa Rica podría solucionar la problemática de hacinamiento carcelario, por medio de la utilización de esta pena alternativa. Existe una ventaja importante, y es el hecho de que estas técnicas, no contravienen lo dispuesto por el Derecho Internacional, por el contrario existe un consenso, en cuanto a que dichas penas alternativas mas bien deben ser potenciadas y aplicadas con preferencia sobre la pena de prisión.

La doble función que presentan los mecanismos electrónicos de vigilancia, es decir como sanción y como medida cautelar, permitirá a los jueces penales, jueces de ejecución de la pena y demás operadores del derecho penal, emplear como medida o sanción alterna dichos dispositivos, y contribuir con ello al descongestionamiento de privados de libertad que existe hoy día en nuestro país, en el que se evidencia que las cárceles están repletas de personas sentenciadas e indiciadas, lo cual repercute directamente no solo en los intereses particulares, sino también en los intereses de la administración pública, que debe velar por la existencia de un constante estado de seguridad humana.

La apatía de los Estados del mundo por interesarse, en qué sucede con los que han cruzado al “mundo de las tinieblas”, debe desaparecer y conforme a las reglas de interpretación progresiva de las normas, los Estados deben reaccionar ante esta problemática, y si existe otra forma de cumplir de mejor manera con el fin de la norma, debe realizarse de esta manera, sin que las voluntades políticas, el clamor social y o las ideas de populismo punitivo nos lleven a conclusiones erradas. Como lo indicó Robert Baden Powell: “...*“No me incumbe”* es la pantalla tras la cual se escudan los cobardes...”.

BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Constituyente Costa Rica. (1949). *Constitución Política de Costa Rica*. San José.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. New York: ONU.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. New York: ONU.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1990). *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad*. Tokio.

Asamblea Legislativa. (2006). *Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal*. San José: IJSA nvestigaciones Jurídicas S.A.

Asamblea Legislativa, (2014). *Ley de Mecanismos Electrónicos de Seguimiento en Materia Penal*. San José: Diario Oficial La Gaceta.

Baratta, A. (2004). *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. (E. S. XXI, Ed.) Buenos Aires, Argentina.

Beiras, I. R. (2012). La cárcel persiste gracias a su fracaso, no a su éxito. (A. P. Drangosch, Interviewer)

Beltrán, J. (2009). *Los Sistemas de Vigilancia Electrónica como Sustituto de la Prisión en Colombia*. VI Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para La Reforma Procesal, Colombia.

Binder, A. (2014). *Introducción del Derecho Penal* (1ra Edición ed., Vol. 1). (E. J. Continental, Ed.) San José, Costa Rica.

Borés, J. G. (1995). *La Psicología Cultural de las Instituciones*. Barcelona: Editorial Boixareu.

Carranza, E. (1996). Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, 26, 81-88.

Cisneros, M. P. (2002). Las Nuevas Tecnologías en el Ámbito Penal. (P. Judicial, Ed.) *Revista del Poder Judicial*, 65.

Dall'Anese, F. (2004). *Manual de Derecho Constitucional*. San José: Ministerio Público de Costa Rica.

Enriquez-Rubio, H. (2012). La Prisión, Reseña Histórica y conceptual. (U. d. Guanajuato, Ed.) *Ciencia Jurídica* , 1, 11-28.

Expediente Legislativo Proyecto de Ley 9271, Expediente no. 17665 (Asamblea Legislativa de Costa Rica 30 de octubre de 2014).

Ferrajoli, L. (2013). Criminología, Crímenes globales y Derecho Penal: El debate epistemológico de la criminología contemporánea. (O. d. Barcelona, Ed.) *Revista Crítica Penal y Poder* , 4, 224.

Foucault, M. (2002). *Vigilar y Castigar* (1ra edición ed.). (E. S. XXI, Ed.) Buenos Aires, Argentina.

Foucault, M. (1993). Microfísica del Poder. (G. Deleuze, Interviewer, & L. Epiqueta, Editor) Madrid, España.

García-Borés, J. (1995). *La Psicología Cultural de las Instituciones. La Cárcel*. Barcelona: Editorial Boixareu.

Herrera, G. R. (2015). *Informe técnico de inspección BRU-ARSPZ-ERS-0466-2015 Centro de Atención Institucional de Pérez Zeledón*,. Ministerio de Salud de Costa Rica, Área Rectora de Salud de Pérez Zeledón Region Brunca, san Isidro de El General.

Huertas, E. S. (1982). *Penología: Parte General*. (U. d. Colombia, Ed.) Colombia.

La Nación. (4 de Abril de 2013). Laura Chincilla retiró de la Asamblea Legislativa proyecto de Brazaletes para Reos. *La Nación* .

La Nación. (2013). Préstamo para cárceles aliviará hacinamiento después del 2015. *La Nación* .

La Tercera. (10 de mayo de 2012). Aprueban ley que valida uso de brazalete electrónico y será aplicada desde 2013. *La Tercera* .

Leal, C. B. (n.d.). *La vigilancoa electrónica a distancia como alternativa al encierro: desde la perspectiva de Alessandro Baratta*. Retrieved 25 de Abril de 2015 from <http://revistas.ucr.ac.cr/>: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Costa_Rica/cab/20120724125802/Barros.pdf

Lombroso-Ferrero, C. (1908). *La Donna delinquente, La Prostituta e la donna normale*. Torino: Fratelli Bocca Editori.

Morales, U. Z. (1971). *Código Penal*. (I. J. S.A, Ed.) San José.

Morales, U. Z. (1998). *Código Procesal Penal*. (I. J. S.A, Ed.) San José, Costa Rica.

O'Donnell, D. (2004). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia doctrina de los sistemas universal e interamericano* (1era Edición ed.). (A. V. Villa, Ed.) Bogotá: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Organización de los Estados Americanos. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Organización de los Estados Americanos. Bogotá: OEA.

Pavarini, M. (2002). *Control y Dominación: Teorías criminológicas y burguesas y proyecto hegemónico* (1era edición ed.). (E. S. XXI, Ed., & I. Muñagorri, Trans.) Buenos Aires, Argentina.

Pérez, A. (04 de febrero de 2012). *www.pensamientopenal.org.ar*. (R. E. Atlántico, Producer) Retrieved 09 de mayo de 2015 from Asociación pensamiento penal: <http://www.diarioelatlantico.com/diario/2011/07/11/30009-la-carcel-persiste-gracias-a-su-fracaso-no-gracias-a-su-exito.html>

Pérez, J. E. (2014). Consideraciones sobre las cárceles en Costa Rica. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 134, 98-135.

Programa Estado de La Nación. (2014). *Informe Estado de la Nación 2014*. Programa de al Nación en Desarrollo Humano Sostenible, San José.

Ramírez, C. (Octubre de 2014). Uso de brazaletes electrónicos permitirá reducir un 75% costo de mantener reos. *Nuestra Voz*. (A. Rueda, Interviewer)

Real Academia de la Lengua Española. (2015). *Página Oficial de la Real Academia de la Lengua Española*. Retrieved 24 de mayo de 2015 from [www.rae.es: http://lema.rae.es/drae/?val=estigmatizaci%C3%B3n](http://lema.rae.es/drae/?val=estigmatizaci%C3%B3n)

Rodríguez-Magariños, F. G. (2007). *Cárcel Electrónica* (1era edición ed.). (T. I. Blanch, Ed.) Valencia.

UNODC. (2013). *El uso de brazaletes de monitoreo electrónico como alternativa al encerramiento en Panamá*. Oficina de las Naciones Unidas contra La Droga y el Delito. Panamá: Oficina de las Naciones Unidas contra La Droga y el Delito.

Voto 2015-292, 09-010834-0042-PE (Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San José 26 de febrero de 2015).

Voto 2015-292 (Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San José 26 de Febrero de 2015).