



INSTRUCTIVO PARA EL ABORDAJE DE PEDIDOS DE PRISIÓN DOMICILIARIA FUNDADOS EN LA PANDEMIA DE COVID-19.

INSTRUCCIÓN GENERAL N° 17/20.-

NEUQUEN, 2 de mayo de 2020.

VISTO:

Los artículos 8.1 y 25 de la CADH; el artículo 14.1 del PIDCP; el artículo 18 de la Constitución Nacional; el artículo 58 de la Constitución Provincial; la Ley Nacional 27.372, Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos; la Ley Nacional 24.660, Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad; el Código Procesal Penal de Neuquén; la Ley 2893; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos (Reglas de Mandela); la Declaración N° 1/20 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la Resolución N° 1/20 de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, y

CONSIDERANDO:

Que desde la Fiscalía General se pretende reconocer y apoyar el compromiso que en estas inéditas, complejas y difíciles condiciones generadas por la pandemia demuestran a diario los fiscales jefes, fiscales del caso, asistentes letrados, funcionarios y empleados del Ministerio Público Fiscal.

Que, en particular, se ha detectado la proliferación de planteos de excarcelación o concesión de prisión domiciliaria para procesados o condenados, motivados en la pandemia de COVID-19.

Que esa situación ha generado la preocupación de la sociedad, cuyos intereses representa el Ministerio Público Fiscal (artículo 1 de la Ley 2893), como así también la alerta particular de las víctimas de delitos.

Que en dicho contexto, aparece como necesario unificar la política de persecución penal en esta materia.

Que las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos (Reglas de Mandela), a partir de la Regla 24 y siguientes prevén: el acceso a la salud de los reclusos en condiciones de igualdad con la población libre; el servicio de atención sanitaria; confección de una historia clínica; disponibilidad de atención de urgencias; revisiones médicas periódicas; evaluación médica del impacto de las condiciones de detención en la salud. En particular, la Regla 35 indica que el médico o el organismo de salud pública competente debe hacer inspecciones periódicas y asesorar al director del establecimiento penitenciario sobre: a) la cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos; b) la higiene y el aseo de las instalaciones y de los reclusos; c) las condiciones de saneamiento, climatización, iluminación y ventilación; d) la calidad y el aseo de la ropa y la cama de los reclusos; e) la observancia de las reglas relativas a la educación física y la práctica deportiva cuando estas actividades no sean organizadas por personal especializado.

Que el artículo 143 de la Ley 24.660 dispone que: “El interno tiene derecho a la salud. Deberá brindársele oportuna asistencia médica integral, no pudiendo ser interferida su accesibilidad a la consulta y a los tratamientos prescriptos. Los estudios diagnósticos, tratamientos y medicamentos indicados, le serán suministrados sin cargo”. Los artículos siguientes recogen una serie de indicaciones especiales, que guardan relación con los criterios antes repasados en las Reglas de Mandela.

Que la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha publicado una nota informativa en la cual recuerda que: “las medidas legítimas y necesarias de protección contra el COVID-19 y el hacinamiento, **no deben provocar impunidad de derecho o de hecho** para quienes en diversas partes del mundo se encuentran en

prisión por graves violaciones de los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra” (el resaltado me pertenece).

Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Declaración N° 1/20, del día 9 de abril de 2020, titulada: “COVID-19 y Derechos Humanos”. Allí se señala que: “Dado el alto impacto que el COVID-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de **sobrepoblación y hacinamiento**, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad” (el resaltado es propio).

Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expedido la Resolución N° 1/2020, sobre Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. En sus artículos 45 a 48 se ocupa de la situación de las personas privadas de la libertad. En ese documento se recomienda en general “Adoptar medidas **para enfrentar el hacinamiento** de las unidades de privación de la libertad” (no destacado en el original). En el artículo 46 hace la salvedad que la evaluación o reevaluación de **cada caso particular “requieren de un análisis y requisitos más exigentes, con apego al principio de proporcionalidad y a los estándares interamericanos aplicables”** cuando se trate de “personas condenadas por graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad, **atendiendo el bien jurídico afectado, la gravedad de los hechos y la obligación de los Estados de sancionar a los responsables de tales violaciones”** (el resaltado es propio). En el artículo 47 se recomienda a los Estados “Adecuar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad particularmente en lo que respecta a alimentación, salud, saneamiento y medidas de cuarentena para impedir el contagio intramuros del COVID-19, garantizando en

particular que todas las unidades cuenten con atención médica”. Finalmente en el artículo 48 recomienda: “Establecer protocolos para la garantía de la seguridad y el orden en las unidades de privación de la libertad, en particular para prevenir actos de violencia relacionados con la pandemia y respetando los estándares interamericanos en la materia. Asimismo, asegurar que toda medida que limite los contactos, comunicaciones, visitas, salidas y actividades educativas, recreativas o laborales, sea adoptada con especial cuidado y luego de un estricto juicio de proporcionalidad”.

Que esos estándares recomendados por organismos internacionales y regionales, como así también, por la Ley de Ejecución de la Pena están siendo satisfechos en general en las unidades de detención de nuestra provincia: no se presenta hacinamiento, hay asistencia médica y sanitaria suficiente, se observan medidas de bioseguridad, se han limitado los contactos en la medida de la necesidad siguiendo las recomendaciones en materia epidemiológica (por ejemplo, limitando las visitas solo a los abogados defensores, reduciendo la rotación de personal, limitando los traslados de reclusos y, por otra parte, se facilitó el mantenimiento de vínculos familiares mediante telefonía).

Que, de tal forma, la realidad carcelaria local dista de ser análoga a los ejemplos de grave superpoblación invocados en otras jurisdicciones. Por caso baste citar la situación tenida en miras por la Cámara Federal de Casación Penal al dictar la Acordada N° 9/20, amén de que ya ha sido declarada inconstitucional por tribunales inferiores (véase, entre otros, TOCF N° 7, en expte. CFP 15405/2017 “Tavara Huaman”, fallo del 24/4/20). Pero, sirve igualmente tener en cuenta la descripción de ese contexto carcelario federal, cuando la Cámara de Casación refiere que: “la Procuración Penitenciaria de la Nación, a través de la presentación del 8 de abril próximo pasado, expuso que ‘el cuadro descripto a nivel universal por la OMS se torna acuciante en el ámbito de nuestras cárceles

federales en función de la **grave situación de sobrepoblación y hacinamiento que se verifica en dichos establecimientos penitenciarios**” (no destacado en el original, CFCP, Acordada n° 9/20).

Que, aun en esos contextos disímiles al del sistema penitenciario provincial, vale destacar además que las recomendaciones de ese órgano judicial se orientaron a delitos de escasa lesividad o no violentos y/o personas en condiciones legales de acceder en forma inminente al régimen de libertad asistida, salidas transitorias o libertad condicional (CFCP, Acordada N° 9/20).

Que la modalidad domiciliaria de cumplimiento de la pena de prisión solamente procede ante la comprobación de los extremos previstos en los artículos 10 del Código Penal y 32 y 33 de la Ley 24.660, fundada en informes médico, psicológico y social.

Que en cuanto a los procesados, cabe recordar el criterio de la Sala Penal del TSJ, en cuanto a que: “la satisfacción de la exigencia de la necesidad para imponer la prisión preventiva implica corroborar que no exista una medida menos gravosa para garantizar los fines del proceso. Pero el análisis no concluye allí, **es necesario, además, que la medida alternativa presente la misma idoneidad, esto es, que genere la misma seguridad, para alcanzar el objetivo buscado**” (TSJ, Sala Penal, Acuerdo N° 40/2015, voto del Dr. Alfredo Elosú Larumbe, el resaltado es propio).

Que no existen reglas generales de rango legal, constitucional ni convencional que impongan la concesión de la prisión domiciliaria por la declaración de pandemia. Así, no cabe hacer generalizaciones en abstracto, sino que en cada caso planteado, la defensa debe probar los extremos necesarios para justificar la decisión que conceda la morigeración de la pena o medida de coerción. Esa faena probatoria, exige puntuales informes y/o testimonios de especialistas acreditados.

Que fuera de los casos puntualmente previstos en las leyes citadas para conceder la prisión domiciliaria, la ponderación que debe realizarse reconduce a las reglas del estado de necesidad justificante, porque se estaría sacrificando —más allá de las previsiones normativas— el debido cumplimiento de la ley penal y, en definitiva, el objetivo prefijado cuando nos consolidamos como Nación, afianzar la Justicia. Asimismo, se altera el tratamiento penitenciario, lo que afecta el fin preventivo especial del artículo 18 de la Constitución Nacional. En el caso de los procesados la modalidad domiciliaria incrementa los riesgos procesales que hayan justificado la prisión preventiva y, para los condenados, genera un riesgo de fuga e impunidad. De tal forma, se debilita el respeto a la norma legal, a la tutela judicial efectiva y a la confianza de la sociedad en el Poder Judicial como medio de resolución de conflictos y de hacer respetar las normas, con las perniciosas consecuencias para la paz social que tal dinámica ocasiona.

Que, por otra parte, toda la población está expuesta al contagio del COVID-19, por lo cual, el riesgo que debe acreditar la defensa debe configurar un peligro inminente, actual y no conjetural para la salud. Asimismo, debe probarse en concreto que solamente la sustitución del alojamiento en una unidad de detención por la prisión domiciliaria es adecuada, necesaria y proporcional para reducir sustancialmente ese riesgo.

Que, cabe reflexionar que cuando el Estado ha tenido que controlar más estrictamente la posible propagación de la pandemia, no dispuso simplemente que la gente permaneciera en su casa bajo su propia responsabilidad o la de sus parientes, sino que cuando los distintos niveles del Estado cuentan con los medios suficientes alojan a las personas en hoteles o sitios bajo estricta vigilancia de las autoridades y con servicios de alimentación, médicos y sanitarios. Esa ha sido la recomendación de los especialistas. Como obviamente no es posible

fáctica ni jurídicamente controlar tan estrictamente a todas las personas, se hace en algunos casos justificados. La unidad de detención es un sitio bajo custodia permanente de ingreso y egreso, que respeta, por su estructura de control —al personal e internos—, las medidas y protocolos recomendados de higiene y prevención, vigilancia y seguridad. Además, la población carcelaria está compartimentada y los contactos entre los detenidos son resguardados y los de ellos con personas que provengan del exterior están limitados a una mínima expresión.

Que la delicada ponderación exigida bajo esos parámetros debe hacerse en cada caso concreto, sobre la base de evidencias y debe rechazarse cualquier criterio abstracto general formulado desde la judicatura, dado que ésta no puede sustituir al Poder Legislativo Provincial ni Nacional.

Que en la sustanciación de estos planteos de las defensas, se debe tener especial observancia de la tutela judicial efectiva de la víctima (artículos 8.1 y 25 de la CADH, artículo 14.1 del PIDCP, artículo 18 de la CN y artículo 58 de la Constitución Provincial), dándole la debida participación previa a cualquier decisión, de acuerdo con las exigencias de la Ley 27.372, Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, la Ley 24.660 y nuestro Código Procesal Penal.

Que entre los distintos preceptos consagrados en el artículo 2° de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal, se establece que éste actúa bajo los principios de legalidad, unidad de actuación y criterio y observancia de las instrucciones generales.

Que a los efectos de facilitar la actuación de los representantes de este Ministerio y la contestación de los planteos antes mencionados, resulta conveniente y oportuno emitir un instructivo que contenga los lineamientos jurídicos que deberán seguir cuando se presenten estos casos, sin perjuicio de los que pueda agregar el Fiscal interviniente.

Por ello, en virtud de lo establecido en los artículos 2°, incisos a), c), y k), y 8°, incisos a) y n), de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal,

EL FISCAL GENERAL

INSTRUYE:

ARTÍCULO 1º: SEGUIR los lineamientos fijados en el Anexo I y las consideraciones expuestas en la motivación de la presente, para la contestación de los planteos que se relacionen con pedidos de excarcelación o prisión domiciliaria motivadas en la pandemia de COVID-19. Ello, sin perjuicio de las particularidades de cada caso y de otros argumentos que bajo la misma política de persecución puedan incorporar los fiscales intervinientes.

El mismo criterio deberá seguirse para impugnar las resoluciones judiciales que concedan excarcelaciones o prisiones domiciliarias fundados en la pandemia de COVID-19.

ARTÍCULO 2º: IMPUGNAR las resoluciones judiciales que concedan excarcelaciones o prisiones domiciliarias motivadas en la pandemia de COVID-19.

ARTÍCULO 3º: SOLICITAR la nulidad de las resoluciones judiciales que hayan concedido excarcelaciones o prisiones domiciliarias basadas en la pandemia de COVID-19, en las cuales se haya omitido escuchar previamente a la víctima.

ARTÍCULO 4º: Protocolícese, hágase saber, comuníquese al Tribunal Superior de Justicia, publíquese en www.mpfneuquen.gob.ar, y oportunamente archívese.

INSTRUCTIVO PARA EL ABORDAJE DE PEDIDOS DE PRISIÓN DOMICILIARIA FUNDADOS EN LA PANDEMIA DE COVID-19.

ANEXO I

1. Cabe plantear la nulidad de cualquier decisión si la audiencia se celebra sin previa notificación fehaciente a la víctima, para que pueda ejercer el derecho reconocido en el artículo 11 bis de la Ley 24.660, consistente en “ser informada y a expresar su opinión y todo cuanto estime conveniente, ante el juez de ejecución o juez competente, cuando se sustancie cualquier planteo en el que se pueda decidir la incorporación de la persona condenada a: a) Salidas transitorias; b) Régimen de semilibertad; c) Libertad condicional; d) Prisión domiciliaria; e) Prisión discontinua o semidetención; f) Libertad asistida; g) Régimen preparatorio para su liberación”. La responsabilidad por el cumplimiento de dicha notificación recae en última instancia sobre el órgano judicial, dado que el Juez que incumpla la obligación incurre además en falta grave. De similar tenor es la redacción del artículo 12 de la Ley 27.372, Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, cuyas disposiciones también son de orden público, según su artículo 1°. La misma notificación previa para permitir la participación, se debe respetar en el caso de procesos en trámite, para ejercer las facultades que nuestro CPP le reconoce a las víctimas en el artículo 61 y siguientes (al igual que el artículo 5 y cctes. de la Ley 27.372), esté o no constituida como querellante, en función de la previsión del inciso 4) de dicho artículo 61 del CPP y del artículo 5.k de la Ley 27.372. Por lo tanto, según el artículo 95 del CPP “[No] podrán ser valorados los actos cumplidos con

inobservancia de las formas, que obstan al ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima”. No huelga aclarar que la intervención del fiscal no supe la de la víctima, más allá de los intereses generales representados por aquél que incluye a esta última.

2. En los casos referidos en el artículo anterior, si la gravedad del hecho que motivó la condena o que esté bajo investigación y las circunstancias del caso permitieran presumir peligro para la víctima, deberá instarse la adopción de todas las medidas precautorias necesarias para prevenirlo (artículo 13 de la Ley 27.372; artículos 61.3 y 114 *quater* del CPP).
3. La modalidad domiciliaria de cumplimiento de la pena de prisión solamente procede ante la comprobación de los extremos previstos en los artículos 10 del Código Penal y 32 y 33 de la Ley 24.660, fundada en informes médico, psicológico y social.
4. No existen reglas generales de rango legal, constitucional ni convencional que impongan la concesión de la prisión domiciliaria por la declaración de pandemia. Por lo tanto, en todo caso, el planteo que se realice debe acreditar las circunstancias particulares en que se asiente la petición, mediante informes y/o testimonios de especialistas acreditados, que demuestren en forma concreta la existencia de un estado de necesidad justificante basado en la vulneración de las normas que garantizan el derecho a la salud de los reclusos (artículo 143 y sgtes. de la Ley 24.660, Reglas de Mandela y otras).

En caso que se demuestre un peligro inminente, actual y no conjetural para la salud por probable contagio de COVID-19, quien lo invoque debe probar en concreto que la sustitución del alojamiento en una unidad de detención por la prisión domiciliaria es adecuada, necesaria y proporcional para reducir

sustancialmente ese riesgo. Además, la delicada ponderación exigida bajo esos parámetros debe hacerse en cada caso concreto, sobre la base de evidencias y debe rechazarse cualquier criterio abstracto general promovido por la defensa o formulado desde la judicatura, dado que ésta no puede sustituir al Poder Legislativo Provincial ni Nacional.

Asimismo, ese peligro debe ser ponderado con el incumplimiento de las condiciones legalmente estipuladas para la pena en el tratamiento penitenciario (Ley 24.660), que va en contra del afianzamiento de la Justicia, del fin preventivo general y especial de las penas (Preámbulo y artículo 18 de la Constitución Nacional) y genera un riesgo de fuga e impunidad, al debilitar la vigilancia del condenado. En el caso del imputado todavía sometido a proceso, la prisión domiciliaria no previene con la misma intensidad que la prisión preventiva los riesgos procesales que justificaron la imposición de esta última en cada caso (artículos 114, *bis*, *ter* y *quater*, del CPP). Todas esas circunstancias deben ser ponderadas en cada caso concreto con el peligro cierto e inminente para la salud del detenido, como así también, la necesidad de cambiar la modalidad de detención a prisión domiciliaria.

5. Para dicha ponderación debe tomarse en cuenta que en general los detenidos bajo prisión preventiva o cumpliendo condena han cometido delitos graves o tienen antecedentes penales. Ello, toda vez que nuestro sistema procesal procura la solución de conflicto primario y deja a la pena como último recurso (artículo 17 del CPP). Además, el Ministerio Público Fiscal aplica los criterios de oportunidad y reglas de disponibilidad de la acción (artículos 106, 108 y 109 del CPP). Con lo cual, para que un imputado esté cautelado con prisión preventiva la pena en expectativa debe ser de cumplimiento efectivo (artículo 115 del CPP), además de

haberse probado la necesidad de la medida y descartado que coerciones menos graves fueran suficientes (artículos 110 y 114 del CPP). Y, dado que el sistema depura los hechos que no afectan gravemente al interés público (artículo 106.1 del CPP), los casos que avanzan de una etapa a otra, llegan a un juicio y culminan con una condena son graves violaciones de los bienes jurídicos protegidos y con abundante evidencia de cargo (artículos 123, 131, 160.6, 193, 206, 236 y 248 del CPP).

6. La traslación de doctrinas y/o recomendaciones elaboradas para otras realidades carcelarias debe hacerse con suma precaución, dado que la situación de las unidades de detención provinciales no puede considerarse como de superpoblación ni falta de condiciones mínimas de higiene, salubridad ni de ambientes habitables. Por lo tanto, cuando se invoquen tales criterios que promuevan la morigeración del encarcelamiento, fundados en la insalubridad de los lugares de detención, deben destacarse las diferencias que impiden la aplicación analógica.
7. En la necesaria ponderación que debe realizarse ante las circunstancias particulares de cada caso concreto, cabe aclarar que los internos ya se encuentran aislados (“cuarentena”) por su situación de detención, por lo que la posibilidad de contagio queda reducida a las visitas que éstos recibían, que hace más de un mes fueron vedadas (siendo que el período de aislamiento preventivo sugerido para casos sospechosos es de 14 días). La cárcel funciona como una comunidad restringida al máximo en su comunicación con el exterior. Así puede trazarse una analogía con el aislamiento “comunitario” que se instrumenta en algunas localidades de nuestro país para prevenir los contagios, según las recomendaciones de los especialistas. En tanto se cumplan con los protocolos sanitarios dispuestos oportunamente por las autoridades

administrativas de las unidades de detención, el riesgo de contagio es mínimo y podemos decir que menor a cualquier otro lugar de nuestra Provincia, en la cual de por sí el peligro actualmente es bajo con respecto a otras provincias y países. Desde esa perspectiva, en tanto que el virus se transmite a través de las personas que lo transportan y actualmente no hay infectados ni sospechosos de estarlo adentro de las cárceles provinciales ni entre su personal, que además solo en una fracción mínima toma contacto directo con internos.

8. Tanto niños, niñas y adolescentes, así como también mujeres víctimas de violencia de género, merecen un especial compromiso de protección integral, tal como lo proponen diversas convenciones con jerarquía constitucional, como la CEDAW y la Convención sobre los derechos del niño, y las normas locales que regulan esta temática.