

## ¿DOMICILIARIA A LOS 65?

El principio “pacta sunt servanda” implica que lo pactado obliga. Los tratados son el refuerzo de que así sea. Esta norma se vio reflejada en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969: “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. De esta forma la observancia de los tratados por parte de los Estados que se obligan por ellos se ha convertido en una norma imperativa convencional de derecho internacional que no puede ser alterada por acuerdo en contrario (cf. art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). De acuerdo con lo expuesto, la tendencia internacional se ha visto inclinada hacia la firma de tratados que permitan cierta previsibilidad sobre el comportamiento de los Estados parte. En este proceso la cantidad y calidad de los acuerdos internacionales ha proliferado al punto de interferir en los ordenamientos internos de los Estados. Nuestra Constitución de 1853, no preveía esta situación, lo que fuera corregido por la reforma de 1994.-

En el artículo 3º inciso I de la ley 24.309 de Declaración de la necesidad de la reforma constitucional, los convencionales constituyentes modificaron la Carta Magna. Pero también reconocieron razón a los dichos de Alberdi al respecto: “Temer que los tratados sean perpetuos, es temer que se perpetúen las garantías individuales en nuestro suelo. El tratado argentino con la Gran Bretaña ha impedido que Rosas hiciera de Buenos Aires otro Paraguay. De esta proposición parece inferirse el deseo alberdiano, basado sin dudas en su particular sentido europeísta, de dotar de mayor jerarquía a los tratados frente a las leyes.-

Así queda claro que la nueva jerarquía en el orden federal (ya, sin posibles diversas interpretaciones) queda establecida del siguiente modo: Constitución - tratados - leyes.

Reza la Constitución Nacional: Artículo 75.- Corresponde al Congreso: ...22. 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. ... 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.-....”.-

Artículo 99.- El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: ...11. Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules....”.-

Cuando nos referimos a los tratados internacionales, dos son las cuestiones que debemos diferenciar: I.- La primera, determinar cuándo se opera la incorporación de un tratado al derecho estatal argentino, vale decir: cuales son los pasos necesarios para que un tratado pueda ser invocado por los jueces y por los particulares, y II.- La segunda, cuál es el orden de prelación normativa, para el supuesto que surja un conflicto entre la norma estatal (sea una ley, decreto o resolución ministerial, del ámbito federal o provincial) con la norma convencional internacional.-

El Estado argentino evolucionó desde una posición dualista a un monismo con supremacía constitucional, según la letra actual de la CN argentina. A lo que se debe agregar, que según los

fallos de la CSJN, se adoptó jurisprudencialmente un monismo con supremacía internacional absoluta (es decir: por sobre la CN argentina).

Luego de su tradicional posición dualista y de equiparar los tratados internacionales a una ley de la nación, en el año 1992 la CSJN en la causa: Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros (Fallos 315: 1492 del 7.6.1992) estableció que un tratado, ratificado por el Estado argentino, era aplicable en el derecho interno, aún cuando no existiera una norma que reglamentare los derechos por éste otorgados.

Vemos pues, que la CSJN adopta la clásica posición monista al considerar que, por el hecho estar obligado el Estado argentino por un tratado, éste ya forma parte del orden estatal.

Esta postura fue reiterada en posteriores fallos: Café La Virginia S.A s/ apelación (10.10.1994, Fallos. 317:1282); Servini de Cubria M c/ Arte Televisivo Arg. S.A y Borensztein Mauricio (Jurisprudencia Argentina Tomo 1992-IV, pag. 10); Fibraca Constructora SCA c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande s/ recurso de hecho (El Derecho Tomo 154 pag. 161); Serra Fernando Horacio y otro c/ MCBA s/ recurso de hecho (causa S. 182 XXIV 26.10.1993); Hagelin Ragnar c/ PEN s/ juicio de conocimiento” (causa H 19.XXXV del 22.12.1993), entre otros.

Sin embargo, a tal punto la jurisprudencia de la CSJN adoptó el monismo normativo, que hoy día este tribunal no se limita a aplicar los tratados ratificados por el Estado argentino, sino también el derecho consuetudinario internacional (vale decir normas internacionales no escritas caracterizadas por ser vagas e imprecisas) **y con grado de prelación por sobre las normas nacionales e incluso constitucionales, cuando se trata de derechos humanos.**

Ello se encuentra reflejado en la causa “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros” donde expresó: ..30) Que las cláusulas de los tratados modernos gozan de la presunción de su operatividad, por ser, en su mayoría, claras y completas para su directa aplicación por los Estados partes e individuos sin necesidad de una implementación directa”;.. 38) Que, en tales condiciones, a pesar de haber transcurrido el plazo previsto por el art. 62 inc. 2° en función del art. 210 del Código Penal corresponde declarar que la acción penal no se ha extinguido respecto de Enrique Lautaro Arancibia Clavel, por cuanto las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” (leyes 24.584 y 25.778). [1]

No debemos olvidar entonces que el primer efecto de adoptar un sistema monista, es considerar que la norma internacional ya integra el orden jurídico interno desde el momento de su vigencia internacional.

Los precedentes citados de la CSJN constituyeron un caso de generación normativa constitucional por cuanto estos fallos provocaron la constitucionalización de la jurisprudencia cuando se llevó a cabo la reforma de 1994. Es así que, con esta reforma, el Estado argentino adopta finalmente un sistema monista con un orden jerárquico determinado y en función a la categoría de los tratados de que se trate.

No encontramos motivo para diferenciar entre los tratados enumerados explícitamente por el artículo 75 inciso 22 que tienen rango constitucional y los que posteriormente adquieran esta

jerarquía. Estos últimos deberían equipararse a los tratados ordinarios hasta tanto el Poder Legislativo no eleve su jerarquía al nivel constitucional. Y una vez que este paso se hubiere realizado, no habría por qué diferenciar entre aquellos convenios internacionales a los que el texto constitucional les concedió la jerarquía suprema y aquellos que la han obtenido posteriormente como consecuencia de una decisión del Poder Legislativo en cumplimiento de una opción constitucional.

El art. 75 inc. 22 1º párrafo de la CN, dispone que los tratados tendrán la calidad de norma jurídica “en las condiciones de su vigencia...” lo que significa que se remite a la normativa del derecho de los tratados (del ordenamiento internacional). Esta remisión implica que un tratado será fuente de derechos y obligaciones en el orden interno argentino desde el momento que entre en vigor en el orden internacional y no antes.

Los Tratados con jerarquía constitucional: Son convenciones y declaraciones internacionales, que taxativamente enumera la CN en su art. 75 inc.22, a los que otorga el rango de norma constitucional, agregando que deben entenderse complementarios de la Constitución.

Pero concordante con el principio del art. 27, nuestra Carta Magna dispone que estos tratados no derogan ningún artículo de la parte dogmática de la Constitución. Con ello establece la primacía de la Constitución por sobre todo tratado o convención internacional.

A riesgo de excedernos en demasía pero entendiendo que la importancia del tema lo impone transcribimos parte pertinente de la nota publicada por el Dr. José Raúl Heredia, bajo el título La jerarquía normativa, al decir: “Bidart Campos, que se ha ocupado en numerosos trabajos de la jerarquía normativa de los tratados, ha explicado: <Es frecuente el análisis de cómo el derecho internacional ingresa en el derecho interno. Los tratados entran a formar parte de él cuando el estado los ratifica internacionalmente, o adhiere a ellos. A partir de la ratificación o de la adhesión, el derecho interno recibe al derecho internacional contractual. Para el monismo tal como personalmente lo profesamos, lo recibe automáticamente, sin necesidad de que después de la ratificación una fuente interna (ley) le de recepción. Para el dualismo –que rechazamos – hace falta que después de la ratificación una fuente interna haga ingresar el tratado al derecho interno, y que produzca la novación del tratado en ley interna>.

<sup>[1]</sup> “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros” causa n° 259C.A. 533. XXXVIII.RECURSO DE HECHO. Ver en Jurisprudencia Argentina 2004 – IV-426.

<sup>[2]</sup> GONZALEZ NAPOLITANO, Silvia S. “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno argentino”, *Rev. Prudentia Iuris*, número37, abril 1995 .p. 132.

**Por ley 27360 la República Argentina aprobó la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Organización de los Estados Americanos durante la 45a Asamblea General de la OEA, el 15 de junio de 2015.-**

Esa ley fue aprobada por la mayoría necesaria del Congreso de la Nación y promulgada por decreto 375/2017 del 30 de mayo de 2017, que dice: “Ciudad de Buenos Aires, 30/05/2017 En uso de las facultades conferidas por el artículo 78 de la CONSTITUCION NACIONAL, promúlgase la Ley Nº 27.360 (IF-2017-10126785-APN-SECCYCI#MRE), sancionada por el HONORABLE CONGRESO DE LA NACION en su sesión del día 9 de mayo de 2017. Dése para su publicación a la Dirección Nacional del Registro Oficial, gírese copia al HONORABLE CONGRESO DE LA NACION y comuníquese al MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO. Cumplido, archívese. — MACRI. — Marcos Peña. — Susana Mabel Malcorra. Presidente de la Nación”.-

Con motivo de la ratificación por nuestro país de la mencionada Convención y en un todo de acuerdo a lo previsto por el art. 75 inc. 22 de la CN, deberemos coincidir que dicha Convención tiene desde su aprobación y promulgación la vigencia de las siguientes afirmaciones “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”, “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.”.-

Y nos preguntaremos cuál es la importancia de la incorporación de nuestro país a la Convención citada? Y responderemos que es justamente la influencia de dicha Convención de Jerarquía Constitucional sobre la legislación nacional.-

Veamos que el art. 10 inc. D del Código Penal prevé la prisión domiciliaria para EL INTERNO MAYOR DE **SETENTA AÑOS**.-

En publicación hecha por el Dr. Roberto Durrié afirmaba que nuestro país se caracterizó, desde que comenzaron a dictarse las primeras leyes con contenido penal, por tomar previsiones legales para que el cumplimiento de los arrestos o penas no infrinjan un sufrimiento que vaya más allá del que surge naturalmente de una privación de libertad. En este marco, el Código Penal previó la detención en el domicilio para ciertos casos de vulnerabilidad del condenado. Y proseguía diciendo: “La finalidad del instituto es la de atemperar el mayor gravamen de la privación de la libertad, sea por razones de enfermedad, simple estado de deterioro general, o por la sola razón de una edad avanzada (la norma refiere a internos mayores de 70 años). Esta última hipótesis está prevista en el inciso "d" del artículo 10 del Código Penal y **atiende a la mayor vulnerabilidad de las personas que han llegado a la tercera edad, DE ACUERDO CON LAS DISPOSICIONES DE RANGO CONSTITUCIONAL QUE APUNTAN A BRINDAR PROTECCIÓN A LOS ANCIANOS**”.

Culminaba el Dr. Durrié su comentario diciendo: “La norma es clara y no admite otra interpretación que aquella que sostiene que el cumplimiento de la edad prevista abre el derecho a cumplir la pena en forma domiciliaria. La exigencia de un estado de salud deteriorado o terminal, repito, no surge como un requisito de la reglamentación de este instituto.”.-

Es del caso entonces acudir a la nueva situación imperante tras la ley 27360 y reproducir las siguientes partes del anexo de la Convención:

Artículo 1: **Ámbito de aplicación y objeto.** El objeto de la Convención es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad. Lo dispuesto en la presente Convención no se interpretará como una limitación a derechos o beneficios más amplios o adicionales que reconozcan el derecho internacional o las legislaciones internas de los Estados Parte, a favor de la persona mayor. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en esta Convención no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Los Estados Parte solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida en que no contradigan el propósito y razón de los mismos. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones.

Artículo 2: **Definiciones.** A los efectos de la presente Convención se entiende por: "... "Maltrato": Acción u omisión, única o repetida, contra una persona mayor que produce daño a su integridad física, psíquica y moral y que vulnera el goce o ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales, independientemente de que ocurra en una relación de confianza...."**Persona mayor": Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor.**

Artículo 3: **Son principios generales aplicables a la Convención.** a) La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor. ...d) La igualdad y no discriminación. ...f) El bienestar y cuidado. g) La seguridad física, económica y social. ...1) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor. ...n) La protección judicial efectiva. ...".-

Artículo 4: **Los Estados Parte se comprometen a salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor enunciados en la presente Convención, sin discriminación de ningún tipo, y a tal fin:** a) Adoptarán medidas para prevenir, sancionar y erradicar aquellas prácticas contrarias a la presente Convención, tales como aislamiento, abandono, sujeciones físicas prolongadas, hacinamiento, expulsiones de la comunidad, la negación de nutrición, infantilización, tratamientos médicos inadecuados o desproporcionados, entre otras, y todas aquellas que constituyan malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la seguridad e integridad de la persona mayor.... e) **Adoptarán y fortalecerán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos.** d) Adoptarán las medidas necesarias y cuando lo consideren en el marco de la cooperación internacional, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales; **sin perjuicio de las obligaciones que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.**

Artículo 5: Igualdad y no discriminación por razones de edad. Queda prohibida por la presente Convención la discriminación por edad en la vejez. Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afro descendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, **las personas privadas de libertad**, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros.

Artículo 10: Derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes La persona mayor tiene derecho a no ser sometida a tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Los Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para prevenir, investigar, sancionar y erradicar todo tipo de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes hacia la persona mayor.

Artículo 13: Derecho a la libertad personal. La persona mayor tiene derecho a la libertad y seguridad personal, independientemente del ámbito en el que se desenvuelva. Los Estados Parte asegurarán que la persona mayor disfrute del derecho a la libertad y seguridad personal y que la edad en ningún caso justifique la privación o restricción arbitrarias de su libertad. Los Estados Parte garantizarán que cualquier medida de privación o restricción de libertad será de conformidad con la ley y asegurarán que la persona mayor que se vea privada de su libertad en razón de un proceso tenga, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratada de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención. Los Estados Parte garantizarán el acceso de la persona mayor privada de libertad a programas especiales y atención integral, incluidos los mecanismos de rehabilitación para su reinserción en la sociedad y, según corresponda, promoverán medidas alternativas respecto a la privación de libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos.-

Artículo 31: Acceso a la justicia. La persona mayor tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Los Estados Parte se comprometen a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas. Los Estados Parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales. La actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor. Asimismo, los Estados Parte desarrollarán y fortalecerán políticas públicas y programas dirigidos a promover: a) Mecanismos alternativo~ de solución de controversias. b) Capacitación del personal relacionado con la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario, sobre la protección de los derechos de la persona mayor.-

Consecuentemente a todo lo detallado y desarrollado entiendo que en franca y clara aplicación de los principios constitucionales y de la supremacía de la Constitución sobre la normativa inferior del derecho positivo se debe considerar que la norma del art. 10 inc. D del Código Penal ha quedado modificada de hecho y de derecho y que en definitiva le corresponde a la persona mayor a partir de los 60 años y como máximo a partir de los 65 años (Para nuestro país por ejemplo) su derecho a gozar de prisión domiciliaria.-

La Justicia a los fines de acceder o denegar este planteo deberá realizar el doble control de convencionalidad y constitucionalidad a los efectos de ver qué norma es superior y cuál debe aplicarse.-

El primer antecedente del Control de Constitucionalidad, tal como lo conocemos en la actualidad de nuestro país, data de un leading case de la Corte Norteamericana del año 1803 caratulado "Marbury v. Madison. Las palabras del Juez Marshall en el caso de referencia, sirvieron como antecedente para estructurar todo el sistema argentino de control de constitucionalidad.- El Juez Marshall expresaba: "Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza."

Así lo reflejó la CSJN en un fallo de 1865 al decir " Que es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano de aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos ha señalado que "los tribunales locales no deben limitarse a analizar si una ley es o no inconstitucional, sino que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas ... y la Convención Americana" La Corte Interamericana ha manifestado además que no solo deben tomar los jueces para el cotejo de las normas las cláusulas convencionales, sino también la interpretación que la Corte y la Comisión Interamericana han hecho de las mismas: "El Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención" El control de Convencionalidad que realicen los jueces resulta de vital importancia, puesto que dicho control permite asimismo adecuar paulatinamente el orden interno a la normativa internacional que nuestro Estado a suscripto.- La suscripción por nuestro estado de Tratados Internacionales implica un gran compromiso, puesto que el no acogimiento a las mismas es pasible de generar Responsabilidad Internacional.- Así

frente a los compromisos asumidos por el Estado Argentino, el quebrantamiento de un derecho o una garantía contemplada en la Convención Americana de Derechos Humanos, hace nacer en cabeza del Estado, su responsabilidad, por lo que sería conveniente, que frente a dichas violaciones, los órganos jurisdiccionales ejerzan el control de convencionalidad, a los efectos de evitar las consecuencias apuntadas. Según la Corte "si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de Derechos Humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos (OEA)".

Conforme creemos que de hecho y derecho ha quedado modificada la norma del art. 10 inc. D. del CP, y en franco respeto del Tratado suscripto por nuestro país pueden gozar de prisión domiciliaria todos los internos mayores de 65 años, hasta tanto el Congreso ajuste la norma del art. 10 d del CP o se cristalice la reforma del CP pero respetando lo pactado, en una muestra que nuestro país es un país donde el Estado de Derecho se observa en cumplir lo escrito.- O por lo menos eso es lo que se debe intentar-

**Francisco José Adolfo Lavisse**

**DNI 11827927**

**Abogado Mat prov. 1-39948**

**Mat Fed 61-577**