

ARRESTO DOMICILIAR CON MONITOREO ELECTRÓNICO EN COSTA RICA: DISFUNCIONES PRÁCTICAS.

HOME ARREST WITH ELECTRONIC MONITORING IN COSTA RICA: PRACTICAL DYSFUNCTIONS

Dr. Roy Murillo Rodríguez¹

Poder aportar al homenaje que en esta ocasión la Facultad de Derecho de Universidad de Costa Rica hace al jurista Daniel González Álvarez es un privilegio y una gran oportunidad para reconocerle su aporte y compromiso en la construcción de un derecho penal y procesal penal propios de una democracia. Como juez de ejecución de la pena debo reconocer también su valentía y prudencia para enfrentar las presiones de la autoridad penitenciaria al iniciar funciones los Juzgados de Ejecución de la Pena en el año 1998, siempre preocupado por nuestras actuaciones pero dentro de un total marco de respeto a nuestra independencia judicial.

Desde los años 90 Naciones Unidas promociona la introducción y aplicación de alternativas a la prisión o sanciones penales no privativas de libertad para la reducción del hacinamiento y del encierro, procurando una mayor participación de la comunidad en la gestión de la Justicia Penal. De igual forma, generar en las personas en conflicto con la ley un mayor sentido de responsabilidad social. Este objetivo es claro en las Reglas de las Naciones Unidas para la ejecución de las medidas no privativas de libertad, denominadas *Reglas de Tokio* donde se propone un abanico de sanciones más amplio y flexible que permita soluciones y sanciones penales adecuadas a las condiciones, antecedentes y necesidades de la persona así como el tipo y gravedad del delito, que puedan cumplirse en libertad con la mínima intervención.

¹ Juez de Ejecución de Penas. Costa Rica.

1) Nueva pena sustitutiva de la privación de libertad.

Con la Ley de Mecanismos Electrónicos de Seguimiento en Materia Penal se introduce en Costa Rica en el año 2014², una importante reforma legal que procura habilitar espacios de libertad a personas en conflicto con la ley penal para el cumplimiento de medidas cautelares o la sanción penal desde la comunidad y con el apoyo familiar, asegurando una alternativa a la prisión preventiva y a la pena privativa de libertad que permite el control de la persona y su sujeción al proceso penal o la pena impuesta, evitando los efectos nocivos del encierro.

Se reforma el Código Penal autorizándose la sustitución de la pena privativa de libertad al momento de dictar la sentencia, por parte del Tribunal penal y se reforma también el Código Procesal Penal para autorizar la sustitución durante la ejecución de la pena privativa de libertad como una competencia de la jurisdicción de ejecución de la pena.

Para el primer supuesto se define la sanción y se establecen los requisitos o sus presupuestos en el artículo 57 bis del Código Penal: ***“... 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...”***. La sustitución en la fase de juicio solo es procedente bajo los siguientes requisitos:

- 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.*

² Conforme información de la Jefatura de la Unidad de Monitoreo Electrónico, al 10 de diciembre del 2020 la Unidad de Monitoreo Electrónico reporta un ingreso de 4029 personas. Se reporta un total de 1803 monitoreados activos a esta fecha de los cuales 701 están con medida cautelar sustitutiva de la prisión preventiva y 1102 cumplen sentencia. Del total de asuntos activos 1582 son hombres y 221 mujeres.

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.

El juez competente podrá autorizar salidas restringidas por razones laborales, salud, educación u obligaciones familiares, previo informe rendido por el Instituto Nacional de Criminología... ”

Por su parte se reforma el Código Procesal Penal regulando la facultad legal del juzgador para modificar la pena privativa de libertad sustituyéndola por un Arresto Domiciliar con Monitoreo Electrónico.

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 siquiátrica 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.

Se incorporó la medida sin experiencia previa ni capacitación sobre su funcionamiento.

La ley presenta una serie de problemas que en la práctica obstaculizan su finalidad resocializadora y dificultan la fase de ejecución o cumplimiento, pero se presenta inconvenientes también en su interpretación y en su aplicación en vía administrativa y judicial. Trataremos de realizar un análisis crítico de todas estas disfunciones y proponer alguna solución, pero de previo es importante comprender cual es el marco de regulación que rige este tipo de sanciones.

2) **Marco regulatorio de las penas alternativas al encierro.**

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad o ***Reglas de Tokio*** son el marco normativo internacional específico que regula las penas alternativas y por lo tanto su aplicación resulta obligatoria en la determinación, aplicación y ejecución de la pena sustitutiva objeto de estudio. Rigen estas normas porque aplican para toda alternativa a la prisión. Alguien podría discutir esta afirmación señalando que el Arresto es una pena privativa de libertad sin embargo hasta la pena de Arresto Domiciliario se considera por esta normativa una alternativa y es una sanción que se rige por estos principios y reglas. Expresamente la Regla 8 establece: “8.1 *“La autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de libertad, al adoptar su decisión tendrá en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda.”* La norma continúa y nos indica: “8.2 ***Las autoridades competentes podrán tomar las siguientes medidas:... k) Arresto domiciliario; l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión”***.”

Estas reglas junto con la la Ley de Mecanismos Electrónicos constituyen entonces el cuerpo normativo elemental y básico que rige para la aplicación de esta sanción.

De la lectura completa de esas Reglas podemos identificar algunos **principios rectores** que regulan la materia y su finalidad:

- **Principio de consentimiento expreso:** si la medida significa alguna obligación es necesario el consentimiento de la persona para su imposición (Regla 3.4).
- **Principio de información o inducción:** exige que al iniciarse el cumplimiento de la medida o sanción, se brinde una explicación oral y escrita sobre las condiciones que rigen el cumplimiento de la sanción, sus derechos y obligaciones (Regla 12.3).
- **Principio de flexibilidad de la sanción:** la medida o sanción podrá modificarse según el progreso mostrado o en función de atender las dificultades para su cumplimiento (Reglas 14.3 y 14.4).
- **Finalidad de reinserción social de la pena:** este tipo de sanciones procura alcanzar la reinserción social del delincuente y disminuir el riesgo de reincidencia con el apoyo del grupo familiar y desde la propia comunidad (Regla 10.1 y 17).
- **Principio de aplicación complementaria:** la aplicación e interpretación de estas Reglas no excluye los derechos reconocidos en las Reglas para el Tratamiento de los Reclusos ni en otras normas sobre derechos humanos que guarden relación con el tratamiento del delincuente y la protección de sus derechos.
- **Prohibición de revocatoria automática y debido proceso:** frente al incumplimiento de la sanción deberá valorarse integralmente la situación escuchando a todas las partes involucradas y la revocatoria podrá generarse solo cuando no exista otra alternativa, previo derecho de defensa y debido proceso (Reglas 14.1 a 14.4) .
- **Principio de límite temporal y cese anticipado:** este tipo de sanciones son de plazo determinado y estará previsto su cese anticipado cuando su ejecución tenga resultados muy favorables o positivos.

Las Reglas también exigen al Estado asegurar a través de estas medidas el **tratamiento** que requiera la persona y **asistencia psicológica, social y material** de ser necesaria (Reglas 10 y 13) y establecen que el **régimen de supervisión y vigilancia** procurará ayudar al delincuente en su proceso de reinserción social y disminuir la reincidencia.

3) Análisis de la normativa nacional.

Ahora bien, la Ley de Mecanismos Electrónicos de Seguimiento en Materia Penal incorpora expresamente el principio de consentimiento expreso, de información o inducción, la finalidad de reinserción social, el límite temporal y el principio de flexibilidad pero no regula el cese anticipado y cabría preguntarse si al amparo de la norma internacional podrá el Juzgador cesar la sanción antes de su vencimiento.

La normativa pareciera fundir dos tipos de penas que en otros países son sanciones independientes, en España por ejemplo, una pena es el arresto domiciliario y otra la localización permanente.

A través del arresto domiciliario se asegura la permanencia del sujeto en su domicilio por períodos normalmente cortos o durante fines de semana mientras que el monitoreo electrónico permite la localización permanente de las personas. En la mayoría de países europeos se aplica por el plazo de seis meses o no más de un año y funciona como una pena con movilización controlada que permite realizar actividades cotidianas como trabajar, estudiar, practicar deporte, recrearse y hasta socializar³.

La regulación costarricense parece crear una nueva fórmula fusionando el arresto domiciliario y localización permanente. En sus inicios, sobre todo por la propia denominación de la norma —arresto domiciliario— y la incompreensión de que hasta el arresto domiciliario es una pena sustitutiva y no privativa de libertad conforme las normas internacionales- se ha generado una serie de inconvenientes y no se ha facilitado ni procurado en vía judicial ni administrativa una ejecución acorde con las normas y principios internacionales que regula ese tipo de sanciones.

La sustitución de pena por parte del Tribunal sentenciador, solo aplica para casos de personas no peligrosas que acrediten su capacidad de cumplimiento, sean primarios en delitos y la pena no supere seis años —excluidos los casos de delitos sexuales contra menores, delitos con uso de arma de fuego o casos tramitados bajo el procedimiento de

³³ Sobre antecedentes y la sanción en el derecho comparado: Trujillo Cabrera Juan. *La Vigilancia Electrónica a Distancia. Estudio comparado del Monitoreo a procesados y condenados*. Revista Republicana, N.º 19 (2015, julio-diciembre), Bogotá, pp. 47-74 y Peña Caroca, Ignacio. *Monitoreo Telemático: análisis crítico desde la sociología del control y la economía política del castigo*. Revista de Estudios de la Justicia, N° 18 (2013), Chile, pp. 161-198.

delincuencia organizada—. La exclusión por un tipo de procedimiento pareciera no soportar un análisis de proporcionalidad y razonabilidad y muchas veces podría significar la exclusión a personas no peligrosas que ni siquiera pertenecen a la delincuencia organizada.

Una de las cuestiones medulares es cómo determinar si la persona tiene el perfil adecuado (persona de no peligrosidad con capacidad de someterse al cumplimiento de la sanción). Si existe duda sobre la peligrosidad no debería otorgarse la sustitución porque el dispositivo electrónico genera una mínima contención y la persona que carece de las condiciones necesarias -voluntad, capacidad, compromiso, auto control-, bajo cualquiera de las modalidades que se le imponga la pena sustitutiva, llegará a generar incumplimientos y problemas poniendo en riesgo la comunidad. Esta decisión no debería, como parece que sucede en la práctica, resolverse con solo la información del Registro Judicial —la conocida “*hoja de delincuencia*”— y deberían los **sujetos procesales** contar con un *informe psicosocial* que permita conocer el perfil de la persona y sus condiciones para cumplir o no una sanción penal en libertad sin riesgo para el efectivo cumplimiento de la pena ni peligro de reincidencia. La normativa internacional en su Regla 7 así lo señala: “*cuando exista la posibilidad de preparar informes de investigación social, la autoridad judicial podrá valerse de un informe preparado por un funcionario u organismo competente y autorizado. El informe contendrá información sobre el entorno social del delincuente que respecto a la modalidad de la conducta delictiva que se imputa al individuo. También deberá contener información y recomendaciones que sean pertinentes al procedimiento de fijación de condenas. Deberá ceñirse a los hechos y ser objetivo e imparcial...*”.

La condiciones personales y sociales idóneas y la capacidad de cumplimiento no pueden deducirse o tenerse por demostradas por el solo hecho de que la persona no tenga antecedentes penales. La certificación de juzgamientos no es una prueba suficiente ni idónea para acreditar esos requisitos y una sentencia que avale la sustitución solo con esa prueba sin duda carece de una fundamentación suficiente. Si los Tribunales Penales no corrigen esta situación los inconvenientes seguirán presentándose y aumentarán las críticas y la resistencia de quienes se oponen a ese tipo de alternativas.

En la práctica producto de esta forma de proceder se ha otorgado la sustitución por ejemplo a personas con graves problemas de adicción, a quien no tiene dónde vivir, a quien no tiene electricidad en su casa, a personas que no tienen cómo cubrir sus necesidades -incluso algunos siendo el proveedor del grupo familiar- y quedan en arresto sin salidas autorizadas, y a personas que siguen formando parte de grupos de delincuencia organizada. No necesariamente estas condiciones personales o sociales significan que sean inidóneos para la sustitución de la pena pero si se cuenta con un informe que identifica las vulnerabilidades, las condiciones de cumplimiento de la pena sustitutiva podrían permitir al adicto su atención ambulatoria o el internamiento en un centro para el tratamiento de la enfermedad. Se podría habilitar un domicilio provisional con salidas necesarias para que la persona encuentre un hogar o albergue receptor; salir todos los días a cargar su dispositivo o a buscar trabajo y generarse así las condiciones necesarias para cumplir la sentencia. En otros casos ese informe permitiría en definitiva evitar la sustitución y así no poner en riesgo a la comunidad y el grupo familiar.

Por tratarse de personas primarias y no violentas debería facilitarse espacios amplios para su movilización y por supuesto en caso de recibirse reportes de grave incumplimiento o nuevo delito, sí debe actuarse con prontitud y limitarse su espacio y libertad. Urge una reforma que frente a este tipo de incumplimientos y peligro para el cumplimiento de la pena, autorice expresamente la detención provisional y luego, previo derecho de defensa, se resuelva sobre la revocatoria o no de la pena sustitutiva. Nadie puede ni debe ser detenido sino es por indicio de comisión de delito. El incumplimiento de las condiciones de una pena alternativa no es constitutivo de delito por lo que no hay fundamento legal alguno para su detención en esas circunstancias y cabe cuestionarse la legitimidad de las detenciones que se arrojan los fiscales de Ejecución de la Pena para dejar detenidos a su orden hasta por 24 horas a las personas que la policía les reporta fuera de perímetro. Por esa razón debe cesar la mala práctica de pasar a esos detenidos a la orden de la autoridad judicial donde por lo general se ordena la inmediata libertad una vez que se les cita para la respectiva audiencia oral donde se conocerá el informe respectivo.

Ahora bien, en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad, el legislador autoriza la sustitución de la pena en determinados supuestos por el Arresto Domiciliario con Monitoreo Electrónico —artículo 486 bis del Código Procesal Penal—, ya no bajo los requisitos del artículo 57 bis del Código Penal sino por condiciones específicas personales que se presenten durante la ejecución, todas atendibles por razones humanitarias:

En la práctica judicial ha sido mínima la demanda de este beneficio legal y no ha sido hasta el año 2020 como efecto de la pandemia del Covid-19 que se generó muchas gestiones de esta naturaleza, sobre todo ante el rechazo de las recomendaciones de desinstitucionalización por parte del Instituto Nacional de Criminología.

Se discute si para la sustitución en esta etapa del proceso, se debe cumplir también con los requisitos que impone el artículo 57 bis del Código Penal, sea si rigen o no los límites del monto de la pena o tipo de delito que impone el numeral 57 bis del Código Penal. Una interpretación *pro libertad y pro homine* parece exigir la aplicación al margen de esas limitaciones, sobre todo porque la norma procesal no hace referencia al Código Penal y solo parece regular la potestad de este juez o jueza de modificar la pena frente a situaciones límite y humanitarias como lo ha señalado el tribunal del I Circuito Judicial de la Zona Atlántica:

“... hay normas procesales específicas para la etapa de ejecución, son de acatamiento obligatorio y el juez a-quo lo único que hizo fue aplicar la norma y en cuanto a la desaplicación o errónea aplicación, no encuentra este tribunal que haya habido una errónea aplicación puesto que se sustentó precisamente en todos los documentos y prueba técnica y que le permitía establecer que se cumple con aquel presupuesto 1 del artículo 486 bis y en cuanto a la inaplicación que considera el Ministerio Público del artículo 57 este tribunal considera... que esa es una norma de aplicación a los jueces de sentencia como claramente la norma lo indica⁴.

⁴⁴ Tribunal I Circuito Judicial de la Zona Atlántica, voto 14-2017. En el mismo sentido, sobre la no aplicación del límite del monto de la pena del artículo 57 bis del Código Penal en la fase de ejecución, ver la resolución 392-2018 del Tribunal de II Circuito Judicial de Alajuela, San Carlos, del 10 de mayo del

Señala el Tribunal que el artículo 57 bis del Código Penal es una norma sustantiva que define un tipo de sanción y establece los supuestos en que el Tribunal de sentencia podría sustituir la pena privativa de libertad y otra es una norma procesal que faculta al juez o jueza de ejecución de la pena a la sustitución por razones de índole humanitaria donde no tendría sentido que se deje de atender esas razones por los motivos que en fase de juicio se prohíbe la sustitución, pues el riesgo para la mujer embarazada, la necesidad de atención a los hijos, la calidad de adulto mayor y la enfermedad son razones todas de índole humanitaria que no tendría sentido dejar de atender por el tipo de delito, el monto de la pena o el procedimiento al que haya sido sometido la persona.

Es importante señalar que la sustitución en la fase de ejecución requiere que se acredite, igual que para la sustitución en la fase de juicio, la idoneidad de la medida y la capacidad de la persona de someterse al cumplimiento de la pena bajo la modalidad sustitutiva. Al efecto normalmente será exigible el avance en los objetivos del plan de atención técnica, salvo en casos como riesgo para la vida del menor por nacer —egreso evidentemente temporal— y en el de adultos mayores donde su deteriorada salud y avanzada edad podrían generar la necesidad de egreso bajo esta modalidad y al mismo tiempo constituir factores de contención junto con un buen recurso domiciliario que controle su espacio y ubicación.

La interpretación en perjuicio que sostiene un grupo de fiscales se genera supuestamente por directrices superiores dictadas desde un discurso punitivo y populista y su tesis resulta abiertamente ilegal y contraria a los principios de interpretación de las normas penales y procesales. Como señala el Tribunal del I Circuito Judicial de San José:

“El tercer y último motivo del recurso se refiere a que el sentenciado... no tiene los requisitos para que le sea otorgada la posibilidad de cumplir con la pena de prisión impuesta mediante el arresto domiciliario con monitoreo electrónico,

2018, expediente N.º 16-000028-0288-PE, en un caso donde por principio de humanidad, a una persona que descontaba una pena de once años por Tráfico de Drogas el Juzgado del II Circuito Judicial de Pococí otorgó la sustitución valorando las necesidades económicas de un grupo familiar numeroso que con la ausencia de su progenitor no podía ni cubrir las necesidades básicas de alimentación, la buena conducta del incidentista, su auto crítica y un plan de egreso viable.

porque además de los presupuestos del artículo 486 bis del Código Penal -sic-, es necesario verificar la existencia también de los requisitos del artículo 57 bis del Código Penal... En este caso tampoco es atendible el recurso, la fiscalía ni siquiera entra a cuestionar si están no presentes los requisitos del artículo 486 bis del Código Procesal Penal, por eso limita la competencia de este tribunal al indicar que además de esos requisitos era obligatorio además establecer la presencia de los presupuestos del artículo 57 bis del Código Penal haciendo una interpretación de normas. Consideran las juzgadoras y juzgador que suscribimos esta resolución que la representante del Ministerio Público tiene una grave confusión de institutos y pretende en una interpretación en perjuicio de la persona sentenciada, que sean mezclados diversos institutos, los cuales corresponden a diferentes etapas del proceso. Así la cosas, si bien la legislación penal costarricense incluyó la posibilidad del monitoreo electrónico mediante una reforma legal introducida por la Ley 9271 del 30 de setiembre del 2014, la aplicación de este nuevo mecanismo se incluyó para tres etapas procesales que se distinguen claramente y cuyos requisitos de manera expresa están definidos para cada uno de ellos. El artículo 57 bis del Código Penal es aplicación exclusivamente para la etapa de juicio, debe ser analizado por el tribunal sentenciador al momento de establecer la sanción penal al llegar al juicio de culpabilidad. El artículo 244 inciso j del Código Procesal Penal es el presupuesto legal cuando se trata de monitoreo como medida cautelar. Y, el artículo 486 bis del Código Procesal es el marco legal que debe analizarse para resolver un incidente de modificación de la sanción en la etapa de ejecución de la pena. Nótese que si bien los tres coinciden en la inclusión del monitoreo electrónico, contienen presupuestos diversos porque responden a momentos diferentes en el proceso... ”⁵⁵

Esta es la posición predominante de los Tribunales de segunda instancia y sin duda la más ajustada a los principios rectores de la hermenéutica jurídica en democracia.

⁵⁵ Voto N.º 663-2020 del 13 de noviembre del 2020, expediente N.º 20-000361-198-PE.

Entre la sustitución en fase de juicio y la que se realiza en la ejecución penal no solo hay diferencias en cuanto a sus presupuestos y requisitos sino que también funcionan diferente. El Tribunal Penal para autorizar permisos de salida o determinar la zona de movilización conforme la normativa legal debe requerir un informe a la autoridad penitenciaria mientras que el numeral 486 bis del Código Procesal Penal no requiere ese pronunciamiento y los definirá la persona juzgadora conforme las circunstancias del caso. En ninguno de los supuestos se exige el informe psicosocial para decidir la sustitución sin embargo en la fase de ejecución se acostumbra -es viable y necesario- el informe de desenvolvimiento carcelario, de las condiciones personales y sociales así como la valoración del respectivo plan de egreso y recomendaciones. La otra diferencia está en que la sustitución que se impone en sentencia solo autoriza la determinación de un domicilio, de un ámbito de movilización o permisos de salida pero no permite la imposición de otras restricciones como obligaciones de hacer o no hacer (por ejemplo exigir estudiar, trabajar o incorporarse a procesos de adicciones, la norma permite habilitar las salidas al efecto pero no cabría sanción por dejar de realizar esas actividades siempre que la persona permanezca en su área de movilización o dentro de su domicilio) mientras que la sustitución en ejecución, conforme el artículo 486 bis del Código Procesal Penal sí autoriza la imposición de obligaciones de esa naturaleza. Estas diferencias demuestran que tal y como lo señaló el Tribunal, efectivamente el legislador no visualizó la medida al margen del momento procesal sino que para cada etapa del proceso ha determinado requisitos y una regulación específica sin relación de sujeción o dependencia.

4) Disfunciones en la aplicación o ejecución de la sanción sustitutiva.

En la ejecución de la pena sustitutiva se ha presentado una serie de problemas y dificultades sobre todo por la no determinación oportuna de las condiciones de cumplimiento o permisos, la remisión tardía del expediente o la sentencia a los Juzgados de Ejecución de la Pena frente una ejecución que resulta inmediata, el atraso de los informes de la autoridad penitenciaria o su remisión incompleta.

4.1 Sobre una determinación oportuna de las condiciones de cumplimiento o permisos.

La Unidad de Monitoreo con una visión más policial que humanista y algunos representantes de la fiscalía y hasta personas juzgadoras inicialmente visualizaban la sanción como una modalidad de cumplimiento de la privación de libertad y una especie de “*casa por cárcel*” con monitoreo electrónico o de *prisión o cárcel electrónica*, donde prácticamente se replica el régimen de Máxima Seguridad —solo que en espacios privados— con salidas excepcionalísimas. Los tribunales de sentencia ante una normativa no idónea que facilita otorgar la sustitución sin definir permisos de salida, han generado problemas prácticos que poco a poco se han ido resolviendo pero que han significado serios inconvenientes, angustia, estrés y sufrimiento a muchas de las personas sentenciadas y su grupo familiar.

Es necesario superar esa interpretación judicial y administrativa que comprende el arresto domiciliario como una pena privativa de libertad o modalidad de cumplimiento de la prisión porque al contrario, estamos frente a una ***sanción no privativa de libertad***, con reglas y principios especiales para su determinación y ejecución, conforme la normativa internacional que regula la materia.

El cambio de visión es necesario y no se trata de una cuestión de criterio sino del respeto a los principios rectores y normas que constituyen derechos constitucionales y legales reconocidos a esa población penal, como lo ha dispuesto la Sala Constitucional refiriéndose a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, Voto N.º 3502 del 20 de junio de 1997-.

Cuando la persona sentenciada reúne el perfil adecuado para este tipo de sanciones, por lo general entre más amplio sea su ámbito de movilización o más las autorizaciones de egreso, mayor será la posibilidad de alcanzar su reinserción social.

A la hora de establecer el área de movilización o los permisos de egreso las restricciones deben ser las mínimas, justificándose solo las necesarias para asegurar el cumplimiento y reducir situaciones de riesgo —prohibición de ingreso a determinadas zonas o reducción de horas de ocio no adecuadas o limitación para el egreso en horas que resulta inconveniente según cada caso—.

La experiencia de otros países permite comprender que frente a usuarios jóvenes vinculados a una primera experiencia delictiva producto de la inmadurez, de la convivencia con personas inadecuadas y la visita a zonas de riesgo, este tipo de medidas y control es exitoso porque permite atender esas vulnerabilidades, sobre todo controlando y restringiendo sus espacios de ocio y vida nocturna, obligándolos a retornar temprano al hogar y facilitando una intervención técnica pro social: “... lo agentes entrevistados en la investigación consideraron que la pena era especialmente útil para delincuentes jóvenes que actuaban por las noches o bien lo hacían en grupos o bandas, pues tal forma de arresto permitiría interrumpir algunos patrones de conducta sin tener que recurrir al uso de la prisión. La investigación viene a reforzar la idea que atribuye al curfew cierta capacidad para incidir en la conducta del penado, fundamentalmente por la vía de reducir comportamientos vinculados a la delincuencia, aportar estabilidad a estilos de vida caóticos, actuar como elemento disuasorio, y permitir el apoyo a otras intervenciones de carácter prosocializador. La mayoría de los curfews fueron impuestos en horario nocturno, entre ocho y doce horas cada día...”⁶

Es necesario desde el principio o cuanto antes, habilitar el ámbito de movilización para que la persona logre desde que inicia el cumplimiento de la sanción, desarrollar su proyecto de vida incorporándose a las actividades que le permitan atender sus necesidades y obligaciones -con prohibición de ingresar a determinada zona si fuera necesario u obligación de regresar a su domicilio a determinada hora- o en su defecto autorizar todas las salidas necesarias. No hacerlo así genera una serie de inconvenientes porque sin permisos la persona queda encerrada en su propio domicilio y no podrá ni presentarse al Juzgado a realizar sus trámites, ya no tendrá el defensor que le asistía en las etapas previas y no conoce al que le asistirá en esta otra fase procesal, generándose una gran dificultad de acceso a la justicia, frustración y desesperación.

No debe trasladarse a este tipo de sanciones o medidas la “lógica” de las prisiones y por el contrario deben administrarse y ejecutarse con base en los principios y conceptos propios y especiales para la ejecución de penas alternativas al encierro —ver Reglas de

⁶ Torres Rossell, Núria. *Contenido y fines de la pena de localización permanente*. Revista para el Análisis del Derecho, www.indret.com, Barcelona, 2012, p. 7.

Tokio—. Estamos ante una sanción que se cumple en libertad y en comunidad por lo que las personas deben de acceder todos los derechos no restringidos por la sentencia y tener la capacidad y posibilidad de desarrollar un proyecto de vida con responsabilidad bajo control electrónico y las restricciones de espacio y tiempo mínimas necesarias.

El artículo 50 del Código Penal, define este Arresto como una pena que opera en sustitución de la sanción privativa de libertad y comparte su misma finalidad de reinserción social —ideologías RE— y por cumplirse en libertad debe ser comprendida de una manera diferente, adaptada a las condiciones y necesidades de cada usuario.

La fusión de penas o mecanismos de control diferentes que pareciera ha realizado el legislador y el desconocimiento de la normativa específica que rige este tipo de sanciones, genera una especie de “*ornitorrinco jurídico*” que dificulta su aplicación práctica y obstaculiza el ejercicio de espacios de libertad a personas a quienes precisamente por una presunción de no peligrosidad, hemos decidido mantener en la comunidad.

Una ley idónea debería exigir que desde la imposición de sentencia se determine y habilite el área de movilización o los permisos sin embargo, cuando no pueda ser así por alguna razón, es elemental que la autoridad judicial avale unas condiciones mínimas de cumplimiento y que estas personas nunca queden encerradas en su domicilio de manera indefinida.

Debe habilitarse una salida diaria de al menos sesenta minutos para realizar ejercicio físico y tomar el sol. Si las personas en prisión sin salida a trabajar al aire libre tienen ese derecho —ver Regla Nelson Mandela número 23— igual debe asegurarse a los monitoreados porque lo contrario atenta contra su salud, generando claros episodios depresivos y hasta intentos de suicidio. Las limitaciones económicas y sociales de esta población penal no difieren en lo más mínimo del resto —de hecho hasta hace pocos años llegaban todos a la cárcel al no existir esta posibilidad de sustitución— y sus casas de habitación por lo general son espacios hacinados, muy calientes, sin ventilación ni iluminación suficiente por lo que con mucho más razón esta salida es necesaria. Debe habilitarse además las salidas por razones médicas y un espacio al menos semanal para

atender necesidades cotidianas —trámites bancarios, pago de pensiones alimentarias, solicitud de documento de identidad, compra de alimentos y objetos personales, necesidades domésticas o del hogar, corte de cabello, tinte, etc.—.

En Suecia, un país que lleva más años en la aplicación y desarrollo de este tipo de sanciones, hasta el simple Arresto Domiciliar autoriza este tipo de salidas:

“En Suecia, las penas de prisión de hasta seis meses pueden ser sustituidas por una medida de Supervisión intensiva que comporta para el penado la obligación de permanecer en su domicilio por un período equivalente a la pena de prisión, esto es, hasta seis meses. La regulación prevista en el Código penal sueco de 1888 autoriza al servicio de probation a establecer un plan de cumplimiento que permita al penado desarrollar y atender actividades laborales, de formación, de tratamiento médico o bien, cuando el penado no tenga ninguna de estas obligaciones, disponer todavía de una hora diaria libre. Se pretende que el pena pueda salir del domicilio para realizar actividades domésticas comunes tan básicas como realizar la compra cuando no convive con otras personas. ”⁷

Sustituir la pena privativa de libertad por un Arresto Domiciliar con Monitoreo sin los egresos mínimos necesarios convierte la pena en un trato cruel e inhumano que produce problemas de convivencia en el grupo familiar receptor —al tener a la persona veinticuatro horas y sin contribuir a los gastos de manutención— y genera a la persona graves problemas de salud como depresión y ansiedad, máxime que en la práctica la medida no está acompañada de ningún proceso de atención ni ocupación, generando así un proceso de disocialización.

Podría cuestionarse estos requerimientos considerando que estas personas no están privadas de libertad y por lo tanto no rigen esas reglas, sin embargo, de la lectura completa de las Reglas de Tokio se desprende que estos principios especiales para la ejecución de las penas no privativas de libertad no excluyen los derechos reconocidos en las Reglas Mínimas Nelson Mandela:

⁷ Torres Rosell, Óp. Cit., pp. 10.

“4.1 Ninguna de las disposiciones en las presentes Reglas será interpretada de modo que excluya la aplicación de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión ni de ningún otro instrumento o norma sobre derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional que guarden relación con el tratamiento del delincuente y con la protección de sus derechos humanos fundamentales”.

Esta exigencia tiene sentido porque para todos rige el principio de respeto a la dignidad humana y la función resocializadora, porque la pena no debe restringir más derechos que los estrictamente limitados y además resultaría absurdo, desproporcionado y discriminatorio la exigencia al Estado de brindar a población de mayor contención y riesgo el acceso a esos derechos fundamentales y suprimir esos derechos a la población penal con penas alternativas.

La sustitución de la pena sin la flexibilidad y permisos necesarios para la incorporación al mercado laboral es cotidiana y genera enormes dificultades de reinserción social y cumplimiento porque si la persona no puede salir de su domicilio es prácticamente imposible que llegue a encontrar un trabajo. Cuando el permiso se da tampoco es tarea fácil encontrar oportunidades de trabajo, menos cuando se tiene a la vista el dispositivo y peor aún, cuando la propia Unidad de Monitoreo muchas veces hace requerimientos de formalidades y requisitos sin mayor sensibilidad sobre las condiciones y limitaciones de la población que atiende⁸.

La normativa hace referencia a permisos por razones laborales y su interpretación debe permitir la habilitación para que la persona pueda salir a buscar trabajo, distribuir

⁸⁸ Resulta incomprensible exigencias de seguridad social y requisitos que no rigen las relaciones ordinarias que esta población asume en libertad. Es absurdo pretender ocupaciones distintas a las que usualmente han desarrollado o por ejemplo exigir a un migrante ilegal un contrato formal de trabajo; objetar que pueda desenvolverse como vendedor ambulante porque atenga contra el fisco o la típica objeción para la incorporación al transporte de personas en plataformas digitales mientras no se legalicen; son todas solo obstáculos que normalmente no se comparten en vía judicial donde lo más importante es que la oferta sea real, la persona efectivamente trabaje, se mantenga ocupado y pueda asegurar su manutención.

hojas de vida, realizar entrevistas, completar procesos de capacitación, realizar prácticas si fuera necesario y además poder incorporarse al trabajo cuando lo requiera el oferente laboral, porque cuando las ofertas son reales lo más común es que la persona deba integrarse de inmediato o en pocos días.

La aplicación y ejecución de este tipo de sanciones se dificulta en la práctica por una razón fundamental y es que, como habíamos señalado, la normativa no exige al Tribunal un informe psicosocial para la sustitución pero sí el informe del Instituto Nacional de Criminología para la aprobación de los permisos de salida y muchas veces al momento del juicio no se cuenta con la oferta de trabajo o estudio o se tiene las ofertas pero no el informe de la autoridad penitenciaria. Cuando no sea posible avalar en concreto esos permisos, una solución podría ser que el Tribunal de juicio desde el principio otorgue la autorización de salidas por razones laborales, familiares o educativas —además de las que garantizan las condiciones mínimas necesarias— solo que condicionadas a su aval en vía administrativa, máxime que conforme la circular N° 6-2020 del Instituto Nacional de Criminología (Remisión de impugnaciones e informes tanto para valoraciones, como para la gracia y los beneficios establecidos en el Código Penal y los beneficios establecidos en el Código Penal y en el Código Procesal Penal)⁹, la Unidad de Monitoreo Electrónico es competente para emitir esas valoraciones y recomendaciones.

En la medida que el ámbito de movilización o salidas autorizadas permita conjugar o hacer compatible la ejecución del castigo con el proyecto de vida, mayor será el éxito de este tipo de penas y el alcance de su finalidad. Definitivamente sustituir la pena es favorable pero es contraproducente hacerlo sin otorgar los permisos necesarios porque las relaciones familiares, el trabajo y estudio constituyen los principales elementos pro socializadores de este tipo de sanción—¹⁰.

Otra solución práctica podría ser que una vez dictada y firme la sentencia el tribunal ordene la prueba e informes para establecer el ámbito de movilización o los permisos de salida al determinar las condiciones de cumplimiento de la pena en el **auto**

⁹ La primera circular en ese sentido es la 04-2018, misma que fue actualizada en el año 2020.

¹⁰ Torres, Rosell, Núria, p. 20.

de liquidación inicial. Expresamente el artículo 477 del Código Procesal Penal, establece como una facultad exclusiva que: *“El tribunal de sentencia será competente para realizar la primera fijación de la pena o las medidas de seguridad, así como de las condiciones de su cumplimiento...”* . De esa manera, el Tribunal en cumplimiento de sus funciones básicas, daría certeza jurídica a las condiciones de cumplimiento y asegura una ejecución sin menoscabo de los derechos de la persona —lo razonable además sería desde el momento en que se define como eventual sanción el Arresto Domiciliario, se imponga medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva—. En la práctica judicial no hay un plazo establecido para que se emita el auto de liquidación de pena y por las circunstancias del caso podría el tribunal esperar el tiempo necesario para garantizar esa ejecución efectiva e idónea. Las partes y sobre todo la defensa deben empeñarse en asegurar desde esta instancia los permisos de salida porque la solución en la vía de ejecución requerirá de varios meses pues ni siquiera el simple traslado de la sumaria es un trámite expedito y por lo general se requerirá el nombramiento de un nuevo defensor o defensora, se solicita informes a la Unidad y es necesario hasta el señalamiento y espera de la audiencia oral inicial.

La tecnología permite facilitar y controlar los espacios en libertad y solo se requiere la sensibilidad para autorizar las condiciones de cumplimiento adecuadas. El concepto de domicilio si bien en su acepción más básica es sinónimo de residencia u hogar, también puede y en este caso debe tener un sentido mucho más amplio y autorizarse como una circunscripción territorial localizada para el ejercicio de derechos y obligaciones.

En la práctica cuando la medida es sustitutiva de la prisión preventiva, por lo general funciona con la determinación de un área o ámbito de movilización y esa mayor flexibilidad facilita desarrollar las actividades cotidianas y el proyecto de vida —siempre controlado bajo el monitoreo electrónico—, atendiendo la mayoría de necesidades y asegurando el acceso a sus derechos. Esta forma de cumplimiento hace además más sencillo y fácil su seguimiento y control porque no tiene que estar la autoridad judicial ni administrativa aprobando permisos específicos ni atendiendo múltiples y comprensibles gestiones que el estricto encierro genera —por ejemplo requerimiento de solicitud para

trámites bancarios, para gestionar cédula en el Registro Civil, para realizar compras, corte de cabello, visita a familiares, visitar en el hospital familiares enfermos, funerales, actividades familiares, etc.—. Esta modalidad de cumplimiento también es procedente para el Arresto Domiciliar impuesto como sanción penal y sin duda es la idónea.

Desde la actividad laboral, familiar, educativa y de salud hay toda una serie de permisos que podrían justificarse y que contribuyen al mayor alcance de la finalidad resocializadora y aseguran el principio de “*normalidad*” que se aplica a la dinámica carcelaria y con mayor razón debe regir las penas que se cumplen en la comunidad. Desde lo laboral podría pensarse en autorizar permisos para que la persona disfrute sus días libres o pueda gozar de sus vacaciones y solo se requiere que se informe del lugar y se le habilite esa movilización y desplazamiento —la condición de persona bajo monitoreo electrónico no tiene por que obstruir el ejercicio de esos derechos y más bien es recomendable que pueda disfrutarlos para mejorar su capacidad laboral y retornar—. Las vacaciones son un derecho y ese descanso es necesario para la mayor productividad laboral, igual podría autorizarse el desplazamiento para recibir capacitaciones, proyectos de salud ocupacional o actividades del trabajo como las usuales de fin de año. Por otro lado, es viable el permiso para compartir con la pareja habilitando incluso un espacio para visita íntima cuando la persona no tenga esa posibilidad en su domicilio, lo contrario sería privar del derecho a la sexualidad casi que “castrando” a las personas monitoreadas sin razón, motivo ni riesgo para el cumplimiento de la pena porque es tan sencillo como habilitar un horario y determinar una zona. Si en la cárcel garantizamos esa posibilidad no hay motivo alguno para esa restricción a personas que viven en libertad y tienen las mismas necesidades y derechos sexuales. Actividades escolares como actos cívicos, graduaciones, desfiles, reuniones, entrega de calificaciones, giras, paseos, y actividades familiares como bautizos, primera comunión, confirmación, matrimonios, cumpleaños, día del padre y de la madre, almuerzos o cenas familiares, cenas navideñas o de año nuevo, todas son actividades a las que es importante que la persona se incorpore y disfrute; su autorización no significa mayor riesgo y su restricción no cumple ninguna sana ni legítima finalidad. Si bien la normativa habla de obligaciones familiares podemos señalar que la norma no hace referencia a obligaciones legales y que la participación en

estas actividades le es moralmente exigible y que esa convivencia fortalece y mejora sus relaciones y por lo tanto contribuye a la finalidad resocializadora. La participación en actividades religiosas es muy importante para muchos y se justifica desde necesidades emocionales y espirituales. El acceso a actividades recreativas y culturales es necesario y se justifican desde un concepto de salud integral para el pleno desarrollo humano.

No hay ninguna razón válida para procurar que esta pena sustitutiva genere restricciones innecesarias ni para esa mortificación que parece complacer a algunas autoridades. Debe comprenderse que la pena de Arresto Domiciliar con Monitoreo Electrónico se cumple en la comunidad y es una pena no privativa de libertad, por lo que la su función no es prioritariamente neutralizadora y debe procurarse el desarrollo pleno de las capacidades de la persona y el mayor grado de libertades para el acceso a sus derechos fundamentales considerando que la sanción no los restringe y que el beneficio procede tratándose de una persona que “ ***no constituya un peligro y que no evadirá el cumplimiento de la pena***” —inciso 4 del artículo 57 bis del Código Penal—.

La no autorización o peor aún como se ha visto en algunos casos, la negación desde sentencia de permisos de egreso genera graves dificultades en la ejecución y su cumplimiento. Una arresto domiciliario con monitoreo electrónico sin salidas autorizadas contraviene el sentido de la misma pena sustitutiva. En el Juzgado de Ejecución de la Pena del I Circuito Judicial de San José, por ejemplo se conoció el caso de una joven pareja con una hija menor de un año, provenientes de hogares en pobreza extrema quienes al perder su trabajo se involucraron en el robo de un celular, fueron sometidos al procedimiento de flagrancia y el tribunal los declaró responsables y a ambos les sustituye la pena de prisión por arresto domiciliario sin pronunciarse sobre la autorización de salidas. Con la sustitución les libraron de la prisionalización pero de qué manera podían sobrevivir? Como no se resolvía el aval para trabajar en vía administrativa ni judicial, ante la necesidad y en su desesperación el sentenciado asumió el riesgo de informar con detalle su lugar de trabajo y comenzó a laborar sin los permisos judiciales ni administrativos correspondientes. La Unidad de Monitoreo reportó sus salidas como incumplimientos y la representación fiscal insistió en la revocatoria. Una interpretación más acorde con los principios internacionales permitió al juzgado de ejecución justificar

por razones de humanidad y necesidad las salidas -lo contrario sería exigirles morir de hambre para poder cumplir la pena-, resolución que fue confirmada en segunda instancia. Este es un claro ejemplo de la insensibilidad con que muchas veces el Ministerio Público actúa, sin consideración de la necesaria razonabilidad y proporcionalidad de sus solicitudes.

La no determinación de los permisos de salida en sentencia evidencia la escasa discusión y fundamentación en la determinación de la pena y el total desinterés de los Tribunales Penales en la determinación de las condiciones de cumplimiento, facultad nunca ejercida sin razón alguna.

Precisamente por los graves inconvenientes que genera esta situación, el Consejo Superior del Poder Judicial ha dictado una circular indicando a la autoridad judicial que en la sentencia se debe indicar las condiciones laborales, educativas o de otra índole:

“El Consejo Superior del Poder Judicial, en sesión N° 26-17 celebrada el 21 de marzo del 2017, artículo XCIII... dispuso comunicar a los despachos judiciales del país que conocen material penal, se sirvan indicar en las sentencias judiciales de arresto domiciliario con monitoreo electrónico, las condiciones laborales, educativas o de otra índole a cumplir por la persona monitoreada, se encuentren –sic- totalmente claras y se contemplen los espacios de movilización destinados para ello, en aquellos casos en los que no estén completamente definidos; se sugiere indicar el siguiente texto: “... se autoriza como área de movilización su (residencia, lugar de trabajo y estudio) y los trayectos que existan entre estos puntos. La salida del sentenciado fuera de ese rango territorial constituirá un incumplimiento...”

Una buena práctica que evitaría estos inconvenientes sería el uso de la figura de la cesura por parte de la defensa, obligando a la autoridad jurisdiccional a separar la audiencia de declaratoria de responsabilidad penal de la determinación de la pena a imponer y asegurarse que para esa última fase del juicio se cuente con elementos probatorios que permita definir el área de movilización o los permisos. En realidad la cesura en la práctica judicial costarricense es casi inexistente y el tribunal no tiene la

potestad para de oficio ordenarla porque solo opera a gestión de parte y ésta debe haberla solicitado en etapas previas al juicio. Mientras a las partes no les sea posible recurrir a la cesura deberá procurarse otras soluciones que permitan determinar oportunamente las condiciones de cumplimiento de la sanción.

Respecto a la determinación de las condiciones de cumplimiento de los asuntos que se sustituyen en la fase de ejecución penal, el artículo 486 bis hace referencia a los tipos de salida que podrían autorizarse pero también podría definirse un área de movilización para atender los requerimientos del plan de atención técnica y la necesidad que requiera atenderse: parto, cuidado de hijos menores de doce años o enfermos o con discapacidad, tratamiento de programa de adicción, enfermedad física o psiquiátrica, las necesidades de una persona adulta mayor en su comunidad y las necesarias según las razones de humanidad que haya generado la sustitución (artículo 1 de la Ley de Mecanismos Electrónicos de Seguimiento en Materia Penal). En estos casos los inconvenientes son menos porque siempre se cuenta con informes interdisciplinarios y las recomendaciones de la autoridad penitenciaria y es usual habilitar las condiciones necesarias para el proyecto de vida.

Para la madre que egresa a cuidar su grupo familiar, salvo algún caso de excepción, resulta idóneo que además de su permiso de trabajo tenga un ámbito de movilización alrededor de su domicilio para el cuidado de los niños o mejor aún la movilización en su comunidad considerando las necesidades de los menores, su interacción social, la necesaria asistencia al curso escolar o colegial y toda su dinámica.

En el caso de tratamiento de adicciones es importante que el egreso permita participar de todas las actividades terapéuticas propias del programa sin restricciones innecesarias.

La persona adulta mayor y la persona enferma necesitarán atender sus necesidades de salud y las condiciones mínimas mientras se encuentren en su domicilio según el caso —acceso al aire libre, toma de sol, diligencias personales, ejercicio físico, etc.—.

En esta fase sí se cuenta con informes de Trabajo Social y Psicología y sin duda esos elementos probatorios contribuyen a tomar una decisión con elementos de prueba

idóneos y determinar de mejor manera y desde el primer momento, las condiciones de cumplimiento adecuadas.

La normativa nacional establece que la determinación del ámbito de movilización o los permisos de salida son una facultad exclusiva de la autoridad judicial. Esta situación tan rígida genera una serie de inconvenientes porque hay situaciones urgentes que no pueden esperar un pronunciamiento judicial firme previa audiencia a las partes (por ejemplo asistencia a un funeral, entrevistas de trabajo repentinas, visita a familiares en condición terminal) y por esa razón desde sus inicios los Juzgados de Ejecución de la Pena en su gran mayoría- giraron el dictado de medidas correctivas a la autoridad penitenciaria ordenando que estas situaciones urgentes o por razones de humanidad sean conocidas y autorizadas por la propia Unidad de Monitoreo Electrónico —en los autos de traslado o autos iniciales de ejecución también se replica esa delegación y autorización a la Unidad de Monitoreo—. La situación generó una serie de diferencias y roce entre la jerarquía del Ministerio de Justicia y Paz y las personas juzgadoras pero con el transcurso del tiempo y la práctica, comprendiéndose por todas las partes la efectiva necesidad de una atención inmediata a estas necesidades, la autoridad penitenciaria amparada en esas órdenes judiciales, por lo general acostumbra conocer y avalar esos requerimientos —el problema es que en algunas ocasiones no lo hace—. Lo conveniente sin duda es una reforma legal que faculte a la autoridad administrativa para atender y resolver al menos de manera provisional, este tipo de situaciones que efectivamente el procedimiento judicial no atiende con la inmediatez que se requiere.

En función de alcanzar el mayor grado de resocialización cuando la persona cumple un arresto domiciliario con salidas de egreso, en la medida que su respuesta sea favorable esos permisos deben irse ampliando en tiempo y espacio y si mantiene su compromiso debería finalmente habilitarse un ámbito de movilización y cumplir así de mejor manera principio de normalidad pues esa modalidad permite un desplazamiento más libre y el desarrollo del proyecto de vida con mayor plenitud. La Unidad de Monitoreo al realizar su valoración debería hacer las recomendaciones para el avance hacia mayores espacios de libertad pero en la práctica lo que se produce en casos favorable, es la recomendación para el traslado al programa Semi Institucional. Esta

posibilidad también podría generarse desde recomendaciones de la autoridad judicial, conforme el artículo 172 del Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional.

4.2 Retraso en la comunicación al Juzgado de Ejecución de la Pena competente.

Ya firme la sentencia y al margen de la determinación y autorización o no de las condiciones de cumplimiento, el primer problema que se da en la fase de ejecución penal se genera por la no remisión oportuna de la sentencia por parte del Tribunal Penal.

Para algunos esta situación podría resultar insignificante y casi ridícula, sin embargo son muchos los inconvenientes y problemas que genera a las personas usuarias, quienes una vez remitidas a la Unidad de Monitoreo Electrónico deben cumplir las restricciones de arresto pero durante meses quedan en una especie de limbo judicial y sin una autoridad que conozca y resuelva sus solicitudes, muchas urgentes y necesarias: se presenta o manda con su familia la solicitud al tribunal —pues por lo general ubicado en su domicilio no puede desplazarse a los tribunales — y les indican que ahí ya no corresponde. Se desplazan al Juzgado de Ejecución de la Pena y les informan que no se puede conocer la solicitud porque el tribunal no ha comunicado resolución alguna ni remitido el expediente y que mientras no conste que la sentencia penal esté firme el Juzgado no puede asumir la competencia. Se les devuelve a la autoridad sentenciadora o les recomiendan gestionar en vía administrativa, donde muchas veces se “rebotan” o rechazan las solicitudes por falta de competencia.

La situación se pone más difícil si recordamos que para la fase de ejecución de la pena se debe nombrar o constituir otro defensor o defensora pública —si es privado podría mantenerse si asume su costo y se apersona al efecto—. El usuario no comprende estas diferencias, cree que su representante legal sigue siendo quien le atendió en las fases previas y además en ejecución no se le nombra representante legal hasta que el Juzgado proceda a la apertura del expediente. La persona sigue con sus necesidades urgentes sin resolver, enfrentándose sola al sistema sin poder salir de su domicilio. Lo idóneo en esos casos sería que el defensor o defensora de la etapa de juicio exija al tribunal la remisión oportuna de la sentencia al Juzgado o requiera una certificación de la misma para presentarla al Juzgado de Ejecución de la Pena.

No hay razón para la no comunicación inmediata —una vez firme— por parte del Tribunal de sentencia al Juzgado de Ejecución de la Pena -en este caso la competencia territorial se determina o define por el domicilio de la persona usuaria-. Es probable que el atraso obedezca a que el tribunal espera emitir la liquidación inicial de la pena y al efecto consulta al Ministerio de Justicia —Cómputo de Pena— la prisión preventiva de la sumaria, como si se tratara de asuntos ordinarios donde se impone privación de libertad, sin comprender la gran diferencia del caso y la urgencia de esa comunicación considerando que la sanción pasa a ejecutarse inmediatamente bajo el seguimiento del Juzgado de Ejecución de la Pena, por lo que no puede ni debe esperarse al dictado de la liquidación inicial y debe remitirse inmediatamente al menos el comunicado de la sentencia penal firme -con posterioridad podrá remitirse la liquidación correspondiente-. Cuando la persona lo que cumple es prisión el Estado le provee sus necesidades —alimento, vivienda, salud, etc.— pero cuando la sanción se cumple en su domicilio y comunidad la persona debe valerse por sí misma y de ahí la urgencia de la comunicación inmediata al Juzgado. Estos asuntos no pueden tener la misma tramitación que tienen los asuntos ordinarios o con pena privativa de libertad y mientras no se asegura esa diferenciación en su trámite la persona usuaria seguirá soportando problemas y dificultades generados por negligencia judicial.

En otras ocasiones el inconveniente se invierte, el Tribunal remite para su ejecución la sentencia o el expediente pero resulta que el juzgado no logra la citación o localización de la persona monitoreada. Pareciera absurdo porque si se está bajo control electrónico podría pensarse que esta situación es ridícula pero no es y se genera a menudo. Para realizar la audiencia inicial se necesita la citación judicial y solo esa tarea, muchas veces genera múltiples diligencias, llamadas telefónicas y demás. Por algunos meses incluso la Policía Judicial asumió la postura de no colaborar con las personas no localizables al amparo de una interpretación arbitraria de circulares administrativas. La dificultad se genera porque muchas veces las personas cambian su domicilio o dirección y no lo comunican al tribunal o porque sus direcciones son inexactas y aunque Monitoreo Electrónico podría dar su dirección GPS los citadores judiciales no cuentan con los instrumentos para a través de esos datos y tecnología lograr realizar la citación. Por esa

razón una buena práctica judicial sería que el Tribunal de sentencia, una vez firme, cite a la persona sentenciada —porque en esta instancia sí tiene señalado un lugar para recibir notificaciones y citaciones— y le prevenga la presentación a la Unidad de Monitoreo en 24 horas conforme la disposición legal y al mismo tiempo le requiera una dirección para citaciones judiciales en fase de ejecución o mejor aún, asegurando la inmediata comunicación de la sentencia al Juzgado de Ejecución de la Pena, le prevenga presentarse en determinado plazo a ese despacho. Sin duda esa simple referencia facilitaría el inicio oportuno y efectivo del seguimiento y control y sería oportuna una circular del Consejo Superior del Poder Judicial en ese sentido.

4.3 Resistencia a la realización de la audiencia inicial informativa.

Sobre el principio de información o inducción tanto la normativa internacional como nacional son claros en su exigencia.

La Regla 12.3 señala que *“Al comienzo de la aplicación de una medida no privativa de libertad, el delincuente recibirá una explicación, oral y escrita, de las condiciones que rigen la aplicación de la medida, incluidos sus obligaciones y derechos”*.

No se indica si esa explicación la debe realizar la autoridad judicial o la administrativa. La duda en todo caso la resuelve la Ley de Mecanismos Electrónicos porque en su artículo 2 dispone que: *“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, cuales con las condiciones de su uso y cuáles serían las consecuencias de su violación.”* Por lo tanto, la obligación de la audiencia inicial informativa no es competencia de la Unidad de Monitoreo Electrónico -aunque sí es necesaria y muy importante la fase de ingreso e información que esa autoridad brinda cuando se instala el dispositivo- sino que es tarea que corresponde a la persona Juzgadora. La duda ahora podría estar en si esa audiencia es tarea del Tribunal sentenciador o del Juzgado de Ejecución de la Pena. Consideramos que el Tribunal de sentencia tiene el deber de informar a la persona sobre el contenido de la sanción sustitutiva a la hora de recoger su consentimiento —pues éste debe ser informado—, pero en definitiva el tribunal determina la pena mas no la aplica sino que la

aplicación es competencia del Juzgado de Ejecución y por lo tanto esta audiencia es propia del procedimiento de ejecución.

La mayoría de Juzgados no realizan esta audiencia, en algunos incluso unos jueces las realizan y otros no. Esa situación es contraproducente y quebranta uno de los principios y derechos más importantes para una correcta ejecución.

Realizar la *audiencia oral inicial o informativa* exige tiempo y dedicación, satura las agendas de los despachos y por eso existe resistencia de algunas autoridades judiciales para realizarlas pero esa posición es inadmisibile, ilegal e irresponsable¹¹.

La audiencia inicial humaniza el proceso y le pone rostro porque acerca a la persona usuaria a la autoridad judicial, permite —y eso es importantísimo— el contacto del usuario con la Defensa Pública —en los casos de asistencia pública que son la gran mayoría—, brinda al sujeto visión de la trascendencia y seriedad del asunto sobre todo ante la presencia del juez o jueza y las partes procesales, la información de derechos y obligaciones permite establecer las “*reglas del juego*” y se puede atender en muchos casos hasta los requerimientos de autorización de salidas así como evaluar el inicial cumplimiento. Sin duda es un espacio importante que resulta imprescindible para una adecuada ejecución de la pena garante del derecho de defensa y el debido proceso. La defensa pública, defensores particulares y fiscalía deberían exigir la realización de estas audiencias por cuestión de legalidad, necesidad y conveniencia y la renuencia a realizarlas debe ser atacada con los recursos necesarios, incluida la Inspección Judicial.

4.4 Atraso en remisión de informes o informes incompletos.

Un aspecto que en la práctica generó el atraso significativo en la determinación de permisos de salida por parte de los Juzgados de Ejecución de la Pena fue que inicialmente

¹¹¹¹ Debe señalarse que este tipo de función asignado a los Juzgados de Ejecución de la Pena es novedad y que el Departamento de Planificación debe ajustar los parámetros de trabajo y determinar la carga que significa realizar las mismas. La realización de una audiencia de estas, donde además de la inducción se acostumbra escuchar a la persona y se analiza la causas generadoras del delito para determinar la necesidad e idoneidad de permisos de egreso puede llevar tanto o más tiempo que una audiencia de libertad condicional y hasta ahora hay resistencia a equipararse sencillamente porque la audiencia inicial no cierra el incidente. En casos muy complicados, con limitaciones cognitivas o dificultades personales o sociales ante la remisión de reportes de incumplimiento un mismo asunto puede generar tres y hasta más audiencias en un año.

se exigía un pronunciamiento al Instituto Nacional de Criminología. Debe indicarse que en realidad no hay norma que requiera en esta etapa procesal ese pronunciamiento porque no existe ley de ejecución y la Ley de Mecanismos Electrónicos de Seguimiento en Materia Penal reguló la sustitución de la pena pero no su fase de ejecución o cumplimiento. En todo caso sí es importante y necesario que esta autoridad judicial cuente con informes o estudios para la determinación de esos permisos en cada caso y en la práctica el Instituto Nacional de Criminología determinó que tanto los Centros Penitenciarios —cuando la persona se encuentra institucionalizada y se valora la posibilidad de sustitución ya sea en sentencia o en la fase de ejecución— o la propia Unidad de Monitoreo Electrónico para el caso de personas que ya están bajo esa modalidad, son entidades que pertenecen y forman parte del Instituto Nacional de Criminología y por lo tanto tiene la competencia para emitir esos informes.¹²

Un factor que afecta la capacidad de respuesta de la Unidad de Monitoreo Electrónico ha sido su organización y estructura, los cambios usuales de dirección o jefatura y sobre todo la limitación de recurso humano. Pareciera que las autoridades superiores entendieron que la ventaja de este tipo de sanción es no necesitar del espacio carcelario ni de personal penitenciario. La presunción es errada porque esta población no requiere de infraestructura carcelaria pero sí del mismo o más recurso humano pues se deben atender, definir y resolver las necesidades de la población y ésta no se concentra en un módulo sino que está distribuida por todo el territorio nacional. Las llamadas telefónicas con requerimientos diarios son muchas y se dificulta hasta esa simple comunicación por la limitación de la central y la capacidad de atención del personal.

En sus inicios la Unidad de Monitoreo se diseñó con una Central de Vigilancia a cargo de la Policía Penitenciaria y un grupo de atención profesional con un representante de las diferentes disciplinas (psicología, orientación, educación, trabajo social y derecho) y para el estudio de cada caso se exigía la entrevista al usuario por cada una de las disciplinas, lo que generaba un enorme atraso en la remisión de informes. La forma de

¹²¹² Circular del Instituto Nacional de Criminología, N.º 6-2020, Remisión de Impugnaciones e Informes tanto para valoraciones, como para la gracia y los beneficios establecidos en el Código Penal y el Código Procesal Penal.

trabajar se modificó con una entrevista de ingreso y la asignación a un solo profesional que en su oportunidad realiza la visita de campo y una entrevista integral multidisciplinaria, refiriendo al usuario a áreas específicas en los asuntos que así resulte necesario. Sin lugar a dudas y frente a la limitación de recursos, esta modalidad es más ágil y práctica, permite el contacto y comunicación del usuario con solo una persona responsable y facilita el control y seguimiento. En los primeros meses la descoordinación entre la Central de Vigilancia —Policía Penitenciaria— y el cuerpo profesional era evidente sin comprenderse que el cuerpo policial tiene solo funciones de colaboración y que no debían funcionar como entidades independientes.

Producto de la falta de experiencia debemos señalar que en los primeros casos de reportes de salidas fuera del perímetro autorizado o fuera del domicilio y en casos de cinta cortada —que así se denomina técnicamente pero en realidad no necesariamente significa la ruptura del dispositivo sino también casos de interferencia—, la Oficina de Monitoreo Electrónico procedía de inmediato a reportar la situación requiriendo la revocatoria de la pena sustitutiva. La práctica nos ha enseñado que hay que ser más precavido y cauteloso y será necesario valorar las circunstancias de cada caso. Resulta imprescindible que esos reportes de incumplimiento se acompañen del respectivo informe profesional interdisciplinario porque, la discusión no puede limitarse a demostrar los minutos fuera del domicilio o perímetro o la ruptura del dispositivo —por más grave que sea esa situación— como lo pretende a veces la representación fiscal presentando revocatorias sin considerar las condiciones de vulnerabilidad o dificultades de la persona en libertad. La posición no es de la mayoría de fiscales porque un buen número sí comprende y aplica los principios rectores de este tipo de sanciones y analizan los casos con la objetividad necesaria y de manera integral accediendo a la modificación de condiciones de cumplimiento o a periodos de prueba para que la persona corrija su comportamiento —la función correctiva que también tiene la sanción solo se puede cumplir dando las oportunidad de modificar la conducta—.

La valoración del caso con toda la prueba necesaria podría determinar por ejemplo que las salidas de domicilio o incluso hasta el propio desprendimiento del dispositivo responden a una cuadro de ansiedad no controlada o a una condición de grave

dependencia a las drogas y frente a un alto grado de ansiedad generada por las condiciones de encierro podría ampliarse el espacio de movilización o autorizarse alguna actividad física o deportiva, atención profesional o asistencia espiritual; frente a un cuadro de consumo de drogas podría ajustarse la sanción para que asista a grupos de auto ayuda, al IAFA o como en muchos casos se ha resuelto, autorizarse su internamiento en un Centro o Clínica de Tratamiento de la drogodependencia. Por lo tanto debe cesar la mala práctica administrativa de requerimientos de revocatoria con solo informes de incumplimiento policial.

La Unidad de Monitoreo contra lo establecido expresamente en el penúltimo párrafo del numeral 57 bis de la Ley de Mecanismos Electrónico, ha establecido que no le corresponde brindar atención técnica y solo asegura en algunos casos la atención psicológica y remite al monitoreado a diferentes instituciones para la atención de necesidades específicas (IAFA, grupos de auto ayuda, instituciones de asistencia social, etc.) No se conoce de programas de asistencia social ni material y la situación económica de algunos usuarios muchas veces no les permite ni cubrir el costo del transporte para desplazarse hasta la Unidad. Sería importante procurar una solución administrativa para esta situación. Es necesario determinar qué podría comprenderse por atención técnica o de qué manera se puede asegurar la misma y si la referencia a instituciones o programas en comunidad que realiza la Unidad de Monitoreo es suficiente, considerando que las personas se ubican en su propio domicilio y además la mayoría se supone que tiene su trabajo y obligaciones por lo que exigir su desplazamiento hasta la Unidad podría resultar contraproducente para el desarrollo de sus proyectos de vida.

Este conjunto de observaciones solo pretende identificar las principales disfunciones para que entre los intervinientes procuremos soluciones y asegurar una ejecución de la pena que al menos no obstaculice el cumplimiento de la sanción. Recordemos que, en definitiva, las penas no privativas de libertad y el Arresto Domiciliar con Monitoreo Electrónico, son una oportunidad para que las personas cumplan su castigo y aprendan a vivir en libertad con responsabilidad y sin conflictos con la ley. Se trata de controlar a la persona en libertad y no de coartar su libertad. Se trata de

oportunidades para aprender a vivir mejor para beneficio de todos porque entonces seremos una sociedad más libre y más segura.

BIBLIOGRAFÍA.

PEÑA CAROCA, Ignacio (2013). *Monitoreo Telemático: análisis crítico desde la sociología del control y la economía política del castigo*. Revista de Estudios de la Justicia, N.º 18 (2013).

TORRES ROSSELL, Nuria. (2012). *Contenido y fines de la pena de localización permanente*. En Revista para el Análisis del Derecho, www.indret.com, Barcelona.

TRUJILLO CABRERA, Juan. (2015). *La Vigilancia Electrónica a Distancia. Estudio comparado del Monitoreo a procesados y condenados*. Revista Republicana, N.º 19 (julio-diciembre), Bogotá.