

La inteligencia artificial y el control telemático penitenciario

La intel·ligència artificial i el control telemàtic penitenciari

Artificial intelligence and telematic prison control

1

Santiago Leganés Gómez

Profesor Asociado de Derecho Penal y Criminología
en la Universidad de Valencia.

Jurista-Criminólogo de Instituciones Penitenciarias.

ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-0364-9845>

E-mail: santiago.leganes@uv.es

Resumen: En este artículo abordamos la posible aplicación de la inteligencia artificial para valorar la personalidad y peligrosidad de las personas que ingresan en prisión para cumplir sus penas, y que han de ser clasificadas penitenciariamente.

Desde la primera década del siglo XXI, los avances informáticos han ido progresando y la inteligencia artificial supone formas distintas de concebir analizar y resolver problemas en la actualidad que requieren una reflexión jurídica. La inteligencia artificial alude al conjunto de capacidades cognitivas e intelectuales expresadas por sistemas informáticos o combinaciones de algoritmos cuyo propósito es la imitación de la inteligencia humana con la eventual capacidad de mejorar o aprender. Pero es necesario respetar el marco jurídico en materia de protección de datos, la necesidad de evitar sesgos y discriminación y garantizar la calidad de los datos utilizados y evitar la consolidación de situaciones de discriminación.

El uso de herramientas de inteligencia artificial por parte de las autoridades policiales y judiciales en asuntos penales no debe convertirse en un factor de desigualdad, fractura social o exclusión. Por otro lado, analizamos la aplicación del sistema del control telemático a las personas clasificadas en tercer grado penitenciario y que, por tanto, gozan del régimen abierto.

Palabras claves: inteligencia artificial, prisión, Derecho penitenciario, control telemático.

Resum: Aquest article analitza la possible aplicació de la intel·ligència artificial per avaluar la personalitat i la perillositat de les persones que ingressen a presó per complir les seves penes i que han de ser classificades penitenciàriament.

Des de la primera dècada del segle XXI, els avenços informàtics han anat progressant i la intel·ligència artificial representa formes diferents de concebre, analitzar i resoldre problemes que, actualment, requereixen una reflexió jurídica. La intel·ligència artificial fa referència al conjunt de capacitats cognitives i intel·lectuals expressades per sistemes informàtics o combinacions d'algoritmes amb l'objectiu d'imitar la intel·ligència humana, amb la capacitat eventual de millorar o aprendre. Tanmateix, cal respectar el marc jurídic en matèria de protecció de dades, evitar els biaixos i la discriminació, garantir la qualitat de les dades utilitzades i evitar la consolidació de situacions discriminatòries.

L'ús d'eines d'intel·ligència artificial per part de les autoritats policials i judicials en matèria penal no ha d'esdevenir un factor de desigualtat, fractura social o exclusió. D'altra banda, també s'hi analitza l'aplicació del sistema de control telemàtic a les persones classificades en tercer grau penitenciari i que, per tant, gaudeixen del règim obert.

Paraules clau: intel·ligència artificial, presó, dret penitenciari, control telemàtic.

Abstract: This article explores the potential application of artificial intelligence in assessing the personality and dangerousness of individuals entering prison to serve their sentences, who must undergo penitentiary classification.

Since the early 2000s, technological advances have progressed rapidly, and artificial intelligence now offers new ways of analysing and solving problems, raising important legal questions. Artificial intelligence refers to a set of cognitive and intellectual capabilities expressed by

computer systems or algorithmic combinations, designed to imitate human intelligence, with the potential to learn and improve over time. However, it is essential to respect the legal framework regarding data protection, to avoid bias and discrimination, to ensure the quality of the data used, and to prevent the reinforcement of discriminatory practices.

The use of AI tools by police and judicial authorities in criminal matters must not become a factor of inequality, social division, or exclusion. In addition, the article analyses the application of telematic control systems for individuals classified under the third degree penitentiary regime, who therefore benefit from an open regime.

Keywords: artificial intelligence, prison, penitentiary law, telematic control.

1. Introducción

La Constitución española en su art. 25.2 (en adelante CE) establece que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social; estos fines se deben conseguir mediante el tratamiento penitenciario que según el art. 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante LOGP) consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados; y el tratamiento penitenciario se efectúa de forma individualizada y por ello el art. 63 LOGP determina que después de la observación de cada penado, se realizará su clasificación destinándole al establecimiento cuyo régimen (normas de convivencia) sea el más adecuado para la ejecución de su programa específico de tratamiento que se le haya aprobado y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél.

La clasificación en grado y Centro Penitenciario de destino de un interno supone el eje motor de la programación inicial o evolución tratamental del recluso (Nieto García, 2008, p. 6). La importancia de la clasificación se encuentra en que de un conjunto de datos psicológicos, sociales, penales y penitenciarios se va deducir una conclusión con efectos jurídicos-penitenciarios (Alarcón Bravo, 1989, pp. 67-87).

Podemos definir la clasificación penitenciaria, desde un estricto ámbito jurídico, como el conjunto de actos de la Administración Penitenciaria que concluyen en una resolución que atribuye al penado un grado de tratamiento, o bien, modifica uno asignado anteriormente, destinándolo a un Establecimiento Penitenciario de cumplimiento (Nieto García, 2008, p. 6), y además determina el establecimiento penitenciario al que debe ser destinado, estableciendo con ello el *status jurídico-penitenciario* del penado (en este mismo sentido Tamarit Sumalla, García Albero, Rodríguez Puerta & Sapena Grau, 1996, p. 205) que es susceptible de control jurisdiccional (Bona i Puivart, 1995, p. 251). Es decir, se trata del proceso que finaliza con un acto jurídico-administrativo formalmente emanado por parte de la Administración Penitenciaria, por el que se asigna o modifica un grado de clasificación (art. 64.2 LOGP) del sistema de individualización científica (González Cano, 1994, p. 321).

La clasificación penitenciaria es el instrumento jurídico que confiere sentido al sistema de individualización científica. Así pues, mediante la clasificación se materializa la progresividad en el régimen penitenciario, a mayor progresión de grado, mayor confianza, mayor atribución de responsabilidad y mayor grado de libertad. Por tanto, la clasificación tiene una incidencia directa en la situación jurídico-penitenciaria del interno que se traduce en un mayor o menor número de limitaciones de sus derechos y de su esfera general de libertad como establece el art. 65. 2 de la LOGP: *“La progresión en el tratamiento...entrañará un incremento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad”*.

Por tanto, la clasificación depende, pues, del juicio sobre la personalidad del penado respecto a la actividad delictiva (Manzanares Samaniego, 2008, p. 223).

2. Los grados de clasificación penitenciaria

El art. 72.1 LOGP determina que *“Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será la libertad condicional, conforme determina el Código Penal”*. En este art. 72 LOGP se hace referencia a los tres primeros grados, así como la libertad condicional, pero derivando la regulación de ésta al Código Penal. El apartado segundo del citado artículo ordena: *“Los grados*

segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimiento de régimen ordinario y de régimen abierto. Los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado...”

El art. 72 LOGP establece una clara vinculación entre el grado de tratamiento en que haya sido clasificado el interno y el régimen aplicable, y, por lo tanto, al establecimiento correspondiente (...). La correlación entre clasificación y régimen es un aspecto fundamental de la LOGP (Tamarit Sumalla, García Alberó, Rodríguez Puerta & Sapena Grau, 1996, p. 206). Así pues, cada uno de los grados de tratamiento conlleva la aplicación de un diferente régimen de vida en prisión y el destino al centro penitenciario más adecuado al mismo.

Por su parte el art. 100.1 del Reglamento Penitenciario (en adelante RP) establece: “...*los penados deberán ser clasificados en grados. Los grados serán nominados correlativamente, de manera que el primero se corresponda con un régimen en el que las medidas de control y seguridad serán más estrictas, el segundo con el régimen ordinario y el tercero con el régimen abierto*”.

El art. 63 LOGP ordena: “*Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea el más adecuado al tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél*”. Esta regulación ha sido desarrollada en sede reglamentaria en el art. 102.1 RP.

Para determinar la clasificación, dice el art. 102.2 RP, las Juntas de Tratamiento ponderarán la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de la pena, el medio al que retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento. En el mismo sentido el art. 63 de la LOGP *in fine*.

El art. 102 RP establece los criterios de clasificación:

-Serán clasificados en *segundo grado* los penados en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento, en semilibertad.

-Serán clasificados en *tercer grado* los penados que por sus circunstancias personales y penitenciarias estén capacitados para llevar un régimen de vida en semilibertad. Aquí hemos de tener en cuenta los apartados cinco y seis del art. 72 LOGP, introducidos por la LO 7/2003 de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que requiere la obligación de valorar la satisfacción de la responsabilidad civil y el abandono de la lucha terrorista para acceder al tercer grado (con más detalle en Leganés Gómez, 2013, pp. 206-253).

-Conforme a lo establecido en el art. 10 LOGP, serán clasificados en *primer grado* los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada, a no ser que el estudio de la personalidad del sujeto denote la presencia de anomalías o deficiencias que deban determinar su destino al centro especial correspondiente.

Como se puede observar todos los criterios adolecen de ambigüedad ya que determinar la peligrosidad o capacidad criminal para vivir en semilibertad es sumamente difícil por su indeterminación. En el caso del primer grado con el fin de restringir al máximo su utilización se ha de tener en cuenta que la peligrosidad es criminal y por tanto probabilidad de cometer nuevos delitos y la inadaptación exige ser grave y permanente. En el caso del tercer grado la capacidad de vivir en semilibertad exige unas expectativas de comportamiento correcto que permitan disminuir las medidas de vigilancia (Cervelló Donderis, 2006, p. 140).

2.1. El principio de flexibilidad

El principio de flexibilidad puede ser un instrumento de gran utilidad en el proceso de cumplimiento de la condena cuando existe un pronóstico favorable de resocialización, para evitar que se vea frustrado por el inexorable requisito temporal impuesto legislativamente en el acceso al tercer grado en las condenas por delitos graves. Es verdad que parte de la doctrina ha mostrado ciertas reticencias ante la discrecionalidad que puede llegar a permitir esta figura,

señalando que debieron especificarse qué aspectos característicos de cada grado eran susceptibles de combinarse y cuáles no.

La figura del principio de flexibilidad supone un instrumento fundamental en el mantenimiento del sistema de individualización científica y, con él, de la priorización del mandato resocializador del art. 25.2 CE, permitiendo en este tipo de penas “aliviar” en la fase de ejecución las duras condiciones regimentales impuestas por el legislador (Rodríguez Yagüe, 2018, pp. 206-208).

Este principio que fue introducido normativamente por el Reglamento Penitenciario de 1996 dotando de elasticidad y versatilidad al sistema en su faceta de ejecución de las penas, tal cual idealizaba la LOGP en su Exposición de Motivos. Tal herramienta supone una manifestación del principio de humanidad, y rema en la dirección de impedir la desocialización de los reclusos, permitiendo la conexión de la privación de libertad con los vínculos del mundo extrapenitenciario. Esta fórmula permite aislar, en cierto modo, los efectos de unas penas tan desocializadoras (Fernández Bermejo, 2020). En efecto, el art. 100.2 RP define el principio de flexibilidad, disponiendo que *“Con el fin de hacer el sistema más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad”*.

Como hemos dicho, se trata de un precepto de gran utilidad con la finalidad de no restringir la libertad de los internos más allá de lo que sea necesario y proporcional considerando su evolución. Es decir, se trata de una “posibilidad intermedia”, que, en caso de concurrir conjuntamente factores favorables y desfavorables en un interno para su clasificación en tercer grado, evita su clasificación pura en segundo grado. A la vez que, de darse motivos para la aplicación del régimen cerrado, evita la aplicación del mismo en bloque si el interno tiene capacidad para vivir en un régimen ordinario restringido o primer grado flexible.

En el año 2005 existía un Anteproyecto de Reforma de la Ley Penitenciaria, que incorporaba instituciones de relieve como era el principio de flexibilidad (que dejaba de estar sometido al régimen de excepcionalidad), se apreciaba necesaria la introducción de una normativa complementaria que dotara a este principio de cierta seguridad jurídica y lo convirtiera en un “derecho subjetivo creado”, con base en el cumplimiento de los requisitos legales, como es lógico. El precepto debería integrarse en la LOGP, y el Anteproyecto lo contempló en su art. 72.5, de la siguiente manera: *“No obstante, y con la finalidad de hacer el sistema más flexible, con respecto de cada penado, se podrá adoptar un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de uno de los grados mencionados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida necesitará ser aprobada por el JVP correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad”*. Pero desgraciadamente este Anteproyecto no salió adelante y sigue estando regulado el principio de flexibilidad a nivel reglamentario lo cual puede limitar en gran medida su aplicación.

3. Pronóstico de reinserción social

A criterio de Rodríguez Yagüe el informe sobre el pronóstico favorable de reinserción del interno debería dejar fuera todos los elementos, ya referidos a su historial penal (antecedentes), ya delito cometido y sus circunstancias, y basarse en los aspectos que son susceptibles de modificación por parte del sujeto y sobre los que van a incidir las actividades tratamentales, ya generales, ya específicamente clínicas. Efectivamente, si pesa más una evaluación de peligrosidad potencial, que desoiga lo referido a la conducta y evolución del penado en prisión, las posibilidades teóricas de revisión caen en la incertidumbre de este tipo de valoraciones (Rodríguez Yagüe, 2018, pp. 168-169). Tiene razón Cervelló Donderis cuando afirma que la revisión de la pena se apoya *“en demasiados aspectos del pasado y del incierto futuro reflejado en el concepto de peligrosidad, pero no del presente y su evolución”* (Cervelló Donderis, 2015, p. 239).

Las dificultades para emitir pronósticos de comportamientos futuros generan mucha incertidumbre, especialmente, en penas por los delitos más graves, puesto que suele ser elevado el número de falsos positivos en la predicción de la conducta criminal, entre otras cosas por la

arbitrariedad y falta de justificación con la que se suelen emitir los pronósticos (Martínez Garay, 2014a, p. 91).

La Recomendación (2003) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la gestión de penas perpetuas y de larga duración, recomienda utilizar para la toma de decisiones en estas penas, modernos instrumentos de evaluación de riesgos realizados por profesionales especializados. Como estas evaluaciones de riesgos también presentan margen de error, aconseja que nunca sea el único medio empleado, sino que se complementen con otro tipo de evaluaciones, y además que sean periódicamente revisados, ya que la peligrosidad y los factores criminógenos no son características intrínsecamente estables.

Otra de las críticas se debe a los criterios contemplados para el pronóstico de reinserción social, especialmente los que afectan al pasado delictivo (muy lejano en el tiempo cuando se solicite la revisión), y sus antecedentes, en un pronóstico de comportamiento futuro solo tienen interés como trayectoria delictiva, nunca debieran ser como estigma de previsión de conducta futura (Cervelló Donderis, 2015, p. 217).

La dificultad en emitir un pronóstico de comportamiento futuro es una de las cuestiones que más preocupa, ya que todos los requisitos unidos al tiempo transcurrido, pueden dar lugar a una predicción de conducta criminal alejada de la realidad, entre otras razones por la arbitrariedad y falta de justificación, es por esto que no debemos olvidarnos que se encuentra en juego la excarcelación o no de un sujeto que ha cometido un delito muy grave. Por ello se deduce la necesidad de exigir una rigurosa motivación cuando se deniegue por posible reincidencia, ya que en definitiva el pronóstico es sobre el comportamiento futuro (Pugiotta, 2013, p. 23).

La excarcelación del recluso depende de un juicio de pronóstico que se ha evidenciado científicamente insostenible por las elevadas tasas de error que genera y que conducen al mantenimiento mayoritario de reclusos en prisión respecto de los que luego se evidencia que no reiteran el delito. Por tanto, el juez no dispone de un instrumento racional y certero. Tan altas cotas de incertidumbre son incompatibles con los mandatos constitucionales del art. 25, en sus apartados uno (principio de legalidad de la pena) y dos (principio de resocialización) (más detalle en Martínez Garay, 2016, 139-162).

De modo que existen buenas razones para temer que, precisamente en relación con personas declaradas culpables de la comisión de delitos tan graves, el riesgo que querrán correr las instituciones penitenciarias y los jueces al decidir sobre la libertad será nulo, las estimaciones de probabilidades de reincidencia bajas en los informes periciales serán utilizadas como coartada para no conceder la progresión a tercer grado (Martínez Garay, 2014b).

La excarcelación del recluso depende de un juicio de pronóstico que se ha evidenciado científicamente insostenible por las elevadas tasas de error que genera y que conducen al mantenimiento mayoritario de reclusos en prisión respecto de los que luego se evidencia que no reiteran el delito.

Estimar la peligrosidad de un sujeto y predecir qué individuos presentan una mayor probabilidad de cometer algún delito o de causar daño en el futuro, ha sido una preocupación constante en cualquier sociedad (Ballesteros Reyes, Graña Gómez & Andreu Rodríguez, 2006, p. 104). Predecir qué individuos que ya se encuentran en prisión tienen mayor probabilidad de causar daño si obtienen un permiso de salida o libertad antes de cumplir la condena total, es de suma importancia en cualquier sistema penitenciario. El interés por la valoración del riesgo de violencia, y en concreto por la valoración del riesgo de reincidencia en la comisión de delitos violentos, ha aumentado en las últimas décadas. La necesidad de dar respuesta a estas demandas legales ha favorecido que desde mediados de los años 80 del siglo XX se haya intensificado la investigación sobre los factores asociados a un mayor riesgo de violencia y se hayan multiplicado los instrumentos diseñados para evaluar dicho riesgo. Las últimas tendencias científicas abogan por el concepto de peligrosidad, resulta obsoleto e inoperante y se aboga por su sustitución por “riesgo de violencia” (Andrés Pueyo, 2013, p. 483). Sin embargo, el grado de certeza con el que se pueden efectuar estos pronósticos es por lo general muy bajo, ya que está sometido a grandes márgenes de error, y conduce a una sobreestimación sistemática del riesgo.

El grado de incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad es muy alto, y ello produce una vulneración del mandato de determinación por la inseguridad jurídica a la que queda sometido quien sea condenado (Martínez Garay, 2016, p. 152).

Los medios para predecir los comportamientos violentos han mejorado significativamente, al pasar de los juicios clínicos más elementales a una combinación de técnicas, en las que intervienen métodos clínicos estructurados y procedimientos actuariales. Por otra parte, el concepto de peligrosidad se ha reemplazado por el de valoración del riesgo de violencia (López Martín et al., 2016, p. 2). Tras esta evolución hoy es posible obtener resultados más aproximados en cuanto a la probabilidad de que el penado realice actos violentos en el futuro. Sin embargo, esos avances todavía no sirven para legitimar el pronóstico de reinserción social que se requiere, puesto que el porcentaje de fallos que conllevan esas predicciones son muy elevados.

La decisión clasificatoria en grado exige un análisis de distintas variables y criterios, que la inteligencia humana ha de hacer, siendo esta decisión compleja y múltiple, pues son distintos profesionales los que deben hacer este análisis científico y muchas las variables a analizar, para lo que deberán utilizar distintas fuentes de información para tomar una decisión, que no deja de ser un juicio valorativo, cual si se tratara de una especie de diagnóstico para poder, en su momento, dar un paso más y tratar de pronosticar el comportamiento futuro del penado.

3.1. La inteligencia artificial

La realidad cambiante determinada por la progresiva evolución científica ha impulsado una proliferación de contribuciones académicas en relación con la validez jurídica de las nuevas tecnologías informáticas. No es de extrañar, se trata de técnicas basadas en algoritmos, software e incluso hardware carentes de regulación y con base en sistemas difíciles de comprender no solo por el jurista, sino también por el ciudadano con conocimientos informáticos relativamente avanzados. Muy lejos queda el empleo de calculadoras y otros instrumentos sencillos que realizan operaciones aritméticas perfectamente comprensibles, que siempre han sido utilizadas sin suspicacia alguna.

En particular desde la primera década del siglo XXI, los avances informáticos han ido progresando en software y aplicaciones cada vez más complejas que han venido acompañadas de innovaciones en el ámbito del hardware, así como de las telecomunicaciones, evolucionando desde los simples ordenadores que permitieron al hombre llevar a la luna a los modernos macro computadores que permiten realizar en nanosegundos operaciones inconcebibles en la

trayectoria vital de cualquier persona. La inteligencia artificial supone formas distintas de concebir analizar y resolver problemas en la actualidad que requieren una reflexión jurídica (Roma Valdés, 2024, p. 1).

La inteligencia artificial alude al conjunto de capacidades cognoscitivas e intelectuales expresadas por sistemas informáticos o combinaciones de algoritmos cuyo propósito es la imitación de la inteligencia humana con la eventual capacidad de mejorar o aprender.

Todas las decisiones con efectos legales deben ser tomadas siempre por un ser humano al que puedan pedirse cuentas de las decisiones adoptadas.

Es necesario respetar el marco jurídico en materia de protección de datos, la necesidad de evitar sesgos y discriminación y garantizar la calidad de los datos utilizados y evitar la consolidación de situaciones de discriminación.

El uso de herramientas de inteligencia artificial por parte de las autoridades policiales y judiciales en asuntos penales no debe convertirse en un factor de desigualdad, fractura social o exclusión (Roma Valdés, 2024, p. 5).

No cabe duda, que en una decisión administrativa de la importancia que tiene la clasificación penitenciaria la intervención de la inteligencia artificial sería, enormemente, provechosa, porque gracias a su gran capacidad para aprender a partir de datos, permite reconocer y predecir patrones y optimizar tareas, emulando distintos aspectos de la inteligencia humana, como el aprendizaje, el razonamiento y la percepción. De esta forma, la inteligencia artificial facilitaría el trabajo de los profesionales de la Administración Penitenciaria y les permitiría decidir las mejores acciones para lograr el objetivo dado.

La inteligencia artificial en el ámbito penitenciario para dar cumplimiento a la pena de prisión sería de enorme utilidad, aunque nunca debería ser utilizada como un sustitutivo de la inteligencia humana, sino como un complemento de la misma, como una ayuda para que los profesionales de las Juntas de Tratamiento y de los Equipos Técnicos, adopten las decisiones más acertadas posibles en las cuestiones relativas a la ejecución penal, aunque supone el riesgo de que los profesionales puedan llegar a “descargar” en esa tecnología su responsabilidad

profesional, unas veces por simple comodidad, pero en la mayoría de los casos, quizás por el miedo a discrepar del criterio de la máquina (Nistal Burón, 2023). Compartimos totalmente estas manifestaciones, puesto que la inteligencia artificial debe de ser un complemento de la humana, porque las máquinas, al menos al día de hoy, es imposible que conozcan la verdadera personalidad de las personas condenadas, sobre todo si se van surgiendo nuevos factores dinámicos que hacen que la personalidad vaya cambiando mediante los programas de tratamiento adecuados.

Es indudable que la tecnología analiza más datos y a más velocidad que la persona, pero no alcanza un grado suficientemente avanzado de evolución para sustituirla, siendo imprescindible una intervención humana especializada, que, sin restricciones, avale la predicción del algoritmo para que acceda al mundo real. Es importante no confiar plenamente en la inteligencia artificial, y subrayar la necesidad de “revisión humana” para verificar la información.

4. El control telemático penitenciario

El origen de la monitorización electrónica se encuentra en los años sesenta en los Estados Unidos de América (EUA), concretamente en los estudios y experimentos de un grupo de psicólogos experimentales de la Universidad de Harvard encabezados por Ralph Schwitzgebel, quienes presentaron un nuevo dispositivo para controlar de forma telemática el comportamiento de las personas, y entre las propuestas de aplicación lo recomendaban para controlar a delincuentes en una especie de “libertad vigilada”.

Desde la década de los años ochenta hasta la actualidad la vigilancia electrónica en el control de delincuentes se ha extendido por todo el mundo y su crecimiento resulta imparable. Con anterioridad a 1989 la tecnología era utilizada en muy pocos países, sin embargo, a partir de finales de los noventa y, sobre todo durante la década del 2000, su presencia se ha globalizado. Las causas del éxito de su expansión parecen diversas: el desarrollo científico-técnico de la humanidad, la normalización del uso de las nuevas tecnologías entre la población, su versatilidad para satisfacer las diferentes necesidades de los poderes públicos, el triunfo del modelo político criminal de seguridad ciudadana y sus medidas preventivo situacionales, así como su eficacia y eficiencia para alcanzar los fines tradicionalmente atribuidos a medidas y

penas. Los estudios especializados en la materia apuntan que la tecnología es igual de eficaz para reinsertar a sujetos de bajo o medio riesgo que para inocuizar a sujetos de alto riesgo. En consecuencia, alcanza los fines de prevención especial positiva de la pena, reduciendo la reincidencia delictiva de aquellos sujetos que busca reintegrar al propiciar su rápida inclusión en la comunidad.

En la ejecución de la pena de privación de libertad va cobrando cada vez más importancia la forma de cumplimiento sobre la extensión temporal de la misma, esto trae como consecuencia que la ejecución de la pena se individualiza también cada vez más para convertirse en un sistema más subjetivo que tiene en cuenta las singularidades de cada sujeto. Por tanto, este sistema de individualización científica, dependiendo de ciertas características de personalidad criminal, adaptabilidad social y otros condicionantes, permite que el penado pueda ser clasificado inicialmente en el tercer grado y cumplir su condena en una prisión abierta.

Desde principios, y sobre todo desde mediados del siglo XX surgieron voces de diferentes autores considerando que la ejecución de la pena en medio abierto podía ser una buena alternativa a la prisión tradicional, tal fue el caso de Elías Neuman con su importante obra “Prisión abierta”. En España han sido muchos los autores que han defendido las bonanzas de esta forma de cumplimiento frente a la prisión tradicional, desde García Valdés, impulsor de la LOGP, pasando por Bueno Arús, Mapelli Caffarena, De la Cuesta Arzamendi, y otros muchos expertos en Derecho Penitenciario.

En nuestro país, hace ya más de veinte años que, al amparo de las previsiones contenidas en el art. 86.4 RP, se instalaron los primeros dispositivos de seguimiento telemático para cumplimiento de penados clasificados en tercer grado. Este paso supuso un importante desarrollo de dos de los principios rectores de la LOGP: la individualización científica en la ejecución penal y la potenciación del régimen abierto.

4.2. Las ventajas de los sistemas telemáticos

Los medios telemáticos de vigilancia además de la finalidad punitiva sirven para controlar, facilita educar, corregir y conducir al autoexamen permanente. Se gestiona la actividad del penado a través del examen, imponiendo un perfeccionamiento constante. Por ello como dice

GUDÍN-RODRÍGUEZ MAGARIÑOS (2005, p. 93) no es tanto una alternativa a la prisión, como una prisión alternativa. Una prisión alternativa que no queda delimitada a un espacio, sino que abarca el territorio que el portador del dispositivo va concretando en su quehacer cotidiano.

Por tanto, el encierro “inútil” en una prisión cerrada que lejos de humanizar avoca al desarraigo y al contagio criminógeno se puede convertir en un tiempo “útil” en el exterior que puede facilitar su reinserción social y su rehabilitación.

El régimen de la cárcel electrónica se basa en dos factores: la confianza que instituciones penitenciarias da a un individuo después del primer momento de reclusión y la certeza en la mente del vigilado de que cualquier comportamiento fuera de la norma no pasará desapercibido (Gudín-Rodríguez Magariños, 2005, p. 17).

La cárcel electrónica es un fenómeno mental más que físico, su fundamento principal se halla en la certeza de que es observado y controlado. Esta certeza deriva de la precisión de los sistemas de control. Si la cárcel tradicional puede ser contemplada como un medio coactivo físico que el Estado impone a un sentenciado, la nueva cárcel electrónica será un medio paralelo de coacción más mental que física (Gudín-Rodríguez Magariños, 2005, p. 12).

Realmente, la cárcel electrónica se basa en una ilusión. El vigilado en una primera fase, comprueba que aparentemente se halla libre, que puede desplazarse, disfrutar de su hogar y su entorno, estar con sus amigos y familiares. Más posteriormente cuando advierte la intensidad del control al que se halla sometido, tras la euforia sobreviene una fase de decaimiento, es entonces cuando comprueba la dureza de las medidas y constata que su libertad en cierta medida es sólo un espejismo y que su comportamiento está condicionado.

Es muy importante tener presente que la cárcel electrónica al igual que la física debe de estar sujeta al principio de proporcionalidad y que admite modulaciones derivadas del tiempo del control y de la intensidad del peligro que revela la gravedad del hecho criminal cometido. Así es necesario levantar el control durante determinados periodos temporales pues caso contrario la sensación de agobio y alienamiento hace que la vigilancia devenga en inhumana (Gudín-Rodríguez Magariños, 2005, p. 101).

La cárcel electrónica puede ser un instrumento inteligente muy útil para reducir el mundo de las prisiones cerradas siempre que se utilice con inteligencia y aportando las debidas garantías. Pero, no se puede olvidar, que también pueden ser un instrumento idóneo para convertir al un ser humano en un objeto. Una vez más, lo trascendental es el modo en que se apliquen.

En la cárcel electrónica el control y la supervisión no son ni mucho menos más flexibles que en un centro penitenciario. Realmente es una manifestación más de lo que Rivera Beiras (2005)¹ denomina: “opción custodial” o más acertadamente GARLAND (2005) lo conceptúa como “cultura del control” (pp. 275-312).

El tratamiento penitenciario es una institución profundamente esquizofrénica. Esta afirmación no es original, Ferrajoli (1995, p. 410)² también la mantiene. De aspectos esquizofrénicos hay muestras en nuestro Ordenamiento penitenciario pues resulta paradójico compatibilizar la idea de castigo con la colaboración voluntaria del interno en el tratamiento. Apartamos a un interno de la sociedad para mejorarle, pero al someterle a una institución cerrada y cargada de resentimiento y sensaciones negativas, rara vez se podrá conseguir del tratamiento efectos positivos. Y es que paradójicamente, la mejor medicina para el interno es la propia sociedad (Gudín-Rodríguez Magariños, 2005, p. 29). Por ello todas las modernas técnicas penitenciarias (permisos de salida, libertad vigilada, libertad condicional y pulseras de control) están orientadas a la excarcelación.

Por tanto, la resocialización siempre es posible, lo que no parece posible es resocializar a alguien que esté toda su condena entre rejas. Es necesario romper la ecuación internamiento igual a tratamiento. Detrás de todo delito quizá deba haber un periodo más o menos largo de apartamiento social (lo cual ineludiblemente reporta una idea de castigo). Pero luego, toda la acción penitenciaria debe estar presidida a reintegrar al individuo en la comunidad (lo cual

¹ Este autor refiere que la cárcel surge cuando la sociedad se concienza de que hay segregación del grupo y tener controladas a todas aquellas personas que originan problemas: enfermos contagiosos, criminales, prostitutas y mendigos, idea que él denomina gráficamente como “el gran encierro”.

² El autor sostiene que una pena mantenga una finalidad pedagógica junto a la retributiva, la jurisdicción penal, en su conjunto, y la jurisdicción de vigilancia en particular, vienen abocadas a cumplir asimismo una “función reeducativa o pedagógica”, pues tan reeducativo, legalmente hablando, es el hecho de su imposición (o la aplicación de otras penas alternativas o de medidas alternativas), como el de control de su cumplimiento. Se tenga o no clara conciencia de ello, todos los integrantes de la jurisdicción penal están atrapados por esta esquizofrenia”. En el mismo sentido DOÑATE MARTÍN, 1995, pp. 11 y ss.

conlleva una idea de reinserción). No en vano la pena en su desarrollo no debe ser un escarmiento, sino un proceso dirigido a conseguir la inoculación del individuo como peligro para la sociedad. Profundizando más la pena es un programa de rehabilitación para una persona que desea reencauzar su vida aceptando una propuesta que le hace la sociedad para salir de su situación. Sin embargo, si el individuo rechaza voluntariamente esta propuesta el Estado debe respetar esta opción con lo cual este programa común se desvanece y la pena vuelve a adquirir una dimensión puramente retributiva o de castigo.

Reinsertar fuera de la sociedad es un sinsentido; el ambiente negativo que se respira tras los muros carcelarios en nada favorece a ninguna acción positiva, y por muy atractivas que parezcan a algunos las ideas de compatibilizar el castigo con la educación (“la letra con sangre entra”), esto no es más que una vana ilusión. No obstante, soltar a delincuente sin ningún género de garantías es un acto de irresponsabilidad. La vigilancia electrónica se convierte en un *tertius genus* que sirve para compatibilizar ambos extremos, para romper el nudo gordiano de los dos extremos que se repelen. Sin embargo, la vigilancia no es el fin, el fin es recuperar la confianza en el interno. Que con la reiteración de conductas positivas éste demuestre a la sociedad que es un ciudadano más, sobre el que no son precisas cautelas adicionales (Gudín-Rodríguez Magariños, 2005, p. 30).

La cárcel electrónica puede ser más humana, en cuanto posibilita el contacto del interno con el exterior, disminuye la marginación y el alienamiento de la cárcel tradicional. Pero este tipo de cárcel electrónica supone un avance para la humanidad puesto que un recluso puede recobrar la libertad de deambulación, sin que con ello exista el riesgo de menoscabar la seguridad ciudadana. El avance es aún mayor si además podemos supervisar que el penado está trabajando, manteniendo a su familia e incluso colaborando al pago de las indemnizaciones a su víctima; ello nos permite concienciarnos de que su resocialización sea más efectiva y podemos supervisar que está desarrollando una nueva vida alejada del delito. Pero el penado debe ser contemplado no como un objeto de supervisión, sino como un ser humano dotado de dignidad y libertad. No es adecuado contemplar al hombre no como un objeto de un frío proceso mecánico de supervisión, sino como a un ser humano al que habría que ayudar a reencauzar su vida.

A la hora de utilizar este tipo de medidas será necesario tener en cuenta la voluntad no viciada del penado, porque es muy fácil confundir al preso con la idea de que las pulseras, chips y demás medios electrónicos son equivalentes a la idea de libertad. Es preciso proporcionar a los internos una información precisa y detallada, de cómo estos mecanismos van a alterar su modo de vida y la de sus familias. En la actualidad, la vigilancia electrónica tiende a ser considerada por todos los reclusos de todos los países como un “privilegio” (Gudín-Rodríguez Magariños, 2005, p. 31). Es necesario humanizar la fría aplicación de las máquinas proporcionándoles un componente humano, y para ello es conveniente tener en cuenta el importante papel que realiza el profesional que realiza la supervisión (Otero González, 2008, p. 109).

Los medios electrónicos no son un fin en sí mismo, ni comportan necesariamente la rehabilitación del sujeto a estas técnicas. Son un medio más para conseguir el fin resocializador, pero el Derecho penitenciario no puede dejar de lado otras técnicas también útiles (programas formativos, desintoxicadores, laborales, etc.) que inciden en reducir los porcentajes de reincidencia (Gudín-Rodríguez Magariños, 2005, p. 32). Pero un dato muy significativo de estos estudios es que la vigilancia electrónica se hace más efectiva si viene acompañada de un adecuado soporte humano. En efecto, cuando la vigilancia viene acompañada de la labor asistencial del adecuado profesional penitenciario la reacción por parte del vigilado es más positiva (Bonta, Wallace-Capretta & Rooney, 1998, p. 72). Esta humanización en el modo de gestionar la vigilancia electrónica permitiendo un mayor contacto entre vigilante y vigilado parece producir un efecto tranquilizador en el sometido a estas técnicas. Si no existe un nivel de confianza básico entre el interno y la Administración penitenciaria, no parece adecuada la utilización de estos dispositivos telemáticos (Gudín-Rodríguez Magariños, 2009, p. 23). En un Estado social y democrático de Derecho la vigilancia electrónica sólo puede tener sentido si compatibilizamos estas dos máximas: certeza en el abandono del delito y mayor humanidad en la ejecución de la condena. El gran avance de los sistemas telemáticos, correctamente utilizados, permiten una mejor inserción social del penado por tanto un menor grado de desocialización.

La opción que nos brinda la cárcel electrónica, como alternativa a la cárcel tradicional, es que nos permite salir del círculo vicioso que supone recluir, castigar y marginalizar y esperar que acaezca algo positivo. La cárcel electrónica no implica liberar totalmente al individuo de la

sombra del Estado, éste sigue ahí y por tanto la libertad igualmente se ha perdido, decir lo contrario sería falsear los hechos. Pero sí nos permite dar una utilidad a la cárcel electrónica, a la vez que podemos observar si posteriormente el individuo puede o no reencauzar su vida, nos permite ser más humanos pues está con los suyos, puede estudiar, trabajar y tener la ilusión de que algún día demostrando que no es lo que fue, que puede vivir plenamente en sociedad (Gudín-Rodríguez Magariños, 2005, p. 35).

Nos encontramos, sin duda, ante una sanción más benigna y eficaz (a efectos preventivos) que los efectos resocializadores que se pueden ofrecer desde el ambiente coartado carcelario, plagado de resentimientos y de sensaciones negativas hacia la sociedad. De cualquier forma, hay que estar atento a una utilización correcta de estos instrumentos en orden a contribuir a la justicia y eficacia del sistema jurídico la salvaguardia de los derechos del penado.

El mejor argumento a favor de la vigilancia electrónica es que facilita un mayor grado de resocialización. Este tipo de vigilancia telemática permite que los penados puedan mantener su empleo, continuar en contacto con sus más allegados y no romper el contacto familiar. Este ambiente, no cabe duda, es mucho más positivo y reintegrador que el ambiente opresivo y angustioso de la prisión. Pero el problema se puede plantear cuando el penado no tiene trabajo, ninguna actividad que hacer, carece de familia y/o apoyo social, o si estos dos últimos factores son negativos (familia desestructurada, ambiente social criminógeno, etc.) que pueden influir en la reincidencia delictiva. Por tanto, es adecuado que a cada penado que va tener este tipo de vigilancia se le estudie un programa de tratamiento que contenga las actividades que se ha comprometido a realizar cuando sea excarcelado.

La cárcel es el termómetro más fiable de la humanización de la sociedad. Cuanto más considerado sea el trato hacia las personas privadas de libertad mejor será la calidad humana de esa sociedad, por ello el triunfo de la cárcel electrónica es el triunfo de un sistema penitenciario más humano, más libre y por tanto menos represivo. Los medios telemáticos permiten compatibilizar los principios que informan el sistema penal y penitenciario (humanidad, proporcionalidad de las penas y reinserción) con la eficacia de un sistema rentable desde el punto de vista de control y económico.

Se puede concluir diciendo que la vigilancia electrónica puede servir para reducir el número de personas ingresadas en prisión, pero lo que no puede es sustituir totalmente a la prisión puesto que siempre habrá delitos graves que no permitan la aplicación de la misma, o penados a quienes debido su personalidad y peligrosidad no se les pueda aplicar la misma por falta de autocontrol y autorresponsabilidad suficiente.

5. El tercer grado telemático

Dentro del art. 86 RP, que regula las salidas de los establecimientos de régimen abierto, su apartado cuarto establece que para los internos clasificados en tercer grado: “En general, el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse en el Establecimiento, salvo cuando, de modo voluntario, el interno acepte el control de su presencia fuera del Centro mediante *dispositivos telemáticos* adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente, en cuyo caso sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales.”

El art. 86.4 RP establece un sistema de control de los penados que permite flexibilizar y suavizar, en un grado mayor que el régimen abierto común, el contenido de la pena privativa de libertad, aumentar la libertad del interno fomentado su autorresponsabilidad al depositar en el interno mayor margen de confianza (Becerra Muñoz & Aguilar Conde, 2012, p. 170), lo cual permite una mayor integración familiar, laboral y social del mismo. Por ello, puede facilitar una transición reglada y progresiva del régimen abierto a la libertad condicional. En efecto facilita la integración del condenado en la sociedad e incrementa el grado de libertad del mismo al estar más tiempo fuera del establecimiento penitenciario. Por tanto, es un buen instrumento frente al más restrictivo de la permanencia en la prisión, aunque sea abierta.

Hay autores, como Manzanares Samaniego y Pelluz Robles (1999), que indican que con esta modalidad de cumplimiento queda totalmente desnaturalizada la pena de prisión, ya que constituye una pena mucho más leve que cualquier otra que prive al reo de sus derechos (p. 4). En el mismo sentido Racionero Carmona que indica que con este sistema se puede producir el

riesgo del absoluto *vaciamiento de la pena* (Racionero Carmona, 1999, p. 96). Desde nuestro punto de vista sucede todo lo contrario, y es que la pena privativa de libertad con este sistema se enriquece porque deja ésta, como en otras modalidades, de cumplirse en la prisión dotándole al penado de mayores posibilidades de reinserción social fuera de la misma. En particular, los medios de control telemático en el cumplimiento de condena despliegan el carácter retributivo que la pena privativa de libertad ostenta, en la medida que el penado se encuentra sometido a unas medidas de control extraordinario en su deambular, haciendo efectivo un verdadero régimen de vida en semilibertad, potenciando a su vez el principio general clave del cumplimiento de condena en régimen abierto: el principio de autorresponsabilidad.

Autores, como Escobar Marulanda (1998, p. 218), dudan de la constitucionalidad de este sistema de control de la ejecución pues entienden que podría vulnerar el art. 15 CE que prohíbe “las penas o tratos inhumanos o degradantes” y/o el art. 81 del mismo texto constitucional porque el control electrónico implica una serie de restricción de derechos fundamentales como la dignidad y la intimidad de las persona y que por lo tanto no pueden regularse esta forma de ejecución mediante un reglamento como es el penitenciario sino que es necesario que se regule mediante una Ley Orgánica (Vega Alocén, 2010, p. 193). Estamos de acuerdo en que esta forma de ejecución debería de estar recogida en la LOGP, pues, aunque es una ley relativamente moderna (con más de cuarenta años de vigencia), no podía prever este tipo de avances tecnológicos, con lo cual sería oportuna su reforma.

Por tanto, partiendo de la base de que un reglamento no es la norma jurídica más apropiada para regular una figura de tanta trascendencia como es el tercer grado con control telemático, según Vega Alocén lo correcto hubiese sido su regulación, como hemos dicho, mediante una ley orgánica por la posible vulneración de derechos humanos y la anticipación de la libertad efectiva (Otero González, 2008, p. 5). Nosotros discrepamos en este último punto puesto que no consideramos que se produzca una libertad efectiva hasta que se termina de cumplir la pena privativa de libertad, pues también se produce libertad efectiva cuando el penado sale de permiso, durante sus salidas de régimen abierto o estando en libertad condicional.

Respecto a la forma de evitar la posible inconstitucionalidad del art. 86.4 RP se puede salvar al aceptar voluntariamente el penado este tipo de control. Pero si el penado no lo acepta la

Administración Penitenciaria puede ofrecerle los otros medios de control, que no son tan eficaces porque se limitan a ser unas visitas y entrevistas esporádicas (Otero González, 2008, pp. 9 y 194), como veremos más adelante. La voluntariedad de este sistema por parte del penado debe implicar la voluntad no viciada, lo que significa informarle precisa y detalladamente de estos mecanismos para o inducirles a error y para compatibilizar esta idea con la dignidad del individuo (Otero González, 2008, p. 89). Por tanto, es requisito imprescindible la autorización por escrito del penado.

La regulación del art. 86.4 RP es realizada por la Instrucción 8/2019 de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, de 23 de abril, que establece que las notas que deben presidir su posible aplicación a cada caso concreto:

-Los penados en tercer grado a quienes se aplican las previsiones del art. 86.4 RP continúan en todo momento dependiendo del centro penitenciario de destino, sin que la intervención en este régimen de vida de otras instancias sociales de control o asistencia pueda suponer dejación de la responsabilidad de la Administración Penitenciaria.

-La aplicación de las previsiones del art. 86.4 precisa un permanente seguimiento de los casos y debe ser periódicamente revisada y evaluada por los órganos competentes.

La motivación para su aplicación debe perseguir objetivos expresos de tratamiento. Por ello, formará parte del programa individualizado de tratamiento del interno (PIT).

La aplicación del art. 86.4RP implica que el interno queda eximido de pernoctar en el establecimiento, aceptando voluntariamente (firmando el correspondiente documento) los controles mediante dispositivos telemáticos o de otro tipo que establezca la Junta de Tratamiento en su programa individualizado y en la resolución que lo autoriza.

Estos dispositivos telemáticos son conocidos como brazaletes que pueden colocarse indistintamente en el pie o la mano y sirven para saber si la persona monitorizada se encuentra en un determinado lugar en el horario previamente establecido. Así pues, esto permite controlar si el penado está en su domicilio a la hora fijada según su programa de tratamiento aprobado por la Junta de Tratamiento del centro penitenciario del que depende.

La utilización de estos brazaletes puede atentar contra el derecho a la dignidad del penado por la posible estigmatización que genera el uso de tales medios, lo que provocaría una nueva desocialización aunque sea de manera secundaria, puesto que estos dispositivos están cada vez más miniaturizados (Otero González, 2008, p. 89). Aún así, como ya hemos indicado anteriormente, la voluntariedad de la aceptación de los mismos salva el atentado contra el derecho a la dignidad.

No parece adecuado interpretar que el art. 86.4 RP permite controlar todos los movimientos del penado fuera del establecimiento y/o un horario de efectivo control superior a las ocho horas diarias que se fija para el régimen ordinario, puesto que sino la aplicación del art. 86.4 RP supondría una supervisión más restrictiva que el régimen abierto ordinario (Vega Alocén, 2010, p. 194).

Este régimen de vida se justifica por la existencia de circunstancias específicas de carácter personal, familiar, sanitario, laboral, tratamental u otras análogas. Se trata de buscar la mayor inserción social posible en la comunidad de aquellos penados que se han mostrado con capacidad para ello. Por tanto, consideramos que en cuanto su programa de tratamiento se lo permita, al penado se le tiene que aplicar lo antes posible este tipo de vida para favorecer su inserción sociolaboral.

5.1. Regulación actual

Este sistema de cumplimiento regulado en el art. 86.4 RP puede utilizarse en situaciones diferentes como establece la indicada Inst. 8/2019, de 23 de abril. Según esta instrucción este régimen de vida previsto en el art. 86.4 RP persigue potenciación de los principios inspiradores del régimen abierto, y de forma específica consolidar la situación de inserción comunitaria siempre que el penado haya demostrado su clara capacidad para vivir en libertad. La acreditación de esta capacidad del interno debe ser objetiva y fundamentada requiriendo una evaluación global por parte de la Junta de Tratamiento, que debe tener en cuenta factores de carácter personal, social y penal.

La aplicación de las previsiones del art. 86.4 RP puede venir justificada por la existencia, tras valoración de la Junta de Tratamiento, de circunstancias de índole personal, familiar, sanitaria, laboral, tratamental u otras análogas que aconsejen su adopción.

Si bien es evidente la facilidad que la flexibilidad del régimen previsto en el artículo 86.4 RP ofrece para adaptarse a los más variados y específicos requerimientos tanto horarios como de localización que la actividad laboral del interno pueda demandar, ello no circunscribe su aplicación, ni única ni prioritariamente, a supuestos de esta naturaleza.

Como criterios que pueden orientar esta evaluación por parte de la Junta de Tratamiento, se ofrecen los siguientes:

- Existencia de factores personales y socio-familiares que favorezcan una integración sociolaboral.
- Culminación con éxito de programas de deshabituación de drogodependencias y otras adicciones previstos en el art. 182 RP, tras un tiempo suficiente de permanencia en los mismos que permita abordar con garantías la fase de reinserción.
- Existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

La aplicación de este artículo en cualquiera de sus supuestos puede producirse tanto en la propuesta de clasificación inicial en tercer grado, como en la de progresión de grado o bien como cambio a esta modalidad específica cuando el interno se encuentra ya clasificado en tercer grado o tiene incorporados elementos de régimen abierto a su programa y reúne los criterios anteriormente citados.

La excepcionalidad del art. 86.4 RP parece que sólo puede ser aplicado en circunstancias especiales laborales, familiares, tratamentales o personales incompatibles con el régimen ordinario (véase Auto de la AP de Huelva 130/2005; Autos de la AP Girona 4/2005, 9/2005, 468/2005; Autos de la AP Barcelona 1140/2004, 345/2005, 468/2005, 494/2005, 1092/2005, 1148/2005, 1581/2005, 1723/2005, 140/2006, 524/2006, 527/2007). Sin embargo, parte de la jurisprudencia interpreta la excepcionalidad del art. 86.4 RP como forma flexible para favorecer

la integración laboral y familiar del interno, sin necesidad de que existan circunstancias específicas de índole laboral, familiar, educativo o de salud que sean incompatibles con pernoctar en el centro penitenciario (véase Auto de la AP de Sevilla 135/2005; Auto de la AP de Córdoba 80/2005; Auto de la AP Girona 135/2005; Autos de la AP de Barcelona 858/2004, 886/2004, 1009/2004, 1665/2005, 272/2007, 566/2007, 567/2007). Otra jurisprudencia requiere ambas circunstancias, que el art. 86.4 RP pueda favorecer la integración comunitaria del interno, pero valorando para su concesión que éste tenga una situación familiar, laboral y tratamental consolidada y una buena conducta (véase Auto de la AP de Huelva 130/2005; Auto de la AP de Barcelona de 11/5/2004; Auto de la AP de Sevilla 471/2005).

Con base a lo expuesto consideramos adecuado establecer normativamente como requisito para la aplicación del art. 86.4 RP la capacidad del interno de asumir una mayor integración en la comunidad pero no restringirla a los supuestos excepcionales de incompatibilidad con el régimen abierto ordinario, puesto que podemos encontrarnos con penados que no entren en esos supuestos excepcionales pero que están bien integrados socialmente (trabajadores sin horarios incompatibles, jubilados que no trabajan ni están enfermos, estudiantes sin requerir horarios especiales, etc.).

6. Evolución de la aplicación del art. 86.4 RP

En España se inició el uso de estos sistemas telemáticos en abril del año 2000 cuando la Dirección General de Instituciones Penitenciarias puso en marcha un programa experimental en el Centro de Inserción Social Victoria Kent de Madrid, en el que fueron incluidos diez internos clasificados en tercer grado. Según la Administración Penitenciaria el resultado fue satisfactorio y por eso se amplió a todos los centros penitenciarios. A finales del año 2010 había controlados por este sistema un total de 2064 internos dependientes de la SGIIPP.

26

En nuestro país, la pandemia causada por el SARS-CoV-2 ha influido considerablemente e la potenciación del régimen abierto, pero sobre todo en la modalidad de control telemático del art. 86.4 RP, aproximadamente se han duplicado los internos esta modalidad de vida. A final de febrero de 2020 eran 2.359 los internos que estaban clasificados en tercer grado, modalidad 86.4 RP, mientras que a final de mayo de 2021 eran 5.567; 3.208 internos más en un periodo de tiempo muy reducido. Por tanto, como dice Arribas López (2021) la pandemia ha sido un acicate para sacar todo el partido posible a un instrumento con el que cuenta el sistema penitenciario para operar la reinserción social de las personas que deben cumplir una pena de prisión y que, cierta y objetivamente, a la vista de los datos, se venía utilizando con evidente timidez. Por eso, nos atrevemos a decir que la necesidad de control pandémico ha traído la virtud de operar un uso adecuado de la modalidad telemática del régimen abierto penitenciario.

Llegados a este punto, podemos defender que el art. 86.4 RP tiene dos finalidades diferentes. Por un lado, permite modalidades de vida flexibles para internos que requieren un régimen de vida incompatibles con el régimen abierto normal (por razones de enfermedad, familiar o laboral). Por otro lado, el art. 86.4 RP también tiene la finalidad de facilitar la inserción del penado, que bien desde el principio de la ejecución de la pena o por su buena evolución en régimen abierto, muestra buenas perspectivas favorables de inserción social.

La posibilidad de que el interno se someta a control telemático comenzó como una mera excepción de la obligación de permanencia en el centro penitenciario durante ocho horas, pero ha acabado adquiriendo tal importancia en la actualidad que su uso se ha generalizado hasta el punto de que la excepción acaba siendo permanecer en el centro porque la mayoría de internos

cumplen el tercer grado de clasificación en el exterior del centro penitenciario (Rodríguez Yagüe, 2021), llegando en el año 2021 al 68% de los internos en tercer grado.

7. Conclusiones

Primera. El Derecho penitenciario español ha evolucionado, pasando de buscar la inocuización del individuo como respuesta al fenómeno delictivo (separarle del resto de la sociedad por considerarle peligroso) a tratar de que progresivamente vuelva a la sociedad, se reincorpore a ella. De esta manera, tienen cabida *mecanismos legales* como los permisos de salida, el tercer grado o la libertad condicional; nacen así los programas de tratamiento con los que se persigue que el interno aproveche su estancia en prisión para ir atajando ciertos problemas concretos relacionados con su actividad delictiva (drogas, malos tratos...) para preparar su salida en libertad.

Las críticas que el concepto de reinserción social ha recibido estriban en la paradoja que supone educar para la libertad en un medio de no libertad y de coacción. Se dice que la reinserción social no vendrá nunca separando al hombre de la sociedad con muros, zanjas, rejas, etc. No cabe duda que con el régimen abierto caen los muros y las rejas, el penado está en contacto permanente con su medio familiar, social y laboral, lo cual facilita su rehabilitación. Constitucionalmente este fin tiene su reflejo en el art. 25.2 CE, donde se establece que las penas han estar orientadas a la reeducación y reinserción social. Se ha optado por esta vía puesto que se considera más eficaz para prevenir y dar respuesta a la delincuencia.

Por tanto, se trata de atenuar la desocialización lo más posible, y para conseguirlo no cabe duda que el régimen abierto es un gran antídoto ante los perjuicios que del encarcelamiento puedan derivarse. Por lo cual durante la ejecución de la pena se debe evitar que el interno rompa las relaciones con el mundo exterior para lo que es fundamental fomentar el contacto del recluso con el mundo exterior, y todo ello en base al art. 25.2 CE.

Segunda. También se cumple el fin retributivo de la pena, pues como bien dice GONZÁLEZ BLANQUÉ (2019, pp. 67-70) sí que este es un fin alcanzable mediante el control electrónico puesto que conlleva efectos aflictivos (el hecho de sentirse controlado, la intrusión en la

intimidad, la limitación de la libertad ambulatoria, etc.), puede ponderarse su aplicación de forma proporcional, y respeta la dignidad de la persona siempre que se limite a controlar la ubicación del individuo y no otros aspectos. Al tener una carga aflictiva también puede considerarse que puede cumplir con el fin de prevención general negativa, más si se tiene en cuenta que suele ser una medida que acompaña a otras. La capacidad de disuadir al individuo de esta medida se entiende como posible en tanto que hace más probable que se detecte el incumplimiento o la realización de un delito y esto aumenta el riesgo percibido, aunque se discute si este es un efecto a corto plazo y desaparece en cuanto desaparece la medida.

Tercera. A pesar de las deficiencias del sistema, la experiencia parece haber confirmado que a partir de un sistema de individualización científica, algunas estadísticas indican que quienes han sido puestos en libertad bruscamente, tras un internamiento en prisión, cometen más delitos que quienes disfrutaron de una puesta en libertad progresiva. Desde el inicio de su implementación, el control electrónico ha ido acompañado de discursos sobre reintegración social, puesto que es una medida que se ejecuta en la comunidad y se espera que la persona pueda participar de la vida en sociedad. Pero se discute su capacidad reintegradora en tanto que el dispositivo por sí mismo no conlleva ninguna carga rehabilitadora, depende de a qué medida sustituya (la prisión abierta).

Cuarta. En el ámbito español, Arenas García (2017, p. 219) encuentra que en España aquellos internos que cumplen el tercer grado penitenciario con la modalidad de control telemático son regresados menos de grado que aquellos que lo hacen de forma tradicional (sin control telemático), lo que le lleva a concluir que es una medida eficaz al menos para asegurar la ejecución del régimen abierto. En el estudio realizado por Capdevila Capdevila, Parés i Gall, Ferrer Puig, Luque Reina y Torrecillas Madrid (Torres Rosell, 2012, pp. 38-39) en las prisiones catalanas se muestra como en general las personas clasificadas en tercer grado tienen una tasa de reincidencia menor que la población general penitenciaria. Y dentro de las personas clasificadas en tercer grado, aquellas con la modalidad del artículo 86.4 RP (que incluye el control telemático) lo hacen en menor grado.

Quinta. Uno de los grandes errores que puede cometer la Administración Penitenciaria es pretender utilizar el régimen abierto y más aún la modalidad del art. 86.4RP para paliar la

masificación de las prisiones ordinarias. Forzar el porcentaje de terceros grados de manera artificial choca con la realidad penitenciaria. Potenciar la clasificación en tercer grado, hasta el punto incluso de equiparlo al segundo, presenta dos riesgos: una regresión masiva de grados (más delitos y quebrantamientos de condena) y la desnaturalización de la pena privativa de libertad. Para nosotros lo más desastroso de esta situación puede dar lugar que se devalúe tanto el régimen abierto que llegue ser equiparado con el régimen ordinario (“cajón de sastre”) al que accedan muchos penados no capacitados para hacer vida en semilibertad.

Sexta. No cabe duda de las bondades del régimen abierto como forma alternativa de cumplimiento de la pena privativa de libertad frente a la prisión cerrada y ordinaria. Por tanto, entendemos que *se debe potenciar* lo más posible y que la forma de cumplimiento tiene que ser lo más similar a la vida en libertad, por eso consideramos muy conveniente el uso de tipo de vidas en régimen abierto en la modalidad del art. 86.4 RP.

Séptima. Para concluir, consideramos necesaria y urgente la reforma de la LOGP pues aunque su flexibilidad y su miras de futuro le ha permitido cumplir más de cuarenta años de vigencia, no cabe duda que cuando se aprobó no podía prever instituciones o situaciones que afectan a la clasificación y que se han ido creando con la práctica penitenciaria (unidades dependientes, cumplimiento en centros extrapenitenciarios, controles telemáticos, etc.) que cuentan con respaldo en sede reglamentaria, pero que carecen de cobertura legal; y por ello deben ser reguladas en la propia LOGP porque afectan a derechos fundamentales y a libertades públicas (art. 81 CE).

7. Bibliografía

Alarcón Bravo, J. (1989). El tratamiento penitenciario en el primer decenio de la LOGP. *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra(1).

Andrés Pueyo, A. (2013). La peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico. En E. Demetrio Crespo (Dir.) & M. Maroto Calatayud (Coord.), *Neurociencias y Derecho Penal*. Edisofer.

- Arenas García, L. (2017). *Los medios de control telemático en el Sistema Penal español*. Universidad de Málaga.
- Arribas López, E. (2021). El régimen abierto penitenciario con control telemático durante la pandemia o hacer de la necesidad una virtud. *Diario La Ley*, (9862), 2 de junio.
- Ballesteros Reyes, A., Graña Gómez, J. L., & Andreu Rodríguez, J. M. (2006). Valoración actuarial del riesgo de violencia en Centros Penitenciarios. *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, 6. Sociedad Española de Psicología Clínica, Legal y Forense.
- Becerra Muñoz, J., & Aguilar Conde. (2012). *Realidad y políticas penitenciarias*. En E. García España & J. L. Díez Ripollés (Dir.). Málaga.
- Bona i Puivart, R. (1995). Clasificación y tratamiento penitenciario. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid.
- Bonesana, C. (Marqués de Beccaria). (1982). *De los delitos y de las penas (Trattato dei delitti e delle pene)*. Madrid.
- Bonta, J., Wallace-Capretta, S., & Rooney, J. (1998). *Restorative justice: An evaluation of the restorative resolutions project*. Canadá.
- Cervelló Donderis, V. (2005). Los fines de la pena en la LOGP. En *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la LOGP*. Madrid.
- Cervelló Donderis, V. (2006). *Derecho Penitenciario* (2ª ed.). Valencia.
- Cervelló Donderis, V. (2015). Prisión permanente revisable II. En J. L. González Cussac (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal 2015*. Tirant lo Blanch.
- Cervelló Donderis, V. (2016). *Derecho Penitenciario* (4ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Delgado Carrillo, L. (2024). Es individualizable la ejecución de la pena de prisión permanente revisable. En N. Corral Maraver (Dir.), *Personas condenadas a prisión permanente revisable en España* (pp. 222–233).

- Doñate Martín, A. (1995). Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria: Naturaleza, órganos y competencia. *CDJ. Ejemplar dedicado al Derecho Penitenciario*, (33).
- Escobar Marulanda. (2018). *Los monitores electrónicos: ¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?* Madrid.
- Fernández Arévalo, L., & Nistal Burón, J. (2011). *Manual de Derecho Penitenciario*. Pamplona.
- Fernández Bermejo, D. (2020). Algunas propuestas de lege ferenda para la inhumana pena de prisión permanente revisable. *Revista de Estudios Penitenciarios*, (262).
- Fernández Cabrera, M. (2018). La política de dispersión de los presos de ETA a la luz de la jurisprudencia del TEDH. *CPC*, 125(II), Época II.
- Fernández García, J. (2004). El presente de la ejecución penitenciaria... *En La reforma penal a debate. XVI Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal*. Salamanca.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea* (Trad. M. Sozzo). Barcelona.
- González Blanqué, C. (2019). El control electrónico en el sistema penal. *Revista de Estudios Penitenciarios*.
- González Cano, I. (1994). *La ejecución de la pena privativa de libertad*. Valencia.
- González Rus. (1994). Control electrónico y sistema penitenciario. En *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*. Sevilla.
- Gudín-Rodríguez Magariños, F. (2005). *Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI*. Universidad de Alcalá de Henares.
- Gudín-Rodríguez Magariños, F. (2009). La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos. *Revista General de Derecho Penal*, (11).

- Juanatey Dorado, C. (2004). La ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y los principios constitucionales del Derecho Penal. *La Ley de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, (9).
- Leganés Gómez, S. (2013). *La prisión abierta: nuevo régimen jurídico*. Edisofer.
- López Martín et al. (2016). Predicción de la reincidencia con delincuentes juveniles: un estudio longitudinal. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 14(6).
- Manzanares Samaniego, J. L. (2003). El cumplimiento íntegro de las penas. *Actualidad Penal*, (7).
- Manzanares Samaniego, J. L. (2008). *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*. Granada.
- Manzanares Samaniego, J. L., & Pelluz Robles. (1999). El tercer grado penitenciario. *Artículos doctrinales: Derecho Procesal Penal*.
- Martínez Garay, L. (2014a). La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad. *InDret*, (2).
- Martínez Garay, L. (2014b, 29 enero). *Ponencia presentada en el Seminario Interdepartamental de la Facultad de Derecho de la Universitat de València*. Trabajo ha realizado en el marco de los Proyectos de I+D DER2009-13295, dirigido por el Prof. Dr. Enrique Orts Berenguer, y DER2010-18825, dirigido por el Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu, ambos financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación (ahora Ministerio de Economía y Competitividad).
- Martínez Garay, L. (2016). Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la cadena perpetua. En L. A. Arroyo Zapatero, J. A. Ascuarain Sánchez, & M. Pérez Manzano (Eds.), C. Rodríguez Yagüe (Coord.), *Contra la cadena perpetua*. Universidad de Castilla-La Mancha.

- Nieto García, A. J. (2008). Breve guía de la actividad reinsertadora de la administración penitenciaria en la ejecución de las penas privativas de libertad. *Diario La Ley*, (6987), 11 de julio.
- Nistal Burón, J. (2023). La inteligencia artificial al servicio de la ejecución penal: posibles utilidades. *Diario La Ley*, (10330), 18 de julio.
- Otero González, P. (2008). *Control telemático y penados (Análisis jurídico, económico y social)*. Valencia.
- Pugiotto, A. (2013). Una quaestio sulla pena dell'ergastolo. *Rivista di Diritto Penale Contemporáneo*, 2.
- Racionero Carmona, F. (1999). *Derecho Penitenciario y Privación de Libertad*. Madrid.
- Reviriego Picón, F., & Gudín-Rodríguez Magariños, F. (2009). Las alternativas a la reclusión y la revolución telemática. *Diario La Ley*, (7250).
- Rivera Beiras, I. (2005). *Recorridos y posibles formas de penalidad* (1ª ed.). Barcelona.
- Rodríguez Yagüe, C. (2018). *La ejecución de las penas de prisión permanente y las penas de larga duración*. Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Yagüe, C. (2021). *La pena de prisión en medio abierto*. Madrid.
- Roma Valdés, A. (2024). *De la prueba electrónica a la inteligencia artificial. La Ley de Inteligencia Artificial y el proceso penal español*. Editorial Sepin. Abril 2024 SP/DOCT/12467.
- Tamarit Sumalla, J. M., García Albero, R., Rodríguez Puerta, M. J., & Sapena Grau, F. (1996). *Curso de derecho penitenciario* (1ª ed.). Barcelona.
- Torres Rosell, N. (2012). Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados: contenido e implicaciones político-criminales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14(6).

Vega Alocén, M. (2010). *El tercer grado con control telemático*. Granada.

Derechos de autor 2026 Santiago Leganés Gómez



Esta obra está bajo una licencia internacional [Creative Commons Atribución 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).