



**PRISIÓN DOMICILIARIA. EL CUESTIONADO
OTORGAMIENTO DEL INSTITUTO A LOS
REPRESORES DE LA ÚLTIMA DICTADURA
MILITAR**

TRABAJO FINAL DE GRADO

CARRERA: ABOGACÍA

ALUMNA: MARIA CRISTINA KRÄUPL

LEGAJO: VABG54411

TUTOR: AUGUSTO RICARDO TABORDA

CÓRDOBA. 2019.

Agradecimiento

Agradezco,

a mis padres, mis grandes ejemplos;

a mis hijas, que esperan con ansias mi graduación, por su cariño y apoyo a través de estos años de estudio;

a Daniel, por confiar en mí, por su motivación y por enseñarme a establecer prioridades;

a la Universidad, por permitirme cumplir un sueño;

a los profesores, que en el día a día me transmiten sus conocimientos;

y por sobre todas las cosas, a Dios.

¡Eternamente gracias!

Resumen.....	5
Abstract.....	6
Introducción General.....	7
Capítulo I:	9
Prisión Domiciliaria	9
1.1. Introducción	10
1.2. Instituto de prisión domiciliaria.....	10
1.3. Supuestos y alcances de aplicabilidad. Limitaciones.....	13
1.4. La no admisibilidad del beneficio de prisión domiciliaria	14
1.5. Motivaciones y reclamos sociales. Impactos	15
1.6. Conclusión parcial	15
Capítulo II:	17
Igualdad ante la ley	17
2.1 Introducción	18
2.2. Principio de Igualdad ante la Ley	18
2.3. Imparcialidad.....	20
2.4. Lesa humanidad.....	21
2.5. Ex represores – presos comunes.....	24
2.6. Principio de oportunidad	27
2.7 Conclusión parcial	29
Capítulo III:.....	30
Origen del beneficio de la Prisión Domiciliaria y Evolución de la Ley.....	30
3.1. Introducción	31
3.2. La evolución del artículo 10 del Código Penal	31
3.3. Los represores militares y la prisión domiciliaria	33
3.4. Jurisprudencia nacional	34
3.5. Derecho comparado.....	35
3.6. Conclusión parcial	37
Capítulo IV:.....	38
Consecuencias Positivas y Negativas.....	38
4.1. Introducción	39
4.2. Aspectos constitucionales.....	39

4.3. Análisis legislativo	39
4.4. Controversias doctrinarias	40
4.5. Conclusión parcial	43
Conclusión Final:.....	45
Anexos:.....	49
Anexo I)	49
Anexo II).....	49
Anexo III).....	50
Bibliografía	51
Doctrina	51
Legislación.....	53
Jurisprudencia	53

Resumen

Con esta investigación se pretende dilucidar el cuestionamiento público, político y social frente a la no concesión del instituto de la prisión domiciliaria a ex represores de la última dictadura militar en la República Argentina, en razón de los delitos cometidos. Se buscará explicar las limitaciones impuestas por la legislación vigente atento a no encontrarse contemplada en las previsiones de la ley la negativa cuando el causante fue procesado o condenado por delitos graves. También se buscará evaluar la importancia de poner en práctica el principio de igualdad al momento de resolver.

La relevancia jurídica de esta investigación se realiza en virtud de resaltar el principio de igualdad ante la ley, la prisión domiciliaria, de cumplimentarse con los requisitos, el juez debe otorgarla. Mientras que, en torno a lo social, la importancia radica en enfatizar que se vean garantizados los derechos de todas las personas, que un procesado o condenado por delitos de lesa humanidad pueda tener acceso a los mismos derechos que un par, cuya infracción a la ley sea menor. La sociedad debe sentirse garantizada en sus derechos, a fin de que cuando alguna agrupación de hijos, madres, abuelas de desaparecidos, realice reclamos o exprese disconformidad, tenga respuestas claras.

Expresar con términos claros que el otorgamiento del beneficio es facultativo del juez, no obligatorio, es otro de los puntos a tratar. Todo ello puede ser una razón para que los legisladores reconsideren su postura, atento a que el magistrado no cuenta con la opción de no otorgar el beneficio si se cumplen todas las condiciones exigidas.

Transitar las distintas etapas de un proceso penal en detención domiciliaria no significa gozar de libertad, sino de un tipo de detención morigerada.

Palabras claves: Prisión domiciliaria – Represores- Principio de igualdad

Abstract

The purpose of this investigation is to elucidate the public, political and social questioning of the non-concession of the institution of the residential prison to former repressors of the last military dictatorship in the Argentine Republic, due to the crimes committed.

It will seek to explain the limitations imposed by the legislation in force attentive to not being contemplated in the provisions of the law the refusal when the causer was prosecuted or convicted of serious crimes. It will also seek to evaluate the importance of putting the principle of equality into practice at the time of resolving.

The legal relevance of this investigation is carried out in virtue of highlighting the principle of equality before the law, house arrest, if the requirements are complied with, the judge must grant it. While, around the social, the importance lies in emphasizing that the rights of all people are guaranteed, that a defendant or convicted for crimes against humanity can have access to the same rights as a couple whose violation of the law be less Society should feel guaranteed in their rights, so that when some group of children, mothers, grandmothers of disappeared, make claims or express disagreement, have clear answers.

Express with clear terms that the granting of the benefit is optional of the judge, not mandatory is another of the points to be discussed. All this can be a reason for legislators to reconsider their position, taking into account that the magistrate does not have the option of not granting the benefit if all the required conditions are met.

Transiting the different stages of a criminal proceeding in house arrest does not mean enjoying freedom, but rather a type of mild detention.

Keywords: Home Prison - Representers - Principle of equality

Introducción General

En los últimos tiempos la sociedad argentina se ve avasallada con artículos periodísticos de distinta naturaleza donde las asociaciones de madres e hijos de desaparecidos en Argentina, insisten con cárcel efectiva a los ex represores, posicionándose en contra de beneficios previstos en la ley, tal como es el otorgamiento de la prisión domiciliaria.

Al elegir este tema de investigación lo que se intenta es dilucidar el continuo cuestionamiento a los jueces al momento de otorgar el Instituto de la prisión domiciliaria a los ex represores de la última dictadura militar en nuestro país. A manera de introducción se examina la figura de la prisión domiciliaria, desde sus orígenes hasta la actualidad; se reflexiona con especial atención en la situación de los imputados o condenados miembros del aparato represor entre los años 1976 a 1983 en el estado argentino, se investiga además, si los reclamos de las distintas agrupaciones de derechos humanos existentes en el país se hallan conforme al derecho argentino.

Se trata de determinar por qué es inconstitucional el art. 10 inc. d del Código Penal y el art. 32 inc. d de la Ley 24.660, analizando la importancia que radica en la aplicación del Principio de Igualdad, según el cual la modalidad del cumplimiento de la pena impuesta debe contemplar las mismas posibilidades para todos los reos -en igualdad de condiciones- sin distinción de delitos cometidos.

La pregunta líder en el presente TFG gira en torno a *¿Cuáles son los principales argumentos de los jueces para denegar la prisión domiciliaria a personas procesadas o condenadas por delitos de lesa humanidad?*

Como hipótesis tentativa referida a la temática planteada, se puede mencionar que de acuerdo a las normas vigentes, los magistrados que deniegan prisiones domiciliarias a ex represores deben hacerlo con los límites muy acotados y ceñidos a los hechos expuestos y probados en la causa a fin de no desnaturalizar el instituto de la prisión domiciliaria.

Avanzando en la introducción, el objetivo general es determinar cuáles son los principales argumentos de los jueces para denegar la medida de prisión domiciliaria a personas procesadas o condenadas por delitos de lesa humanidad. Desde aquí se desprenden objetivos específicos como: examinar la figura de la prisión domiciliaria, sus orígenes, requisitos formales y características; describir los antecedentes legislativos nacionales; analizar las distintas posturas de la jurisprudencia en cuanto a la procedencia

del otorgamiento o no del instituto de la prisión domiciliaria; evaluar los desaciertos y las incompatibilidades que provoca la denegatoria de la prisión domiciliaria en los casos puntuales de procesados o condenados represores de la última dictadura militar en la República Argentina; identificar cuáles son las ventajas y desventajas de la regulación tal cual está planteada la prisión domiciliaria en el texto normativo; analizar las consecuencias que trae aparejada la incorporación de la denegatoria de tal instituto a los condenados por delitos de lesa humanidad; analizar la regulación de la prisión domiciliaria en el derecho comparado.

La elección del tipo de investigación cualitativa descriptiva responde a la caracterización de las diferentes posiciones adoptadas por los tribunales en sus decisorios con el propósito de verificar los criterios jurisprudenciales, analizar los argumentos esgrimidos y conocer cómo se relacionan con las normas existentes en la materia. El mismo consta de cuatro capítulos. En el primero se posiciona al lector frente al instituto de prisión domiciliaria, sus alcances y posibilidades de aplicación marcando sus limitaciones. En el segundo se considera y se analiza el principio de igualdad y se establecen conceptos que permitan desmitificar la imparcialidad, estableciendo las distancias entre los detenidos por delitos de lesa humanidad y los detenidos por delitos comunes, en qué casos se aplica el principio de oportunidad. En el tercero se realiza un análisis del origen y la evolución de la ley destacando las principales características del instituto y de qué manera se expresa tanto la jurisprudencia argentina como la de otros países. En el último capítulo se estudia el marco regulatorio dentro del cual se expresa el derecho argentino. Se realiza además un recorrido por el derecho comparado, internacional y nacional, elaborando finalmente, conclusiones y propuestas de solución enfocando en primer lugar a la sociedad.

Se considera que este trabajo es de utilidad más bien práctica dado que impacta directamente en el Derecho Penal.

Capítulo I:

Prisión Domiciliaria

1.1. Introducción

En este capítulo se aborda el instituto de la prisión domiciliaria, los diversos supuestos y alcances de aplicabilidad que tiene y cuáles son aquellas limitaciones que los jueces pueden imponer para que no se otorgue este beneficio, más que beneficio es un derecho del que gozan los detenidos.

Además se analizan los supuestos de admisibilidad del instituto y aquellas motivaciones y reclamos sociales que se hacen frente al otorgamiento de la prisión domiciliaria a los ex represores.

La prisión domiciliaria es un instituto contemplado en nuestro derecho penal argentino a través del cual se permite, luego de evaluados ciertos requisitos, el cumplimiento del tiempo de detención a imputados y condenados en forma morigerada, el que se lleva a cabo bajo la responsabilidad de un tutor comprometido y dentro de un domicilio propio o de terceros, del que los causantes no pueden egresar sin autorización judicial.

1.2. Instituto de prisión domiciliaria

El instituto de la prisión domiciliaria¹ se encuentra regulado en las normas fundamentales de nuestro derecho positivo, el art. 10 del Código Penal Argentino y el art. 32 de la Ley 24.660 con sus respectivas modificatorias a través de la Ley 26.472, que amplían los supuestos en los que se puede sustituir el aislamiento en prisión por el arresto domiciliario, con el fin de evitar el encierro de aquellos reos que merezcan especial atención, como son las mujeres embarazadas o con hijos menores a cargo y las personas mayores, enfermas o con alguna discapacidad:

Artículo 10, Código Penal: Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) El interno que padezca una enfermedad terminal; c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) El

¹ Código Penal Concordado. Ed. Grün, Buenos Aires, 2016, pág. 25.

interno mayor de setenta (70) años; e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.

Artículo 32, Ley N° 24.660²: El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria:

a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) Al interno mayor de setenta (70) años; e) A la mujer embarazada; f) a la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.

Las principales características que presenta esta figura en nuestro ordenamiento legal, son las siguientes:

- Este tipo de prisión morigerada responde a una serie de requisitos establecidos en la ley de ejecución penal.
- Es facultad discrecional del juez su otorgamiento cuando se dan los presupuestos legales, quedando excluidas las inclinaciones subjetivas que pueda aplicar el magistrado, debiendo apelar a razones estrictamente objetivas.
- Este instituto quedó incorporado definitivamente al Código Penal en su art. 10.
- Como se verá esta modalidad de cumplimiento de pena tal como fue planteada presenta posturas a favor y en contra, algunas críticas acerca de la conveniencia o no de su aplicación en determinados casos.

Comprendiendo de esta manera que el reformado art. 10 del C. Penal aclara de sobremanera que es netamente una discreción judicial, contraponiéndose a lo que sostuvo la Cámara Nacional de Casación Penal en el mentado caso Menéndez³, cuando

² Legislación Complementaria, Ley 24.660, modif. Ley 26.813. Ed. Grün, 2016, pág. 273.

³ C.N.C.P. sala 3ª causa 10404. RIGHI-LEDESMA-TRAGANT. "Menéndez L.B. S/recurso de casación" 29-04-2009.

afirmó que, si están dadas las condiciones, el juez debe otorgar el beneficio. Fallo en el que el Dr. Righi expresó que en modo alguno puede sostenerse la modificación de la legislación -refiriéndose al art. 32 de la ley 24.660, modificada por ley 26.472- dado que así como lo expresan nuestros legisladores, la detención morigerada debería encuadrar en todas las causales previstas, y la diversidad de situaciones allí contempladas, en la práctica se tornaría meramente enunciativa, dado que deberían concurrir todos los requisitos en una misma persona, o sea que para acceder al régimen del arresto domiciliario, debería darse el caso de una mujer embarazada, art. 32 (inciso e), que sea mayor de 70 años (inciso d), que además tenga un hijo menor de cinco años o discapacitado a su cargo (inciso f), que padezca una enfermedad incurable en período terminal (inciso b), o que le impida recuperarse o tratarse en un establecimiento carcelario (inciso a) y que además de todo ello, sea discapacitada (inciso c). Todo lo cual torna absurda dicha interpretación, terminó expresando el magistrado.

Si partimos de la premisa de que el legislador le otorgó dicha facultad al juez cuando creó la disposición, ampliando las circunstancias de las causales por las que se puede acceder al instituto, concretamente nos detenemos en el inciso d, donde los represores de la última dictadura militar en la Argentina, reúnen al menos una de las exigencias -mayores de 70 años- y estando a la interpretación de la norma, no exige ningún otro requisito adicional para conceder o no la petición de aplicación del inc. d) del art 32 de la reformada ley 24.660, razón por la que no existe justificación de impedimento a su concesión si se encuentran reunidos los requisitos indispensables (art. 18 y 75 inc. 12 de la Constitución Nacional), siendo éstos unos de los fundamentos jurídicos que se plasmaron en el proyecto de la mencionada ley, todo ello a fin de garantizar los derechos constitucionales.

Desde esta perspectiva no se perderá de vista que el Estado argentino decidió ser parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (05/09/1984) comprometiéndose a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar el pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, obligándose frente a la comunidad interamericana a adoptar su legislación a los estándares internacionales, garantizando el ejercicio de los derechos humanos a todos los habitantes y en caso de incumplir a responder ante la Corte Interamericana de DDHH, cuya competencia reconoció y aceptó.

No pocos autores hacen manifiesto que el Estado argentino es responsable no solo internacionalmente sino también “puertas adentro” frente a las personas que

habitan su territorio, ante cualquier violación de las previsiones de la Convención, máxime cuando sobre él recae un especial deber de cuidado respecto de las personas privadas de su libertad.

1.3. Supuestos y alcances de aplicabilidad. Limitaciones

Analizando conforme a las previsiones de la ley n° 24.660, de ejecución de la pena privativa de la libertad, y del artículo 10 del Código Penal, en el marco de causas en las que se investigan delitos calificados de lesa humanidad, dice el juez Gemignani⁴:

“... pese a los vaivenes doctrinarios seguidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sido recientemente por ella compartida, aunque por argumentos variadamente distintos. III. Reiteradamente vengo sosteniendo que, en pleno entendimiento de los valores en pugna, en causas como la que nos ocupa, resulta menester conjugar prudentemente la obligación internacional de juzgamiento y castigo de los delitos de lesa humanidad, con el respeto al derecho a la salud de los imputados...”.

En el mismo fallo el juez Hornos votó por el otorgamiento de la prisión domiciliaria expresando que es una decisión jurisdiccional que no puede tomarse de manera automática o irreflexiva mediante la exclusiva invocación de que concurre en el caso alguno de los presupuestos legales que habilitan su concesión, en principio. Recordó el magistrado además que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Alespeiti⁵ remarcó que los jueces en forma previa a disponer la prisión domiciliaria, en casos de delitos de esta naturaleza, tuvieran especial cuidado y prudencia, en aras de prevenir todo tipo de sustracción al proceso o a la ejecución de la pena.

En este sentido la Alta Magistratura Nacional⁶ resaltó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para

⁴ “E., M. O. s/recurso de casación”. Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV. 16/03/2018. Cita Online: AR/JUR/853/2018.

⁵ Confr. CSJN, “Alespeiti” (Fallo: 340:493, rta. el 18/4/2017 *in re*)

⁶ Confr. CSJN, “Mazzeo, Julio L. y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”; M.2333.XLII; rta. el 13/07/2007.

ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Agregó que por ello los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas. Circunstancia en que la CSJN expresó su postura clara sobre el instituto en cuestión en causas de detenidos por delitos de lesa humanidad, observando principio y derechos emergentes del Derecho Penal Liberal y del Estado de Derecho.

1.4. La no admisibilidad del beneficio de prisión domiciliaria

Cada uno de los incisos del art. 32 de la modificada ley 24.660 trata de que la cárcel no constituye un lugar idóneo para tratar adecuadamente determinadas enfermedades o situaciones. Objetivamente los jueces ven cercenadas sus facultades cuando la sociedad avanza reclamando para que no se cumpla la ley si se trata de convictos por delitos de lesa humanidad.

Innumerables son las oportunidades en las que los jueces deben rechazar el beneficio argumentando que la línea etaria no es condición suficiente, oportunidad en la que subsidiariamente, deben exponerse casos extremos de salud.

Así lo hizo saber Sala IV de la CFCP⁷:

Abogados a dar respuesta a la solicitud defensiva los magistrados consideraron que “...se encuentra acreditado en la causa que el solicitante supera holgadamente el límite de edad impuesto por la norma, pues tiene 88 años...” (cfr. fs. 861), sin perjuicio de dejar asentada su posición de que el requisito etario para el tribunal no implicaba la concesión automática del beneficio. Así, haciendo hincapié en las condiciones personales del encausado, ingresaron a analizar las patologías de base que presentaba E. las que analizadas junto a las opiniones de los profesionales médicos actuantes en el expediente FLP 91002955/2009/TO1/42 del T.O.C.F. N° 1 de La Plata eran suficientes para autorizar el beneficio.

⁷ Thomson Reuters. CFCP. Sala IV 16/03/2018 E., M. O. s/ recurso de casación. La Ley Online; AR/JUR/853/2018

Al disponer los jueces la sustitución del encierro por el arresto domiciliario, en los casos en los que se den los supuestos establecidos en la ley y se encuentren debidamente fundamentados, es equívoco interpretar a tal decisión como una facultad discrecional del magistrado, es un derecho de las personas en conflicto.

1.5. Motivaciones y reclamos sociales. Impactos

Motivan esta investigación distintos reclamos realizados en los últimos tiempos por las asociaciones de madres e hijos de desaparecidos en Argentina, insistiendo con cárcel efectiva a los represores de la última dictadura militar en el país, posicionándose en contra del otorgamiento de la prisión domiciliaria. Entendiendo que parte de la sociedad no conoce los fundamentos de las leyes, también está en juego el dolor por lo vivido aunque no sea personalmente, es por ello que les impacta de manera negativa cuando sale a la luz que algún procesado o condenado por delitos aberrantes estaría por obtener el beneficio.

Una de las últimas publicaciones periodísticas donde intervino la CONADEP, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y otros organismos, generaron polémica ante la proximidad de que el represor Astiz conocido como “el ángel rubio” y condenado a cadena perpetua por delitos de lesa humanidad, pudiera acceder a medidas alternativas de prisión, entre las que se cuenta la prisión domiciliaria.

El alto impacto que causa en la sociedad toda, ante situaciones de libertad morigerada a seres humanos condenados o procesados por delitos aberrantes, cuya denegatoria no está contemplada en la norma, supone un inmediato cambio en el ámbito de la legislación penal, a fin de evitar que los jueces además de tener en cuenta la línea etaria, deban respaldar su decisión en la salud de los beneficiarios.

1.6. Conclusión parcial

En el capítulo precedente, se analizó el instituto de la prisión domiciliaria, su concepto y sus principales características, orientando la investigación a los alcances y limitaciones de aplicación.

Admitiendo que no hay principio general que niegue o excluya del beneficio a los represores, el magistrado actuante debe basar sus argumentos en otro de los incisos

de la ley o directamente fundar su denegatoria en el peligro de fuga, en amenazas para las víctimas, en el entorpecimiento del proceso o alguna otra contingencia semejante, tal como sucede en la prisión preventiva o en la denegatoria de la excarcelación, pero una vez condenado, cabe preguntarse si los peligros desaparecen.

Por eso es importante observar que en los fallos reseñados en este trabajo, el problema está planteado, existe y es visto por los jueces. Es por ello que el texto de la ley debe ser ampliado, mejorado o para un efecto más clarificador, cambiado, a fin de otorgar al juez las armas legales necesarias al momento de fallar.

Es importante destacar que el proyecto de ley del nuevo Código Penal sumó a su texto el no otorgamiento del instituto de libertad condicional a los condenados por delitos aberrantes, delitos de lesa humanidad entre otros⁸, pero en modo alguno contempla la posibilidad de no conceder la prisión domiciliaria a este tipo de reos. Simplemente arguye el texto de la nueva ley que el juez podrá conceder domiciliaria a quien una vez condenado a menos de tres años de prisión y en los casos en que no correspondiere la pena en suspenso, el magistrado podrá otorgar que el cumplimiento sea en el domicilio, siempre basado en la naturaleza del delito, el motivo que lo llevó a delinquir, actitud posterior del condenado, entre otros.

En este orden de exposición y analizando las decisiones judiciales hasta aquí expuestas, se puede observar el esfuerzo de los jueces que se pronuncian otorgando o rechazando la prisión domiciliaria a procesados o condenados por delitos de lesa humanidad, aunque la norma existente no sea contundente en relación a ellos.

⁸ Art. 56 *bis*, Ley 27.375, modif. de la Ley 24.660, detallado en el Anexo III.

Capítulo II:

Igualdad ante la ley

2.1 Introducción

En este segundo capítulo se aborda el principio de igualdad ante la ley que está contenido en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Se trata como tema la imparcialidad en el otorgamiento de la modalidad de condenas respecto de los presos, haciendo distinción al delito que han cometido y en qué casos puede llegar a gozar del beneficio de prisión domiciliaria. Seguidamente también se hace referencia a lo que se entiende por delitos de lesa humanidad y se realiza la distinción entre detenidos ex represores y presos comunes. En otro punto de este capítulo se trata el principio de oportunidad que tienen todas las personas condenadas.

2.2. Principio de Igualdad ante la Ley

Contenido en la Constitución Nacional⁹:

Artículo 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

En la introducción de este principio, en la Carta Magna, se han tomado como referencia algunos tratados internacionales como es el Pacto de derechos sociales y económicos, que habla sobre la igualdad ante la ley, derechos que incluyendo los culturales, expresan los derechos a un nivel de vida adecuado, a la alimentación, a la vivienda digna, al agua y saneamiento, a la educación, a la salud, al trabajo, a la libertad sindical, a la seguridad social y a la protección familiar.

La Constitución Nacional consagra a lo largo de su articulado, instrumentos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN)¹⁰ entre los que cabe mencionar con

⁹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

¹⁰ Constitución Nacional: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no

mayor o menor desarrollo, a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) -y en particular su Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), aprobado por la ley n° 24.658, de jerarquía supralegal- el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) -ya mencionado- entre otros.

Expresa Alejandro Carrió:

“... adhiero firmemente al criterio de que valores como los establecidos en la sección declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional deben ser firmemente respetados en forma prioritaria. De lo contrario () habremos convertido a nuestro país, tal vez, en un lugar con bajos índices de criminalidad, pero a costa de hallarnos todos los habitantes a merced de la arbitrariedad, la fuerza y la opresión”¹¹

Asimismo el principio fundamental de la igualdad está dado por los estandartes que en el siglo XVIII pregonaba la revolución francesa: libertad, igualdad, fraternidad.

Lema que aquellos revolucionarios adoptaron y que aparece en las constituciones francesas de 1791 y 1793.

Expresado en la revista cultural de Valencia Los ojos de Hipatía¹²:

El lema apareció unido en un discurso de Robespierre sobre la organización de las milicias nacionales en 1790. El revolucionario proponía inscribir la expresión “El Pueblo Francés” y “Libertad, Igualdad, Fraternidad” en los uniformes y banderas. Pero su proyecto no fue aprobado. En 1793 se pinta en las fachadas de las casas la siguiente leyenda: “unidad, indivisibilidad de la República, libertad, igualdad o muerte”. En las primeras Declaraciones francesas se enunciaron muchos más derechos que en las de América, en línea con un planteamiento más claro de la Revolución Liberal, bajo la trilogía de Libertad, Igualdad, y Propiedad. La libertad se relaciona con los movimientos, con la expresión y con el derecho de petición, es decir, derechos de tipo individual. En relación con sujetos plurales sólo se concibe el derecho de reunión.

derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

¹¹ Recuperado 1/10/18 el <https://derechopenalonline.com/garantias-constitucionales-respeto-a-los-derechos-inmanentes-a-la-condicion-de-ser-humano/>

¹² Los ojos de hipatía. Revista socio cultural de Valencia. Comprometida con la cultura. <https://losojosdehipatia.com.es/cultura/historia/libertad-igualdad-fraternidad/>

Después, aparecerían la libertad de cultos y la libertad empresarial. Para la burguesía la igualdad solamente debía existir ante la ley, dinamitando el privilegio legal estamental, pero sin connotaciones sociales.

Distinguiendo de esta manera que al hablar de igualdad ante la ley, estamos referenciando que ante idéntica situación jurídica, las personas tienen los mismos derechos. En razón de dicho análisis, se entiende que todas las personas que se encuentran condenadas por delitos de lesa humanidad y comprendidas dentro de los parámetros del inciso “d” del artículo 32 de la Ley 24.660 modificada por Ley 26.472, tienen derecho a gozar de la prisión domiciliaria.

2.3. Imparcialidad.

El problema que se plantea en este trabajo de investigación tiene relación directa con la imparcialidad, lo que nos lleva a desmenuzar la legislación vigente, ya que de la lectura de la normativa se infiere que no hay condicionamiento alguno impuesto por la ley para quienes se encuentren inmersos en el inciso “d” del artículo 32 de la Ley 24.660, es decir para los que superen la condición etaria de setenta (70) años de edad.

Apoya lo expuesto la publicación realizada por la Dra. Carraro¹³:

Consabido resulta en el presente, que el advenimiento de la reforma constitucional operada en el año 1994, trajo novedosas transformaciones sobre nuestro sistema jurídico, que importaron impregnarle un sentido constitucional a sus disposiciones. El disparador de las mismas fue sin dudas la incorporación de distintos instrumentos de derechos humanos en el párr. 2° del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional los cuales tuvieron un tratamiento diferenciado por parte de la Honorable Convención Constituyente, la cual les asignó "en las condiciones de su vigencia", "jerarquía constitucional", aclarando al respecto que "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben considerarse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

En referencia a la garantía de la imparcialidad del juzgador, debemos decir que el Estado Argentino, asumiendo la competencia de la CIDH e incorporando las disposiciones de la CADH, asumió el cometido de garantizar básicamente la ausencia

¹³ Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta (07/03/2017) <http://www.esuelamagistratura.gov.ar/opinion-justicia-salta.php?IdOpinion=94>

de injerencia en la función del juez tanto por medio de los poderes públicos, como de los institucionales, o bien, de los grupos o centros de poder informales.

Voto del juez Rosatti en el caso Alespeiti:

“...nada ha sido instrumentado al azar o caprichosamente, paso a paso ha ido mejorando nuestro sistema constitucional garantizando la debida aplicación de las normas, sin dejar de expresar que los derechos y garantías constitucionales y legales han sido establecidos para todos, aun para aquellos imputados o condenados por delitos aberrantes. La humanidad contra la cual fueron cometidos estos crímenes exige al Estado de Derecho la necesaria imparcialidad en la aplicación de las leyes”¹⁴.

2.4. Lesa humanidad.

Es Lascano¹⁵ quien expone que la definición del delito de lesa humanidad comenzó a esbozarse luego de la Segunda Guerra Mundial, en el art. 6, inc. c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (Londres, 8 de agosto de 1945). Expresa que el 6 de noviembre de 1968 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la cual fue incorporada a nuestro ordenamiento normativo por la ley 24.584 del 29 de noviembre de 1995 y, posteriormente, le fue otorgado rango constitucional por ley 25.778, con fecha 3 de septiembre de 2003. A través de la ley 25.390 del 30 de noviembre de 2000, nuestro país aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en cuyo artículo 7º se establece. “[a] los efectos del presente Estatuto, se entenderá como *crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes...*”. Con ello deja claro que sólo pueden ser esa clase de crímenes aquellas conductas que se encuentren enumeradas en los incs. a) a k) del mencionado art. 7º, es decir, asesinato, exterminio, esclavitud, tortura, violación, etc. Pero no cualquiera de esas conductas es, *per se*, un crimen contra la humanidad, pues debe

¹⁴ Thomson Reuters. Autores Bianchi – Rodríguez “La prisión domiciliaria como alternativa de cumplimiento de pena, o del encierro preventivo-cautelar” Análisis del voto del Ministro Horacio Rosatti en causa 'Alespeiti'. Información legal on line. Recuperado el 05/05/18.

¹⁵Exposición de Carlos Julio Lascano, 20/08/2013. “La autoría en los Delitos de Lesa Humanidad Cometidos por el Terrorismo de Estado en Argentina: Dominio de la Organización o Delito de Asociación” (pág.1,2,3).

cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

Así también, se expresó parafraseando a Pablo F. Parenti en su ponencia, cuando afirmó que no es la acción típica del crimen contra la humanidad sino el contexto en el que éste se comete; entendiendo que el crimen se realiza a través de la comisión de alguno de los actos supra enumerados en los incisos ya referenciados.

Siguiendo esa línea, también expresó que es Andrés D'Alessio quien detalla los requisitos para que un delito sea considerado como de lesa humanidad, entre los que se encuentran: el carácter generalizado o sistemático, el conocimiento del autor de las circunstancias de su acto, que esté dirigido a la población civil o que haya una víctima colectiva y por último, que esté integrado a una política de Estado. (Lascano, año 2013, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba)

Al hacer referencia a las expresiones del máximo Tribunal de nuestro país en el caso "Derecho, René Jesús"¹⁶ en cuanto a que el carácter "generalizado" del ataque contra la población civil importa un acontecimiento a gran escala, dirigido contra una multiplicidad de víctimas; requisito que excluye el hecho cometido por un autor aislado, por iniciativa propia y contra una víctima también aislada.

Así como la "sistematicidad"¹⁷ alude a la existencia de un plan premeditado para destruir, perseguir o debilitar a una comunidad; igualmente, se refiere a la acción repetida y continua de los actos inhumanos conexos; y, también, a la preparación y uso de recursos públicos o privados significativos, sean o no militares. Refuerza lo antedicho la promulgación de la Ley 26.200¹⁸ ocurrida el 05 de enero del año 2007, y que fue la introducción para juzgar a alguien por delitos de lesa humanidad. Su contenido se basa objetivamente en:

-Implementar las disposiciones del Estatuto de Roma -suscripto el 17 de julio de 1998, aprobado por la Ley 25.390 y ratificado el 16 de enero de 2001-.

-Regular las relaciones de cooperación entre el Estado Argentino y la Corte Penal Internacional en el ejercicio de las funciones encomendadas a este organismo por el citado instrumento y su normativa complementaria.

- Y siempre mediante la atribución de competencia a los órganos estatales y el establecimiento de procedimientos internos adecuados, en lo no previsto en el Estatuto

¹⁶ CSJN, 11/7/2007, Fallos 330:3074.

¹⁷ 4 D'ALESSIO, A.J., ob. cit., p. 20.

¹⁸ file:///C:/Users/Usuario/Desktop/CORTE%20PENAL%20INTERNACIONAL.html

de Roma y sus normas complementarias, en particular las Reglas de Procedimiento y Prueba. Prevé que las conductas descriptas en los artículos 6º, 7º, 8º y 70 del Estatuto de Roma y todos aquellos delitos y crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, serán punibles para la República Argentina.

Asumiendo que el Estatuto de Roma nombra y define *Crímenes de lesa humanidad*:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

El Estatuto recoge los diferentes desarrollos del derecho internacional humanitario -desde Núremberg (en alemán, Nürnberger Prozesse)- en cuanto a la enunciación de los actos, pero subraya que deben ser parte de un ataque generalizado y sistemático cometido en contra de la población civil.

Estableciendo una línea en el tiempo, podrá observarse que los crímenes de lesa humanidad ocurridos durante los años 1976-1983 en nuestro país, guardan una importante distancia con la fecha de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma en la Argentina, lo que se produjo recién después de la 60ª ratificación de la aprobación de la República Democrática del Congo -llevada a cabo en el año 2002- cumplimentando lo establecido en el art. 11 del mencionado Estatuto:

“La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto”.

Razones extras para evidenciar que no se hallaba en vigencia al momento de consumarse los ilícitos en cuestión.

Así también la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁹ se expresa a través de sus fallos, entre ellos “Arancibia Clavel, Enrique L.” en el cual nuestro máximo órgano nacional dejó establecido que los delitos de lesa humanidad implican una guerra contra la humanidad en su conjunto. Precedente logrado con el voto de la mayoría de los ministros que se inclina por la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y los argumentos vertidos en el mismo. En el mismo fallo y en disconformidad el Dr. Fayt dejó expresada la imposibilidad de aplicación retroactiva o consuetudinaria del postulado de imprescriptibilidad.

Una vez más podemos analizar y sostener que en cuando a imprescriptibilidad nuestra CSJN no es unívoca cuando falla. Así analizaremos más adelante el caso Simón donde se aplica la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida (ley n° 23.521) y de Punto Final (ley n° 23.492), como también el caso Pappalardo, siendo éste último fallo en el que podemos ver el cambio de nuestro máximo Tribunal.

Así también, el ex Procurador General de la Nación, Esteban Righi, definió a los delitos de lesa humanidad expresando en el incidente - causa n° 24.079 Derecho René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal- que este tipo de delitos atentan contra un derecho no escrito, cuya vigencia se basa en prácticas internacionales y en derechos que existen desde la convivencia de los hombres en sociedad. Argumentos que los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hicieron suyas, dando forma y contenido de esta manera a la definición de lesa humanidad a todos los tribunales argentinos.

2.5. Ex represores – presos comunes

Si se busca el origen de la prisión, de la cárcel en sí misma, se observará que está en un sinnúmero de lugares, el encierro de la humanidad fue plasmado en poemas y así también en nuestra historia.

A finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX la literatura a través de **Tolstoi** se preguntaba por qué algunos hombres se creen con razón y poder para encarcelar a otros. Es así que distintos historiadores tanto del derecho como de las

¹⁹ Arancibia Clavel, Enrique L. Fallo CSJN. 327:3294.

instituciones indagan acerca de los encarcelamientos y de la pena privativa de libertad, en cuando a la formalidad legal e institucional.

Es P. Oliver Olmo²⁰ quien en sus apuntes de tesis nos cuenta que Marx y Engels influyeron en los historiadores de las cárceles en forma ampliada, luego del impacto de Foucault. Explica que la historia de la criminalidad estudiada por Rusche y Kirchheimer en los años treinta o por Melossi y Pavarini, Justo Serna en España desde el siglo XIX, explican la relación de la penalidad con los distintos modos de producción, que el marxismo define como etapas históricas hasta el triunfo del capitalismo.

Entienden que la pena de prisión habría nacido fuera del derecho, dicen al *socaire* de la extensión del modo de producción del capitalismo, derivando en las casas de corrección y trabajo construidas en Holanda, en Inglaterra y más adelante en otros países -a partir del siglo XVI- a fin de adiestrar a las masas de vagabundos expulsadas del campo y convertirlos en los trabajadores que las clases burguesas necesitaban.

Relata Olmo en su trabajo, que Pasukanis lleva el entendimiento de la pena de privación de libertad, la prisión tal como la conocemos, a deliberar sobre el principio de retribución equivalente, que es propio del capitalismo, donde las formas de riqueza se reducen al pago por el daño producido con la pérdida de libertad por un cierto *quantum* de tiempo.

En este sentido destaca Mascarello²¹ que: la obligación del Estado de brindar un trato digno a las personas que priva de libertad está prevista con meridiana claridad en la Constitución Nacional. Ya en la redacción del texto constitucional de 1.853 se advierte la preocupación del constituyente por garantizar su condición humana, a toda persona que sufra la privación de libertad. Así, la última parte del artículo 18 establece que “las cárceles de la Nación serán sanas y limpias para la seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

Se sostiene lo antes expuesto, con la reforma constitucional del año 1994, cuando fueron incorporados los tratados internacionales de derechos humanos que constan de cláusulas expresas sobre la prohibición de aplicar tratos inhumanos o

²⁰ Olmo P. Oliver, *La cárcel y el control del delito en Navarra entre el Antiguo Régimen y el Estado liberal*, Universidad del País Vasco, 2000.

²¹ Mascarello Francisco 18/05/2012 Ejecución de la pena. Recuperado el 27/11/2018. <http://www.esuelamagistratura.gov.ar/opinion-justicia-salta->

degradantes, todo lo cual cuenta con antecedentes jurisprudenciales de distintos países del mundo.

Sumado a ello y específicamente acude en soporte el art. 18 de nuestra Constitución Nacional, cuando habla de “cárceles sanas y limpias”, responsabilizando al Estado por su incumplimiento, a fin de asegurar que se brinde al detenido condiciones básicas de detención, a fin de evitar mortificar a quien ya lleva sobre sus hombros la pena impuesta en una edad avanzada.

El art. 18 de la Constitución Nacional lleva implícito el principio *nulla poena sine lege*, norma fundamental que rige la modalidad del régimen de ejecución de la pena. La norma no hace diferencia en el cumplimiento de condenas, sean de reclusión o de prisión, llama internos a quienes componen la población carcelaria y es, en atención a ello que Elías Neuman (1997)²² expresa:

“Desde hace siglos, con el fluir de las ideas del Iluminismo, los hechos antisociales que penetran dentro de un Código Penal son atrapados por el estado y pasibles de una pena privativa de libertad que es la que ha ganado mayor consenso en multitud de países. El encierro en sí era conocido desde la más remota antigüedad con la característica esencial de servir de guardia y custodia a seres condenados a otras penalidades (muerte, deportación, mutilación)”.

Es así que la detención preventiva o la pérdida de libertad que ordena el juez suele cumplirse, en nuestro país y en otras latitudes en sólidos edificios, con apariencias de fortaleza, aunque muchas veces el hacinamiento y la precariedad ganan espacio. En resumen la prisión, al aislar al individuo, lo separa de su grupo familiar, de sus amigos, de su vida diaria. El encierro permite que siga conductas establecidas en los distintos reglamentos carcelarios, que cumpla con la disciplina requerida. Es así como no dispone ni de su tiempo, horarios, ni decide cómo pasa las horas, por ello el encierro debe servir para mejorar su conducta y no para empeorarla. Debe adaptarse, debe permitir que le administren su vida.

Expuesto lo precedente, es el momento en que, con mayor énfasis debemos interpretar el contenido del inciso d del art. 32 de la Ley de Ejecución Penal, cuando a todas luces una persona que llega a los 70 años de edad privada de su libertad, naturalmente con condiciones físicas y mentales reducidas por el transcurso del tiempo, cumplirá lo que reza la ley e impuso la justicia, el plazo faltante en condiciones acordes

²² Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, parte general, art. 5 a 11. Ed. Hammurabi SRL.

a su línea etaria, logrando resultados más acertados de re sociabilización estando en contacto directo con su círculo afectivo que intramuros, donde su deterioro físico y mental, será acelerado y manifiesto.

Los dispositivos legales no excluyen a los represores del beneficio de prisión domiciliaria lo que nos lleva a pensar que el legislador no se planteó que debe realizarse una distinción, que el texto de la ley debe distinguir entre el preso por delitos comunes y el procesado o condenado por delitos de lesa humanidad, a fin de evitar actuar perjudicialmente en contra del reo o fuera de las normas establecidas.

2.6. Principio de oportunidad

El principio de oportunidad es un instituto conciliatorio del Derecho Procesal Penal que permite a los sujetos activos y pasivos de determinados delitos arribar a un acuerdo sobre la reparación civil a efectos que el Fiscal se abstenga del ejercicio de la acción penal o el juez de dictar el auto de procesamiento.

La introducción en el ordenamiento de este principio se dirige a descongestionar el sistema; en primer lugar, para la no equiparación de estos delitos menores con los que deben ser perseguidos prioritariamente, y en segundo lugar, para que no se vulnere la igualdad en la aplicación.

Tanto los criterios distintos de persecución, la diferenciación de delitos según su gravedad y primordialmente la igualdad para realizar la selección racionalmente, constituyen a grandes rasgos los fundamentos del principio de oportunidad. En conclusión podemos referirnos a este principio haciendo alusión “a la posibilidad que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal -fundada en diferentes razones de política criminal y procesal- de no iniciar la acción o de suspender provisionalmente la acción iniciada, de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar”

En la legislación de fondo ya se encuentran legislados algunos institutos; tales como la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis CP); el avenimiento en los delitos sexuales (art. 132 CP), el arrepentido (art. 29 ter, ley 23.737), entre otros. Sin embargo, la realidad demuestra que algunas provincias, frente a la crisis del principio de legalidad, la ausencia de una legislación uniforme con vigencia en todo el

país que establezca criterios de oportunidad y la imperiosa necesidad de dar respuesta a los delitos, han comenzado a legislar sobre esta materia incluyendo en sus códigos procesales distintos criterios de este tipo. Paralelamente, existe una amplia discusión doctrinaria en torno a la facultad que tienen las provincias en legislar en materia de oportunidad.

Sendra²³ establece que el fundamento se encuentra en la escasa entidad del daño social producido o en la personalidad del inculpado que no podría justificarse mediante criterios discriminatorios de índole económica, sociológica o política, ya que todos los principios constitucionales de igualdad y de seguridad jurídicas podrían ser cuestionados. En su opinión éste principio también tiene un fundamento político; su innovación legislativa obedece a la necesidad no de lucha contra la delincuencia sino de solucionar problemas de saturación de los procesos penales.

El delito deja de ser entendido como daño y es fundamentalmente valorado como desobediencia y, por ello, como una suerte de ataque al soberano, quien consecuentemente, tenía la facultad de castigar para restablecer la autoridad vulnerada y disuadir ejemplarmente la posible comisión de conductas semejantes (Vázquez Rossi, T.I, pág. 304). El límite al principio de oportunidad es el principio de legalidad, siendo necesario controlar que el mismo no sea transgredido (Cafferatta Nores, 1996/A, pág. 3)²⁴

La realidad entonces muestra una situación curiosa y perversa, pues como lo que llega al sistema no puede ser totalmente investigado, juzgado y sancionado, como hay una impotencia de los órganos públicos para dar abasto frente a este número de delitos, proceso de selección se orienta hacia una priorización inversa; se hace en forma “caótica, informal e irracional”²⁵.

Frente a la aludida disparidad existente entre el programa legislativo y la capacidad operativa de las agencias, explica BINDER, caben sólo dos respuestas posibles: “o bien una respuesta caótica –que oculta, en realidad, el problema y deja, por lo tanto, que el sistema ejerza su propia selectividad sin ninguna orientación de tipo

²³ DIALNET “El principio de oportunidad como herramienta criminal”. Recuperado el 06/01/2019 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=140544>

²⁴ Cafferatta Nores, J. “El Principio de Oportunidad en el Derecho Penal Argentino. Teoría, realidad y perspectivas” Nueva doctrina penal. Tomo I, 1996/A, pág.3.

²⁵ Guariglia, Fabricio, “Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad”, en Doctrina Penal, Año 1993, pág. 185.

político-, o bien responder estableciendo líneas de política procesal que permitan orientar la selectividad del sistema conforme a ciertos valores”²⁶.

2.7 Conclusión parcial

La gravedad de los hechos cometidos por genocidas no debería incidir y mucho menos intervenir en el tratamiento del citado beneficio al momento de analizar si procede o no, porque de ser así, se marginaría a procesados o condenados, lesionando el principio de igualdad ante la ley, siendo que sus pares, por delitos comunes, también graves, en igualdad de condiciones, son alcanzados por el instituto en cuestión.

Asumiendo lo antedicho, los represores, deberían ser excluidos de este beneficio, debiendo los legisladores distinguir entre éstos y los causantes que queremos que sean alcanzados por este instituto y es ahí donde en virtud del principio de legalidad, debemos anclarnos a fin de no perjudicar al penado o en su caso al procesado.

Llegados hasta este punto de análisis, es positivo preguntarse si las leyes pueden ser adecuadas, cambiadas o mejoradas sin necesidad de una declaración de inconstitucionalidad. Leyes que traten el tema específicamente y se ajusten a la realidad.

No siendo así, el primer paso será la declaración de inconstitucionalidad para abrir camino al Congreso, quien cumpliendo el mandato popular, deberá ajustar las normas, otorgando al Poder Judicial las armas necesarias a fin de no vulnerar derechos reconocidos a los procesados o condenados por delitos de lesa humanidad.

Es importante para el estado de derecho, que nuestros representantes legislen para todos los que habitan el suelo argentino.

²⁶ Confr.: Horvitz Lennon, M.I. “Ministerio Público y Selectividad” en Pena y Estado, t. 2, pág. 113.

Capítulo III:

Origen del beneficio de la Prisión Domiciliaria y Evolución de la Ley

3.1. Introducción

En este capítulo se trata la evolución del artículo 10 del Código Penal, describiendo brevemente sus orígenes, hasta llegar a la actualidad. Analiza el vacío que observa la sociedad entre los represores militares y la posibilidad del beneficio de prisión domiciliaria, tratando para ello los fallos más significativos dictados en nuestro país y en el extranjero.

3.2. La evolución del artículo 10 del Código Penal

La prisión domiciliaria fue evolucionando lentamente desde finales el siglo XX cuando se vislumbraron los primeros inconvenientes de variados orígenes para aquellas personas privadas de su libertad. En primer lugar la persona en encierro generaba inconvenientes para la familia, desde el punto de vista afectivo y sobre todas las cosas desde la economía familiar, teniendo en cuenta que el sostén de la casa, al estar privado de su libertad no genera ingresos económicos, tampoco aporta ayuda alguna.

Otro de los puntos no tenidos en cuenta es la precariedad edilicia y el hacinamiento en la que conviven tales personas.

Es en Europa, donde comenzaron a desarrollarse proyectos e ideas de una reforma penal caracterizados buscando reemplazar paulatinamente las penas privativas de la libertad o en su defecto, tendientes a reducir su aplicación (Cesano, 2001).

En un primer momento sólo se intensificaron las penas ya existentes en el sistema punitivo y se estableció la preferencia de algunas de ellas sobre otras, como por ejemplo la multa, sobre las penas de prisión; pero luego comienzan a surgir sanciones novedosas e inexistentes hasta ese momento. Primero aparecieron formas alternativas que sustituían el cumplimiento efectivo de la pena, así fueron apareciendo en algunos países de Europa medidas como la suspensión de la condena o la suspensión de la ejecución de la pena o condena condicional; luego hacen su aparición aquellas medidas que no sustituyen del todo la privación de la libertad, sino que son aplicables luego de un tiempo de cumplimiento efectivo de aquella, como la semilibertad o semidetención, salidas transitorias, etc. (Alagia, De Luca, Slokar, 2012).

El antiguo artículo 10²⁷ de la ley 11.179 del año 1921, establecía a la prisión domiciliaria como una modalidad de cumplimiento de la pena privativa de libertad, donde se disponía el otorgamiento cuando la pena impuesta no excediera de seis meses, podían ser detenidas en sus casas, si reunían ciertos requisitos, entre ellos, que la persona condenada fuera una mujer honesta, o mayor de sesenta años o valetudinaria. Describe menor cantidad de posibilidades a las actuales, deja libre de interpretación la expresión “mujer honesta”; califica “edad avanzada” a los 60 años, y aplica el término “valetudinaria”, significando persona enfermiza o de poca salud y ciertamente, la pena debía ser de poco tiempo “seis meses”; todo lo cual ha quedado obsoleto en el tiempo.

El actual artículo 10 del Código Penal reza:

Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) El interno que padezca una enfermedad terminal; c) El interno que discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) El interno mayor de setenta (70) años; e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.

Se pueden ver aquí los avances de nuestros representantes, pero aun así queda mucho por legislar y normar. Y es por ello que desde este trabajo, se trata de impulsar y de que llegue al Congreso, que el juez no tiene permitido no otorgar el beneficio de prisión domiciliaria a detenidos procesados o condenados por delitos de lesa humanidad.

Una vez más queda evidenciado que el otorgamiento o no de la prisión morigerada a los ex represores es discrecional del juez, entendiendo que no es una facultad que esté reglada dentro del derecho positivo, cuando debe ser un derecho del imputado inmerso en los supuestos de la ley.

Así también, los casos no contemplados como los procesados o condenados por delitos de lesa humanidad, en los que el “espíritu” de la ley promueve a una amplia

²⁷ Zavalía, Victor. Art.10 del C. Penal-Ley 11.179. Editor. Buenos Aires, 1968.

interpretación por parte de los jueces, acorde a los principios de la Constitución Nacional y tratados internacionales de derechos humanos a ella incorporados.

3.3. Los represores militares y la prisión domiciliaria

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló "... que los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos, su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y /o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Agregó que por ello los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación y las personas contra la que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y en caso de ser declaradas culpables, castigadas..."²⁸

En resumen, el Estado argentino debe adoptar las medidas necesarias para juzgar y sancionar a todos los responsables de las violaciones cometidas en la última dictadura que azotó a nuestra sociedad, de no ser así, no cesará el dolor del pueblo argentino.

Razonablemente la sociedad reacciona negativamente cuando de prisión domiciliaria se trata en favor de represores de la dictadura militar en la Argentina, expresando "que se pudran en la cárcel".

Así lo afirma Grissetti²⁹ se pudo concluir, que la respuesta a los crímenes en violación a los derechos humanos, tendría que ser justamente la normalidad, negando su excepcionalidad, conforme a criterios de imputación que están en la base del sistema jurídico penal que se conoce como tradicional. La aplicación de un derecho penal de la normalidad para los fenómenos de terrorismo, terrorismo de Estado, radica en la adopción de un concepto de persona como atribución que corresponde a todo individuo por su condición humana. En efecto en un modelo de Estado democrático de derecho, que sea respetuoso con la dignidad humana, ni el enemigo ni nadie puede ser definido como no-persona (p, s/d). De forma tal que se degradarían los derechos humanos que se

²⁸ (confr. CSJN, "Mazzeo, Julio L. y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad"; M.2333.XLII; rta. El 13/07/2007)

²⁹ Grissetti 2008. "La regencia del principio de legalidad en los procesos de lesa humanidad y el Derecho Penal del Enemigo" LLNOA2008 (diciembre), 1069.

pretende defender, violando los más importantes principios del Derecho penal actual (Grissetti 2008).

3.4. Jurisprudencia nacional

Luego del juicio a las Juntas, el fallo “Priebke”³⁰ fue el primer antecedente jurisprudencial relevante en Argentina en este tema. La Corte Suprema de Justicia de la Nación concedió la extradición a Priebke, acusado de crímenes de guerra, basándose en la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, aprobada por la Resolución 2391 de la Asamblea General del 26 de noviembre de 1968, si bien dicha convención al momento del fallo no había sido ratificada por Argentina, en los términos de la Corte existía una voluntad determinada del Estado en sentido de proceder a su ratificación, lo que la tornaba aplicable. La convención considera imprescriptibles tales crímenes “aún si esos actos no constituyen una violación del Derecho interno del país donde fueron cometidos y este fallo explícitamente reconoció el carácter de *ius cogens* de tales delitos. En conclusión, la Corte por mayoría resolvió por la concesión de la extradición al considerar aplicable el *ius cogens* por el artículo 21 de la ley 48.

Destacamos que vino a confirmar lo resuelto en “Priebke”, el fallo “Arancibia Clavel”³¹ en el año 2004, ya vigente la ley 25.778 que ratificó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en cuanto a la imprescriptibilidad, pero hizo extensivo tal principio al delito de asociación ilícita para cometer tales crímenes.

La Corte resolvió que “los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos entre los que debemos contar el de formar parte de un grupo destinado a llevar adelante esta persecución, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atenta contra el Derecho de Gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional (considerando 16).

Así también en el fallo “Simón”, la Corte federal mantuvo esta tendencia y declaró la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida al

³⁰ “Priebke, Erich s/solicitud de extradición”, causa 16.063/94 CSJN, p.457.XXII, 2-11-95. Erich Priebke, ex capitán de las “SS” nazi fue condenado a cadena perpetua, pero debido a su avanzada edad y a las leyes italianas cumplió con arresto domiciliario hasta su muerte en Roma, Italia

³¹ “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/Homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, causa 259, A.533.XXXVIII

considerar que ello resultaba “impostergable” en atención a los compromisos internacionales asumidos por Argentina en 1994, cuando al reformar la Constitución Nacional llevó a esos tratados sobre derechos humanos a tener jerarquía constitucional, de modo que exigen que no debe haber obstáculo normativo alguno para la persecución de los hechos como los investigados en este caso, por lo cual, quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada.

3.5. Derecho comparado

Un primer antecedente de la Corte Penal Internacional se dio en el siglo XIX³², luego, tras la finalización de la Primera Guerra Mundial, la Comisión de Responsabilidades creada por la Conferencia de Paz de París sugirió la constitución de un Tribunal Especial para el enjuiciamiento de los responsables de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidos durante la guerra. Esta propuesta fue rechazada y sustituida por el Tratado de Paz de Versalles que puso fin al conflicto y determinó a su vez el enjuiciamiento de los presuntos criminales de guerra por los tribunales nacionales de las Potencias vencedoras y del Kaiser Guillermo II de Hohenzollern por un Tribunal Internacional que se constituiría al efecto, sobre la base del cargo de “ofensa suprema a la moral internacional y a la autoridad sagrada de los tratados”. Sin embargo este primer intento de Tribunal Internacional fracasó cuando las Potencias Aliadas y Asociadas dirigieron a los Países Bajos la solicitud de extradición del Kaiser –refugiado en ese Estado- y ésta fue denegada. Lo mismo sucedió con el intento de juzgamiento de los criminales de guerra responsables del genocidio armenio. En el período de entreguerras fueron formuladas varias propuestas para la constitución de una Corte Penal Internacional Permanente. Pero recién tras el fin de la Segunda Guerra Mundial y la creación de la Organización de las Naciones Unidas, se estableció un tribunal internacional de Nüremberg con el objetivo de juzgar y castigar a los sujetos que, actuando en interés de guerra y crímenes contra la humanidad.

³² Eduardo Alberto Donna, *Ley Penal, Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Edit. Rubinzal Culzoni pág 539, 559, 567, 577

El crimen de lesa humanidad contiene elementos generales que permiten definirlo como ataque generalizado contra la población civil, efectuado con el conocimiento de dicho ataque, pero siempre dentro del marco general de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y como parte de un plan de un Estado o de una organización. Los elementos específicos son distintos actos que permiten identificarlos como parte de la ejecución delictiva. Para que se configure el tipo, se debe realizar al menos una de las acciones específicas.

El ataque debe ser inhumano en su naturaleza y carácter y causar un gran sufrimiento o serios daños al cuerpo, a la salud física o mental. Además, tal como lo señaló la jurisprudencia en el caso “Akayesu”³³ y en el caso “George Rutaganda”, la conducta inhumana debe formar parte de un ataque generalizado o sistemático contra miembros de la población civil, mediante acción y omisión.

El 2 de octubre de 1998 el Tribunal de Ruanda condena por primera vez, el crimen normado, sentando jurisprudencia, condenando a Jean Paul Akayesu, antiguo alcalde de la ciudad ruandesa de Taba por los delitos de genocidio, incitación directa y pública de cometer genocidio y crímenes contra la humanidad. Lo antedicho serviría para juzgar a los demás autores de genocidio ruandés y demás crímenes que habían quedado impunes, dejando en entredicho el contenido de la Convención del Genocidio (1948).

La principal diferencia entre los tribunales de Núremberg y Tokio y los tribunales más recientes ronda en que, después de la Segunda Guerra Mundial, fueron los vencedores quienes dictaron las normas de represión contra los vencidos, y hoy es toda la comunidad internacional la que lleva ante la justicia a los responsables de genocidio y otros crímenes de lesa humanidad. Para ello, la comunidad internacional, actuando por mediación de las Naciones Unidas, ha tenido en cuenta el desarrollo, desde 1945, tanto del derecho internacional como el derecho internacional humanitario. Por esa razón, por ejemplo, en los estatutos del Tribunal para Ruanda se hace referencia a los Convenios de Ginebra de 1949 y a su Protocolo adicional II de 1977.

³³ “Prosecutor vs. Jean Paul Akayesu”, caso ICTR-96-H, párrafo 678, setiembre de 1998. Disponible en www.ictj.org/JeanPaulAkayesu. Derechos Humanos: Justicia y Reparación: Lorenzetti y Kraut.

3.6. Conclusión parcial

Se puede establecer a través de lo hasta aquí expuesto que el grado de aberración de los crímenes cometidos por los ex represores, no permite que las agrupaciones que representan a desaparecidos, familiares de desaparecidos, avalen la resolución judicial basada en una ley reformada en varias oportunidades, pero en cuyo texto no reza prohibición alguna con referencia a procesados o condenados por delitos de lesa humanidad.

Actos atroces y sistemáticos fueron aquéllos en los que el abuso de poder posicionó a represores de distintos rangos, siguiendo un plan de persecución, reprimiendo y asesinando civiles, así lo sostuvo nuestro máximo Tribunal del país, cuando analizó el caso Arancibia Clavel, que fue una agrupación destinada a perseguir opositores políticos, haciendo desaparecer personas, padecer sufrimientos, torturas y produciendo un atentado al derecho de gentes.

Entonces, si está en claro que los presos comunes guardan extrema diferencia con los presos por delitos de lesa humanidad, queda en manos de los jueces -declarando la inconstitucionalidad- hacer saber a los legisladores que deben mejorar la letra de la ley con relación a lo expuesto.

Capítulo IV:

Consecuencias Positivas y Negativas

4.1. Introducción

En el presente capítulo se abordarán aspectos constitucionales, así como también se intentará realizar un análisis legislativo, doctrinario y jurisprudencial, observando a la prisión domiciliaria desde distintas posiciones.

4.2. Aspectos constitucionales

Por todo lo hasta aquí expuesto es consideramos que es posible la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 10 inc. d del C. Penal y 32 inc. d de la ley n° 24.660, en razón de no aplicarse el art. 16 de la C. Nacional -igualdad ante la ley-

En conclusión, siempre el tribunal debe conseguir que la norma general omitida en su reglamentación funcione directamente por impulso jurisdiccional y que nunca sea lícito al tribunal argumentar que no aplica la norma por falta de reglamentación.

4.3. Análisis legislativo

El 17 de diciembre de 2008 el Poder Legislativo aprobó la Ley N° 26.472, que modifica la Ley de Ejecución Penal n° 24.660, ampliando los supuestos en los que se podrá sustituir el encierro en prisión por arresto domiciliario, con el objeto de evitar el encarcelamiento propiamente dicho de los colectivos más vulnerables y de aquellos grupos que merecen una especial protección, como son las mujeres embarazadas o con hijos menores a cargo y las personas mayores o enfermas o con alguna discapacidad.

Párrafo aparte merece la reforma del art. 33 de la Ley 24.660 cuando en su artículo 2 excluye a los mayores de setenta años, citando únicamente a los incisos a), b) y c) del artículo 32, sobre los que deberá fundar la decisión de la prisión domiciliaria basada en informes médicos, psicológicos y sociales que fundadamente lo justifiquen.

Recordemos que al momento de discutirse la promulgación de la ley 26.472³⁴, fue el senador argentino Miguel A. Pichetto, quien admitió tácitamente que “era un beneficio operativo por sí mismo tan pronto se alcanzara la edad, cuando manifestó su

³⁴ Voces. Marcotullio, Silvia E. “Prisión domiciliaria de mayores de setenta años en delitos de lesa humanidad”. Publicado en LLC 2010 (septiembre), 841.

voluntad en el sentido de que se agregara un art. 33 *bis* a la ley, que excluyera expresamente del derecho a los mayores de setenta años imputados de delitos de lesa humanidad, lo que no tuvo asidero entre sus pares.

Además, cuando Zaffaroni³⁵ expresa que “...para afianzar la justicia y para asegurar los beneficios de la libertad es menester proveer seguridad, entre otras cosas en la forma de certeza: tanto al legislador como a los jueces la Constitución les reclama certeza en el derecho. Este mandato de certeza constitucional, por ende, rige tanto en el momento legislativo como en el judicial de concreción del derecho”.

El jurista nos está diciendo que, lo real y verdadero es que en el marco de la legislación penal de todo estado de derecho, en que la estricta legalidad no sólo debe observarse en cuanto a la redacción de los tipos, sino también en lo que incumbe a las penas, siendo indispensable su previsión precisa antes del hecho de la causa (no se trata sólo del *nullum crimen*, sino que la misma formulación originaria de Feuerbach exigía también el *nulla poena sine proevia lege penale*, pues era el complemento necesario de su teoría de la coerción psicológica). No es posible dudar acerca de esta exigencia en nuestras normas máximas.

Consideremos que la voluntad de quienes representan al pueblo argentino en el Congreso -al legislar sobre la prisión domiciliaria- ha sido conceder al magistrado la facultad por la cual la solución debe ser casuística. O sea, analizar en cada caso en particular, de acuerdo a sus especiales circunstancias, la posibilidad de acceder a esta forma de detención morigerada.

4.4. Controversias doctrinarias

Según lo que reza nuestra Constitución en su artículo 1º: “Los hombres nacen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden basarse en la utilidad social”; en su artículo 6º: “La ley debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga” y en su artículo 16º -primera parte-: “Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

³⁵ E. Zaffaroni, R., Alagia, A. & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. 2ª Ed. Argentina. Buenos Aires. Ediar, pág 526/527.

Expone María Angélica Gelli (2006) que la reforma Constitucional realizada en el año 1994, introdujo nuevos aspectos del principio de igualdad, las denominadas medidas de acción directa legisladas por el Congreso de la Nación con el fin de garantizar la igualdad real de oportunidades como asimismo igualdad de trato.

El objetivo de equiparar las condiciones existenciales de aquellos que se encuentran en estado de vulnerabilidad o marginalidad con relación al resto de la sociedad, configura una forma de equilibrar las posibilidades de todos los habitantes. (Gelli, 2006).

Frente a lo expuesto, la prisión domiciliaria debería ser aplicada a todas las personas que se encuentren en igualdad de condiciones.

Tanto cuando se analiza el art 10 del Código Penal como cuando se analiza el art. 32 de la modificada Ley 24.660, en los variados ítems que el legislador se ha ocupado de detallar, no aparece en mayor ni en menor medida restricción o prohibición alguna dirigida a los represores o delincuentes privados de libertad por haber cometido delitos de lesa humanidad. Es en esa línea donde aparece el principio de igualdad ante la ley, instituyendo una de las reglas constitucionales elementales de los estados civilizados modernos.

Se sustenta de esta manera que la eliminación de toda discriminación es arbitraria, a partir del reconocimiento de una igualdad de status entre los seres humanos dotados de libertad. Está constituido en nuestra Constitución Nacional como regla vital que debe guiar en toda sociedad civilizada como supuesto básico que puede llevar a alcanzar una existencia civilizada entre todos sus ciudadanos.

La prisión domiciliaria no constituye una forma de reducción de la pena, ni tampoco la extinción de la misma, muy por el contrario, es solamente una modalidad diferente del cumplimiento de la condena y se realiza fuera del encierro carcelario. Como lo afirma Arocena la prisión domiciliaria es "una pena que viene a paliar situaciones personales del condenado con un superlativo viso de humanidad" (Cesano y Arocena, 2015, p. 145).

Debe desestimarse la idea que la prisión domiciliaria resulta un régimen progresivo que busca la resocialización del condenado, así lo sostiene Soruco³⁶ afirmando que la prisión domiciliaria no debe confundirse con el régimen progresivo ni con la resocialización del condenado, ya que no mira cómo ha sido el tránsito por la

³⁶ Soruco. Recuperado el 5/5/18. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/05/doctrina36155.pdf#viewer.action=download>

prisión, ni las diversas etapas por las que debe atravesar, sino que evita provocar un sufrimiento mayor a quien le toca cumplir una pena, teniendo en cuenta las circunstancias que de por sí agravarían innecesariamente dicha pena.

Por otra parte, de las normas en cuestión observamos que el juez no tiene permiso para no otorgar el beneficio. Si consideramos a Alchourrón y Bulygin (1995), nos dice que el juez puede otorgar el beneficio pero no nos dice nada respecto de si puede no otorgarlo. El otorgamiento entonces es facultativo u obligatorio. Observemos que el legislador se ha tomado el trabajo de señalar expresamente los casos en que les está permitido al juez otorgar y no se ha expedido en forma expresa sobre la permisión de su no otorgamiento. Si hubiese tenido en cuenta ambas opciones, lo hubiera expresado (pág.60).

Parafraseando a Iosa (2012)³⁷ cuando analiza los dichos expresados por la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo Menéndez, al considerar que el otorgamiento del beneficio depende del criterio del juez competente, dado que la única lectura plausible del texto de la ley parece indicar que el otorgamiento del beneficio es una facultad discrecional del juez, es decir una facultad reglada por los estándares del derecho positivo.

Continúa el Profesor Iosa expresando que el legislador se ha tomado el trabajo de señalar en forma expresa sobre la permisión de su otorgamiento, considerando que es una señal bastante clara de que el legislador no considera que el juez tiene permitido no otorgar el beneficio, de ser así lo hubiese expresado.

Es la Jurisprudencia de los tribunales la que se ha expresado diciendo que el instituto debe ser otorgado debido a que los derechos y garantías constitucionales y legales han sido establecidos para todos, aun para aquellos imputados o condenados por delitos aberrantes. Es la humanidad contra la que han actuado la que exige.

En cuando a ello, es el juez Maqueda³⁸ quien argumenta que la importancia de que toda concesión de la prisión domiciliaria cumpla con los requisitos legales y sea precedida de una instancia en la que las partes puedan hacer pleno uso del derecho a controlar las conclusiones de los informes médicos o interdisciplinarios y a plantear las cuestiones que estimen pertinentes para la correcta resolución de la incidencia. Y es el juez Rosatti, quien manifiesta que los derechos y garantías constitucionales y legales

³⁷ Juan Iosa, Univ. Nac. De Córdoba “¿Es justa la demanda de cárcel efectiva para los represores mayores de setenta?” INDRET Revista para el análisis del derecho. www.indret.com

³⁸ CSJN. Fallo “Alespeiti”

han sido establecidos para todos, aun para aquellos imputados o condenados por delitos aberrantes.

La Cámara Federal de Casación Penal³⁹ anuló el pronunciamiento de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 1ª y respecto a la Ley 24.660 expresó: Como lo han sostenido en todos los pronunciamientos al respecto ante el Tribunal Oral Federal n° 4 y Tribunal Oral Federal n° 5 de esta ciudad, resulta necesario señalar que la fórmula “podrá” que está contenida en la norma citada no resulta ser de aplicación automática y no constituye por ello una atribución que pueda ser utilizada en forma caprichosa, razón por la cual el límite de edad impuesta por la norma en el inciso d del citado artículo debe necesariamente ser vinculado con otras circunstancias - fundamentalmente fácticas- vinculadas al caso concreto- que permiten fundar razonadamente en qué casos corresponde conceder ese beneficio, una vez superado ese estricto requisito mínimo legal descrito en la norma.

4.5. Conclusión parcial

En un Estado de Derecho las soluciones no pueden ser tomadas por las víctimas o familiares de las víctimas, deben ser tomadas por los magistrados en la imparcialidad de su función.

Si se vuelve atrás evaluando los cambios en la Carta Magna de nuestro país, la abolición de la esclavitud en la Asamblea del año XIII, a través de lo cual se reconoce que todos somos iguales. Y si -en cuanto a sociedad- en el devenir del tiempo se puede apreciar que, esta sociedad es civilizada y que ha pasado por cambios importantes, antiguamente el voto femenino, un poco más recientemente, el matrimonio igualitario, entonces, quedando demostrado que, señalando el camino se ha llegado a legislar y a impulsar normas, donde existían grandes lagunas jurídicas.

Encontrándose determinado que el texto de las normas inferiores debe coexistir con lo reglado en nuestra Constitución Nacional, es propuesta de este trabajo que se canalice a través de la inconstitucionalidad de la norma que rige la prisión domiciliaria, para llegar a los legisladores a que lo corrijan por la vía legislativa.

De esta forma se concluye con argumentos jurídicos *supra* expuestos, ratificando de esta manera la hipótesis inicial planteada en el presente proyecto, que

³⁹ CFCP sala IV E,MO s/recurso de casación. La Ley on line, recuperado el 16/03/2018.

permite confirmar la inconstitucionalidad planteada, atento a que existe un trato discriminatorio sobre ciertas personas privadas de su libertad, en este caso los procesados o condenados por delitos de lesa humanidad, que contradicen el principio de igualdad ante la ley, en razón de que excluye a estos internos de los beneficios como el de la prisión domiciliaria, demostrando que los legisladores deben dictar una nueva norma.

Conclusión Final:

Estimo que en el presente trabajo se ha analizado suficientemente el tema elegido. Una investigación realizada a través de revistas jurídicas, libros jurídicos, códigos, páginas de internet aprobadas, fallos nacionales e internacionales, que me llevaron a un profundo análisis de la normativa vigente, confirmando una vez más que no se encuentra enmarcado en la ley la prohibición de otorgar el beneficio de prisión domiciliaria a procesados o condenados por delitos de lesa humanidad.

Hay falencias muy claras, hay incumplimiento en las obligaciones del Estado Nacional, las que impactan directamente en desmedro de quien está tras las rejas.

Ahora bien, no escapa a las autoridades del Poder Judicial la situación expuesta, la normativa vigente es facultativa pero no discrecional para el magistrado, cumplida que fuera la franja etaria no hay otro requisito para su concesión y el magistrado tiene que atenerse a las circunstancias que el caso en particular determine. Tampoco debe tomarse como relevante el delito por el cual la persona está detenida o acusada o condenada, en razón de que no existe prohibición alguna en relación a ello.

A fin de concluir el trabajo de investigación y arribar a una conclusión basada en los objetivos planteados se han encontrado las respuestas siguientes.

En referencia al primero de los objetivos específicos, tratado en el primer capítulo de este trabajo, donde se examina la figura de la prisión domiciliaria, sus orígenes, requisitos formales y características, a modo de marco teórico, lo que nos interioriza sobre los fundamentos de este instituto en la República Argentina, donde se analizan los casos en los que se otorga y en los que se deniega el beneficio, que como ya se ha explicado, antes que un beneficio es un derecho legislado. Es en ese marco donde se reflexiona sobre el contenido del art. 10 del Código Penal y el art. 32 de la Ley 24.660, cuya aplicación está garantizada en el art. 18 y art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, y tal como se explicó guarda relación directa con la justicia y con el compromiso asumido por el estado argentino cuando decidió ser parte de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, incorporando las disposiciones de la CADH.

El segundo de los objetivos es cumplimentado a través del análisis de los antecedentes legislativos nacionales, expuestos cuando se examinan los arts. 16 y 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, distinguiendo de esta manera que al hablar de igualdad ante la ley, estamos referenciando que ante idéntica situación jurídica, las personas tienen los mismos derechos. En razón de dicho análisis, se entiende que todas las

personas que se encuentran condenadas por delitos de lesa humanidad y comprendidas dentro de los parámetros del inciso “d” del artículo 32 de la Ley 24.660 modificada por Ley 26.472, tienen derecho a gozar de la prisión domiciliaria.

El tercer objetivo propone analizar las distintas posturas de la jurisprudencia en cuanto a la procedencia del otorgamiento o no del instituto de la prisión domiciliaria, esto se pone de manifiesto al detallar lo expresado por los jueces de Casación Penal al momento de aplicar la norma. En relación a ésta postura, en el tercer capítulo se realiza un análisis del origen y la evolución de la ley destacando las principales características del instituto y de qué manera se expresa tanto la jurisprudencia argentina como la de otros países. Destacando la actuación de los tribunales de Ruanda, Núremberg, Tokio, donde tuvo sus comienzos el juzgamiento al ataque a la humanidad con delitos aberrantes.

En cuanto a la cuestión planteada en el cuarto objetivo, se realiza la evaluación de los desaciertos e incompatibilidades presentes en la negación de la prisión domiciliaria a ex-represores, en el segundo capítulo, donde se considera y se observa el principio de igualdad y se establecen conceptos que permitan desmitificar la imparcialidad, estableciendo las distancias entre los detenidos por delitos de lesa humanidad y los detenidos por delitos comunes, en qué casos se aplica el principio de oportunidad.

Los dispositivos legales no excluyen a los represores del beneficio de prisión domiciliaria, lo que nos lleva a pensar que el legislador no se planteó que debe realizarse una distinción, que el texto de la ley debe distinguir entre el preso por delitos comunes y el procesado o condenado por delitos de lesa humanidad, a fin de evitar actuar perjudicialmente en contra del reo o fuera de las normas establecidas.

Una persona que llega a los 70 años de edad privada de su libertad, naturalmente con condiciones físicas y mentales reducidas por el transcurso del tiempo, cumplirá lo que reza la ley e impuso la justicia, el plazo faltante en condiciones acordes a su línea etaria, logrando resultados más acertados de resocialización estando en contacto directo con su círculo afectivo, que intramuros, donde su deterioro físico y mental, será acelerado y manifiesto. En los casos de crímenes de lesa humanidad se marginaría a procesados o condenados, lesionando el principio de igualdad ante la ley, siendo que sus pares, por delitos comunes, también graves, en igualdad de condiciones, son alcanzados por el instituto en cuestión.

En el tercer capítulo comprobamos cómo fue avanzando el instituto aquí planteado, destacando los primeros antecedentes jurisprudenciales relevantes, hasta la inconstitucionalidad dictada por la CSJN de las leyes de punto final y de obediencia debida.

En el último capítulo se aborda la cuestión de la jurisprudencia argentina en el tema, ya que se estudia el marco regulatorio dentro del cual se expresa el derecho argentino, analizando la Ley 26.472, modificatoria de la 24.660, donde el legislador amplió los casos de concesión. Además, buscando cumplimentar el último de los objetivos específicos planteados, analizando la cuestión de la regulación de la institución en el derecho comparado, se realiza un recorrido por el derecho comparado, internacional y nacional, siendo examinado el fallo Menéndez a los ojos del Profesor Juan Iosa cuando considera que el otorgamiento del beneficio depende del juez competente, como también cuando hace manifiesto que el legislador no considera que el juez tiene permitido no otorgar el beneficio, porque de ser así lo hubiese expresado.

En cuanto al objetivo general se encuentra demostrado por los argumentos presentados en este TFG, cuando exponemos los dichos de la Corte Interamericana de DDHH al señalar que los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos en su fuero íntimo, vida, libertad, bienestar, salud y dignidad. Que son delitos inhumanos por su extensión y gravedad y que van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo, agregando que por ello los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación y las personas contra la que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y en caso de ser declaradas culpables y por ello castigadas.

Esto se expuso resolviendo que los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos entre los que debemos contar el de formar parte de un grupo destinado a llevar adelante esta persecución, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atenta contra el Derecho de Gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional.

Habida cuenta de lo hasta aquí expuesto, no existen dudas de que el presente trabajo servirá para llamar la atención de los legisladores a fin de concebir nuevas modalidades de Prisión Domiciliaria o en su defecto, prohibiciones específicas a

quienes cometan delitos aberrantes contra la humanidad y con ello obtener la respuesta justa a la sociedad que tanto reclama y evitar en lo posible el cuestionamiento social a los jueces al momento de resolver.

A través del presente expreso los votos propios de impulsar una mejora en la política carcelaria, mejores oportunidades para quienes hoy no son iguales ante la ley.

Además está probado con el presente desarrollo que nuestras leyes deben mejorar para que mejore nuestra sociedad y como lo dice el reconocido Dr. Eugenio Zaffaroni: “Hay hipócritas que pretenden que se encierre a todo el mundo y que los jueces se conviertan en verdugos de los pobres y excluidos”.

Anexos:

Anexo I) Registro N° 144/18.4.- Causa CFP 3993/2007/92/CFC27.- **2ª Instancia.**- Buenos Aires, marzo 16 de 2018. Resulta: I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de esta ciudad, en la causa CFP 3993/2007 de su registro, con fecha 27 de diciembre de 2017, en lo que aquí interesa, resolvió: “I.- Hacer lugar a la solicitud de prisión domiciliaria de M. O. E., efectuada por la defensa oficial a fs. 637/648, en la presente causa (artículo 32, incisos “a” y “d” de la ley 24.660 —texto según ley 26.472—).” (cfr. fs. 854/869). II. Que, contra esa decisión, interpusieron recurso de casación a fs. 948/953 el letrado patrocinante de una de las querellas, doctor P. L., y a fs. 1020/1039 vta., la señora Fiscal, doctora María Ángeles Ramos. Los mismos fueron concedidos por el a quo a fs. 1040/1041 vta. III. a) Recurso de la querella El recurrente encarriló su recurso por la vía de lo dispuesto en ambos incisos del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación.-

En mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, resuelve: I. Hacer lugar a los recursos de casación interpuestos por el doctor P. L., en representación de la parte querellante a fs. 948/953 y por la doctora María Ángeles Ramos, representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 1020/1039 vta. y, en consecuencia, revocar la resolución impugnada dejándola sin efecto y remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.). II. Tener presente la reserva federal efectuada por la defensa. Regístrese, notifíquese y, comuníquese (Acordada N° 15/13, CSJN —Lex 100—). Remítase la causa al Tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío. — Mariano H. Borinsky. — Juan C. Gemignani. — Gustavo M. Hornos.

Anexo II) Registro 975.4.- Buenos Aires, 7 de junio de 2013. AUTOS Y VISTOS: Para resolver en la presente causa Nro. 133/2013 del Registro de este Tribunal, caratulada: “PAPPALARDO, Roque Ítalo s/ recurso extraordinario”, acerca de la admisibilidad del recurso extraordinario interpuesto a fs. 1/13 por el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé contra la resolución de esta Sala IV de fs. 14/23 (Registro 578/13), en virtud de las previsiones contenidas en los arts. 14 y 15 de la ley 48. Y CONSIDERANDO: I. Con fecha 29 de abril de 2013, esta Sala IV, por mayoría, resolvió: “HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 312/321 vta.,

REVOCAR el pronunciamiento impugnado, y, en consecuencia, ESTARSE al arresto domiciliario oportunamente concedido a Roque Italo Pappalardo (artículos 314, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.; y artículos 11, 32, 33 y 34 de la Ley n° 24.660, según Ley n° 26.472)” (fs. 22 vta.). II. Contra esa resolución el Ministerio Público Fiscal interpuso recurso extraordinario federal (fs. 1/13). JUAN CARLOS GEMIGNANI - MARIANO HERNÁN BORINSKY - GUSTAVO M. HORNOS.

Anexo III).

Art. 56 *bis* Ley 27.375: No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: 1) homicidio agravados previstos en el art. 80 el Código Penal, 2) delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 *bis*, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos y 130 del Código penal; 3) privación de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el art. 142 *bis*, anteúltimo párrafo del Código Penal; 4) tortura seguida de muerte, artículo 144 *ter*, inciso 2 del código Penal; 5) delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2º, segundo párrafo del Código Penal; 6) secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos del Código Penal; 7) delitos previstos en los artículos 145 *bis* y *ter*; 8) casos en que sea aplicable el art. 41 *quinquies* del Código Penal; 9) financiamiento del terrorismo, previsto en el art. 306 del Código Penal; 10) delitos previstos en los arts. 5º, 6º y 7º de la Ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace; 11) delitos previstos en los arts. 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

Los condenados incluidos en las categorías precedentes tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los arts. 35, 54 y concordantes de la presente ley.

Bibliografía

Doctrina

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1995) *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea
- Arocena, G. A. y Cesano, J. D. (2015) *La prisión domiciliaria. Instituciones de derecho penitenciario*. Argentina: Hammurabi
- Bianchi, L. (2016) *La prisión domiciliaria*. Argentina: La Ley
- Bianchi –Rodríguez: Autores. Thomson Reuters. “La prisión domiciliaria como alternativa de cumplimiento de pena, o del encierro preventivo-cautelar” Análisis del voto del Ministro Horacio Rosatti en causa 'Alespeiti'. Información legal on line. Recuperado el 05/05/18.
- Carrió, Alejandro en “Garantías Constitucionales en el Proceso Penal”, ed. HAMMURABI. 4ta. Edición.
- Couso Salas, Jaime, “Oportunidad versus Legalidad: entre economía político criminal, despenalización, prevención y principios garantistas”, en Primer Congreso Nacional sobre la Reforma del Proceso Penal, Cuadernos de Análisis
- D’Alessio, A.J., ob. Citada.<http://usuario/Desktop/corteinternacional.html>
- Danhke, G.L. (1989). *Investigación y Comunicación*. México: McGraw Hill.
- Durrieu, R. (2016) *La detención domiciliaria y la edad*. Argentina: La Ley
- Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta (07/03/2017) <http://www.escuelamagistratura.gov.ar/opinion-justicia-salta.php?IdOpinion=94>
- Gelli, M.A. (2006). Constitución de la Nación Argentina- Comentada y Concordada. 3ª ed. Buenos Aires. La Ley.
- Grisetti, Ricardo Alberto. “La regencia del principio de legalidad en los procesos de lesa humanidad y el Derecho Penal del Enemigo”, LLNOA2008 (diciembre), 1069.
- Guariglia, Fabricio “Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad”, en Doctrina Penal, año 1993.
- Horvitz Lennon, M.I. “Ministerio Público y Selectividad” en Pena y Estado.
- Iosa J., *¿Es justa la demanda de cárcel efectiva para los represores mayores de setenta?*InDret. Recuperado el 5/5/2018. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/901.pdf>

- La Rosa, M. R. (2006) *Exención de prisión y excarcelación*. Buenos Aires: Editorial Astrea
- Lascano C. J., (h) *Derecho Penal Parte General*. Córdoba: Editorial Advocatus.
- Lascano, Carlos Julio, exposición del 20/08/2013. “La autoría en los Delitos de Lesa Humanidad Cometidos por el Terrorismo de Estado en Argentina: Dominio de la Organización o Delito de Asociación”.
- Lorenzetti y Kraut: Justicia y Reparación. “Prosecutor vs. Jean Paul Akayesu”, caso ICTR-96-H, párrafo 678, setiembre de 1998. Disponible en [www.ictr.org.JeanPaulAkayesu](http://www.ictr.org/JeanPaulAkayesu). Derechos Humanos
- Los ojos de hipatía. Revista socio cultural de Valencia. Comprometida con la cultura.
<https://losojosdehipatia.com.es/cultura/historia/libertad-igualdad-fraternidad/>
- Mascarello, Francisco 18/05/2012 Ejecución de la pena.
- Olmo, P. Oliver, *La cárcel y el control del delito en Navarra entre el Antiguo Régimen y el Estado liberal*, Universidad del País Vasco, 2000.
- Soruco, S. A. (2013) La Prisión Domiciliaria. El caso de madres y padres de niños menores de cinco años. El caso de los mayores de cinco años. *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado el 5/5/18. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/05/doctrina36155.pdf#viewer.action=download>
- Vázquez Rossi, Jorge, “Derecho Procesal Penal”.
- Yuni J. A. y Urbano C. A. (2003). *Técnicas para investigar y formular proyectos de investigación*. Córdoba: Ed. Brujas.
- Zaffaroni, R., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. 2ª Ed. Argentina. Buenos Aires. Ediar.

Legislación

- Ley n° 24.430, Constitución Nacional
- Ley n° 11.179, Código Penal de la Nación
- Ley n° 24.660 Ejecución de la pena privativa de la libertad
- Ley n° 26.472 Ejecución de la pena privativa de la libertad
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- Implementación del Estatuto de Roma (Ley N° 26.200).
- Obediencia Debida (Ley N° 23.521).
- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador— (Ley N° 24.658).
- Proyecto de ley Nuevo Código Penal Proyecto Legislativo - 26 de Marzo de 2019 - Id SAIJ: NV21339
- Punto final (Ley N° 23.492).
- Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, parte general, Ed. Hammurabi SRL.
- Eduardo Alberto Donna, Ley Penal, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Edit. Rubinzal Culzoni.

Jurisprudencia

- CSJN. 18/04/2017 "Alespeiti, Felipe Jorge s/incidente de recurso extraordinario" Recuperado el 5/5/2018. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/901.pdf>
- CFCP. 26/04/2017 CFP 14206/2003, Juzg. N° 3, Sec. N° 6 “D.R., S.E. s/arresto domiciliario” Información legal on line Thomson Reuters. Recuperado el 5/5/2018. Disponible en: <https://www.informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad600000163069471629f011ce&docguid=iF176F>
- CSJN, 11/7/2007, Fallo 330:3074.