

Como citar: Espíndola, A. M. (2025) Memorias en disputa: delitos de lesa humanidad y prisión domiciliaria por razones etarias. En *Revista Digital De Derecho Y Debates*, 3(2)

MEMORIAS EN DISPUTA: DELITOS DE LESA HUMANIDAD Y PRISIÓN DOMICILIARIA POR RAZONES ETARIAS

DISPUTED MEMORIES: CRIMES AGAINST HUMANITY AND HOME DETENTION DUE TO AGE REASONS

Alfredo Martín Espíndola¹

Universidad Nacional de Tucumán

alfredoespindol@yahoo.com.ar

RESUMEN

El trabajo propone una aproximación a las memorias colectivas en disputa en torno de la significación política del pasado reciente respecto de la última dictadura militar vivida en Argentina.

Su desarrollo tiene inicio con una aproximación conceptual a la memoria, la memoria individual y la memoria colectiva. Seguidamente se concentra en la disputa como nota relevante de las memorias colectivas, prestando atención a las memorias en conflicto respecto de la última dictadura militar argentina. Por último, analiza las controversias suscitadas con relación a la prisión domiciliaria de los imputados y penados por razones de edad en procesos por delitos de lesa humanidad.

¹ Abogado, Escribano y Procurador (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán - FDCS/UNT-). Magíster en Relaciones Internacionales (FDCS/UNT). Doctor en Humanidades -Área Derecho- (Facultad de Filosofía y Letras de la UNT). Docencia de Grado: Profesor Asociado de las asignaturas “Teoría del Estado A” y de “Derecho, exclusión y vulnerabilidad” (FDCS/UNT). Docencia de Posgrado: Docente de la Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública (FDCS/UNT), Docente de la Especialización en Administración y Políticas Públicas (Facultad de Ciencias Económicas de la UNT). Formador del Consejo Asesor de la Magistratura del Poder Judicial de Tucumán. Investigador categorizado del Consejo de investigaciones de la UNT. ORCID 0009-0000-3926-1126

Palabras clave: Memorias colectivas, Dictadura, Delitos de lesa humanidad, Prisión domiciliaria

ABSTRACT

This work proposes an approach to the contested collective memories regarding the political significance of the recent past concerning Argentina's last military dictatorship.

Its development begins with a conceptual approach to memory, individual memory and collective memory. Subsequently, it focuses on the dispute as a relevant feature of the collective memories, paying attention to conflicting memories regarding Argentina's last military dictatorship. Finally, it analyzes the controversies surrounding the home detention of defendants and convicts due to age in proceedings for crimes against humanity.

Key words: Collective memories, Dictatorship, Crimes against humanity, Home detention

I.- INTRODUCCIÓN

Este trabajo propone realizar una aproximación a las memorias colectivas en disputa en torno de la significación política del pasado reciente respecto de la última dictadura militar² vivida

² El empleo de la expresión “dictadura militar” para nombrar al régimen político imperante en nuestro país en el lapso comprendido entre los años 1976 y 1983, y no de las más difundidas en el ámbito académico en el campo de la historia reciente a partir de los años 2000 “dictadura cívico-militar” o “proceso cívico-militar”, no pretende invisibilizar las responsabilidades de actores de la sociedad civil - especialmente sectores del mundo empresarial, pero también de sectores del Estado como el poder judicial o el poder ejecutivo, o del mundo eclesiástico y académico-. Tampoco supone desconocer la fisonomía del Estado burocrático-autoritario como resultante de la alianza de las Fuerzas Armadas con la alta burguesía internacionalizada (Rivas Nieto y Rodríguez Fernández, 2010). Tal designación responde tan sólo a un esfuerzo de precisión en la caracterización del régimen político referenciado, que permita reflejar el protagonismo de la corporación militar en la apropiación del poder estatal en la Argentina de

en Argentina, a propósito de los procesos por delitos de lesa humanidad y las controversias suscitadas en torno de la prisión domiciliaria de los imputados y penados por razones de edad.

Para hacerlo, conviene precisar algunos presupuestos del análisis propuesto respecto de la memoria, la memoria individual y colectiva, y las memorias colectivas en disputa.

II. MEMORIA, MEMORIA INDIVIDUAL, MEMORIA COLECTIVA Y MEMORIAS COLECTIVAS EN DISPUTA

La memoria es un núcleo conceptual de confluencia de multiplicidad de saberes (historia, filosofía, derecho, antropología, sociología, psicología, psicoanálisis) que, conforme su particular perspectiva y metodología de abordaje, lidian con el pasado, con el quehacer de sujetos y sociedades recostados en el tiempo pretérito.

La memoria con Tzvetan Todorov (2000, pág. 15) es entendida como el producto de la interacción de dos procesos, la conservación (el recuerdo) y la supresión (el olvido), cuya resultante es el derivado de un tercer proceso, la selección, que se encarga de determinar qué habrá de recordarse y qué habrá de marginarse al olvido.

Tal consideración de la memoria converge con su modo de operar tal como resulta descripto desde las ciencias del comportamiento, como un proceso complejo que surge de la interacción de los procesos cognitivos de codificación, almacenamiento y recuperación; en el que el proceso de almacenamiento es aquel en el que se produce la selección de aquella información que habrá de ser conservada y se encontrará disponible para su recuperación, y aquella que se descarta, la que con posterioridad será irrecuperable (Luna Salas, 2021).

Resulta indudable que la memoria, como proceso cognitivo, es un predicado de los individuos. Ahora bien, ¿existe tal cosa como la memoria colectiva?

Para Paul Ricoeur la cuestión del quiénes recuerdan (el problema de la atribución) puede dejarse en suspenso, en tanto lleva a un callejón sin salida frente a la noción de memoria

los años 70'; protagonismo que singulariza la experiencia autoritaria de nuestro país y la diferencia de otras dictaduras latinoamericanas de la época.

colectiva, siendo que lo crucial es la determinación del “qué” se recuerda (2013, pág. 19). Sin embargo, explicita:

¿Por qué la memoria debería atribuirse sólo a mí, a ti, a ella o a él, al singular de las tres personas gramaticales capaces ya de designarse a sí mismas, ya de dirigirse cada una a un tú, ya de narrar los hechos y las gestas de un tercero en tercera persona del singular? ¿Y por qué la atribución no se podría hacer a nosotros, a vosotros, a los otros? (2013, pág. 125).

Elizabeth Jelin (2002, pág. 19) explica que la capacidad de recordar y olvidar es singular y, en ese sentido, constituye una marca identitaria. Sin embargo, advierte que los individuos que recuerdan y olvidan lo hacen insertos en redes de relaciones sociales.

De lo que se trata, no obstante, es de determinar si la memoria colectiva tiene existencia como entidad diferenciada, como “cosa” independiente de los individuos.

Al respecto, la autora indica que la memoria colectiva entendida como entidad reificada con existencia separada de los individuos -pretender dotar a un constructo conceptual de entidad tangible y real- tiene serios problemas, en tanto sólo puede sostenerse desde una interpretación durkheimiana extrema que trate a los hechos sociales como cosas (2002, pág. 22).

Y en esa línea, lo que propone es entender a la memoria colectiva desde aquella perspectiva de Halbwachs que pone el acento en la noción de marco social, conforme la cual las memorias individuales están siempre enmarcadas socialmente, esto es, inscriptas en marcos portadores de la representación general de la sociedad, de sus necesidades y valores. Pues bien, es desde esa noción que a la memoria colectiva:

...se la puede interpretar también en el sentido de memorias compartidas, superpuestas, producto de interacciones múltiples, encuadradas en marcos sociales y en relaciones de poder. Lo colectivo de las memorias es el entretejido de tradiciones y memorias individuales, en diálogo con otros, en estado de flujo constante, con alguna organización social -algunas voces son más potentes que otras porque cuentan con mayor acceso a recursos y

escenarios- y con alguna estructura, dada por códigos culturales compartidos (2002, pág. 22).

Y, si de grupos sociales con valores e intereses disímiles se trata, la referencia al poder fluye sin cuestionamiento -tal como Halbwachs lo vislumbró al afirmar que la imagen del pasado en cada época se acopla con los pensamientos dominantes-, y también la existencia de una pluralidad de memorias colectivas. En esa dirección Jedlowski afirma:

En la medida en que cada sociedad -y en particular cada sociedad moderna- está constituida por una pluralidad de grupos, no es posible hablar propiamente de una única memoria colectiva: cada grupo elabora aquella representación del pasado que mejor se adecúa a sus valores y a sus intereses. Así, más que un conjunto homogéneo y coherente de representaciones del pasado, la memoria colectiva tiene que ser pensada como el lugar de una tensión continua: el pasado que ella custodia es la puesta en juego de conflictos recurrentes que lo formulan y reformulan incesantemente (2000, pág. 127).

Es a partir de lo explicitado que cabe entender entonces que el registro memorial del pasado toma cuerpo en una pluralidad de memorias colectivas que constituyen un espacio de disputa de los diversos sentidos que desde el presente se suministran al pasado, que luchan y se reconfiguran conforme la dinámica de las relaciones de poder que operan en cada contexto social en el que tienen ocurrencia.

Tal situación se hace presente en nuestro país, donde existen memorias en disputa en torno del significado que cabe asignar al pasado dictatorial de los setenta del siglo pasado, y a las violaciones de los derechos humanos perpetradas en su marco.

Se trata de una lucha en la que el cruce entre memoria y poder aparece con toda evidencia; es una lucha política, una lucha por la legitimidad, esto es, por la determinación de quiénes son los investidos para narrar la verdad.

Jelin, a propósito de nuestro pasado dictatorial reciente señala:

Para los defensores de los derechos humanos, el “Nunca más” involucra tanto un esclarecimiento completo de lo acontecido bajo las dictaduras como el correspondiente castigo a los responsables de las violaciones de derechos. Otros observadores y actores, preocupados más que nada con la estabilidad de las instituciones democráticas, están menos dispuestos a reabrir las experiencias dolorosas de la represión autoritaria, y ponen el énfasis en la necesidad de abocarse a la construcción de un futuro antes que a volver a visitar el pasado. Desde esta postura, se promueven políticas de olvido o de “reconciliación”. Finalmente, hay quienes están dispuestos a visitar el pasado para aplaudir y glorificar el “orden y progreso” de las dictaduras (2000, pág. 4).

Lo que corresponde explicitar, no obstante, y con especial pertinencia a los fines de este trabajo, es que no cabe pensar en la posibilidad de una síntesis superadora de esas memorias colectivas rivales, ni tampoco en una adición de sus postulados que posibilite que de alguna manera convivan. En otras palabras, no resulta factible concebir una memoria completa.

Ello porque tales memorias colectivas responden a valores e intereses radicalmente distintos, en tanto se sustentan sobre concepciones del sujeto y de la sociedad, de la ciudadanía y del Estado diferentes.

En este sentido, es interesante recuperar la crítica a la noción de memoria completa que realizan Camps y Mercatante, cuando expresan:

Ahora bien, ¿a qué se refiere la noción de memoria completa? A priori, la conjugación de ambos términos constituye un oxímoron en tanto parecen aludir a la ilusión de una memoria sin límites, sin una frontera. Sin embargo, la imposibilidad de concebir esta completitud se debe a que el trabajo de la memoria está atravesado por el antagonismo, cuyo carácter es constitutivo. La memoria, entonces, tiene una dimensión política y su politicidad se encuentra menos en las claves de interpretación del pasado que en su articulación con las relaciones de poder y las luchas políticas que se libran en el momento de la enunciación (2019, pág. 120).

En la afirmación precedente resuena el pensamiento político posfundacional, esto es, aquella corriente de la teoría política contemporánea que, como emergente de la crisis de la filosofía racionalista, plantea la imposibilidad de fundar un orden político sobre fundamentos trascendentales que prescindan del contexto histórico (la Razón iluminista, el Espíritu Absoluto de Hegel, la Mano Invisible de Smith, el Proletariado de Marx y Engels). Sin embargo, no cabe pensar que, desde tal corriente teórica, la ausencia de principios directores por fuera de lo político implique que la filosofía política ha perdido su objeto, en la medida en que todo orden político no sería más que el resultado contingente de condiciones sociales e históricas particulares. Por el contrario, la ausencia de fundamentos trascendentales ahistóricos le otorga a la teoría política una centralidad que desborda los confinamientos regionales a los que estaba limitada en el pasado. Esto porque desde la distinción entre “la política” en un sentido óntico y “lo político” en un sentido ontológico, mientras que la primera se confina a una determinada región de lo social, la segunda, en cambio, instituye lo social como tal, aunque desde la contingencia y la imposibilidad de cierre, porque no existen fundamentos trascendentales. No se trata de la inexistencia de fundamentos - antifundacionalismo-, sino de la existencia de fundamentos contingentes (Burdman, 2009, pág. 853).

Pues bien, desde la perspectiva posfundacional la tensión entre la política (lo instituido) y lo político (lo instituyente) que despliega Lefort y repone Laclau no se resuelve, en el sentido de que ninguno de esos componentes del orden social se subordina al otro, o se subsume en el otro. Con mayor precisión, la diferencia entre lo instituido y lo instituyente se encuentra atravesada por un mutuo condicionamiento, sin nunca cerrarse como una estructura permanente, encontrándose sometida a constantes intentos de hegemonización. Lo social se presenta así, como atravesado por grietas de infundabilidad, esto es, por aberturas de lo que no resulta posible fundar, que requieren del suplemento político para cerrarse, sin que ese cierre nunca se alcance por completo para poder coagular en una estructura ontológica (Burdman, 2009: 855).

Es desde tal idea que la imposibilidad de una memoria completa puede ser entendida no como una falla, o como una falta, sino como la expresión de la dimensión de conflicto constitutiva de la memoria y, como tal, que no puede erradicarse.

Y es en la dimensión agonal de la política que la memoria se presenta como un tópico comprendido por ella y, en tanto que tal, sometido a la lógica del antagonismo: no hay catarsis definitiva, las memorias en conflicto sólo pueden aspirar a la contingente encarnación de la hegemonía, en una sedimentación inestable siempre sujeta a ser desafiada por una reactivación que ratifique esa contingencia.

El escenario resultante es sombrío, al menos desde la perspectiva de sostener la pretensión de alcanzar una memoria coagulada en torno de la descalificación completa y permanente de la última dictadura militar vivida en el país y las violaciones a los derechos humanos que ha conllevado, pero es el escenario que se proporciona al estar juntos en una democracia posfundacional.

III. MEMORIAS COLECTIVAS EN DISPUTA A PROPÓSITO DEL ENCARCELAMIENTO DOMICILIARIO POR RAZONES DE EDAD EN EL JUZGAMIENTO DE DELITOS DE LESA HUMANIDAD

Es a parte del núcleo de ideas precedentes que se realiza en este trabajo una aproximación a una cuestión de perfiles singulares que escenifica, en los procesos penales relativos al juzgamiento de delitos de lesa humanidad llevados adelante en nuestro país, a las memorias colectivas en disputa.

La referencia es a las controversias suscitadas en torno al encarcelamiento cautelar o en cumplimiento de pena de los imputados y penados en sus domicilios por razones etarias.

No hace al objeto de este trabajo analizar pormenorizadamente los perfiles de la prisión preventiva o de la pena de prisión en modalidad domiciliaria en lo relativo a sus requisitos de procedencia, de conformidad con las prescripciones de la ley penal formal y material.

Por el contrario, en particular lo que interesa considerar es el supuesto en el que frente a un imputado o penado por delitos de lesa humanidad que alcanza una edad que, conforme las normas en juego, torna procedente el encarcelamiento en modalidad domiciliaria, las resistencias a que tal modalidad de restricción de libertad se disponga, o, una vez dispuesta, a que se mantenga, se manifiestan con intensidad por parte de la totalidad de los operadores jurídicos que provienen de las acusaciones.

A su vez, tratándose de juezas y jueces, las posiciones registran variaciones entre quienes de manera constante se alinean con las posiciones de las acusaciones, y quienes no lo hacen.

Finalmente, las defensas públicas y particulares demandan que, en caso de verificarse el supuesto etario que la habilita, la prisión domiciliaria siempre se otorgue, pues es del interés de las partes que representan.

Lo que debe quedar claro, es que las posiciones adversas a la concesión de encarcelamiento domiciliario por razones de edad tratándose de otros delitos en la generalidad de los casos - excepción hecha, por ejemplo, respecto de algunos delitos como los sexuales o los de trata de personas- no se sostiene, tanto por parte de esas acusaciones, como del criterio de juezas y jueces.

Tal constatación podría ser interpretada como una expresión del populismo punitivo, esto es, como una emanación de la legitimación de un castigo más intenso fincada en las demandas de un sector mayoritario de la sociedad en esa dirección (Sozzo, 2007), más no puede desconocerse que, en todo caso, se trataría de una manifestación altamente selectiva de dicha estrategia política (Nava Tovar, 2025), en la medida en que, como ya se expresó, quienes sostienen una aplicación más “dura” de la ley penal frente a los privados de la libertad a propósito del juzgamiento de delitos de lesa humanidad, no mantienen en general tal rigor frente a imputados y penados por otro tipo de delitos, e incluso son proclives a sostener una mirada fundamentalmente crítica respecto de la retórica punitivista.

Es la cuestión aludida la que considero que puede ser iluminada desde las memorias en disputa, entendiéndola como una puesta en escena del conflicto en torno del sentido que cabe asignar al pasado, desde el presente, a propósito de la significación pública de la última dictadura militar.

Que un amplio arco de los operadores jurídicos sostenga posiciones relativas a la situación de libertad de los imputados y penados de avanzada edad de manera diferencial según se trate de delitos de lesa humanidad, o de cualquier otro tipo de delitos, siendo que el presupuesto habilitante del encarcelamiento domiciliario se mantiene constante -la biología no varía conforme se trate de encausados por delitos de lesa humanidad, o por cualquier otro tipo de delitos-, necesariamente significa algo cuyo sentido puede develarse a partir de las memorias en disputa.

En el punto cabe tener presente, además, que el margen interpretativo forense en la cuestión se encuentra considerablemente reducido por un núcleo constitucional y convencional de normas de derechos humanos que garantizan la protección de los adultos mayores como grupo en situación de vulnerabilidad por razones etarias (Constitución Nacional -artículos 18, 33, 75 inciso 22-; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes -artículo 1-; Convención Americana sobre Derechos Humanos -artículos 1, 2, 4, 5, 7, 8-; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -artículos 2, 3, 6, 7, 9, 10, 14-; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -artículo 12-; Convención Interamericana Sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores -artículos 1, 3, 4, 5, 6, 10, 13, 19, 31, 32-), y por las normas que regulan específicamente la cuestión.

Sobre el último factor considerado, la referencia precisamente corresponde al instituto de la prisión domiciliaria, que contempla diversos supuestos en los que el legislador habilita tal modalidad de cumplimiento de la prisión preventiva o de la pena -entre los que se cuenta la avanzada edad-, en el entendimiento de que la privación de libertad en un establecimiento penitenciario, frente a dichos supuestos, configuraría un castigo que excedería el que produce el encierro mismo (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2001, pág. 951).

Así, el artículo 10 del Código Penal y el artículo 32 de la Ley 24.660 en sus redacciones actuales conforme Ley 26.472 regulan en sus seis incisos los supuestos de procedencia de la prisión domiciliaria, y el otorgamiento de la modalidad domiciliaria de encierro a las personas mayores de setenta años en particular se encuentra contemplado en el inciso d) de ambas normas, sin que se supedite su concesión a ningún tipo de informe médico, psicológico o social; informes que, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 24.660 texto según Ley 26.472, sí se exigen en otros supuestos de procedencia de la prisión domiciliaria.

Sin embargo, es esta circunstancia la que ha dado lugar a interpretaciones disímiles cuando de imputados y penados por delitos de lesa humanidad se trata.

Al respecto, una primera cuestión que ha generado debate -la que, en rigor, también se extiende con relación a los imputados y penados por delitos comunes-, es el sentido que cabe asignar al verbo “podrá” empleado por el legislador tanto en el artículo 10 del Código Penal, como en el artículo 32 de la Ley 24.660, en sus textos vigentes, cuando se dirige al juez competente que habrá de entender en el caso.

Si se parte del principio favor rei, es posible sostener con doctrina y jurisprudencia que la apreciación judicial que enmarca el verbo “podrá” delinea una facultad que no se encuentra librada, en modo alguno, a la discrecionalidad o a la arbitrariedad de los magistrados, con lo que sólo podría denegarse la prisión domiciliaria a una persona mayor de setenta años cuando su otorgamiento desnaturalice o abroge en la práctica el régimen de detención. De esa manera, no podrá tal denegación carecer de fundamento, o encontrarse solamente fundada en la facultad asignada por el legislador. Y en esa misma dirección, cabe destacar que la jurisprudencia de manera inveterada ha señalado que, cuando el Código Penal trata de un beneficio de libertad, el “podrá” necesariamente debe entenderse en un marco de comprensión amplia, solo limitada a casos extraordinarios claramente probados, tales como posibilidades de desnaturalización del régimen punitivo (Durrieu, 2016).

Asimismo, puede argumentarse que el verbo “podrá” dentro del ámbito normativo indica que el magistrado tiene permiso para realizar una acción, pero que de eso no se sigue que tenga permiso para no realizarla. Una evidencia de tal razonamiento es la conducta del legislador, en el sentido de que si bien se ha tomado el trabajo de señalar expresamente los casos en los que el beneficio está permitido, no lo ha hecho respecto de los casos que configurarían la permisión de su no otorgamiento. Y si esta evidencia no se considera concluyente, partiendo de la idea de que el legislador si hubiera pretendido no habilitar la no permisión debería haber empleado el verbo “deberá”, tendríamos dos opciones interpretativas en pie de igualdad (Iosa, 2012).

Una segunda cuestión, ésta ya estrictamente vinculada al otorgamiento de la modalidad domiciliaria de encierro a las personas mayores de setenta años imputadas o penadas por delitos de lesa humanidad, tiene que ver con el despliegue de una serie de interpretaciones jurisprudenciales que, apelando a distintas argumentaciones, en concreto lo que hacen es sumar condiciones para tornar procedente la prisión domiciliaria por razones etarias, lo que implica un apartamiento de la interpretación literal de las normas involucradas y del principio pro persona como norte hermenéutico en la materia.

Al respecto, la Cámara Federal de Casación Penal tiene una posición destacada, con argumentaciones que abrevan en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativa a los estándares para evaluar riesgos procesales en causas que versan sobre delitos de lesa humanidad en materia de excarcelaciones (sentencia en causa “Vigo, Alberto Gabriel s/

causa N° 10.919”, V 261, L XLV, del 14/09/2010, y otras que la receptan); estándares que se consideran aplicables para evaluar la concesión de una prisión domiciliaria. Esta es la posición del juez Mariano H. Borinsky, la que formula en su voto en la resolución del 22/06/2012 de la Sala I en causa “Videla, Jorge Rafael y otros s/recurso de casación” y mantiene en sucesivos pronunciamientos. Así, considera que en el otorgamiento de la prisión domiciliaria los magistrados que lo analicen deben tener en cuenta la modalidad de comisión de los hechos, la circunstancia objetiva de que el encierro domiciliario incrementa el peligro de fuga, la eventual sanción para el Estado argentino frente a su responsabilidad internacional por la obligación de sancionar a los responsables de la comisión de crímenes de lesa humanidad.

Dicho tribunal, y otras instancias jurisdiccionales, frente a imputados y penados mayores de setenta años, también limitan el otorgamiento de la prisión domiciliaria por razones de edad mediante una suerte de maridaje del supuesto etario con la situación de salud, exigiendo que la persona imputada se encuentre aquejada de una enfermedad terminal o de patologías cuyo tratamiento no puede brindarse en un establecimiento penitenciario. Para sostener esta interpretación, se elabora una construcción que parte del verbo “podrá”, para sostener que denota una facultad del juzgador sujeta, como todo acto jurisdiccional, a la razonabilidad, la que a su vez fincan en el análisis de las circunstancias del caso. Se establece así que la concesión de la prisión domiciliaria por el cumplimiento del requisito etario no funciona de manera automática (por ejemplo, voto del juez Carlos Javier Carbajo en resolución de la Sala IV de la CFCP del 11/02/21 en causa “Funes, Héctor Fructuoso s/recurso de casación”).

Otro argumento para denegar la prisión domiciliaria a los imputados y penados mayores de setenta años es la gravedad de los delitos de lesa humanidad. Así, en la resolución del 29/08/08 dictada por la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal en causa “Luján, Horacio Elizardo s/recurso de casación”, los magistrados intervinientes sostuvieron que la concesión de la prisión domiciliaria a un procesado mayor de setenta años en una causa relativa a delitos de lesa humanidad no se encuentra justificada en razón de la naturaleza y gravedad de los delitos imputados.

Sin embargo, los esfuerzos argumentales referenciados que la jurisprudencia despliega en materia de delitos de lesa humanidad, para sortear el plexo de normas que regulan la problemática, en orden a habilitar el encarcelamiento domiciliario de las personas mayores de

setenta años, no resulta robusto, en el sentido que no logra conmover la idea de que las soluciones propuestas solo se orientan a buscar gestionar una situación de hecho que jurídicamente no puede resolverse sin incurrir en cierta violencia interpretativa.

En esta dirección, no pueden dejar de mencionarse algunas de esas debilidades.

Tratándose de la remisión a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se refiere a estándares para evaluar riesgos procesales -peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación-, en causas que versan sobre delitos de lesa humanidad, en materia de excarcelaciones, como presupuesto para denegar una prisión domiciliaria por razones de edad, tal remisión implica exportar la regulación de un instituto -la excarcelación conforme los artículos 317 y 319 del CPPN- a otro -la prisión domiciliaria- que no contempla el riesgo procesal como un factor a considerar. En ese sentido, Iosa (2012) afirma que las circunstancias invocadas como razones para mantener la prisión preventiva, no pueden nuevamente ser invocadas para denegar la modalidad domiciliaria de esa prisión preventiva. Tal proceder, como lo señala Durrieu (2016), resulta asistemático.

En cuanto a la combinación de la causal etaria con una situación de salud que impida el alojamiento en un establecimiento penitenciario, es una construcción dogmática que no tiene asidero en el derecho positivo en tanto, como se ha explicitado más arriba, el requisito etario para la procedencia de la prisión domiciliaria no se encuentra subordinada a ningún tipo de informe de salud.

Con relación al argumento de la gravedad del delito, no pude desconocerse que la misma constituye una medida de la culpabilidad que incide en la pena impuesta, pero que no puede tener impacto sobre la modalidad de cumplimiento de la prisión preventiva o de la pena, en tanto la ley positiva, con acertado criterio, no lo contempla. Por lo demás, no puede desconocerse que cuando el legislador ha decidido considerar la gravedad del delito en materia de ejecución de la pena como factor diferenciador de trato, lo ha hecho. Prueba de ello es el artículo 56 bis de la Ley 24.660 -texto conforme Ley 27.375-, que impide otorgar los beneficios que corresponden al periodo de prueba a los condenados por delitos de lesa humanidad, entre otros injustos contemplados, norma que repetidamente ha sido impugnada en su constitucionalidad.

El cuadro descripto permite corroborar que los esfuerzos argumentales para incorporar limitaciones al supuesto etario para el otorgamiento de la prisión domiciliaria a imputados y

penados por delitos de lesa humanidad examinados no resultan persuasivos, en la medida en que se concretan en una interpretación literal (el caso de la discusión sobre los alcances del verbo “podrá”), o en interpretaciones que se apartan de la literal (caso de la aplicación extensiva de los estándares para evaluar riesgos procesales de las excarcelaciones, caso de la combinación de la causal etaria con la situación de salud, caso de la incorporación de la gravedad del delito), que implican avanzar sobre el principio pro persona frente a un grupo en situación de vulnerabilidad para gestionar una situación de hecho frente a la cual, como ya se ha mencionado más arriba, el derecho no puede suministrar respuestas sin apartarse del plexo de derechos humanos que informa a la materia.

En el caso, entonces, las posiciones diversas frente a una situación fáctica semejante, como sostuve antes, pienso que pueden iluminarse a la luz de las memorias en disputa.

Frente a una controversia en el sentido jurídico-penal técnicamente periférica -la discusión en torno de la modalidad de cumplimiento de una medida cautelar o de una pena-, se actualizan representaciones en torno del pasado reciente inconciliables, que pueden ser plenamente entendidos como un supuesto de los antagonismos sociales de Laclau.

La idea de que imputados por delitos de lesa humanidad puedan transitar el proceso penal, aún luego de ser condenados y, al término de ese proceso, ante una sentencia firme de condena, puedan cumplir pena, “en casa”, resulta intolerable para quienes consideran que la última dictadura militar vivida en el país demanda una respuesta estatal en la que la justicia pueda cobrar auténtica realidad.

En esa línea, la imagen de un imputado o de un penado por delitos de lesa humanidad transitando el proceso o cumpliendo pena “en casa”, opera como un disparador de sentidos de injusticia.

De esa manera, es posible sostener que la enorme labor de gestión del pasado reciente, que demandó décadas de afinamientos hasta llegar al juzgamiento de los responsables de los graves delitos perpetrados desde el Estado en los años setenta, se percibe como frustrada frente a decisiones jurisdiccionales que determinan que esas personas no vean alterada su existencia de manera significativa frente a la persecución penal pública, en la medida en que pueden afrontar su conflicto con la ley penal a lo largo de las distintas contingencias que supone su progresión en un espacio físico (vivienda, mobiliario, objetos apreciados) y social

(entorno familiar conviviente) conocido, lo que implica que la privación de libertad en sus efectos se relativiza considerablemente.

En otras palabras, imputados y penados por delitos de lesa humanidad mayores de detenta años no resultan sustancialmente privados de atributos centrales de su identidad.

Ahora bien, otra arista que compone el cuadro de situación que se analiza es la pertinaz negación de imputados y condenados por delitos de lesa humanidad a asumir un mínimo grado de responsabilidad respecto de los hechos bajo juzgamiento, lo que con facilidad se constata con la lectura o la visualización de sus declaraciones en los juicios que los tienen por acusados, o con la lectura de sus declaraciones prestadas en el curso de la instrucción antes del debate oral y público. Con estas personas, la introyección del mensaje de la ley penal se verifica como un imposible.

A su vez, como una excepción a la selectividad del sistema penal de la que sobradamente da cuenta la criminología crítica, imputados y penados por delitos de lesa humanidad que detentaron cargos de jerarquía, suelen vivir vidas desprovistas de las urgencias y penurias que produce una situación económica desfavorecida. Tratándose de esas personas, el confinamiento en la vivienda que los acoge junto a su entorno familiar conviviente se presenta como una garantía de vida confortable, con acceso sin limitaciones a la atención de salud, a la alimentación, a la vestimenta, a camas confortables, a espacios climatizados y a bienes culturales.

¿Cómo conjugar el aserto de que la ley finalmente alcanzó a los responsables por delitos de lesa humanidad a partir del juzgamiento de sus conductas delictivas, con restricciones de la libertad ambulatoria en viviendas acomodadas, en compañía de sus seres queridos, y sin siquiera la más mínima percepción de que la ley penal les hace un gravísimo reproche?

En cambio, desde una memoria colectiva más complaciente con lo sucedido en los años setenta, una montada, por ejemplo, sobre la teoría de los dos demonios que homologa posiciones de víctimas y victimarios, o sobre la exaltación del olvido y la reconciliación como las estrategias más convenientes para lidiar con un pasado doloroso, que imputados y penados en procesos por delitos de lesa humanidad puedan por razones de edad acceder a la prisión domiciliaria se percibe como una expresión del correcto resguardo de un grupo en situación de vulnerabilidad y, desde posiciones más alineadas con la dictadura militar, como

una medida que torna más tolerable el ejercicio de la venganza que coloca en el lugar de delincuentes a verdaderos patriotas.

Ambas representaciones del pasado reciente sobre la cuestión planteada resultan inconciliables. Y en el medio de ellas el derecho exhibe su insuficiencia para gestionar el conflicto social abierto por las memorias en disputa: frente a injusticias extremas como las resultantes de los delitos perpetrados en la última dictadura militar, existe un resto irreparable, en la medida en que no existe un marco normativo que permita alcanzar una solución justa.

Sacrificar las normas que regulan la prisión domiciliaria por razones de edad en aras de una justicia natural implica una violación de la ley positiva; observar la ley positiva conduce a una idea de injusticia sustancial.

Se hace presente así el diferendo de Lyotard (1983) con una profundidad sin suturas: aún en una democracia que habilite el disenso extendido, no hay catarsis definitiva frente a las memorias en disputa y el derecho exhibe su imposibilidad para brindar una respuesta.

IV. CONCLUSIONES

A partir de una aproximación a las memorias colectivas en disputa en torno de la significación política del pasado reciente respecto de la última dictadura militar, el presente trabajo pretende sumar una perspectiva de análisis a las controversias suscitadas en torno de la prisión domiciliaria de los imputados y penados por razones de edad en los procesos en los que se juzgan delitos de lesa humanidad.

Es con su desarrollo -a partir de un examen de las posiciones que en la cuestión sostienen jueces y juezas y partes del proceso, de las normas en juego y de los argumentos que la jurisprudencia despliega para denegar la prisión domiciliaria a imputados y penados por razones de edad-, que se propone que tales controversias escenifican las memorias colectivas en disputa, en la medida en que actualizan representaciones en torno del pasado reciente inconciliables frente a las cuales el derecho exhibe su insuficiencia para gestionar el conflicto social abierto por las memorias en disputa. En esa dirección se postula que frente a injusticias extremas existe un resto irreparable, en tanto no existe un marco normativo que permita alcanzar una solución justa.

REFERENCIAS

- Burdman, Javier (2009). El pensamiento político posfundacional, en *Revista de Ciencia Política*, V. 29, N. 3, p. 853-856.
https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-090X2009000300010
- Camps, Maximiliano y Mercatante, María Elisa (2019). Los derechos humanos en el macrismo, en *Sociales investiga. Escritos académicos, de extensión y docencia*, Universidad Nacional de Villa María, N. 8, julio-diciembre, p. 113-127.
<https://socialesinvestiga.unvm.edu.ar/ojs/index.php/socialesinvestiga/article/view/285>
- Durrieu, Roberto (2016). La detención domiciliaria y la edad, en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Tomo 76, N° 2, Diciembre de 2016.
https://issuu.com/revistacolegiodeabogadosciudad/docs/revists_76_t2
- Iosa, Juan (2012). ¿Es justa la demanda de cárcel efectiva para los represores mayores de setenta?, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, N° 3, 2012.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3995008>
- Jedlowski, Paolo (2000). Capítulo IV. La sociología y la memoria colectiva, en Rosa Rivero, Alberto, Belleli, Guglielmo y Bakhurst, David (ed. lit.), *Memoria colectiva e identidad nacional*. Madrid: Biblioteca Nueva
- Jelin, Elizabeth (2000). Memorias en conflicto, en *Puentes*, 1, agosto, 6-13.
https://www.comisionporlamemoria.org/archivos/jovenesymemoria/bibliografia_web/memorias.html
- Jelin, Elizabeth (2002). *Los trabajos de la memoria*. Madrid: Siglo XXI
- Luna Salas, Fernando (2021). Fiabilidad de la prueba testimonial: breve análisis desde la psicología del testimonio y los errores de la memoria, en *Revista Prolegómenos*, Vol. 24 (48), julio-diciembre, p. 53-67.
<https://doi.org/10.18359/prole.5701>
- Lyotard, Jean François (2009). *La Diferencia*. Madrid: Gedisa
- Nava-Tovar, Alejandro (2025). Toward the critique of punitive populism, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, V. 19, N. 19
<https://doi.org/0.22201/ijj.24487937e.2025.19.19531>

Ricoeur, Paul (2013). La memoria, la historia, el olvido. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica

Rivas Nieto, Pedro y Rodríguez Fernández, María (2010). Autoritarismo, totalitarismo y doctrina de la seguridad nacional, en Espacios Públicos, V. 13, N. 29, diciembre, p. 99-118.

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67616330007>

Sozzo, Máximo (2007). ¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y “prisión-depósito” en Argentina, en URVIO Revista Latinoamericana de estudios de seguridad. N. 1, p. 88-116

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5407126>

Todorov, Tzvetan (2000). Los abusos de la memoria. Barcelona: Paidós Ibérica

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro (2002). Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar

Recibido el 6 de abril de 2025, aceptado 29 de junio de 2025