Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo

OPINIÓN DE LA INDDHH SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN RÉGIMEN DE PRISIÓN DOMICILIARIA

I) GENERALIDADES

Aclaración Previa

Este breve informe apunta a brindar un enfoque de carácter neutro, objetivo y, en puridad, descriptivo de la norma que se proyecta.

No debiéndose soslayar, que se han expuesto posturas contrarias a su aprobación.

1. La Finalidad y los Fundamentos del Proyecto

1.1.- Este proyecto tiene por fin regular de manera general y abstracta el régimen de prisión domiciliaria, en tanto, forma alternativa de efectivizar la pena o la prisión preventiva que se imponga a los privados de libertad o en determinadas situaciones y le sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones.

Es el Tribunal competente en el caso en que, a pedido de cualquiera de las partes o de oficio, analizará la concurrencia o no de las circunstancias fácticas que ameriten disponer o denegar la prisión domiciliaria, sea para que se cumpla una medida cautelar o una sentencia de condena.

1.2.- La prisión domiciliaria, por tanto, es un sistema de reclusión diverso a la reclusión carcelaria.

Lo anterior es corroborado por el Informe de la Dirección de Asuntos de Derecho Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores del 2 de mayo de 2022 remitido a la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores.

En el mencionado informe, se afirma que los "supuestos de prisión domiciliaria" son una "medida alternativa a la prisión en un centro de reclusión" ... "siendo una forma de ejecución de pena y no un indulto, libertad condicional, amnistía o figura similar."

En el mismo sentido se expidieron los Institutos de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

El Dr. Germán Aller, en representación del Instituto de Derecho Penal y Criminología, manifestó que en estos casos "la persona no queda en libertad, sino que sigue cumpliendo la pena, con restricciones que existen hoy en día."

En idéntica dirección, se pronunció el Instituto de Derecho Procesal, representado por los Dres. Alejando Abal, Gabriel Valentín y Santiago Garderes, quienes destacaron que la prisión preventiva es de última ratio. Y, al analizar la posibilidad de prisión domiciliaria, expresaron que se estaría regulando "la sustitución de esa medida cautelar que es la prisión preventiva por otra medida cautelar que es la prisión domiciliaria, y la sustitución de la pena de penitenciaría o de prisión por una pena de prisión domiciliaria".

Por su lado, el Comisionado Parlamentario para el Sistema Carcelario, Dr. Juan Miguel Petit en el "Informe especial y Recomendación de dispositivos de prisión domiciliaria asistida para madres con hijos menores a cargo" de octubre de 2021 consideró que: "El art. 228 del Código de Proceso Penal establece el régimen de prisión domiciliaria en sede de medidas cautelares. La prisión domiciliaria también es aplicable por remisión expresa de los arts. 304 y 305 del mismo código."

1.3.- Se debe tener presente que la prisión domiciliaria no es la única medida sustitutiva a la reclusión en un centro penitenciario.

En efecto, en el Derecho comparado y en nuestro Derecho existen sistemas de cumplimiento de medidas y penas sustitutivas a la prisión en un establecimiento penitenciario, como lo son: la prohibición de concurrir a determinados sitios, la de alternar con determinadas personas, el retiro inmediato del domicilio, la prestación de caución, la vigilancia mediante dispositivo electrónico de rastreo, la prestación de tareas o servicios comunitarios, la asistencia a programas de tratamiento de rehabilitación, la prohibición de ejercicio de una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, entre otras.

1.4.-Por otra parte, no debe obviarse que la Constitución de la República protege a la libertad como principio rector de todo el ordenamiento jurídico, conforme a sus arts. 7, 72 y 332.

En mérito a ello, la privación de libertad no es otra cosa que una excepción a la libertad y, tal es la protección que recibe la libertad ambulatoria, que la Constitución prevé de manera expresa el recurso de Habeas Corpus en su salvaguarda.

1.5.- En adición a lo anterior, el art. 26 de la Constitución de la República establece el principio de que la privación de libertad ambulatoria en cárceles tiene como finalidad la reeducación de los "procesados y penados" fomentando la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito.

No obstante, hay personas que a consecuencia de factores personales, tales como su salud o edad, no están en condiciones que la finalidad que se persigue por el art. 26 sea cumplida.

Asimismo, el sistema jurídico nacional no concibe la pena por la comisión de un delito al igual que en otros ordenamientos jurídicos, por cuanto, en el nuestro no se prevé una pena que exceda de los 30 años de prisión.

1.6.- Otro principio que el proyecto protege es el principio de "No Trascendencia de la Pena".

Según este principio, cuando una persona es encarcelada por un delito que generó un daño de determinada magnitud, su pena debe ser acorde al daño causado, pero NO sobrepasarlo.

2. <u>Personas a las que les sería aplicable el régimen de prisión domiciliaria como alternativa al establecimiento carcelario</u>

2.1.- El régimen de prisión domiciliaria se aplica, conforme al juicio del Tribunal competente en el caso, a la población más vulnerable por motivos de salud, de edad, de embarazo o maternidad, de personas que tienen a su cargo hijos menores, entre otros.

2.2.- El art. 228 del Código de Proceso Penal prevé dentro de la Sección III sobre Prisión Preventiva, el Cap. II sobre Privación o limitación de la libertad física del imputado, ciertos parámetros para establecer la prisión domiciliaria: "*228.1 Para decidir acerca de la imposición*

o en su caso la sustitución o la cesación de la prisión preventiva, el juez le asignará especial relevancia a los siguientes elementos de juicio:

a) necesidad de atender circunstancias familiares o especiales del imputado que hicieran evidentemente perjudicial su internación inmediata en prisión;

b) imputadas en estado de gravidez a partir del quinto mes de embarazo o madres que estén amamantando durante el primer año de lactancia;

c) imputados afectados por una enfermedad que acarree grave riesgo para su vida o salud, extremo que deberá ser acreditado por el informe pericial correspondiente;

d) imputados mayores de setenta años cuando ello no involucre riesgos considerando las circunstancias del delito cometido.

228.2 El juez ordenará la internación provisional del imputado en un establecimiento asistencial adecuado cuando se acredite por informe pericial que sufre una grave alteración de sus facultades mentales que acarree grave riesgo para su vida o salud."

Se advierte que se está en sede del imputado en el proceso penal, lo que NO es el caso del condenado por sentencia firme y además que se regula la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar.

Véase que dentro de las pautas para disponer la reclusión domiciliaria se incluyen: circunstancias familiares o especiales del imputado que hicieran evidentemente perjudicial su internación inmediata en prisión, el estado de gravidez a partir del quinto mes de embarazo o madres que están amamantando durante el primer año de lactancia, imputados afectados por una enfermedad que acarree grave riesgo para su vida o salud, acreditadas por informe pericial, imputados mayores de setenta años cuando ello no involucre riesgos en atención a las circunstancias del ilícito cometido.

Por lo expuesto, es necesario dotar de una regulación general al régimen de la prisión domiciliaria que no se limite al caso de prisión preventiva y también contemplar otras situaciones que ameriten la prisión domiciliaria

Por ejemplo: i) el motivo de salud está previsto en el lit. d) del artículo citado, pero no existe una previsión para el adulto mayor, esto es, a partir de los 65 años de edad; ii) está contemplada la situación de embarazo, pero sólo a partir del quinto mes de gravidez; iii) se prevé la situación de maternidad, pero doblemente condicionada y restringida: que se está amamantando y además limitado temporalmente al primer año de lactancia.

a. Sobre adultos mayores

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada en Washington D.C., EUA, el 15 de junio de 2015, suscripta por nuestro país, aprobada por Ley Nº 19.430 de 8 de setiembre de 2016, en su art. 2 define como "Persona mayor" a "*Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que ésta no sea superior a los 65 años.*"

Se desprende de la Convención que la misma se remite a la edad que la legislación nacional fije, siempre y cuando éste NO supere los 65 años de edad.

A mayor abundamiento, la Ley Nº 17.066 de 24 de diciembre de 1998 sobre Régimen de los Establecimientos Privados que Alojan Adultos Mayores en su art. 2 establece que "se considera adulto mayor a toda persona que haya cumplido 65 años de edad."

El Poder Ejecutivo a través de su cesivas administraciones ha adoptado ese parámetro para definir al adulto mayor.

En esta dirección, a "Guía para la prevención, diagnóstico y abordaje integral de la violencia hacia las personas adultas mayores" del Área Programática del Adulto Mayor del Ministerio de Salud Pública (noviembre de 2019, MSP Dr. Jorge Basso, Asesor Responsable del Área programática del Adulto Mayor Prof. Dr. Italo Savio) define "Persona adulta mayor: personas de edad igual o mayor de 65 años (en Uruguay, según define la Ley 17.066)."

Idéntica postura se asume por la Administración de Servicios de Salud del Estado (ASSE) en la Guía clínica para la prevención, diagnóstico y abordaje integral de la violencia sobre los adultos mayores, de julio de 2014.

Y en la misma orientación se establece el MIDES a través del Servicio de Atención a Personas Mayores en Situación de Abusos y/o Maltrato de 10/9/018 elaborado por INMAYORES.

b. Mujeres embarazadas y madres con hijos menores o en situación de discapacidad a cargo

El caso de las madres con hijos implica tener en consideración tanto los derechos de la mujer recluida o imputada, como los derechos del hijo a su cargo que puedan estar en peligro.

Por tal razón, es que en este supuesto la mujer que pretenda prisión domiciliaria, se debe acreditar ante el juez que dispone de algún tipo de asistencia destinada al amparo de los derechos del niño o niña a su cargo.

Entiende el Comisionado Parlamentario que el sistema carcelario femenino merece de una reforma que mejor se adecúe a la realidad de la mujer, siendo que -en base a estadísticas- la mujer tiene un menor nivel de peligrosidad, de riesgo de reincidencia y menor probabilidad de cometer delitos violentos.

3. Exclusiones de la aplicabilidad del régimen

3.1.- Hay situaciones fácticas y condiciones que determinan la inaplicabilidad del régimen de prisión domiciliaria.

Esto ocurre en el caso de los delitos de lesa humanidad (Ley Nº 18.026 de 25 de setiembre de 2006).

Ello obedece a que tanto en el marco del derecho internacional y nacional, tanto el terrorismo como los delitos de lesa humanidad se encuentran en la cúspide de los delitos de máxima gravedad.

3.2.- Los delitos de violencia doméstica y de violencia de género también deben exceptuarse de este régimen, ya que el imputado o condenado resulta un peligro para quienes se domicilian junto a él.

Igual argumentación es extensible a los delitos sexuales.

Por lo expuesto, en general se aprecia la conveniencia de excluir de la prisión domiciliaria a todos los casos en que la víctima deba convivir con el imputado.

3.3.- Otros supuestos excluidos son los vinculados al narcotráfico a raíz del riesgo de que el sujeto desarrolle su actividad delictiva desde su hogar.

4. Facultades del Juez

4.1.- En el proyecto se prevé la prisión domiciliaria como facultativa para el Tribunal competente en los supuestos de personas con problemas graves de salud o en situación de grave discapacidad, mujeres imputadas o penadas embarazadas, con menores o personas con discapacidad grave a su cargo, así como en el caso de los adultos mayores entre los 65 y los 70 años de edad.

4.2.- Es el Juez competente el que resuelve con absoluta independencia técnica la reclusión domiciliaria, apoyado en informe de peritos, con vista al Ministerio Público.

Además, se requiere la previa solicitud de la parte interesada en acceder a la reclusión domiciliaria.

Se entiende, en tanto el proyecto no lo impide ni lo prohíbe, que el Ministerio Público podrá no compartir la resolución judicial que disponga la reclusión domiciliaria y oponerse a la misma mediante la interposición de los recursos correspondientes.

4.3.- A partir de los 70 años de edad el proyecto establece que la prisión domiciliaria será de oficio para los supuestos no excluidos, es decir, que la misma corresponde a condición de que los ilícitos que motivaron la condena **no** sean: de violencia de género ni doméstica, delitos sexuales, delitos de lesa humanidad, de narcotráfico, ni que impliquen que el condenado deba convivir con la víctima.

En esta orientación, el informe de la dirección de asuntos de Derecho Internacional del MRREE de 2 de mayo de 2022 a la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores estableció, a modo de síntesis, que **no** corresponde la prisión domiciliaria de oficio

entre los 65 y 70 años, tampoco en casos de delitos de Lesa Humanidad, estando ambos criterios recogidos en el proyecto y excluidos de aquella.

En otro orden, no debe soslayarse que como forma adicional de garantizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad en el domicilio, se establece que el Juez conserva: las facultades de establecer dispositivos de rastreo y control electrónico, amén de poder disponer custodia policial u otras medidas asegurativas, así como acumular caución juratoria, real o personal, si lo estimare necesario.

Sobre este aspecto corresponde realizar 3 consideraciones que se formularon en la sesión del Consejo Directivo el día 30/5/023: a) entre los delitos excluidos debió adicionarse al homicidio; b) el juez, de considerar que su autonomía ha sido infringida por esta norma, puede de oficio plantear su inconstitucionalidad; c) el Ministerio Público puede oponerse a esta norma por vía de recursos y también aducir su inconstitucionalidad.

5. Otras apreciaciones que respaldan esta iniciativa

El régimen de prisión domiciliaria para imputados o condenados en las hipótesis previstas por el proyecto como edad avanzada, maternidad, lactancia, etc. encuentra además su justificación en el Principio de Humanidad.

Tal como señala el informe remitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Asuntos de Derecho Internacional de 2 de mayo de 2022 a la Comisión de Constitución y Legislación del Senado, de conformidad con los "estándares internacionales en materia de privación de libertad para poblaciones vulnerables" denominados "Reglas Nelson Mandela" en el ámbito universal y los "principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas" en el ámbito regional, los reclusos pertenecientes a categorías distintas, más vulnerables o con necesidades especiales, deberían ser alojados en establecimientos diferentes, según su sexo y edad, y la alternativa a la prisión estaría indicada.

Entre los grupos más vulnerables, los principios en el ámbito regional señalan a los adultos mayores.

6. Opinión sobre la constitucionalidad de la norma que se proyecta

6.1.-La prisión domiciliaria de oficio para personas adultas mayores de 70 años de edad, se adecua a los siguientes artículos de la Constitución:

Artículo 18.- *"Las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios."*

Artículo 26.- *"A nadie se le aplicará la pena de muerte.*
En ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y sí sólo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito."

Artículo 85.- "A la Asamblea General compete:

3º) Expedir leyes relativas a la independencia, seguridad, tranquilidad y decoro de la República; protección de todos los derechos individuales y fomento de la ilustración, agricultura, industria, comercio interior y exterior."

6.2.- Tampoco se detecta que la norma que se proyecta viole el principio de Separación de Poderes, a cuyo respecto la Suprema Corte de Justicia ha sostenido en su sentencia n˚ 365/09 de 19/10/09 explica: "Con relación a este principio cardinal de todo Estado de Derecho, Jiménez de Aréchaga sostiene: "La separación de Poderes está "consagrada en cuanto coexisten distintos centros de "autoridad que reciben sus competencias de la "Constitución, la cual les marca un ámbito de "incumbencia que les es propio y que supone el ejercicio "predominante de cada una de las funciones jurídicas del "Estado por cada uno de ellos, dentro del cual, en "cuanto se conformen a las normas de grado superior (las "que les fijan sus competencias, formas de actuar y "fines a perseguir), sus decisiones no pueden ser "sometidas a contralor de oportunidad o conveniencia por "parte de órganos integrantes de otros centros de "autoridad" (La Constitución Nacional, Tomo II, p. 50).

Postulando la importancia de la vigencia del principio en estudio, Barbagelata expresa: "... sobre todo que no hay libertad "si el poder de juzgar no está separado del Legislativo "y del Ejecutivo. Si estuviera unido al Poder "Legislativo el poder sobre la vida y sobre la libertad "de los ciudadanos, sería arbitrario, porque el Juez se "convertiría en legislador".

"Si estuviera unido "al Ejecutivo, el Juez tendría la fuerza de un opresor y "todo se encontraría irremediablemente perdido si el "mismo hombre o el mismo cuerpo de príncipes, de nobles "o de pueblo ejerciera los tres Poderes: el de hacer las "Leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de "juzgar los crímenes o las diferencias entre los "particulares".

"Esa independencia "del Poder Judicial frente a los otros poderes de "gobierno —fórmula irreprochable como garantía de las "libertades públicas y aun por principio de buena "técnica de organización—, es tanto más respetable "cuanto que ella resulta indispensable para el "cumplimiento de la tarea eminente que cada día se le "asigna con mayor frecuencia por los textos "constitucionales a los órganos supremos de justicia, y "por la cual este Poder o su órgano supremo aparecen "encargados de velar por la contención de los otros "Poderes en los límites de la legalidad constitucional" (citado por Justino Jiménez de Aréchaga en La Constitución Nacional, Tomo VIII, p. 8).

Como se dijo en la Sentencia No. 111/1959 de la Corporación:

"... El alcance y los "límites del dogma de la separación de poderes es el de "su propia justificación: la garantía de los derechos "individuales y la especialización funcional".

"El poder etático "sólo puede actuar por medio de la voluntad de aquél o "aquéllos que asumen el poder; y éstos —señala "Montesquieu— (cit. por Aréchaga: El P. Legislativo. T. "I, pág. 3) tienden a abusar de él. Y el único medio "práctico y eficaz para mantener la 'puissance' dentro "de sus legítimas facultades es radicar las distintas "funciones que el ejercicio del poder

público exige en "tantos centros (poderes) independientes como funciones; "de tal manera que, el centro de poder que hace la Ley "no sea el mismo que la hace ejecutar y que no sea éste "ni aquél quien declara su aplicabilidad al caso "concreto y sancione su transgresión. Además, el "principio de la separación de poderes y competencias "específicas tiene también un fundamento técnico: "organizar el poder público de la manera más conveniente "para el ejercicio de cada función, la cual exige "técnicos y métodos particulares...".

6.3.- En otro orden, no se visualiza que se infrinja el principio de igualdad que se tutela por el art. 8 de la Carta.

Sobre el particular, la SCJ ha sostenido en forma invariable:

1.- La adecuada valoración de este Principio, así como de su ponderación como Derecho obliga a incursionar por vía comparativa en el ámbito de las relaciones jurídicas concretas, por cuanto, el mismo apunta a garantizar que todas las personas gocen de los mismos derechos que les reconoce la Constitución.

Por esa razón y, como punto de partida, puede afirmarse que la igualdad ante la ley implica que todas las personas deben ser legalmente tratadas de la misma forma salvo que hubiera algún motivo legítimo para que ello no sucediera.

2.- La igualdad, por tanto, es un derecho subjetivo que obliga a su respeto y aplicación a todas las personas que estén situadas en una idéntica posición.

El trato diferencial que pueda derivar por imposición de la ley debe estar justificado racionalmente, so pena de generar discriminación, la que no es otra cosa que la diferencia apoyada en la arbitrariedad y opuesta al valor Justicia, tal como se establece por los pactos internacionales en su conjunto.

Por lo anterior, la diferencia arbitraria, contraria a la razonabilidad y consecuentemente discriminatoria es aquella que a través de una norma jurídica legal o reglamentaria consagra una distinción infundada y generadora de perjuicio para sus destinatarios.

De allí, que en términos generales se advierte que ese tipo de diferenciación contraria a la igualdad, tiene por causas distinciones originadas en el sexo, la raza, el idioma, la condición social, la religión, la filiación política, la situación laboral entre muchas otras.

3.- Por lo anterior, el legislador debe sentar un tratamiento igualitario para todas las personas que estén ubicadas en una idéntica situación jurídica, evitando el establecer diferencias arbitrarias e irracionales entre quienes son iguales entre sí.

No obstante, al enfrentar situaciones dispares que obliguen a disponer un trato desigual por medio de la ley por detectarse que se está ante personas que por razones justificadas y racionales merecen un tratamiento diferente, ello no es contrario ni violatorio de la igualdad ni traduce discriminación de especie alguna.

4.- En consecuencia, la igualdad ante la ley se plasma desde una doble perspectiva.

Por un lado, determina que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y condiciones y, por otro, faculta a señalar diferencias entre personas que se encuentren situadas en hipótesis jurídicas o fácticas dispares, siempre que esta distinción obedezca a un fundamento razonable y no arbitrario –pasible de engendrar discriminación- ni tampoco, claro está, importe un privilegio o un favor desmedido en beneficio de unos y en perjuicio de otros.

5.- En mérito a lo previo, se entiende que la igualdad también debe ser ponderada y juzgada a la luz de otro "parámetro" que es el de la *proporcionalidad*, el que ha sido recogido en forma implícita por la Carta y expresa en varias normas legales.

La proporcionalidad impone al legislador, en este ámbito, la prohibición de incurrir en excesos de cualquier naturaleza.

Por tanto, el legislador en aplicación de la proporcionalidad debe apreciar la idoneidad que posee la ley para regular de manera adecuada el fin que se propone, es decir, la relación de medio a fin así como la real necesidad de acudir a la norma legislativa, debiendo comparar los medios jurídicos idóneos disponibles para lograr la meta que pretende.

Recién entonces, se puede sopesar -en salvaguarda de la proporcionalidad- si la ley puede perjudicar a la igualdad y beneficiar o no al interés general o al bien común que pueda considerarse como prevalente o de superior jerarquía.

6.- Por lo expuesto, la igualdad entendida por oposición a la diferenciación arbitraria o ilegítima, amerita ser valorada conforme a la *razonabilidad* –concebida como la conciencia jurídica de la comunidad- y la *proporcionalidad* para así mejor juzgar a la norma legal que, en ocasiones, puede comprender una discriminación indirecta o disimulada contraria a la Ley Fundamental.

6.4.- Finalmente tampoco puede decirse que el proyecto contenga un indulto por el cual se extingue la pena (art. 128 C. Penal) y su otorgamiento es de resorte del Poder Legislativo por 2/3 de votos de la Asamblea General (art. 85 ord. 14 de la Constitución)

II) CONSIDERACIONES AL TEXTO PROYECTADO DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

l.- Texto a considerar

Artículo lo- Régimen de Prisión Domiciliaria. Agrégase a la Ley No l9.293, de l9 de diciembre de 2014 (Código del Proceso Penal), el siguiente artículo:

"Artículo 304 BIS (Régimen de Prisión Domiciliaria).

El Tribunal competente que esté conociendo en cualquier estado del proceso o en su caso el Juez Letrado de Primera Instancia de Ejecución y Vigilancia, podrá disponer, a petición de parte, la prisión domiciliaria de imputados y condenados, cuando se verifique

c)Cuando se trate de una mujer embarazada con riesgo de salud para sí o riesgo para la continuación del embarazo;

d) Cuando se trate de una madre con hijo a cargo en lactancia activa;

e) Cuando se trate de una madre a cargo de un niño menor de cinco años, o de una madre a cargo de un niño mayor de cinco años y menor de diez años que padeciera problemas graves de salud o no tuviera otra persona que se hiciera cargo de él o fuera una persona en situación de discapacidad grave y no tuviera otra persona que se hiciera cargo de él;

Consideraciones

En virtud de sus obligaciones internacionales Uruguay debe aprobar normas[1] que se adecuen a estándares de protección con enfoque diferenciado, entre otros, para las mujeres embarazadas, en el periodo de posparto, las que están amamantando o son cuidadoras de hijos pequeños y niños y niñas que viven con sus madres en las cárceles.

Así, las autoridades, deben adecuar la normativa y prácticas nacionales a lo dispuesto en la Convención Americana, normas de similar valor, y los órganos correspondientes de control .[2]

Si bien el número de mujeres privadas de libertad en relación con la población penitenciaria general constituye un porcentaje pequeño[3] a nivel mundial, estas requieren medidas especiales dada su particular situación y condiciones y el impacto que la cárcel tiene en la vida

[1] Artículos 228 de la Ley No 19.293 relativo a la prisión preventiva y artículos 304 de la Ley No 19 .293, relativo a la sustitución de la pena de los condenados.
[2] Opinión Consultiva 0C 22/29
[3] Subcomité para la Prevención de la tortura y los malos tratos contra mujeres privadas de libertad, CAT/OP/27/1, 18 de enero de 2016, párr. 9, disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/006/86/PDF/G1600686.pdf?OpenElement

de sus hijos e hijas. Esto es particularmente cierto, considerando además el aumento de prisión de mujeres en los últimos años[4], realidad que no es ajena a nuestro país.[5]

La situación de mujeres embarazadas , en posparto y con hijos pequeños requiere del Estado adoptar medidas adicionales y particularizadas tendientes a satisfacer sus necesidades específicas y evitar que sufran condiciones o tratos crueles , inhumanos o degradantes [6] [7].

Esto obedece a varias causas entre las cuales podemos destacar:

i- Condición especial en la que se encuentran: el embarazo, el parto, el posparto y la lactancia colocan a la mujer en una situación agravada de vulnerabilidad en el contexto carcelario.

ii- Bajo riesgo que generalmente representan para la seguridad pública.

iii- El impacto que el encarcelamiento tiene en la vida de sus hijos ya que la privación de libertad puede causar un daño grave a los hijos, tanto si son separados de sus madres detenidas como si son encarcelados junto a ellas.[8] En similar sentido va la regla de Bangkok 64.

En general estas mujeres son jefas de hogar, madres de varios hijos pequeños[9], de bajos ingresos, analfabetas o con poca escolaridad, madres solteras y las principales responsables del bienestar de sus hijos[10] , constituyendo la maternidad en solitario un factor determinante en el proceso de exclusión social que conduce a muchas mujeres al delito[11] .

---

[4] La Corte Interamericana ha señalado el número de las mujeres privadas de libertad aumentó en los últimos 20 años el 50%. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, párrafo 123.

[5] En nuestro país según lo informado por el Comisionado Parlamentario entre los meses Setiembre 2020 a Setiembre 2021, la población privada de libertad creció el 9%, mientras que la población de mujeres privadas de libertad creció el 26% Informe especial: prisión domiciliaria asistida para madres con hijos a su cargo en el proceso penal, disponible en: https://parlamento.gub.uy/cpp/actividades/noticias/95527

[6] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, párrafo 65

[7] Esto está en consonancia con las Reglas de Mandela 2.2.

[8] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, párrafo 132.

[9] Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Mujeres en contextos de encierro en América Latina Características y factores de riesgo asociados a determinados comportamientos delictivos. Autores: Ana Safranoff y Antonella Tiravassi, revelan que el 87% de las mujeres privadas de libertad de la región son madres, con un promedio de tres hijos, destacándose que existe una elevada cantidad de las mismas jefas de hogar y por lo tanto únicas responsables del mantenimiento de la unidad familiar, mujeres que en gran número han sufrido agresión física, verbal o sexual de parte de sus parejas o convivientes y presentaban problemas de adicción página 9.

[10] Mujeres y drogas en las Américas: Un diagnóstico en construcción. *Resumen de las discusiones de la mesa redonda de la CIM/CICAD* (3 de junio, 2013, La Antigua, Guatemala) disponible en: https://www.oas.org/es/cim/mujeresydrogas.asp

[11] Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Mujeres en contextos de encierro en América Latina Características y factores de riesgo asociados a determinados comportamientos delictivos. Autores: Ana Safranoff y Antonella Tiravassi, página 9.

Por estas razones resulta crucial que el Estado adopte un enfoque diferenciado en su política penal y penitenciaria con perspectiva de género de conformidad con las reglas de Bangkok[12], teniendo siempre en cuenta , además, el interés superior del niño al tomar una decisión sobre el encarcelamiento de una mujer[13].

En tal sentido, la ley debe dar en primer lugar prioridad en el uso de medidas alternativas o sustitutivas en la aplicación y ejecución de la pena. En su defecto, se debe dar preferencia a formas de detención, tales como el arresto domiciliario o el uso de brazalete o tobilleras electrónicas, particularmente atendiendo a la baja gravedad del delito –es decir, la comisión de delitos no violentos-, al mínimo riesgo que representan la enorme mayoría de mujeres delincuentes para la sociedad, así como al interés superior de los niños y niñas[14]", reservando la privación de libertad para casos excepcionales. En síntesis, la privación de libertad debe ser siempre una medida excepcional.

Sin embargo, en los casos en que se deba disponer la privación de libertad, el Estado debe asegurar que su política penitenciaria respete los estándares desarrollados por la Corte IDH en su opinión consultiva N° 29/22. Para eso debe:

- realizar los ajustes legales y reglamentarios para efectivizar los mismos, entre ellos ubicándolas en lugares cercanos a su residencia para garantizar la posibilidad de que mantengan sus vínculos afectivos, familiares y puedan sostener sus redes de apoyo.

- asegurar que las instalaciones, sean apropiadas para alojar este grupo especialmente vulnerable[15], con espacio al aire libre, que permita la recreación procurando que no tengan aspecto carcelario, a los efectos de que propicien el desarrollo integral de los niños y niñas que habitan con ellas,[16]

- procurar que las madres accedan a plazas laborales, actividades educativas, sociales y culturales[17] y en lo posible, "el entorno previsto para la crianza de esos niños será el mismo que el de los niños que no viven en centros penitenciarios"[18]

En otro orden, también corresponde, que se prohíban expresamente:

- el establecimiento de sanciones disciplinarias como el aislamiento [19],
- la prohibición de contacto con sus familiares, especialmente con sus hijos,
- el traslados a otros centros alejados de sus domicilios, de lo contrario se estaría vulnerando el artículo 5 de la Convención Americana.[20]

[12]Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, párrafo 129.
[13] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, párrafo 131.
[14] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, párrafo 133.
[15] Regla de Mandela 28
[16] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, párrafo 137, 138 y 139.
[17] Regla de Bangkok 42
[18] Regla de Bangkok 51.2.
[19] Regla de Bangkok 22.
[20] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, párrafo 144.

- el traslado de mujeres embarazadas, en el momento del parto o posparto con esposas y grilletes, requiriendo medidas legislativas y administrativas que erradiquen esta práctica, "ya que resulta irrazonable asumir que existía un riesgo real de fuga que no pueda ser mitigado con otros medios menos lesivos[21]".

Asimismo, los Estados deben proveer los servicios de atención al parto, propiciar la presencia y el acompañamiento de una persona de confianza y elección de la mujer durante todo el proceso de parto [22]

En adición se debe garantizar atención y apoyo psicológico especializado tanto para las mujeres, como para los niños y niñas cuando viven en las prisiones

En caso que los hijos permanezcan en la comunidad debe asegurarse las visitas con su madre[23]. Para ello resulta imprescindible que los centros cuenten con un espacio que permita la realización disfrutable de las mismas, en un entorno seguro, protegiendo la privacidad para que se fomente el vínculo afectivo [24].

Por último, no se puede dejar de advertir que corresponde revisar la política legislativa sobre los temas relativos a las drogas[25].

Nuestro país al igual que otros del continente ha dispuesto el endurecimiento de las políticas antidrogas lo que ha determinado la imposición de penas privativas de libertad pese a que la participación femenina en estos delitos es en roles secundarios, como portadoras humanas o como micro-traficantes [26], siendo muchas veces motivada por penurias económicas y presiones familiares.

Hay que tener presente que los delitos cometidos por las mujeres frecuentemente están relacionados de forma directa con la pobreza familiar, por lo que debe habilitarse la posibilidad que en estos casos se puedan disponer medidas alternativas a la privación de libertad.

2.-Texto a considerar

Artículo 304 bis

"2. El Juez competente que esté conociendo en cualquier estado del proceso o, en su caso, el Juez Letrado de Primera Instancia de Ejecución y Vigilancia, impondrá de oficio y sin más trámites ni procedimientos ulteriores la prisión domiciliaria cuando se trate de imputados y condenados mayores de setenta años, independientemente de la ocurrencia o no de las circunstancias previstas en los literales a) a e) del ordinal 1 del presente artículo.

[21] Corte IDH Caso Manuela y otros vs El Salvador, Sentencia de 2 de noviembre de 2021 párrafo 200.
[22] Corte IDH, Caso Manuela y otros Vs El Salvador sentencia excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de fecha 2 de noviembre de 2021, párrafo 252
[23]Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, párrafo 165.
[24] Corte IDH Caso Miguel Castro Vs. Perú, párrafo 330.
[25] Modificación del artículo 36 del decreto ley 14294
[26] El primer informe de la OEA sobre "El Problema de las Drogas en las Américas"

En el caso de los imputados y condenados mayores de setenta años de edad, a los efectos de la aplicación de la prisión domiciliaria, el Juez dará vista al Ministerio Público y a la defensa a los solos efectos de controlar si se dan los presupuestos respecto a la edad exigida para otorgarla. [27]*."*

Consideraciones

Las medidas alternativas, sustitutivas o modificativas de la privación de libertad para personas mayores requieren determinar si esas medidas son compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos y las obligaciones asumidas por Uruguay.

Se han invocado, a través de los medios, estándares internacionales de derechos humanos a favor de la norma que se discute.

Sin embargo, tales estándares no sustentan la propuesta.

La edad constituye una vulnerabilidad especial para las personas privadas de libertad.

Los sistemas penales con frecuencia no atienden adecuadamente las necesidades de los prisioneros en la tercera edad. Sin embargo, a la luz de los estándares internacionales corresponde establecer dos cosas:

a) si es razonable que la edad sea el criterio único y excluyente a la hora de otorgar el beneficio de prisión domiciliaria, y
b) si corresponde que ese criterio sea obligatorio para los jueces.

En Mayo de 2022 la Corte Interamericana de DDHH emitió su Opinión consultiva OC- 29/22, *Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de libertad.*

Esta Opinión incluye el tema de los adultos mayores.

Las opiniones consultivas son interpretaciones de los tratados interamericanos -como la Convención Americana- que emite la Corte en su condición de intérprete autorizado. Frecuentemente sintetizan el acumulado jurisprudencial del máximo órgano judicial regional y brindan orientación (entre otros) para la elaboración legislativa en la región. La Corte por su parte atribuye también un rol preventivo o coadyuvante en la prevención de violaciones a los DDHH en estas OC.

A criterio de la Corte IDH podrían resultar idóneas las medidas alternativas a la privación de libertad en casos de "delitos no violentos o de menor gravedad", implementando los programas de seguimiento y control adecuados ".[28]

[27] Proyecto de ley sustitutivo presentado por la bancada de senadores del Partido Nacional.

[28] Opinión consultiva OC- 29/22 Enfoque diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de libertad de fecha 30 de mayo de 2022, párrafo 349

Sin embargo, la Corte insiste que al legislar sobre el régimen de prisión domiciliaria para los delitos que constituyan violaciones graves de los derechos humanos se deben tener en cuenta varios elementos a saber:

- la gravedad del delito cometido,
- la personalidad y los antecedentes de la persona condenada,
- la situación de salud de la persona,
- el riesgo para su vida sobre la base de informes médicos,
- las condiciones de detención y las facilidades para que sea atendida adecuadamente,
- los objetivos de la pena impuesta
- y los derechos de las víctimas."[29]

No surge del derecho internacional de los derechos humanos que la prisión domiciliaria automática (por el mero hecho de que el recluso alcance cierta edad) y obligatoria para los jueces (sin que estos puedan evaluar la situación particular), sea una opción recomendable. Esto es particularmente cierto para los casos en que las personas recluidas sean responsables por graves violaciones a los derechos humanos.

Los Estados deben cumplir con sus obligaciones internacionales en base al principio de buena fe[30].

Esto es aplicable a Uruguay en cuanto a las obligaciones que emanan de la Convención Americana. Cabe resaltar que Uruguay asumió dos tipos de obligaciones (de respeto y garantía) que se extienden a todos sus poderes, "incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional"[31] para nuestro país.

Por lo dicho resulta trascendental que antes de aprobar una norma de este tipo se realice un adecuado control de convencionalidad de la misma. Para esto se debe tener en cuenta no solo el texto de la Convención Americana y otros instrumentos interamericanos, sino la interpretación que de estos hace la Corte Interamericana[32] y lo establecido en sus opiniones consultivas.[33]

Dentro de las obligaciones de garantía asumidas, está la obligación de investigar las violaciones a derechos humanos. Esta última abarca la " investigación, identificación,

[29] Opinión consultiva OC- 29/22 Enfoque diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de libertad de fecha 30 de mayo de 2022, párrafo 348

[30] Artículo 26 Convención de Viena sobre los Tratados

[31] Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, de Fecha 19 de agosto de 2014, párrafo 31

[32] Corte IDH. Caso Olivares Muñoz y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre de 2020, párrafo 173.

[33] Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, de 19 de agosto de 2014, párrafo 31

procesamiento, juicio y, en su caso, la sanción del responsable, abarcando el cumplimiento de la sentencia en la forma y términos dispuestos por el juez competente[34].

Cuando el Estado responsabiliza penalmente a una persona, (particularmente en casos de graves violaciones a los derechos humanos), la pena debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad del autor. Por esta razón la aplicación de una norma más favorable para el recluso debe armonizarse con este principio "de manera que no se haga ilusoria la justicia penal."[35].

Disponer prisión domiciliaria para personas que cometieron graves violaciones a los derechos humanos, por el mero hecho de que alcanzan cierta edad, cuando las víctimas están desde hace más de 40 años batallando por saber la verdad sobre el asesinato y desaparición de sus familiares, donde niños y niñas crecieron lejos de sus familias con identidades suprimidas, donde hay mujeres y hombres que aun hoy no han superado las secuelas de las torturas físicas y psicológicas sufridas, va contra la obligación de reparar a las víctimas y puede conducir a una forma de impunidad[36] .

En nuestro país, el mecanismo está siendo diseñado para beneficiar a individuos responsables de graves violaciones a los derechos humanos, que no han contribuido a la verdad sobre las mismas, ni mostrado signos de arrepentimiento, (reparando en cierta medida la dignidad de sus víctimas). Sin mediar razones humanitarias (de salud, por ejemplo) tal paso no tiene fundamento en la normativa de derechos humanos.

Por el contrario, esto generaría la sensación en la sociedad de que no se ha hecho justicia, y el Estado no cumple con su obligación de "evitar medidas ilusorias que sólo aparentan satisfacer las exigencias formales de justicia". No es admisible que en un Estado de Derecho la fórmula para la ejecución de una pena por los crímenes más graves, impuesta con todas las garantías, se constituya en un factor de impunidad.

De lo expuesto surge que para que este inciso sea compatible con los estándares internacionales la evaluación del otorgamiento o no del beneficio de arresto domiciliario debería ser hecha y decidida por el juez competente. Este deberá ponderar la situación de salud del condenado, "sus condiciones de detención y facilidades para ser atendido adecuadamente", pero también otros factores tales como:

- que se haya cumplido una parte considerable de la pena privativa de libertad y se haya pagado la reparación civil impuesta en la condena;
- la conducta del condenado respecto al esclarecimiento de la verdad;
- el reconocimiento de la gravedad de los delitos perpetrados y su rehabilitación;
- y los efectos que su liberación anticipada tendría a nivel social y sobre las víctimas y sus familiares[37]"

[34] Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014, párrafo 460.

[35] Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.Sentencia de 11 de mayo de 2007, párrafo 196.

[36] Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, párrafo 145.

[37] Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 193

El Poder Judicial, como toda autoridad pública debe controlar que las normas que aplica, estén en armonía con la Convención Americana.

Así la Corte expresó :"Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad".[38].

Aprobar una ley que imponga a los jueces que cuando el recluso cumpla los 70 años deben disponer la prisión domiciliaria sin más trámite, no tiene presente que los jueces no son simples aplicadores mecánicos de la ley.

Entre otras cosas los jueces deben velar por que los efectos de las disposiciones de los tratados internacionales (que son parte del derecho uruguayo) no se vean mermados por la prácticas o normas contrarias a su objeto y fin.

Un punto a destacar es el de las personas que han estado involucradas en desapariciones forzadas. La Corte IDH ha señalado que "por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, por mantenerse en ejecución la conducta delictiva la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva[39]".

En conclusión: El inciso en análisis contraviene principios de derecho internacional de derechos humanos, y los estándares establecidos por la Corte Interamericana en sus sentencias y opiniones consultivas. De aprobarse conducirá a la responsabilidad internacional del Estado Uruguayo.

3.- Texto a considerar

Artículo 304 BIS (Régimen de Prisión Domiciliaria).

1. *El Tribunal competente que esté conociendo en cualquier estado del proceso o en su caso el Juez Letrado de Primera Instancia de Ejecución y Vigilancia, podrá disponer, a petición de parte, la prisión domiciliaria de imputados y condenados, cuando se verifique alguno de los siguientes supuestos:*
2. *a) Cuando el imputado o condenado padezca graves problemas de salud;*

b) Cuando el imputado o condenado se encuentre en situación de grave discapacidad, incompatible con la vida en un establecimiento carcelario;

.....

[38] Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014, párrafo 19

[39] Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014, párrafo 19

5. Quedan exceptuados del régimen de prisión domiciliaria los condenados por los delitos que se enuncian a continuación, y aún cuando dichos delitos hayan sido cometidos en grado de tentativa o de cualquier otra forma de participación:

- *a) Violación (artículo 272 del Código Penal).*
- *b) Abuso Sexual y Abuso sexual especialmente agravado (artículos 272 BIS y 272 TER del Código Penal),*
- *c) Violencia doméstica (artículo 321-BIS del Código Penal)*
- *d) Crímenes y Delitos de Genocidio, de Guerra y de Lesa Humanidad contenidos en la Ley No 18.026, de 25 de setiembre de 2006.*
- *e) Los delitos previstos en los artículos30,31,32,33 y 36 ordinal 6o) del Decreto-Ley 14.294 de 31 de octubre de 1974 (Estupefacientes), y sus modificativas.*

6. No procede el régimen de prisión domiciliaria en los casos de reincidencia, reiteración o habitualidad.

Consideraciones

Uruguay presenta un crecimiento exponencial de su población carcelaria. En 2019 la tasa de crecimiento anual promedio fue de 8,3 %, en el 2020 fue de 12,6 % y en el 2021 fue de 10,3 %[40].

El Comisionado Parlamentario ha señalado que Uruguay ocupa el puesto número 12 de países del mundo que tiene mayor cantidad proporcional de población en sus cárceles.
En abril del 2022 se superaron las 14 200 personas privadas de libertad (PPL).
La tasa de prisión alcanza 400 cada 100.000 habitantes[41].

Con relación a las mujeres el crecimiento fue significativamente mayor. Entre septiembre de 2020 y septiembre de 2021 la población general de PPL creció el 9%, mientras que la población de mujeres privadas de libertad aumentó el 26%.[42]

La sobrepoblación y hacinamiento de las cárceles son, en buena medida, el resultado de políticas públicas de combate a la criminalidad, que operan sobre la falsa premisa "de que a más personas encarceladas habrá más seguridad"[43].

i) Obligaciones del Estado

En nuestro país "las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados"[44], "persiguiendo su reeducación, la aptitud para el

[40] Comisionado Parlamentario: Informe anual 2021, página 39

[41] Comisionado Parlamentario: Informe anual 2021, página 37

[42] Comisionado Parlamentario: Informe sobre prisión domiciliaria asistida para madres con hijos a su cargo en el proceso penal.

[43] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, párrafo 105.

[44] Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 5.6.

trabajo y la profilaxis del delito"[45], debiendo garantizarles "el derecho a la vida e integridad y en general el derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal"[46]

Estas normas deben traducirse en la elaboración de una política pública penitenciaria con enfoque de derechos humanos que coloque a la dignidad de la persona como punto central[47]
.

Debe asimismo disponer la adopción de "ciertas medidas positivas, concretas orientadas para garantizar no sólo el goce y ejercicio de aquellos derechos cuya restricción no es consecuencia ineludible de la situación de privación de la libertad, sino también para asegurar el cumplimiento de la finalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad, en los términos expuestos anteriormente".[48]

Es obligación del Estado facilitar "una integración adecuada en sociedad de las personas condenadas, así como mitigar las barreras y obstáculos que enfrentan las personas que pasaron por el sistema penitenciario,"[49]garantizando a las personas privadas de libertad la posibilidad de realizar actividades productivas, el máximo contacto posible con su familia, sus representantes y el mundo exterior"[50] entre otras.

ii) Obligaciones especiales del Estado con los grupos vulnerables.

Ante la existencia de grupos históricamente vulnerados el estado debe adoptar las medidas adecuadas para revertir o cambiar esas situaciones y lograr verdadera igualdad.[51]

Dentro del grupo vulnerable de personas privadas de libertad, hay algunas que por razones estructurales e intersectoriales se encuentran en una peor situación, lo que obliga al Estado a adoptar medidas particularizadas a los efectos de evitar que sufran situaciones que constituyen tratos crueles, inhumanos o degradantes.
Estas medidas no se pueden considerar discriminatorias respecto del resto de la población reclusa.[52][53]

[45] Constitución Nacional artículo 26.

[46] Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997,párrafo. 57.

[47] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, párrafo 37.

[48] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, párrafo 52

[49] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, párrafo 48

[50] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/22, párrafo 48.

[51] Corte IDH Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo. 65.

[52]Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/22, párrafo 65.

[53] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/22, párrafo 68.

Lo expresado está en consonancia con las Reglas de Mandela y las Reglas de Bangkok (que protegen a mujeres reclusas y en conflicto con la ley) las que estipulan que "se deben tener en cuenta las necesidades especiales de las reclusas[54]"

Puntos a destacar sobre el proyecto en cuestión [55].

a- *Cuando el imputado o condenado padezca graves problemas de salud.*

La salud es un derecho humano fundamental.
Estando la persona privada de libertad, el Estado es el garante exclusivo de este derecho[56], y debe asegurar la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de tales servicio[57] en condiciones similares a las personas no privadas de libertad.

Si por las condiciones penitenciarias no se puede brindar una atención adecuada al recluso, el deterioro en su salud e integridad puede constituir en sí mismo un trato cruel, inhumano o degradante y generar la responsabilidad del estado.
Por lo que en caso de personas en grave estado de salud acreditado, si el centro penitenciario no cuenta con los medios para brindarle el tratamiento adecuado y la persona requiere atención hospitalaria o en su domicilio, es deber del Estado valorar la medida de prisión domiciliaria o en un centro que brinde la prestación de salud requerida.

En tal sentido el Comité de DDHH de la ONU ha identificado la obligación de los Estados de proveer proactivamente, atención médica a los privados de libertad y de proporcionar cuidados especiales en situaciones de emergencia o debidos cuidados en caso de enfermedad severa o terminal"[58]

Por los argumentos anteriores, así como por razones de elemental preeminencia del imperativo humanitario, no corresponden en estos casos las excepciones establecidas en los numerales 5 y 6 del proyecto de ley. Estos casos deberían dejarse a valoración del juez quien debe evaluar los diferentes elementos analizados.

b- *Cuando el imputado o condenado se encuentre en situación de grave discapacidad, incompatible con la vida en un establecimiento carcelario.*

[54] Regla 1.

[55] Presentado por el Partido Nacional

[56] Regla 24.1 de las Reglas Nelson Mandela

[57] CESCR Observación general 14 de fecha 11 de agosto de 2000.

[58] Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Lantsova v. Russian Federation, 26 de marzo de 2002, párr. 9.2;_"The Committee considers that a properly functioning medical service within the detention centre could and should have known about the dangerous change in the state of health of Mr. Lantsov. It considers that the State party failed to take appropriate measures to protect Mr. Lantsov's life during the period he spent in the detention centre. Consequently, the Human Rights Committee concludes that, in this case, there has been a violation of paragraph 1 of article 6 of the Covenant."

Es obligación del Estado " que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, incluida la realización de ajustes razonables[59]"

Esta jurisprudencia es generalmente aceptada; un ejemplo es el caso de Mircea Dumitrescu vs. Rumania , en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que cuando una persona pertenezca a un grupo vulnerable dada su grave discapacidad y las autoridades deciden colocarla y mantenerla privada de libertad, estas deben demostrar especial cuidado para garantizar que las condiciones de detención correspondan a las necesidades individuales que surgen o derivan de su discapacidad.[60]

Para ello deben garantizar todos sus derechos, incluida la realización de ajustes razonables necesarios en el centro penitenciario, para permitir que pueda vivir con la mayor independencia posible y en igualdad de condiciones con otras personas en situación de privación de libertad[61].

De lo contrario, si dadas las condiciones del centro penitenciario y la situación de discapacidad de la persona el Estado no puede asegurar su vida, integridad física y psicológica y realizar los ajustes necesarios, deberán valorarse alternativas a la privación de libertad en prisión.
En consecuencia, no corresponden en estos casos las excepciones establecidas en el numeral 5 y 6 del proyecto de ley, debiendo dejarse la valoración al juez de la causa.

En otro orden, debe incluirse dentro de las excepciones al régimen de prisión domiciliaria, conforme a la valoración que realice el juez con respecto a su calificación, modalidad de consumación y entidad, al delito de homicidio.

Montevideo, 4 de julio de 2023

Consejo Directivo

INDDHH

[59] Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículo 14.2.

[60] TEDH: Mircea Dumitrescu v. Rumania,, Sentencia de 30 de julio 2013, párr. 59.

[61] Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala, sentencia de fecha 29 de febrero de 2016 .Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 215