



Maestría en Derecho Penal

Reserva de ley en la ejecución penal. El problema de la indeterminación legal de la prisión domiciliaria

Autoría: Pardini, Agustín

Año: 2026

¿Cómo citar este trabajo?

Pardini, A. (2026). *"Reserva de ley en la ejecución penal. El problema de la indeterminación legal de la prisión domiciliaria"*. [Tesis de maestría. Universidad Torcuato Di Tella]. Repositorio Digital Universidad Torcuato Di Tella.
<https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/14404>

El presente documento se encuentra alojado en el Repositorio Digital de la Universidad Torcuato Di Tella bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional

Dirección: <https://repositorio.utdt.edu>



UNIVERSIDAD TORCUATO DI TELLA

ESCUELA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

Reserva de ley en la ejecución penal. El problema de la indeterminación legal de la prisión domiciliaria.

Año 2026

ALUMNO: Agustín Pardini

LEGAJO: 21C1443

DNI: 39.388.293

Tutor: Leandro Alberto Días

Firma tutor

Fecha de presentación: 7/05/2026



Índice

1. Introducción.....	2
2. El principio de legalidad y su fundamento normativo. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	5
3. El principio de legalidad en el pensamiento filosófico y su origen histórico. La tradición constitucional y la tradición penal.....	9
3.1. Origen histórico y consagración del principio de legalidad penal.....	9
3.2. La tradición constitucional: Revolución Francesa, separación de poderes y <i>rule of law</i>	10
3.3. La recepción en el constitucionalismo norteamericano.....	12
3.4. El modelo constitucional y el modelo jurídico-penal: distinción y doble fundamentación.....	13
3.5. Algo más sobre los diferentes fundamentos de cada modelo.....	14
4. El principio de legalidad en la ejecución penal y por qué debería llamarse reserva de ley.....	17
4.1. El llamado “principio de legalidad en la ejecución penal” en la jurisprudencia y doctrina.....	17
4.2. ¿Legalidad o reserva de ley en la ejecución penal? Distintos supuestos, distintos principios.....	21
4.2.1. Distintos supuestos.....	22
4.2.2. Distintos principios.....	23
5. La prisión domiciliaria: ejecución sin reglas.....	27
5.1. La indeterminación normativa de la prisión domiciliaria.....	27
5.2. Un caso paradigmático que hace evidente la falta de reglamentación.....	29
5.3. Discusión.....	34
5.3.1. Críticas a los fallos reseñados. En defensa de la reserva de ley ejecutiva. ...	34
5.3.2. Regular lo que falta. Posibles soluciones en el plano legislativo.....	38
5.3.3. Objeciones restantes.....	39
6. Conclusión.....	43
7. Bibliografía.....	45



“La seguridad personal, garantida por el artículo 18 de la Constitución, conforme a la ley, puede ser desconocida y atropellada por la ley misma en muchísimos casos. Toda ley que deja en manos del juez un poder discrecional sobre las personas, toda ley de policía que entrega a sus agentes el poder irresponsable de prender y arrestar, aunque sea por una hora, son leyes atentatorias de la seguridad personal y, por lo tanto, esencialmente inconstitucionales.”

Juan Bautista Alberdi¹

1. Introducción.

El principio de legalidad es un pilar fundamental de la legislación penal moderna² y de nuestro sistema jurídico, aunque con alcance diferenciado según la materia a la que se aplique³.

Se encuentra reconocido en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional y, por vía del artículo 75, inciso 22, en los artículos 9 y 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Señala Manili que el principio de legalidad general “[s]ignifica que los derechos fundamentales de las personas, consagrados en el bloque de constitucionalidad, solo pueden ser restringidos, limitados o reglamentados por ley del Congreso, es decir, por ley en sentido estricto (art. 19)”⁴, mientras que en materia penal, por aplicación del art. 18, implica que sólo son punibles aquellas conductas tipificadas en normas que cumplan los requisitos de ser ley estricta, cierta, escrita y anterior al hecho⁵.

¹ Juan Bautista Alberdi, *Sistema Económico y Rentístico* (Ciudad Argentina) 66.

² Stefan Glaser, ‘Nullum Crimen Sine Lege’ (1942) 24 J. Comp. Legis. & Int’l L. 3d ser. 29.

³ Fernando Bracaccini, ‘Art. 19’ in Roberto Gargarella *et al*, *Constitución de la Nación Argentina comentada* (La Ley 2019).

⁴ Pablo L Manili, *Constitución de La Nación Argentina: Comentada, Anotada y Concordada Con Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos*, vol 1 (1st ed, Astrea 2023).

⁵ *ibid*.



De modo similar, Gelli diferencia entre el principio general del artículo 19 y sus manifestaciones específicas en materia penal (art. 18) y tributaria (artículos 4, 17 y 75 inc. 1º)⁶.

A pesar de esta distinción que hacen los constitucionalistas, el desarrollo doctrinario de dicho principio ha sido mayor en el ámbito penal material⁷, en virtud del arraigado reconocimiento del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que exige que tanto el hecho punible como la pena a aplicar estén determinados por una ley formal⁸.

En efecto, la llamada “doble precisión” del hecho y la pena es también ya una inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, “CSJN”) desde el precedente “Legumbres S.A.”⁹, aunque los fallos posteriores se hayan concentrado en mayor medida en el primero (*nullum crimen sine lege*)¹⁰ que la segunda (*nulla poena sine lege*), donde pueden producirse afectaciones tanto en la determinación de la pena en sí misma¹¹, como durante su ejecución¹².

La propia CSJN dictó fallos que consagran el principio de legalidad en la ejecución penal expresamente¹³ y, muy recientemente, se preocupó por enfatizar la necesidad de que rija durante el cumplimiento de las penas de prisión perpetua en los casos “Soto”¹⁴ y “Guerra”¹⁵.

Sin embargo, pese a constituir un gran avance, el abordaje de la garantía resulta insuficiente al forzar los límites del principio de legalidad en materia penal del artículo

⁶ María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina : comentada y concordada* (5a ed. amp. y act., La Ley 2018).

⁷ Gabriel Perez Barberá, ‘Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal’ (2015) 1 En Letra. Derecho Penal 42.

⁸ Gustavo A Beade, ‘El Principio de Legalidad. Significado y Alcance Del Nullum Crimen Sine Lege’ in Roberto Gargarella *et al*, *Constitución de la Nación Argentina comentada* (La Ley 2019).

⁹ Fallos: 312:1920

¹⁰ Ver, en tal sentido, los precedentes de Fallos: 320:763 (“Argenflora”); 321:824 (“Ayerza”); 329:1053 (“Cristalux S.A.”); 310:1909 (“Mussoto”); 315:272 (“Albornoz”); 330:4544 (“Palero”); 320: 2948 (“Pellicori”).

¹¹ Patricia S Ziffer, *Lineamientos de La Determinación de La Pena* (2nd ed, Ad-Hoc 2013).

¹² Ruben A Alderete Lobo, *Derecho Procesal de Ejecución Penal*, vol 1 (Editores del Sur 2022); Marcos Salt y Iñaki Rivera Beiras, ‘Los Derechos Fundamentales de Los Reclusos’ [1999] España y Argentina. Buenos Aires: Ed. Del Puerto.

¹³ Fallos: 327:388; 318:1508

¹⁴ Fallos: 347:2324

¹⁵ Fallos: 348:296



18 de la CN a otros ámbitos, sin echar mano a la genérica reserva de ley¹⁶, y al abarcar bajo el mismo principio situaciones distintas.

De manera similar, el enfoque quedó restringido a la pena de prisión y los derechos de los reclusos, soslayando que las penas o medidas alternativas a la prisión tienen cada vez mayor preponderancia en el sistema penal.

Es que si el límite constitucional es el artículo 18 que dice que nadie puede ser “penado”, las restricciones a derechos que no signifiquen la imposición de una sanción penal no se encuentran alcanzadas por ese vocabulario.

El abordaje precario de la garantía hace pasar por alto que la prisión domiciliaria también es una modalidad de ejecución en nuestro sistema legal, aunque con un alto nivel de indeterminación o insuficiencia regulatoria, lo que abre el juego a la discreción y a la arbitrariedad, y constituye un ejemplo flagrante de afectación a la reserva de ley en la ejecución penal.

Por lo tanto, se hace imperioso diferenciar correctamente el principio de legalidad penal de la reserva de ley general y demostrar que la ejecución penal se encuentra regida por el segundo, que se inscribe en la tradición constitucional enraizada en la separación de poderes y la sujeción del juez a la ley.

Sólo de esa manera se puede hacer visible la afectación concreta que implica para la legalidad el estado actual de la legislación en materia de prisión domiciliaria.

Con ese objetivo en miras, en la segunda sección se comenzará con una introducción normativa y jurisprudencial sobre el principio de legalidad penal y el de reserva de ley general, mientras que la tercera sección se centrará en los orígenes filosóficos e históricos de ambos principios, y sus diferencias.

La cuarta sección abordará el principio de legalidad en la ejecución penal a través de una descripción de la doctrina y la jurisprudencia de la CSJN. Luego, se realizará un análisis crítico de los fallos, para sostener que no pueden ser agrupados todos bajo el mismo principio y que, en definitiva, es el principio de reserva de ley el que debe regir la etapa ejecutiva.

¹⁶ En el mismo sentido, pero en el caso de la extensión del principio al ámbito del Derecho Procesal Penal, ver Perez Barberá (n 7).



En la quinta sección se pretenderá demostrar el problema específico de la indeterminación legal de la prisión domiciliaria, a través de la reseña de las normas que la rigen en nuestro país y con el análisis de un caso concreto, paradigmático y de gran trascendencia institucional: la ejecución de la condena de la ex presidenta Cristina Fernández de Kirchner, en donde la Sala 4 de la Cámara Federal de Casación Penal tuvo oportunidad de intervenir, dejando en evidencia la discrecionalidad y arbitrariedad que reina en esta modalidad de ejecución de la pena.

Delimitado este panorama, se planteará que en el estado actual de la regulación de la prisión domiciliaria los jueces, al concederla, enfrentan dos posibilidades: a) establecer el régimen que surge de la ley, virtualmente sin contenido concreto más que la permanencia en el hogar, o b) establecer el régimen y las reglas que estiman pertinentes según su propio juicio, sin una ley que así lo habilite.

Como consecuencia de ello, se explicará de qué manera la regulación de la prisión domiciliaria viola el principio de reserva de ley en la etapa ejecutiva y se enfrentarán algunas objeciones restantes.

2. El principio de legalidad y su fundamento normativo. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Existen dos conjuntos distintos de normas constitucionales vinculados a lo que genéricamente se ha denominado “principio de legalidad”.

El primero, circunscripto a la materia penal, se encuentra reconocido en el artículo 18 de la Constitución Nacional y, por vía de su artículo 75, inciso 22°, en los artículos 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷.

Así, el artículo 18 de la CN establece que “[n]ingún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. El art. 9 de la CADH expresa: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

¹⁷ También en los artículos XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a las que no se hará referencia para evitar redundancias.



Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”; mientras que la formulación del art. 15.1 del PIDCyP es casi idéntica.

Sin embargo, nuestra constitución y los tratados internacionales de igual jerarquía cuentan con otra serie de normas que se vinculan a un principio de legalidad general, no restringido al derecho penal, que es lo que se ha denominado “reserva de ley”.

Ellas son las del artículo 19 de la CN que en su última oración prescribe que “[n]ingún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” y el artículo 30 de la CADH en tanto ordena que “[l]as restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Braccacini explica, en su comentario al artículo 19 de la ley suprema, que este principio “es un elemento esencial del Estado de Derecho, en el cual la actividad estatal —y en especial, la coerción— debe ser guiada por la ley y no por la voluntad discrecional de un soberano”¹⁸.

Como puede advertirse fácilmente, el primer grupo de reglas alude a ser penado o condenado con base en una ley anterior y consagran el principio clásico de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, mientras que las del segundo conjunto apuntan a la necesidad de una ley para restringir o privar a alguien de un derecho.

En su clásico precedente “Legumbres S.A.” de Fallos: 312:1920, la CSJN nos recordaba que ella “ha interpretado de manera invariable que el art. 18 de la Constitución Nacional exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y las penas aplicables (Fallos: 204:359; 237:636, 254:315; 275:89; 301:395; 304:892 y 308:1224; 2043 y 2650 y causa G.221, XXII, “Gerstein, Myriam Noemí s/ infracción ley 20.771” resuelta el 20 de diciembre de 1988)”.

¹⁸ Braccacini (n 3).



En tiempos más cercanos dictó otras sentencias de gran interés sobre la garantía que aquí se analiza y en las que se preocupó de reseñar su jurisprudencia más relevante al respecto. En el caso “Ilarraz”¹⁹, consideró que

el principio de legalidad en materia penal, una de las garantías más preciosas de la Constitución Nacional (conf. Fallos: 136:200; 237:636; 275:89; 308:2650), comprende las normas sobre la determinación legal del régimen de la prescripción de la acción penal (doctrina de Fallos: 117:22; 117:48 y 117:222; 133:216; 140:34; 156:48; 160:114; 197:569; 254:116, considerando 19; 287:76; 294:68; 328:1268, voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni; 335:1480) e incluye el principio de reserva de ley, que exige que tales normas deban estar precisadas en una ley previa y formal (doctrina de Fallos: 136:200; 237:636; 312:1920; 335:1480, entre otros).

Dijo también en ese mismo caso que para que la norma respete el principio bajo análisis “es necesario que, además de describir la conducta reprochable, establezca la naturaleza y límites de la pena de modo tal que, al momento de cometer la infracción, su eventual autor esté en condiciones de representarse en términos concretos la sanción con la que se lo amenaza (Fallos: 315:2101; 310:1909)”.

De igual modo y en lo atinente a la reserva de ley general, en los casos “Guerra”²⁰ y “Soto”²¹, sobre los que se volverá más adelante, dijo lo siguiente:

Que este Tribunal ha sostenido que, conforme surge del artículo 19 de la Constitución Nacional, toda nuestra organización política y civil reposa en la ley; los derechos y obligaciones de los habitantes, así como las penas de cualquier clase que sean, solo existen en virtud de sanciones legislativas (Fallos: 178:355; 191:245; 327:388, voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni). También ha dicho que el principio de legalidad que surge de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional exige que las normas incluidas dentro de la juridicidad tengan el mayor grado de precisión y previsibilidad posible, a fin de que cumplan con el estándar de claridad que es requerido para que los sujetos puedan ajustar sus respectivas conductas (Fallos: 344:3209 y sus citas).

En otra serie de casos también sostuvo que el principio bajo examen “impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en la ley”²².

¹⁹ Fallos: 348:611

²⁰ Supra n 15

²¹ Supra n 14

²² Fallos: 330:4234; 331:699; 331:1312; 331:1679; 331:2784; 334:1143; 334:1754; 338:793



Como puede verse, la CSJN reconoce a los dos artículos de la constitución, el 18 y el 19, como fuentes del principio de legalidad, sin dejar de aclarar, cuando estima pertinente, si se refiere a la específica materia penal, que “incluye el principio de reserva de ley, que exige que tales normas deban estar precisadas en una ley previa y formal”.

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los artículos 9 y 30 de la CADH. Respecto del primero estableció que

en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana.²³

Por su parte, con relación al artículo 30 sostuvo que

[e]l sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente.²⁴

Del análisis hecho hasta aquí se desprende la distinción entre el principio general y el penal, pese a que aún no se ha delimitado el alcance de cada uno y su ámbito de aplicación. Previo a ello y con esa finalidad en miras, en lo que sigue se analizará el origen histórico y filosófico de ambas formulaciones.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52; párr. 121.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21.



3. El principio de legalidad en el pensamiento filosófico y su origen histórico. La tradición constitucional y la tradición penal.

3.1. Origen histórico y consagración del principio de legalidad penal.

La visión más difundida encuentra el origen del principio de legalidad penal en el liberalismo del siglo XVIII, sin negar algún otro antecedente más remoto en la Antigua Roma, en épocas del gobierno de Sulla, y las diversas ramificaciones posteriores en la era medieval, tanto en el continente como en la cultura anglosajona²⁵.

Se reconoce que la clásica consagración del principio de legalidad penal fue llevada a cabo en latín por Feuerbach en el adagio “*nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine; nullum crimen sine poena legali*”²⁶, en el marco del esbozo de su teoría de la coacción psicológica²⁷, que aparece ya tempranamente en su obra en el “Anti-Hobbes”²⁸.

Este autor distinguía entre la conminación y la imposición de la pena, cuyas finalidades y justificaciones eran distintas²⁹.

En primer lugar, la finalidad de la imposición de la pena era tan solo hacer realidad la conminación, pero su justificación no se vinculaba a la intimidación general³⁰. Sólo se encontraba justificada en tanto su destinatario había efectivamente cometido un delito³¹, aspecto que constituía una continuidad de ideas formuladas previamente por Kant y, antes que este, por Hobbes³², quien señalaba prematuramente que “el daño infligido por un

²⁵ Jerome Hall, ‘Nulla Poena Sine Lege’ (1937) 47 The Yale Law Journal 165.

²⁶ En adelante, por razones de economía del lenguaje, se utilizará para aludir al principio de legalidad penal de Feuerbach la alocución “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” y, en su caso, la primera o la segunda parte de la frase cuando se quiera aludir específicamente al hecho punible o a la pena.

²⁷ Joachim Hruschka, ‘Kant, Feuerbach y Los Fundamentos Del Derecho Penal’ in Juan Pablo Montiel, *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿Decadencia o evolución?* (Marcial Pons 2012); Luís Greco, *Lo Vivo y Lo Muerto En La Teoría de La Pena de Feuerbach. Una Contribución al Debate Actual Sobre Los Fundamentos Del Derecho Penal*. (Marcial Pons 2015).

²⁸ Leandro Dias, ‘El Anti-Hobbes de Feuerbach En La Reciente Filosofía Del Derecho de Habla Hispana’ [2025] Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés 1, 10.

²⁹ Greco (n 27).

³⁰ Dias (n 28).

³¹ Hruschka (n 27); Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, *Tratado de Derecho Penal Común Vigente En Alemania* (1st ed, Hammurabi 2022) 51.

³² Hruschka (n 27).



hecho realizado antes de existir una ley que lo prohibiese no es castigo sino acto de hostilidad, porque con anterioridad a la ley no existe transgresión a la ley”³³.

En segundo lugar, el fin de la conminación es uno distinto: ahora sí, la intimidación general a través de la coacción psíquica, que opera como un motivo sensorial contrario al deseo criminal de quien todavía no ha cometido un delito³⁴.

De tal manera queda establecido el vínculo de la teoría de la coacción psíquica con el principio de legalidad penal. Para que la conminación cumpla con su finalidad debe estar establecida necesariamente en una ley previa, general, determinada, clara y simple³⁵.

3.2. La tradición constitucional: Revolución Francesa, separación de poderes y *rule of law*.

Sin embargo, fue el movimiento de codificación en Europa, en particular el Código de Austria de 1787, el que introdujo por primera vez en la legislación la *nulla poena sine lege*, incluso antes de la Revolución Francesa del año 1789³⁶.

Asimismo, es en el contexto de dicho proceso revolucionario en el que aparece la primera consagración en una norma fundamental, precisamente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que dispuso en su artículo 8° que “tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”³⁷, regla que fue replicada en otras leyes del mismo período y luego reaparecida en el código penal francés de 1810.

También encontramos ya en esta época el antecedente normativo más lejano de la segunda parte del artículo 19 de la Constitución Nacional. La misma declaración establecía en el artículo 5° lo siguiente: “La Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene”.

Pero esta reserva de ley difícilmente pueda reducir su origen a los pensadores de la tradición penal.

³³ Thomas Hobbes, *Leviatán: O La Materia, Forma y Poder de Una República Eclesiástica y Civil* (3rd ed, FCE 2017) 245.

³⁴ Greco (n 27) 50–51.

³⁵ *ibid* 57.

³⁶ Glaser (n 2).

³⁷ Texto en castellano accedido en el siguiente enlace: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf



En efecto, el énfasis en el gobierno de la ley de la Revolución Francesa proviene del principio de separación de poderes como garantía de libertad y de seguridad contra el despotismo elaborado por Montesquieu³⁸. Para este autor si el poder judicial “va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador”³⁹.

No resulta sorprendente que la teoría elaborada por dicho autor, de enorme influencia, se haya inspirado en la constitución de Inglaterra, dado el vínculo que existe entre el principio de legalidad y el concepto de *rule of law* del derecho anglosajón⁴⁰. Como sostiene Hall⁴¹ fue justamente la idea de *rule of law* que ingresó a través de los filósofos franceses del siglo XVIII al pensamiento revolucionario, en conjunción con el proceso de codificación europeo, los que dieron forma al principio de legalidad en su significado actual.

En la filosofía anglosajona actual se define al *rule of law* como una limitación al ejercicio arbitrario de poder por parte de los agentes del gobierno⁴², cuyas decisiones, sea que se expresen con carácter general o particular (como el caso de los decretos o resoluciones judiciales) deben siempre en cualquier caso derivarse de leyes generales, abiertas, estables y ciertas⁴³.

Esto muestra que, al momento de ingresar en el pensamiento de los filósofos continentales, esa noción contaba con una larga tradición en Inglaterra, que fue anterior a la Magna Carta e inseparable del origen mismo del *Common Law*, surgido de un proceso de consolidación de una autoridad central en el rey, en el que la capacidad para impartir justicia a través de tribunales reales bajo un cuerpo de leyes único resultó de principal importancia⁴⁴.

³⁸ Montesquieu, *Del Espíritu de Las Leyes* (6th ed, Editorial Tecnos 2007) 175 y ss.

³⁹ *ibid* 175.

⁴⁰ Braccini (n 3).

⁴¹ Hall (n 25) 168–169.

⁴² Alex Green y Jennifer Hendry, ‘*Ad Hominem* Criminalisation and the Rule of Law: The Egalitarian Case against Knife Crime Prevention Orders’ (2022) 42 *Oxford Journal of Legal Studies* 634 <<https://doi.org/10.1093/ojls/gqab041>>.

⁴³ Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (2nd ed, Oxford University Press 2009) 212–216.

⁴⁴ Francis Fukuyama, *The Origins of Political Order: From Prehuman Times to the French Revolution* (Profile books 2011) 256–261.



3.3. La recepción en el constitucionalismo norteamericano.

En los Estados Unidos, bajo el influjo de Montesquieu, James Madison defendió la separación de poderes en la constitución federal como un mecanismo para preservar la libertad de los ciudadanos (El Federalista N° 51)⁴⁵. Correlativamente, Alexander Hamilton, en El Federalista N° 78, pensó al Poder Judicial como necesariamente separado de la rama legislativa e incluso como responsable de ejercer el control sobre ella, en el marco de una constitución limitada que imponía ciertas restricciones al poder de dictar las leyes, entre las cuales se encontraba la prohibición de las leyes *ex post facto*, que sólo podría garantizarse, a su entender, a través de una magistratura independiente e imparcial⁴⁶.

A mayor abundamiento, puede leerse en El Federalista N° 44 que Madison, además, consideraba que los decretos por los que se castiga sin juicio ante los tribunales (*Bill of Attainder*), las leyes *ex post facto* y las perjudiciales a las obligaciones que se derivan de los contratos, infringían el pacto social y cualquier principio sensato de legislación, y su prohibición era necesaria para la seguridad y los derechos de los individuos⁴⁷.

Por su parte, Hamilton, en El Federalista N° 84, al responder las objeciones contra el proyecto de constitución por no contener una carta de derechos, efectuó una notable defensa de la más restringida inclusión del *habeas corpus* y de la prohibición de leyes *ex post facto*. Allí dijo que “los instrumentos preferidos y más formidables de la tiranía han sido siempre la tipificación de un crimen tras la comisión del hecho, es decir, el exponer a alguien a un castigo por hacer algo que no contravenía ninguna ley cuando lo hizo, junto con la práctica de encarcelamientos arbitrarios”⁴⁸.

⁴⁵ Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista* (Ramón Máiz ed, Ediciones Akal 2015) 397 y ss.

⁴⁶ *ibid* 549–550.

⁴⁷ *ibid* 356.

⁴⁸ *ibid* 599–600.



3.4. El modelo constitucional y el modelo jurídico-penal: distinción y doble fundamentación.

Ambas tradiciones, la jurídico-penal y la constitucional, pueden ser identificadas en el pensamiento de los padres fundadores del sistema constitucional norteamericano, tal como quedó plasmado en los debates en la Convención Federal⁴⁹.

A pesar de ello, la Suprema Corte de los Estados Unidos sostiene una aplicación estrictamente penal de la cláusula en cuestión, desde el precedente “Calder vs Bull”⁵⁰ hasta tiempo más recientes⁵¹.

Aun así, según su jurisprudencia, esta norma garantiza tanto la necesaria advertencia de pena previamente contenida en la ley (*fair warning*) como la restricción de una potestad gubernamental (*governmental restraint*)⁵², es decir, tiene una faceta positiva en favor del individuo tanto como una negativa, que opera como límite al poder estatal⁵³.

Podría decirse, incluso en ese caso, que en el primer supuesto estamos frente a la tradición que se remonta al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* de Feuerbach y prevención general, mientras que el segundo concierne especialmente a evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder estatal.

Ahora bien, identificadas las dos vertientes de las que proviene el principio de legalidad, deben ser tenidas en consideración las explicaciones de Kuhlen,⁵⁴ quien propuso distinguir, en la materia, el “modelo fundamental del derecho penal” del “modelo fundamental del derecho constitucional”, en el entendimiento de que este último permite mayor claridad al considerar al principio de legalidad como manifestación especial del principio general de reserva de ley.

⁴⁹ Oliver P Field, ‘Ex Post Facto in the Constitution’ (1922) 20 Michigan Law Review 315, 321–322 <<https://doi.org/10.2307/1277164>>.

⁵⁰ Calder v. Bull, 3 U.S. 386 (1798)

⁵¹ Collins v. Youngblood, 497 U.S. 37 (1990)

⁵² Weaver v. Graham, 450 U.S. 24 (1981)

⁵³ William P Ferranti, ‘Revised Sentencing Guidelines and the Ex Post Facto Clause’ (2003) 70 The University of Chicago Law Review 1011 <<https://doi.org/10.2307/1600664>>.

⁵⁴ Lothar Kuhlen, ‘Sobre La Relación Entre El Mandato de Certeza y La Prohibición de Analogía’ in Juan Pablo Montiel, *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿Decadencia o evolución?* (Marcial Pons 2012).



En nuestro medio, Pérez Barberá⁵⁵, siguiendo esa diferenciación, concluyó que el principio de legalidad penal debe restringirse al derecho penal material y no rige en otros ámbitos jurídicos, como el derecho procesal penal, en los que se aplica el principio general de reserva de ley, que contiene las mismas prohibiciones (ley previa, cierta, estricta, escrita y proporcional), aunque con menor intensidad.

Para ambos autores la adopción de un modelo constitucional permite un mejor enfoque sobre la garantía, en tanto revela como principal destinatario de sus mandatos al juez y no sólo al legislador, y hace más fácil enlazar dicho principio con sus raíces constitucionales vinculadas a la democracia y el Estado de derecho (esto es, *rule of law*), más allá de las jurídico-penales⁵⁶.

En definitiva, se reconoce que nos encontramos ante una doble fundamentación: una de carácter político o constitucional, de la que deriva el requisito de ley formal y la finalidad de brindar seguridad jurídica, y otra de carácter penal, cuyas raíces son la teoría de la prevención general negativa⁵⁷ y el principio de culpabilidad⁵⁸.

3.5. Algo más sobre los diferentes fundamentos de cada modelo.

Con todo lo dicho hasta aquí, la diferenciación entre el modelo constitucional y el modelo jurídico-penal debe ser profundizada y precisada.

Sostener que sus derivaciones son las mismas pero la aplicación en el derecho penal es más estricta⁵⁹ es *prima facie* correcto, aunque torna necesario discutir tanto el alcance de esta afirmación como las razones en que se apoya.

Un mayor detenimiento en el fundamento del principio según cada una de sus dos vertientes ilustra la preocupación sobre esta cuestión.

En primer lugar, la reserva de ley se sustenta en la tradición del principio de separación de poderes, cuya finalidad es evitar el ejercicio arbitrario del poder y la tiranía. Desde su origen, se consideró que la concentración de las funciones judicial y legislativa en una única autoridad daría lugar a la arbitrariedad. El juez legislador, al tener un poder

⁵⁵ Pérez Barberá (n 7).

⁵⁶ *ibid.*

⁵⁷ Luis Arroyo Zapatero, 'Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal' [1983] Revista española de derecho constitucional 9, 12.

⁵⁸ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de La Teoría Del Delito* (1st ed, Civitas 2006) 146 y ss.

⁵⁹ Pérez Barberá (n 7).



ilimitado y no sujeto a la ley, era visto como una fuente de arbitrariedad y una amenaza para la libertad⁶⁰.

En esa línea, precisa Roxin que la tradición *juridicopolítica* tiene base, por un lado, en el liberalismo político, que exige la sujeción del poder del Estado a la ley como garantía de libertad y, por el otro, en la democracia y la división de poderes, de donde se deriva que la decisión sobre los presupuestos para la aplicación de una pena resida únicamente en el Poder Legislativo, en tanto representante directo del pueblo⁶¹.

Roxin diferencia esa justificación de la *juridicopenal* cuyos fundamentos son la “teoría de la coacción psicológica” de Feuerbach, en la que la disuasión sólo puede operar si los destinatarios conocen cuál es la acción prohibida de antemano, y el principio de culpabilidad, ya que si la pena lo tiene como presupuesto, el autor del hecho debía saber que la conducta estaba prohibida, o al menos tenido la oportunidad⁶².

Esto no implica que el principio de legalidad penal esté desligado de la tradición constitucional, pues es una manifestación específica de la reserva de ley. No obstante, contiene una preocupación adicional por tratarse de la manifestación del poder que más restringe los derechos del ciudadano, esto es, el poder punitivo. Esta preocupación se traduce en la necesidad de que tanto el hecho punible como la pena se encuentre siempre contenida en una ley previa, cierta, estricta y escrita.

En efecto, a poco que uno ingresa en el pensamiento de los autores que le dieron fundamento, se advierte que para Hobbes no podía infligirse un castigo sin una ley que prohibiese el hecho, este haya sido juzgado por la autoridad pública y se haya dictado la condena, siendo “consustancial a la pena tener como fin la disposición de los hombres a obedecer la ley”⁶³.

En similar dirección, Bentham consideraba que el castigo resultaba ineficaz en el caso de las leyes *ex post facto* o en el supuesto de que el juez impusiera una pena que el legislador no hubiera previsto⁶⁴, en el marco de una teoría consecuencialista enfocada en

⁶⁰ Montesquieu (n 38) 175; Hamilton, Madison y Jay (n 45) 549.

⁶¹ Roxin (n 58) 144–145.

⁶² *ibid* 145–147.

⁶³ Hobbes (n 33) 244–245.

⁶⁴ Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Dover Publications Inc 2017) 172–173.



la prevención (disuasión)⁶⁵. La intimidación general se encuentra igual de presente en el pensamiento de Beccaria⁶⁶ y Feuerbach⁶⁷.

Para todos esos autores la pena es algo que por su esencia produce un daño (un “mal”, un “dolor”, un “motivo sensible”) destinado a contrarrestar el causado por el infractor, hacer efectiva la amenaza penal y disuadir al resto de la población de cometer un delito. Es por ello que resulta necesario que la ley que conmine el hecho penado sea anterior a su comisión⁶⁸. De otro modo, no existió posibilidad de disuadir al destinatario, esto es, de que conociera la consecuencia de su accionar y ajustara su conducta.

Lo que resulta particularmente relevante es que en todo el pensamiento de estos autores nos encontramos frente a una consideración de la pena como algo que tiene una función específica de intimidación general⁶⁹ y produce un daño, al menos en aquella persona a la que le es impuesto.

Es dentro de esta concepción particular en la que se inscribe el fundamento del que nació el modelo jurídico-penal del principio *nullum crimen, nulla pena sine lege*.

Pero es en este mismo punto donde encontramos una diferencia fundamental con la reserva de ley general, que no está ligada a que la aplicación de la consecuencia prevista en la norma signifique infligir un mal. La mayoría de las limitaciones de derechos que surgen de las leyes difícilmente sean consideradas tales.

Y, si bien las leyes pueden fundamentarse en su capacidad para guiar la conducta de sus destinatarios, tampoco existe un vínculo necesario entre la reserva de ley y la disuasión de delitos en los términos del pensamiento del modelo jurídico-penal.

Como consecuencia, el modelo constitucional de legalidad apunta a evitar la arbitrariedad y la tiranía de un poder concentrado, lo que Roxin llama los fundamentos *juridicopolíticos* del principio, tal como fue dicho anteriormente, pero existen razones adicionales, aplicables al principio de legalidad penal, que no parecen alcanzarla.

⁶⁵ ibid 178–179.

⁶⁶ Cesare Beccaria, *De Los Delitos y de Las Penas* (1st ed, Alianza Argentina 1994) 29–31.

⁶⁷ Hruschka (n 27) 92; von Feuerbach (n 31) 49.

⁶⁸ Greco (n 27) 57.

⁶⁹ Roxin (n 58) 145 y ss.



4. El principio de legalidad en la ejecución penal y por qué debería llamarse reserva de ley.

En lo que sigue, se evaluará si en el marco de la ejecución penal opera como límite el principio de legalidad penal o el de reserva de ley. Para ello, se partirá de la delimitación legal, jurisprudencial y doctrinaria del llamado “principio de legalidad en la ejecución penal”, y luego se analizará críticamente en cuál de las dos tradiciones y sus respectivas justificaciones encaja de manera más adecuada.

4.1. El llamado “principio de legalidad en la ejecución penal” en la jurisprudencia y doctrina.

Como primera cuestión debe señalarse que la vigencia del principio de legalidad en materia de ejecución penal ha sido defendida con base en el artículo 18 de la Constitución Nacional, al considerar que este exige que la ley defina no sólo el hecho punible sino también la pena que deberá imponerse (*nulla poena sine lege*)⁷⁰.

Yendo un paso más lejos, sostiene Salt que la previsión constitucional no se encuentra satisfecha con la duración de la pena legalmente prevista, además “la ley debe regular las características cualitativas de las penas y de qué manera se va a desarrollar su ejecución”⁷¹.

Alderete Lobo⁷² la llama “legalidad ejecutiva”, con fundamento en los artículos 18 y 19 de la CN, al poner énfasis en que pese a la relación de sujeción especial que existe respecto de las personas en prisión, ellas conservan todos sus derechos que no estén afectados por la privación de la libertad ambulatoria, con distinto nivel de exigencia si la afectación es de derechos fundamentales o si se trata de cuestiones de organización penitenciaria.

En línea con Salt, entiende que el artículo 18 de la CN exige que el cumplimiento de la pena también esté regulado por ley, no solo en cuanto a su duración, sino en torno a las condiciones cualitativas bajo las cuales se desarrolla su ejecución.

⁷⁰ Salt y Rivera Beiras (n 12) 199–200.

⁷¹ *ibid* 199.

⁷² Alderete Lobo (n 12) 110 y ss.



Ese autor distingue un aspecto material de la garantía, vinculada a la exigencia de ley formal para toda modulación de la intensidad o gravedad de la privación de la libertad, así como a la restricción de derechos fundamentales; y uno formal, que se manifiesta en el proceso mismo de ejecución de la pena⁷³.

Para Cesano⁷⁴ y Arocena⁷⁵ el fundamento también se encuentra en los dos artículos de la CN citados previamente. Asimismo, el segundo advierte la consagración legal del principio de reserva en artículo 2° de la ley 24.660⁷⁶.

La CSJN inició su camino de reconocimiento del principio de legalidad y del control jurisdiccional de la fase ejecutiva en el caso “Dessy”⁷⁷, cuando dijo que “[e]l ingreso a una prisión, en tal calidad, no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar de la Constitución Nacional”, quien a su vez conserva todos los derechos que no hayan sido restringidos por procedimientos que satisfagan los requerimientos del debido proceso.

En el *leading case* “Romero Cacharane”⁷⁸, sobre la aplicación de una sanción disciplinaria y el alcance del control del Poder Judicial sobre ella, puntualizó que

[U]no de los principios que adquiere especial hálito dentro de las prisiones es el de legalidad, ello por cuanto la manera en que las autoridades penitenciarias le dan contenido concreto al cumplimiento de la pena dispuesta por la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones, pueden implicar una modificación sustancial de la condena, y por lo tanto queda a resguardo de aquella garantía.

Para el máximo tribunal federal, además, tanto el control jurisdiccional como el principio de legalidad en la ejecución están receptados en el artículo 3° de la ley 24.660, que dice:

⁷³ *ibid* 111–112.

⁷⁴ José Daniel Cesano, ‘Capítulo 1. Principios Básicos de La Ejecución’ *Ley N° 24.660 con las modificaciones de la ley N° 27.375* (1st ed, Alverdoni Ediciones 2020) 23.

⁷⁵ Gustavo A Arocena, ‘Las directrices fundamentales de la ejecución de la pena privativa de la libertad en el derecho argentino’ [2008] *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 575 <<https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2008.122.3985>> accessed 28 March 2026.

⁷⁶ “El condenado podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten y cumplirá con todos los deberes que su situación le permita y con todas las obligaciones que su condición legalmente le impone”.

⁷⁷ Fallos: 318:1894

⁷⁸ Fallos: 327:388



ARTICULO 3º — La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley.

Más recientemente, la CSJN volvió sobre el asunto al analizar, en dos casos resueltos en el año 2024, impugnaciones contra la constitucionalidad de la prisión materialmente perpetua según el artículo 14 del Código Penal de la Nación, que priva del beneficio de la libertad condicional a los reincidentes y a los condenados por ciertos delitos allí enumerados.

Primero, en el caso “Guerra”⁷⁹, tuvo oportunidad de intervenir en un recurso extraordinario de la fiscalía contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires que declaró la inconstitucionalidad del artículo 14 del CP y, en consecuencia, su inaplicabilidad respecto de la pena de prisión perpetua impuesta al condenado.

El fundamento del recurso se centraba en que el cuestionamiento de la defensa contra la norma impugnada debía llevarse a cabo al momento en que la persona se encontrara en condiciones de acceder a la libertad condicional, es decir, cumplido el requisito temporal, ya que de otro modo se declaraba la inaplicabilidad de una norma que, por el momento, todavía no resultaba aplicable.

Luego de reseñar su jurisprudencia relativa al principio de legalidad, con mención de los artículos 18 y 19 de la CN, la CSJN consideró mal concedido el recurso, en virtud de que no rebatía los argumentos de la cámara relativos a la actualidad del agravio, con base en el principio de legalidad y el de resocialización.

Los siguientes dos párrafos contienen los fundamentos centrales del tribunal cimero del país:

En ese contexto, la recurrente no ha considerado que esta Corte ha señalado que, para que una norma respete el principio de legalidad en materia penal (artículos 18 de la Constitución Nacional, 9 de la CADH, 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y 15 del PIDCP) es necesario que, además de describir la conducta reprochable, establezca la naturaleza y límites de la pena de modo tal que, al

⁷⁹ Supra n 15.



momento de cometer la infracción, su eventual autor esté en condiciones de representarse en términos concretos la sanción con la que se lo amenaza (Fallos: 315:2101; 310:1909). El Ministerio Público Fiscal debía explicar de qué manera su pretensión, según la cual el agravio no sería actual porque habría que esperar el tiempo necesario para que el condenado acceda a la libertad condicional, armoniza con la doctrina de esta Corte Suprema —seguida por el *a quo*— referida a que tales exigencias de certeza y precisión normativa se extienden a la etapa de ejecución (Fallos: 318:1508) y adquieren especial relevancia dentro de las prisiones. Así entonces, soslayó que la manera en que las autoridades penitenciarias le dan contenido concreto al cumplimiento de la pena dispuesta por la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones puede implicar una modificación sustancial de la pena (Fallos: 327:388, voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni).

[...]

E]l remedio federal no refuta las conclusiones de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional que afirmó que el principio de legalidad en materia penal, que contiene el mandato de certeza expresado tradicionalmente con la fórmula “*nullum crimen nullum poena sine lege certa*”, aunado con el mandato resocializador de las penas privativas de la libertad (artículos 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCP) y la interdicción de la imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes (artículos 18 de la Constitución Nacional, 7 del PIDCP, 5.2 de la CADH y 16.2 de la CT), exige que la ley defina, de modo explícito y con carácter previo, la conducta delictiva, la extensión temporal de la pena aplicable y, como derivación necesaria en el caso de las penas privativas de la libertad perpetuas, las condiciones que debe cumplir el condenado para su reinserción social, lo que supone establecer el plazo de revisión del cumplimiento de tal pena y sus requisitos, de modo que el condenado pueda saber qué debe hacer, en términos de cumplimiento del tratamiento penitenciario, para recuperar su libertad.

La principal diferencia con el posterior caso “Soto”⁸⁰ es que en este último la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia de Chubut había considerado prematuro y abstracta una impugnación constitucional del artículo 14 del CP, al no configurarse un agravio actual por no haber transcurrido el plazo temporal para acceder a la libertad condicional o las salidas transitorias.

Frente a esa decisión, la CSJN estimó que se trataba de un gravamen actual por idénticas consideraciones que las que puso de manifiesto en el precitado “Guerra”. En consecuencia, tachó de arbitraria la sentencia de la instancia anterior y reenvió la causa para que se dé tratamiento a la cuestión federal omitida.

⁸⁰ Supra n 14.



Ahora bien, el panorama descrito permite concluir que para la CSJN el principio de legalidad penal del artículo 18 de la CN es el que rige la ejecución penal, concretamente en cuestiones como la limitación de ciertos derechos a la comunicación dentro de las prisiones (“Dessy”), la revisión de sanciones disciplinarias (“Romero Cacharane”) y la determinación de las condiciones para acceder a etapas del régimen de progresividad que implican una salida anticipada (“Guerra” y “Soto”).

Aunque reconoce una vinculación con la reserva de ley general del artículo 19 según la cual “toda nuestra organización política y civil reposa en la ley; los derechos y obligaciones de los habitantes, así como las penas de cualquier clase que sean, solo existen en virtud de sanciones legislativas”, es en su conjunción con el artículo 18, que exige la mayor precisión, previsibilidad y claridad posible para que el agente ajuste su conducta respectiva, la que le brinda sustento para arribar a sus conclusiones sobre legalidad en la etapa ejecutiva.

Debe repararse, en particular, en los pasajes en que la corte dice que el principio de legalidad en materia penal alcanza a “la manera en que las autoridades penitenciarias le dan contenido concreto al cumplimiento de la pena dispuesta por la autoridad judicial”, en tanto “sus sucesivas alteraciones puede implicar una modificación sustancial de la pena”, así como cuando afirma que ese principio es el que determina la necesidad de una ley previa que defina “las condiciones que debe cumplir el condenado para su reinserción social”.

En esos términos, la necesidad de que una ley formal establezca las condiciones a las que la persona debe someterse en la etapa ejecutiva, tanto como la limitación de ciertos derechos, sería una derivación del *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

4.2. ¿Legalidad o reserva de ley en la ejecución penal? Distintos supuestos, distintos principios.

En el acápite anterior se analizaron una serie de casos que dieron lugar a lo que actualmente se agrupa como la garantía de legalidad ejecutiva⁸¹. Sin embargo, se advierte rápidamente que son distintos entre sí, más allá de que en todos ellos la CSJN considere que es “el principio de legalidad en la ejecución penal” el que se encuentra en juego.

⁸¹ Alderete Lobo (n 12).



Un análisis de las diferencias del marco fáctico que cada uno presenta permitirá, conforme a los lineamientos ya desarrollados en este trabajo, precisar cuál de las variantes del principio de legalidad está en disputa y, en definitiva, si pueden ser agrupados todos bajo una misma garantía.

4.2.1. Distintos supuestos.

En el más antiguo de los fallos referidos, “Dessy”, la CSJN abordó la restricción de la comunicación postal de un interno detenido en un complejo penitenciario.

Consideró que cuando la autoridad penitenciaria impuso limitaciones en el envío de cartas desde la prisión que no se encontraban establecidas por ley, como la persona conservaba todos sus derechos no limitados por la condena, estábamos frente a una injerencia no autorizada sobre su intimidad y su vida privada.

En el voto concurrente de los ministros Fayt, Petracchi y Boggiano se explicitó un vínculo con el principio de legalidad pues, a su entender, se derivaban restricciones a derechos fundamentales no contenidos en la pena establecida en la ley.

Por otro lado, en el fallo “Romero Cacharane” se trató el problema de la imposición de sanciones disciplinarias en el marco de la ejecución de una pena privativa de la libertad y el alcance del control jurisdiccional. Como se vio previamente en este trabajo, la CSJN desarrolló la vigencia del principio de legalidad en la etapa ejecutiva e hizo especial alusión al modo en que las autoridades penitenciarias brindan “contenido concreto” a la pena.

Debe prestarse especial atención a que el caso versaba sobre la vigencia de ciertas garantías relativas al debido proceso en el contexto particular de la imposición de sanciones disciplinarias por parte de las autoridades penitenciarias. Para la corte este particular procedimiento administrativo, en cuanto manifestación de poder punitivo, se encuentra alcanzado por el principio de legalidad, la defensa en juicio y el control jurisdiccional con un amplio acceso al recurso.

En último orden, los fallos “Soto” y “Guerra” abordaron una cuestión bastante específica: la existencia de un agravio actual y concreto en supuestos donde un condenado cuestiona la constitucionalidad del artículo 14 del CP en cuanto impide el acceso a la libertad condicional, aun cuando el requisito temporal no se encuentre cumplido. Para el tribunal cimero la vigencia del principio de legalidad en la ejecución penal implica que



rige también en esa etapa el mandato de certeza y, por lo tanto, el condenado debe conocer de antemano la duración real de su condena y si podrá o no acceder a una libertad anticipada, lo que obliga al juez a resolver el agravio constitucional planteado para brindar esa certidumbre.

4.2.2. Distintos principios.

El análisis de los casos referidos en el acápite anterior permite advertir que, pese a que la CSJN los agrupa como problemas de la ejecución penal, no son homogéneos.

“Dessy” y “Romero Cacharane” tratan sobre la restricción de derechos del condenado, como la correspondencia postal y las garantías del procedimiento disciplinario, respectivamente, sin habilitación legal expresa. “Guerra” y “Soto”, en cambio, versan sobre la certeza de la duración concreta de la pena perpetua y la posibilidad de acceder a una libertad anticipada.

Esta diferencia no es menor: cada grupo de casos responde a una tradición distinta del principio de legalidad y, en consecuencia, exige un análisis diferenciado.

En “Guerra” y “Soto” estamos frente un problema clásico de legalidad penal, antes que un supuesto de legalidad ejecutiva. Es que la duración concreta de la pena perpetua y la posibilidad de acceder a una libertad anticipada, efectivamente, hacen al contenido de la pena, que debe ser determinado por una ley previa y formal del Poder Legislativo y efectivamente conocida por la persona antes de cometer el delito. Es decir, estamos en el ámbito de alcance del principio *nulla poena sine lege*.

Los fundamentos de la tradición penal exigen que el mandato de certeza alcance a esas cuestiones. La persona, al momento de cometer el delito, debe saber si enfrentará una pena materialmente perpetua o con posibilidad de obtener la libertad en algún momento. La función disuasoria necesita que la ley sea previa, cierta, estricta y escrita, si es que pretende surtir algún efecto sobre la persona a la que se dirige.

La CSJN acierta en tratar estos casos como un problema vinculado al principio de legalidad penal, en particular al mandato de certeza, y hablar del contenido concreto de la pena, pero la alusión a un llamado “principio de legalidad en la ejecución penal” y su vínculo con los precedentes sobre la materia oscurece la cuestión, en virtud de las diferencias que presentaban esos casos, sobre las que me detendré seguidamente, previo a una breve digresión.



Por las características que tiene nuestro sistema de control difuso de constitucionalidad, aunque una norma como el artículo 14 del CP presente tensiones con principios constitucionales, el cuestionamiento o el agravio mismo no aparecen hasta que se forma un proceso, mínimamente, o hasta que se condena a la persona. La falta de certeza aparece frente al cuestionamiento mismo efectuado en un proceso penal.

Por lo tanto, el agravio relativo a la legalidad sólo puede ser analizado recién al comenzar la fase ejecutiva. Sin embargo, no parece aconsejable que esa circunstancia formal oculte que lo que está en juego es la duración de la pena.

Ahora bien, ni “Dessy” ni “Romero Cacharane” pueden analizarse como problemas de *nulla poena sine lege*. Por el contrario, son cuestiones que tienen que ver, estrictamente, con la ejecución penal.

En el caso de la correspondencia y el régimen disciplinario es cierto que, si bien no es igual de severa una pena que se cumple sin comunicación con el exterior que una que sí lo permite, no es plausible afirmar que la garantía en disputa sea el principio de legalidad penal.

Veamos.

Las penas previstas en el Código Penal de la Nación son, en principio, la prisión, la multa y la inhabilitación. En el caso de la primera, cuando es mayor a tres años incluye las penas accesorias legales del artículo 12 del CP⁸². Además, no sólo priva de la libertad ambulatoria, sino que produce también otra serie de restricciones sobre la vida de la persona condenada, algunas legalmente establecidas (las accesorias legales para penas mayores a tres años y todas las que surgen del régimen de ejecución), otras que simplemente son su consecuencia (por ejemplo, pérdida de trabajo, oportunidades, vínculos familiares, amistades, afecciones psicológicas, etc.)⁸³.

⁸² “**ARTICULO 12.-** La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.”

⁸³ Existe una vasta literatura sobre los “sufrimientos del encarcelamiento” y las penas alternativas, el carácter objetivo o subjetivo de la severidad del castigo y la posibilidad de medirla, y los efectos que este produce, sean su consecuencia directa o no, deseados o indeseados, entre otras categorías. He intentado una reseña en Agustín Pardini, ‘El arresto domiciliario con monitoreo electrónico: perspectivas de los penados en Argentina’ [2023] Delito y Sociedad.



Dentro de las limitaciones de derechos propias de la ejecución, una lectura de la ley 24.660 permite advertir que existe una gran cantidad de ellas para las penas de prisión⁸⁴. Sin pretensión de ser exhaustivo y, a modo de ejemplo, véase que debe cuidar el aseo e higiene (art. 61), no puede beber alcohol (art. 65), no puede disponer libremente de sus objetos personales y dinero (art. 68), puede ser registrados y requisados (art. 70), debe seguir un régimen de disciplina bajo riesgo de ser sancionado (art. 85), sus visitas y relaciones afectivas se encuentran reguladas (arts. 158 y ss.); no pueden utilizar teléfonos móviles (art. 160), entre otros.

Ahora bien, las afectaciones que se discuten en “Dessy” y “Romero Cacharane” no tienen que ver con la vigencia del principio de legalidad en su faz penal. La correspondencia y el debido proceso en la aplicación de sanciones deben ser cuestiones reguladas por la ley, pero no son la “pena” —ni elementos de un delito, regidos por el principio *nullum crimen*— que el principio de *nulla poena sine lege* viene a limitar.

Resulta, entonces, cuanto menos forzado sostener que el “daño” o “mal” que preocupaba a pensadores como Feuerbach o Beccaria sea la privación de la correspondencia. Desde esta perspectiva es difícil pensar que la consagración de dicha garantía haya tenido como objeto este tipo de cuestiones.

Tampoco tienen que ver con la función disuasoria. El foco se encuentra en la pena con la que se amenaza en la ley frente a la comisión de un delito. Para afirmar lo contrario sería necesario entender que la persona, antes de cometer el hecho, debía conocer no solo cuántos años pasaría en prisión, sino si podría usar el teléfono celular, beber alcohol o las restricciones a las visitas.

Ante una extensión indebida de la legalidad penal a todos esos preceptos que la desvincule de sus propósitos, resulta preferible considerar que nos encontramos ante la reserva de ley general del artículo 19 de la CN y del artículo 30 de la CADH, en virtud de que el Estado no puede restringir un derecho, aún de una persona condenada por un delito, si esa restricción no surge de una ley.

⁸⁴ Se dejan de lado aquí, aunque no por su falta de interés, las restricciones a derechos que se producen en el marco del Servicio Penitenciario Federal que surgen de decisiones del Poder Ejecutivo, principalmente en resoluciones del Ministerio de Seguridad, como por ejemplo el “Sistema Integral de Gestión para Personas Privadas de la Libertad de Alto Riesgo en el Servicio Penitenciario Federal” (RESOL-2024-35-APN-MSG y su Anexo I), que impone un régimen objetivamente más estricto a ciertas personas que cumplen con los requisitos allí establecidos.



Cuando se atiende a los fundamentos de la tradición constitucional de esta variante del principio, su vigencia sobre las cuestiones de ejecución penal aparece con mayor claridad.

La cuestión en “Dessy” era evitar la arbitrariedad y la amenaza a la libertad, contraria al principio de separación de poderes, derivada de que la autoridad penitenciaria, perteneciente al Poder Ejecutivo, restringiera la correspondencia y la intimidad de la persona sin que una ley la habilitara. El Poder Judicial debía velar, en tales condiciones, por la sujeción a la ley.

También “Romero Cacharane” se inscribe en la misma tradición. La aplicación de una sanción disciplinaria sólo podía llevarse bajo los procedimientos de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Más aún cuando esa sanción agravaba considerablemente las condiciones en las que se cumplía la pena. El Poder Ejecutivo, encarnado en el personal penitenciario, ejerció un poder arbitrario al no respetar la ley.

No es novedoso afirmar que la administración se rige por un principio de estricta sujeción a la ley en su actuación, más aún cuando ejerce poder sancionatorio. Pero una principal diferencia que cabe notar con relación al otro grupo de casos es que las cuestiones atinentes a la ejecución no tienen la misma relación con el principio de ley previa y el mandato de certeza.

En la ejecución penal tienen mayor incidencia algunas circunstancias personales del condenado que se evalúan con posterioridad a la imposición de la pena, al momento de comenzar el tratamiento penitenciario.

La mayoría de ellas son necesariamente inciertas *ex ante*, a diferencia de cuál es el hecho punible y la pena de prisión que se le debe imponer. Incluso puede prescindirse de tratamiento, o el condenado puede negarse, y en muchos casos lo que suceda depende del cumplimiento posterior de ciertos objetivos por parte del condenado, para avanzar de fase u obtener un beneficio.

El caso “Romero Cacharane” ilustra este problema. La disciplina puede o no ser infringida por el condenado y sólo después de un procedimiento específico se determinará si se le aplica una sanción disciplinaria. Estas cuestiones no pueden ser ciertas (mandato de certeza) al momento de que la persona comete el hecho punible, pues ni siquiera se sabe si habrán de ocurrir.



Del mismo modo, cabe preguntarse si la posibilidad de acceder al uso de un teléfono móvil, constantemente discutido en la opinión pública y los medios de comunicación⁸⁵, se encuentra alcanzado por la prohibición de retroactividad de la ley penal.

En este punto, puede ponerse en duda que los subprincipios de la reserva de ley, para la ejecución penal, sean iguales, *pero menos estrictos*, que los del principio de legalidad penal, como afirma Pérez Barberá⁸⁶. La prohibición de retroactividad es ciertamente más intensa en la ley penal, pero no es claro que siquiera alcance a todos los ámbitos del orden jurídico en la misma medida.

Sobre esta cuestión, se plantea un interrogante sobre si el Poder Legislativo puede modificar cuestiones disciplinarias, de acceso de visitas o del uso de celulares, incluso en perjuicio de personas que ya fueron condenadas. Quizás solamente se encuentren alcanzadas por ese principio, con mayor intensidad, aquellas que tengan un vínculo mayor o determinante con la severidad de la pena o la modifiquen sustancialmente⁸⁷, aunque en este último caso se volvería sobre un problema de legalidad penal estrictamente y no de reserva de ley sobre la ejecución.

Por lo tanto, para evitar equívocos, lo que la CSJN llama “principio de legalidad en la ejecución penal” cuando se resuelven casos como “Dessy” y “Romero Cacharane”, debería llamarse *reserva de ley en la ejecución penal*, ya que es la legalidad general la que limita el ejercicio del poder del Estado durante la fase ejecutiva, siempre que no se trate de una afectación en la duración de la pena, como es el caso de los casos “Soto” y “Guerra”, en cuyo supuesto simplemente estamos frente a un problema de legalidad penal clásica.

5. La prisión domiciliaria: ejecución sin reglas.

5.1. La indeterminación normativa de la prisión domiciliaria.

Demostrada la vigencia de la reserva de ley en la fase ejecutiva, el foco ahora debe dirigirse a que existe todavía en nuestra legislación una modalidad de ejecución cuyo

⁸⁵ <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2026/02/12/un-fiscal-pidio-la-prohibicion-del-uso-de-celulares-en-las-carceles-y-terminar-con-el-mando-remoto/>

⁸⁶ Pérez Barberá (n 7).

⁸⁷ Alderete Lobo (n 12); Salt y Rivera Beiras (n 12).



contenido concreto, en palabras de la CSJN, resulta indeterminado. Se trata de la prisión domiciliaria, prevista en el artículo 10 del CP, que solamente enumera los supuestos en los que se puede conceder, sin explicar de qué trata ese tipo de modalidad de ejecución, ni si su aplicación, cumplido uno de ellos, es un deber o una facultad para el juez.

Por su parte, la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (número 24.660)⁸⁸, en su artículo 32 repite lo dicho por el código penal, mientras que en el artículo 33 agrega, en lo que aquí interesa, que “será dispuesta por el juez de ejecución o juez competente y supervisada en su ejecución por el patronato de liberados o un servicio social calificado, de no existir aquél”, que la persona no podrá estar a cargo de organismos policiales o de seguridad y que “se exigirá un dispositivo electrónico de control, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe favorable de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución”.

Por último, el artículo 34 impone la revocación de esta modalidad cuando “el condenado quebrantare injustificadamente la obligación de permanecer en el domicilio fijado o cuando los resultados de la supervisión efectuada así lo aconsejaren o cuando se modificare cualquiera de las condiciones y circunstancias que dieron lugar a la medida”.

No es posible extraer de la ley qué es la prisión domiciliaria más que la restricción ambulatoria, pues si bien se establece una supervisión a cargo del patronato de liberados o de un servicio social calificado, no determina qué es lo que deben supervisar, pues respecto de la permanencia dentro del domicilio, basta con el control del dispositivo electrónico.

A diferencia de países con un uso extendido del arresto domiciliario como Inglaterra y Gales, los Países Bajos y Bélgica⁸⁹, se advierte que el régimen no prevé un horario de confinamiento, por lo que, en principio, implica la permanencia en el hogar las 24 horas del día, durante todo el cumplimiento de la pena.

⁸⁸ Se dejan de lado aquí las leyes de ejecución penal provinciales, pues el foco está puesto en las normas que regulan la cuestión en el nivel federal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, más allá de que la recientemente sancionada ley n° 6.924 que rige los procesos ante el fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la capital, en sus artículos 126 y 127, no contiene diferencias sustanciales con la regulación nacional. Tampoco se advierten en la ley de ejecución penal bonaerense (n° 12.256). En todos los casos la única obligación es permanecer en el hogar.

⁸⁹ Anthea Hucklesby, Kristel Beyens y Miranda Boone, ‘Comparing Electronic Monitoring Regimes: Length, Breadth, Depth and Weight Equals Tightness’ (2021) 23 *Punishment & Society* 88 <<https://doi.org/10.1177/1462474520915753>>.



Desde ya, tampoco se estipulan cuestiones como si la persona debe llevar a cabo algún tipo de tratamiento resocializador (impuesto por mandato constitucional en el art. 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCyP, y por imperio legal en el art. 1 de la ley 24.660) o en qué casos o bajo qué justificaciones el tribunal puede autorizar la salida del domicilio.

Esto último, interpretado restrictivamente, implicaría suponer que la persona nunca deberá necesitar salir, ni en situaciones de extrema urgencia, o que en cada caso se deberá pedir la autorización judicial –sin que existan una norma que regule los supuestos para su procedencia–, aun cuando aguardar esa autorización pudiera implicar un riesgo para la vida o para algún otro bien valioso. La concesión o el rechazo del permiso, al no estar reglados, serán siempre una fuente de potenciales arbitrariedades. Más adelante se volverá sobre esta problemática.

En otro lugar me dediqué a constatar en la práctica que, al menos en los tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cada juez, según su discreción, impone las condiciones según las cuales la persona bajo arresto domiciliario puede obtener permisos de salida para cuestiones de salud o para trabajar, la manera en que ellos se instrumentan (con o sin custodia policial), y cómo diversos factores personales o de contexto modulan la manera en que el destinatario de la medida percibe su mayor o menor rigurosidad⁹⁰.

En lo que sigue, se adoptará un enfoque distinto, centrado en el análisis de un reciente caso judicial de gran trascendencia mediática en nuestro país para ilustrar sobre el problema al que nos enfrentamos y profundizar sobre las cuestiones constitucionales que se presentan.

5.2. Un caso paradigmático que hace evidente la falta de reglamentación.

Como fue adelantado, la preocupación sobre la indeterminación normativa del régimen de prisión domiciliaria no se queda en el análisis de las leyes en abstracto y hace poco tiempo se puso de manifiesto en un caso de enorme trascendencia pública e institucional para nuestro país.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, en la causa donde fue condenada la ex presidenta Cristina Fernández de Kirchner⁹¹,

⁹⁰ Pardini (n 83).

⁹¹ Causa CFP 5048/2016/TO1/55, incidente de prisión domiciliaria, resolución del 17 de junio de 2025, accesible en línea a través del siguiente enlace: <https://www.saij.gob.ar/dictaron-prision-domiciliaria-cristina-fernandez-kirchner-le-imponen-cumplimiento-reglas-conducta-nv47057-2025-06-17/123456789->



al conceder el cumplimiento de la pena en la modalidad de prisión domiciliaria impuso, además de la natural obligación de permanecer en el domicilio, otras “reglas de conducta” (llamadas así por el propio tribunal), como “abstenerse de adoptar comportamientos que puedan perturbar la tranquilidad del vecindario y/o alterar la convivencia pacífica de sus habitantes” y presentar una nómina de personas que integran el grupo familiar, custodia policial, médicos y abogados, quienes podrían ingresar al domicilio sin autorización, “debiendo requerirse y motivarse el eventual acceso de toda otra persona no incluida en ese listado”.

En dicha causa intervino también la Sala 4 de la Cámara Federal de Casación Penal que dictó sentencia el 11/07/2025 rechazando los recursos de la defensa y la fiscalía⁹².

En lo que aquí interesa, la defensa recurrió la resolución de primera instancia con base a la violación al principio de legalidad, entre otros argumentos. Sostuvo que se imponían reglas de conducta no previstas en ninguna norma, ya que a su entender los artículos 32 a 34 de la ley 24.660 y el artículo 502 del Código Procesal Penal de la Nación⁹³ que regulan el instituto no prevén otra restricción que no sea la ambulatoria.

Agregó que se habían impuesto reglas de conducta a través de una analogía improcedente con otros institutos, como la condena condicional del artículo 26 del CP o la suspensión del proceso a prueba de los artículos 76 *bis* y subsiguientes del mismo código, donde la persona no está privada de su libertad.

Por lo demás, sostuvo que la exclusión de amigos y personas con vínculos afectivos constituía una intromisión irrazonable en el derecho a la vida privada y familiar, contraria a los artículos 14, 19 y 75 inciso 22° de la Constitución Nacional y los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “López Álvarez vs.

[0abc-750-74ti-lpsedadevon?&o=3&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n/Federal%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n/Novedad%7CColecci%F3n%20tem%El tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento&t=3572](https://www.cij.gov.ar/scp/d/sentencia-SGU-bf88a923-3806-4f98-84e5-16e8381659fc.pdf)

⁹² Disponible en línea en el siguiente enlace: <https://www.cij.gov.ar/scp/d/sentencia-SGU-bf88a923-3806-4f98-84e5-16e8381659fc.pdf>

⁹³ “Art. 502. - El juez de ejecución o competente, cuando lo estime conveniente, podrá disponer la supervisión de la medida a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad.”



Honduras”; mientras que las restricciones para interactuar libremente con dirigentes políticos afectaba los derechos políticos garantizados en el artículo 37 de la Constitución Nacional y comprometía el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, en perjuicio no solo de la persona condenada, sino del conjunto del electorado que representa.

El juez que emitió el voto que lideró la mayoría, Gustavo M. Hornos, al que adhirió con algunas consideraciones adicionales el juez Diego G. Barroetaveña, sostuvo que:

La detención domiciliaria (arts. 10 del Código Penal y 32 a 34 de la ley 24.660) es cumplimiento de pena; aun cuando sea una modalidad morigerada pues la privación de la libertad es mensurable. El propio texto legal autoriza al juez a fijar conforme las circunstancias de cada caso “reglas de conducta adecuadas” y a controlar su observancia.

(...)

[C]ualquier flexibilización indebida del régimen de cumplimiento, o la omisión de condiciones básicas de control en la modalidad domiciliaria, podría debilitar la expresión pública de la condena, especialmente en casos que involucren hechos de alto impacto institucional.

Tuvo en cuenta, en particular, la gravedad de los hechos, la función expresiva de la pena y su fin resocializador, y, en ese marco, entendió que se trataba de restricciones que no le prohibían visitas, sino “un dispositivo mínimo y razonable orientado a proteger el orden y la seguridad que permitieron la concesión de la prisión domiciliaria”. Es decir, para el juez mencionado, evitar el ingreso de personas sin control jurisdiccional sería también una medida para resguardar la propia seguridad de la persona bajo arresto en este caso particular.

En forma concordante, el juez Barroetaveña dijo que

[E]l juez de ejecución se encuentra facultado para imponer ... reglas de conducta en torno al cumplimiento morigerado de la pena ... en tanto se encuentra obligado a velar por el cumplimiento efectivo de la sanción con la supervisión que encomiende al organismo técnico pertinente. Ello es así en función de una interpretación sistemática de las normas en juego y la finalidad de la ley.

Consideró, además, que

[n]o existe prohibición alguna para el que el juez imponga reglas, limitaciones o condiciones para el cumplimiento de la pena en la modalidad de prisión domiciliaria, sino antes bien es de su propia



incumbencia, en tanto aquéllas resulten pertinentes y vinculadas a las particulares condiciones o circunstancias de la persona condenada (arts. 1, 2, 3, 5, 8, 32, 34, 158, 160 y 162 de la Ley 24660).

En un particular pasaje de su voto se detuvo en las alusiones efectuadas por el tribunal de grado a los artículos del CP que prevén reglas de conducta para la condena de ejecución condicional y la suspensión del juicio a prueba, a las que consideró “innecesarias” y “empleadas como pauta hermenéutica”, dado que las reglas de conducta impuestas son “las propias o inherentes al control del cumplimiento de la prisión domiciliaria”. En línea similar al juez que lideró la mayoría, sostuvo que se trató de una “mínima restricción”, “una precaución relativa a la propia seguridad de la ex presidenta” y “una atribución del juez de ejecución en su obligación de velar por el efectivo cumplimiento de la pena ... sin que se desnaturalice su naturaleza sancionatoria y su finalidad retributiva y resocializadora”.

En disidencia, el juez Mariano H. Borinsky más allá de que a su criterio la imposición de restricciones a las visitas no se encontraba fundamentada, estimó que carecía de sustento normativo válido y que los artículos del CP invocados no resultan aplicables, al encontrarse establecidos para otros fines distintos, constituyendo en algunos casos una analogía *in malam partem*.

Argumentó que las restricciones a las visitas no pueden constituir “un plus a la pena” y, por el contrario, forman parte del derecho de comunicación de la persona condenada, que posee bajo cualquier forma de cumplimiento.

Recordó la vigencia del principio de legalidad conforme a la jurisprudencia de la CSJN y el bloque de constitucionalidad federal. En sus palabras

[e]l respeto al principio de legalidad abarca la exigencia de precisión sobre el alcance de la sanción y, en el sub examine, la imposición de reglas de conducta que no responden directamente al cumplimiento de la pena privativa de la libertad en la modalidad de prisión domiciliaria en las particulares circunstancias del caso, conllevaría una porción o aditamento a la sanción por fuera de lo establecido por el legislador (art. 18 C.N.).

Además, tuvo en cuenta el texto del artículo 19 de la CN para sostener que “[n]o existe norma específica que imponga restricciones en el domicilio particular como el decidido (en el caso, para las visitas) pues, la normativa de las cárceles es para las cárceles”.



En esas condiciones, entendió que se afectaron derechos constitucionales de la persona, como la vida privada y la intimidad, que no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias, más que las propias al control de la ejecución penal legalmente autorizadas. Estas últimas se restringen a las que se llevaran a cabo por el organismo de control (la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal) para garantizar la permanencia de la persona en su domicilio, que de ningún modo podría restringir las visitas que recibe el condenado en su hogar.

Agregó que “ante la ausencia normativa que prevea la situación y su consecuente sanción por incumplimiento, se correría el riesgo de introducir una causal de revocación de la prisión domiciliaria que no se encuentre prevista en la legislación criminal”.

Por último, tuvo en cuenta que el requerimiento fundado para justificar una visita es un requisito que no se exige en las cárceles, por lo que la situación de la persona en prisión domiciliaria en este caso sería aún peor que si se encontrara en un complejo penitenciario.

Tiempo después el tribunal oral, a raíz de una incidencia, modificó las restricciones a las visitas, disponiendo que estas podían tener una duración máxima de dos (2) horas, que podrán concederse hasta dos (2) veces por semana y no podrán superar el límite de tres (3) personas concurrentes para cada ocasión, lo que motivó un nuevo recurso de la defensa, en términos similares al anterior, y una nueva resolución confirmatoria de la Cámara Federal de Casación Penal⁹⁴, con idéntica conformación de mayoría y similares argumentos.

El incidente que motivó el cambio en las reglas se trató de una reunión con figuras políticas dentro del departamento de la ex presidenta, ampliamente difundido en los medios de comunicación⁹⁵

⁹⁴ Disponible en línea en el siguiente enlace: <https://www.saij.gob.ar/camara-federal-casacion-penal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-fernandez-kirchner-cristina-recurso-casacion-fa26260001-2026-02-13/123456789-100-0626-2ots-eupmocsollaf?&o=18&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B%2C1%5D%7CTema%5B%2C1%5D%7COrganismo%5B%2C1%5D%7CAutor%5B%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n/Federal%7CTribunal%5B%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%El%5B%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Jurisprudencia&t=187146>

⁹⁵ Ver, por ejemplo, la nota del Diario Perfil: <https://www.perfil.com/noticias/politica/la-justicia-decidió-endurecer-el-regimen-de-visitas-de-cristina-kirchner-tras-la-foto-con-nueve-economistas.phtml>



Para el juez Gustavo M. Hornos este tipo de actos desnaturalizan la sanción penal y sostuvo que

[f]rente a ese incumplimiento, y en ejercicio del deber de contralor propio de la etapa de ejecución, el juez adoptó un régimen que limita razonablemente la duración, frecuencia y número de concurrentes, con fundamento en las facultades de supervisión previstas en la ley 24.660, en particular en su artículo 34, que autoriza la revisión y adecuación de las condiciones de cumplimiento ante incumplimientos o riesgos advertidos.

[...]

Tales pautas no configuran un agravamiento ilegítimo ni una analogía prohibida en materia penal, sino el ejercicio regular de las facultades propias del juez de ejecución, orientado a evitar que el régimen excepcional de prisión domiciliaria se desnaturalice y pierda de vista su carácter sancionador.

En definitiva, reiteró los argumentos desarrollados al confirmar la imposición originaria de las pautas de conducta, esta vez haciendo alusión específica y en reiteradas oportunidades al control periódico del artículo 34 de la ley 24.660 como el fundamento de la potestad para actuar del modo en que lo hizo el juez del tribunal oral.

Respecto de la alegada violación a la igualdad ante la ley del artículo 16 de la CN, estimó que las restricciones responden a circunstancias concretas verificadas durante la ejecución de la pena, orientada a preservar su carácter punitivo y garantizar el control jurisdiccional.

El juez Borinsky nuevamente disintió con base a una vulneración al principio de legalidad y reserva de los artículos 18 y 19 de la CN, respectivamente.

En conclusión, entendió que los argumentos esbozados en su anterior intervención se reforzaban aún más al no existir habilitación legal para la mayor restricción que se imponía en esta oportunidad.

5.3. Discusión.

5.3.1. Críticas a los fallos reseñados. En defensa de la reserva de ley ejecutiva.

Más allá de las reiteradas alusiones que efectúa la mayoría de la Sala 4 de la CFCP a los artículos 32 a 34 de la ley 24.660, que fueron reseñadas en extenso en el acápite anterior, la lectura de esas normas no permite inferir de ninguna parte que se encuentre contemplada la posibilidad de imponer reglas de conducta por fuera de la restricción a la libertad ambulatoria que implica la necesaria permanencia en el domicilio.



Debe destacarse nuevamente, a riesgo de ser redundante, que en el caso examinado se impusieron, entre otras, las siguientes reglas: a) la confección de una nómina de personas autorizadas a entrar al domicilio; b) la necesaria autorización previa por parte del juez de ejecución para que ingresen otras personas distintas; c) un límite a la duración de las visitas; d) un máximo de cantidad de personas que pueden ingresar en simultáneo; y e) el deber de abstenerse de adoptar comportamientos que puedan perturbar la tranquilidad del vecindario y/o alterar la convivencia pacífica de sus habitantes.

Frente a ello, la primera pregunta que el observador puede hacerse es qué norma faculta al tribunal a actuar de esa manera. Y en este punto es donde entra en juego la reserva de ley.

Es que, en el caso, no se trata solamente de condiciones de ejecución de la pena. En la prisión domiciliaria, la ley impone como única obligación permanecer en el domicilio. No parece posible entender, como los jueces que votan en mayoría, que la ley faculta de manera implícita al tribunal a imponer reglas de conducta o restricciones de derechos no previstas legalmente.

Los jueces también utilizan argumentos centrados en distintas finalidades: garantizar la ejecución de la pena, cumplir su finalidad resocializadora y/o su función expresiva o evitar que se desnaturalice.

El problema con el primero de esos objetivos es que la ejecución de la pena legalmente establecida se garantiza asegurando la permanencia en el domicilio.

En torno a la función resocializadora, si bien encuentra fundamento normativo constitucional⁹⁶ no puede ser una razón para afectar derechos sin una ley que lo habilite, menos aun cuando se trata de imponer mayores restricciones que podrían bien comprometer la efectiva resocialización y sin explicar de qué manera la favorecerían.

Por su parte, la función expresiva que invoca el juez que lidera la mayoría no se encuentra legalmente establecida y, de cualquier manera, se trata de un fundamento que podría conducir a cualquier limitación de un derecho para “comunicar” sin sortear el problema de la reserva de ley.

⁹⁶ Ver artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos



Párrafo aparte merecen las menciones a que lo que se busca es evitar la desnaturalización de la pena.

Lo que en este punto los jueces parecen sugerir es que un régimen de ejecución demasiado laxo, como el que sería aquel donde la persona puede recibir visitas de cualquier tipo sin límite alguno, afecta el carácter punitivo de la ejecución.

Sin embargo, más allá de que ello da la espalda a todos los estudios criminológicos que han abordado el carácter punitivo de medidas como prisión domiciliaria y qué factores son los que inciden sobre ello⁹⁷, lo cierto es que el problema de la falta de sujeción a la ley subsiste.

Aun si uno concediera que estamos frente a un régimen laxo, se puede responder que esa laxitud es de la pena legal. Esta circunstancia no convierte al juez en legislador para agravar la sanción y lo que debería hacerse es reformar la ley para que prevea exigencias mayores sobre las condiciones de la prisión domiciliaria.

No puede presumirse que el legislador quiso una pena más grave que la que consagró legalmente, bajo el argumento de que, de otro modo, estaría “desnaturalizada”. Su naturaleza no puede ser otra que la que la ley prevé. Todo aditamento es pena que no surge de la ley, es ejercicio arbitrario del poder, un juez legislador, que es precisamente lo que la tradición constitucional del principio de legalidad quería evitar.

Para tomar dimensión del problema, vale la pena detenerse en los derechos que específicamente fueron restringidos por la actividad jurisdiccional en el caso bajo análisis. En primer lugar, el domicilio es propiedad privada.

La propiedad es un derecho constitucional amparado en particular por el artículo 17 de la CN, que establece que “[l]a propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”.

A nivel legal, el derecho de dominio está regulado en los artículos 1941 y subsiguientes del Código Civil y Comercial de la Nación que prevé sus alcances y la correlativa facultad de exclusión del titular.

⁹⁷ Pardini (n 83).



Un juez no puede limitar la propiedad privada a punto tal de que la facultad de exclusión inherente al dominio sobre un inmueble quede a su cargo, sin ninguna norma que expresamente lo habilite.

Por otro lado, asiste razón al voto en disidencia en cuanto a que las condiciones para recibir visitas constituyen una fuerte injerencia en la vida privada y familiar de la persona, así como la intimidad de su domicilio, todos derechos de raigambre constitucional.

En tal sentido, los artículos 18 de la CN, 11 incisos 2° y 3° de la CADH y 17 incisos 1° y 2° del PIDCyP protegen la intimidad de la persona, su vida privada, su familia, su domicilio y su correspondencia, contra toda injerencia arbitraria o que no esté fundada en una ley.

Una estricta sujeción a la reserva de ley en la ejecución penal exige que el contenido concreto de la pena deba estar regulado en una norma formal del Poder Legislativo.

En el caso analizado, la interpretación que realiza la mayoría de la CFCP indica que el contenido concreto de la prisión domiciliaria es una facultad discrecional del juez que podrá imponer las reglas que estime pertinentes, según las finalidades de la ejecución de la pena y las circunstancias concretas de cada caso. Esto daría lugar a que algunas personas podrían recibir visitas o salir a trabajar, mientras que otras no, entre otras circunstancias.

El problema puede tener su origen en la propia indeterminación normativa de la prisión domiciliaria. Como se mencionó anteriormente, una interpretación estricta del instituto implica que estamos frente a un régimen cuyo único requisito es la permanencia constante del condenado, las 24 horas del día, dentro de su domicilio.

Se trataría así de un régimen irrealizable, una quimera. Es innegable que las personas tienen necesidades básicas que cubrir y al menos por razones humanitarias es esperable que deba autorizarse al condenado a salir por una atención médica o alguna otra razón urgente.

Frente a ello, los jueces tienen dos opciones: a) establecer el régimen que surge de la ley, virtualmente sin contenido concreto más que la permanencia en el hogar, o b)



establecer el régimen y las reglas que estiman pertinentes según su propio juicio, sin una ley que así lo habilite.

La primera opción, claro está, es la más perjudicial para el condenado. La segunda lo beneficiaría, en principio, aunque con un alto grado de incertidumbre sobre qué es lo que se le permitirá hacer, contraria a la reserva de ley ejecutiva, y una tensión inconciliable con el principio de igualdad del art. 16 de la CN, al menos en aquellos casos donde el régimen sea más estricto que el que se le impone a otra persona en las mismas circunstancias.

En tales condiciones, la regulación insuficiente de la prisión domiciliaria, que ni siquiera tiene en cuenta circunstancias como la necesidad básica de tener asistencia médica, abre espacio a la discrecionalidad judicial y a la arbitrariedad. Lo que se necesita, si se pretende evitar que la función legislativa y judicial se acumulen en una sola persona, es que el poder encargado de sancionar leyes tome las riendas y complete la reglamentación de la prisión domiciliaria, para brindar al menos un marco sobre el cual debe actuar el tribunal.

5.3.2. Regular lo que falta. Posibles soluciones en el plano legislativo.

Teniendo en cuenta que el régimen de permanencia de 24 horas en el hogar es bastante excepcional en Europa y Estados Unidos⁹⁸, una primera posibilidad sería prever una determinada cantidad de horas en las que el imputado debe permanecer en la casa. Esta opción es la que mejor evita la discrecionalidad, pues la persona puede cumplir sus necesidades en el horario de salida y no está sujeta al arbitrio judicial.

Una segunda opción sería establecer supuestos en los que se permite al juez otorgar autorizaciones de salida, como ser razones médicas, laborales, afectivas, etc. Aunque quede librado a cierta discreción, existiría un marco legal.

Además, sería aconsejable regular el régimen de visitas, posibles tratamientos con fines de resocialización para cumplir con el mandato constitucional, entre otras cuestiones.

Ello haría necesario también rever los casos en los que se concede la domiciliaria, o crear regímenes diversos según cada uno de ellos, porque para el supuesto de razones

⁹⁸ Hucklesby, Beyens y Boone (n 89).



humanitarias por edad avanzada, puede ser innecesaria la previsión de un tratamiento resocializador.

Justamente, el carácter más o menos punitivo de la medida depende en gran parte de la previsión legal de ese tipo de cuestiones. No se trata de defender un régimen laxo, bien podría recrudescerse. Lo que importa es que su contenido esté previsto en la ley.

5.3.3. Objeciones restantes.

A esta altura, sólo resta volver sobre algunas potenciales objeciones que merecen especial consideración.

La primera de ellas gira en torno a que la justificación del principio de legalidad radica en que el individuo pueda motivarse en la norma antes de actuar, por lo que bastaría con que se lo amenace con una pena determinada y ella esté legalmente prevista, pero no resultaría necesario que las condiciones de la ejecución también se encuentren taxativamente delimitadas y respeten el mandato de certeza con el mismo alcance que la pena en sí.

Como respuesta, es posible afirmar que lo único que puede concluirse de esa objeción es que la legalidad en su tradición penal no alcanza a la ejecución penal, afirmación que se comparte en base a lo dicho en este trabajo. Sin embargo, como se dijo, eso no excluye la vigencia de la reserva de ley y que toda limitación de derechos deba necesariamente provenir de una ley formal, que aunque sea brinde un marco dentro del cual debe actuar el juez.

Una segunda objeción podría también sostener que la prisión domiciliaria, en cuanto tal, no es una pena, ni responde a los principios de resocialización, ni se trata de una modalidad de ejecución que requiera ser reglamentada, antes bien, se trataría de un instituto *sui generis* con otro tipo de justificaciones, como el derecho a la salud o nociones de humanidad, donde la persona puede cumplir una pena encerrado en su domicilio, por las razones expresamente determinadas en la ley, que por su propia naturaleza (enfermedad, vejez, maternidad, discapacidad) permiten hacer excepción a las reglas de ejecución de la pena.

La respuesta a este planteo se haría desde dos ángulos. El primero, es que seguimos hablando del cumplimiento de una pena, por lo que los propios objetores tienen la carga de la prueba de explicar por qué algo que la ley llama “pena” no sería tal o debería



estar exenta de los principios constitucionales que la rigen, incluso en perjuicio de las garantías del imputado. El segundo, es que aun cuando se aceptara que es un instituto que obedece a otro tipo de justificaciones, la ley mínimamente debería regularlo con la finalidad concreta que la justifica, por ejemplo, en casos donde se basa en razones médicas o de cuidado de los hijos/as, deberían estipularse permisos que respondan a esas mismas finalidades y no quedar al arbitrio judicial. No obstante, la objeción no basta para justificar un apartamiento del principio de reserva de ley que debe regir la actuación de los jueces y las demás autoridades estatales.

En cualquier caso, no parece aconsejable perder la oportunidad de explotar, a través de leyes y un efectivo control judicial, el potencial resocializador que tiene este tipo de modalidad de ejecución, según estudios empíricos realizados en nuestro propio país⁹⁹.

Una tercera objeción podría insistir en postular que la ejecución penal se encuentra regida por el principio de legalidad penal específico, no la reserva de ley general, contrario a lo que se sostiene en este trabajo.

Esta línea de pensamiento se encuentra en la posición de los autores que vinculan las normas sobre ejecución penal con el “contenido concreto” de la pena¹⁰⁰, incluso la de la propia CSJN, que utiliza ese vocabulario y apoya sus decisiones en las normas del art. 18 de la CN y 9 de la CADH, en lugar de la genérica reserva de ley.

Sintéticamente, lo que esta posición sostendría es que la vigencia del principio *nulla poena sine lege* rige la etapa de ejecución de la pena, pues la actividad que en ella despliegan las autoridades del Estado es la que, en definitiva, determina la severidad de la pena en sí misma.

Existe en este punto una similitud con la discusión en torno a la vigencia del principio de legalidad penal respecto de las normas procesales penales y, en particular, las que regulan la prescripción de la acción, objeto de tratamiento y crítica por Pérez Barberá¹⁰¹.

⁹⁹ Rafael Di Tella y Ernesto Schargrodsky, ‘Criminal Recidivism after Prison and Electronic Monitoring’ (2013) 121 Journal of political Economy 28.

¹⁰⁰ Salt y Rivera Beiras (n 12); Alderete Lobo (n 12).

¹⁰¹ Pérez Barberá (n 7).



La propia CSJN sigue una línea similar de extensión de la garantía a otros ámbitos más allá del penal material. Al respecto, ha dicho en varios precedentes enumerados en el fallo “Ilarraz”¹⁰² que el principio de legalidad en materia penal “comprende las normas sobre la determinación legal del régimen de la prescripción de la acción penal”. Similarmente, en el caso “Arce”¹⁰³, con remisión al dictamen del Procurador General, sostuvo que por aplicación de ese mismo principio se encontraba vedada la aplicación retroactiva de una norma que afectaba el cómputo de la prisión preventiva en perjuicio del imputado.

En definitiva, se cuestiona que en el ámbito penal pueda existir una distinción clara y tajante entre normas de forma y de fondo, y se propone la vigencia del principio de legalidad penal para todas ellas, contra la que sería, desde ese punto de vista, una visión restrictiva de la garantía¹⁰⁴.

La posición reseñada parte de la valiosa preocupación por las graves afectaciones a los derechos de una persona que pueden ocurrir durante el proceso penal y que no son la pena en sí misma. No obstante, es esa misma preocupación la que la lleva a equiparar la pena con otras privaciones de derechos y diluir dos garantías constitucionales que tienen distinto alcance en una sola. Esto es justamente lo que genera el riesgo de convertir todas las normas del proceso penal en normas materiales.

La realidad es que este problema parece partir de un olvido de la reserva de ley genérica como garantía constitucional o, en todo caso, de una subestimación de ese principio. De otro modo no se entendería una necesidad tan intransigente de expandir el alcance del principio de legalidad penal a otros ámbitos, al costo de perder valiosas distinciones conceptuales que no son abandonadas en otras ramas del derecho.

Por supuesto, y como se dijo ya anteriormente, la reserva de ley también contiene los mismos cuatro subprincipios derivados. No obstante, la su mayor o menor intensidad de los estándares vinculados a esos principios, como se verá en el abordaje de la próxima objeción, depende de si se afectan derechos fundamentales.

¹⁰² CSJN (n 19).

¹⁰³ Fallos: 331:472

¹⁰⁴ Hernán Víctor Gullco, *Casos de Derecho Penal: Parte General* (1st ed, Ad-Hoc 2021) 53 y ss.



Cabe preguntarse si lo que determina que el principio de legalidad penal sea más estricto es el hecho de que la pena de prisión o, en forma más general, el ejercicio del poder punitivo, sea susceptible de producir las afectaciones más graves a los derechos de las personas. Pero son justamente estos mismos autores los que aciertan en advertir que existen otras restricciones de derechos graves que no son “pena”, siendo el caso más paradigmático el de la prisión preventiva, que puede resultar indistinguible de aquella y cuyo uso puede ser todavía más abusivo.

Entonces, lo más importante es no perder de vista la relación que tienen las dos garantías, la general y la específica, con sus fundamentos, ya que el principio de legalidad penal, en tanto se vincula con una finalidad de disuasión de delitos, podría volverse contingente¹⁰⁵, problema que no enfrenta la genérica reserva de ley frente a afectaciones de derechos fundamentales, porque siempre tenderá a evitar el ejercicio arbitrario y abusivo del poder, que en lo que aquí interesa se sigue de la concentración de las funciones legislativa y judicial en un único magistrado.

Finalmente, una última pero no menos importante objeción podría sostener que la reserva de ley, en tanto *prima facie* menos estricta que la legalidad penal, permite una mayor ponderación frente a otros valores en juego.

Podría argüirse que eso es lo que en definitiva hicieron los jueces de la Cámara Federal de Casación Penal que conformaron la mayoría en las sentencias analizadas en la sección 5.2, al privilegiar que la pena no se desnaturalice o que cumpla su efecto comunicativo.

Primero, hay que advertir que los jueces, si ponderaron la reserva de ley, no lo hicieron de forma explícita. Por el contrario, en todo momento dedujeron la facultad de imponer reglas de conducta de la propia ley de ejecución penal que, como se dijo en este mismo trabajo, no confiere esa potestad en forma explícita en la regulación de la prisión domiciliaria. Pareciera que, más que ponderar, la sentencia pretende negar que exista colisión alguna con el principio de legalidad (general o penal).

Ahora supongamos que los jueces, conscientes de que su accionar violaba los mandatos de ley escrita y ley estricta, se inclinaron en favor de los otros valores en juego.

¹⁰⁵ Greco (n 27) 184 y ss.; Dias (n 28) 17.



Aún admitiendo que todos los subprincipios derivados de la reserva de ley son ponderables y pueden ceder¹⁰⁶, lo cierto es que el límite se encuentra dado por la afectación a derechos fundamentales, en donde no parece haber una diferencia relevante de intensidad en la protección que brinda frente al principio de legalidad penal¹⁰⁷.

En el caso, al imponerse reglas de conducta no previstas legalmente, la persona condenada fue sujeto de afectaciones de derechos fundamentales expresamente previstos a nivel constitucional, como la propiedad privada, la intimidad, la vida privada, la familia y el domicilio, que los tratados internacionales de derechos humanos protegen en forma explícita contra toda injerencia que no esté fundada en una ley. Por tanto, incluso a partir de una ponderación a partir del principio de reserva de ley, la conclusión de los jueces de la Cámara Federal de Casación Penal debe ser evaluada críticamente.

6. Conclusión.

El presente trabajo parte de la constatación de que el estudio del principio de legalidad penal se ha concentrado históricamente en la determinación del hecho punible y que, al abordar la problemática de la pena, sólo se ha hecho en abstracto, siendo insuficiente el análisis que se ha hecho del alcance que tiene en la fase de ejecución de la pena. Con ese punto de partida, se propuso distinguir retomar las dos tradiciones que confluyen en lo que genéricamente se denomina “principio de legalidad”: la tradición jurídico-penal, cuya formulación clásica se remonta al aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* de Feuerbach, y la tradición constitucional, vinculada al principio de separación de poderes y a la noción anglosajona de *rule of law*, que da sustento a la reserva de ley general.

Se sostuvo que ambas tradiciones tienen fundamentos distintos: mientras que la legalidad penal halla su justificación en la finalidad disuasoria de la conminación penal y en el principio de culpabilidad —que exigen que el destinatario pueda conocer de antemano la consecuencia jurídica de su actuar—, la reserva de ley general se apoya en la necesidad de evitar el ejercicio arbitrario del poder por parte de los órganos del Estado, impidiendo que el juez asuma funciones propias del legislador. Esta distinción, apoyada

¹⁰⁶ Perez Barberá (n 7) 67.

¹⁰⁷ ibid 85.



en los aportes, por ejemplo, de Kuhlen y Pérez Barberá, permite delimitar con mayor precisión el alcance de cada principio y las consecuencias que de él se derivan.

A partir de allí, se examinaron los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que conforman la llamada “garantía de legalidad en la ejecución penal” (“Dessy”, “Romero Cacharane”, “Guerra” y “Soto”). Se concluyó que esos casos no son homogéneos: mientras que “Guerra” y “Soto” involucran un problema clásico de legalidad penal, esto es, la certeza sobre la duración real de la pena perpetua y la posibilidad de acceder a una libertad anticipada, los casos “Dessy” y “Romero Cacharane” se inscriben en la tradición de la reserva de ley general: en ambos, lo que estaba en juego no era el contenido de la pena, sino la restricción de derechos del condenado sin habilitación legal. Por ello, se propone denominar a esta última variante “reserva de ley en la ejecución penal”, a fin de evitar equívocas asimilaciones al principio de legalidad en sentido estrictamente penal.

Desde esa perspectiva, se abordó el régimen legal de la prisión domiciliaria como un caso paradigmático de modalidad de ejecución en tensión con la reserva de ley ejecutiva. El análisis de los artículos 10 del Código Penal y 32 a 34 de la ley 24.660 puso de manifiesto que la ley no define qué es la prisión domiciliaria más allá de la permanencia en el hogar, sin regular el régimen de visitas, los permisos de salida, el tratamiento resocializador ni las condiciones de control. Esa indeterminación normativa fue ilustrada a través del análisis de las resoluciones dictadas en la causa seguida contra la ex presidenta Cristina Fernández de Kirchner, donde la Sala 4 de la Cámara Federal de Casación Penal confirmó la imposición de reglas de conducta por parte del tribunal de juicio sin base legal explícita, lo que pone en evidencia la discrecionalidad y eventual arbitrariedad a la que conduce la actual reglamentación.

Frente a las posibles objeciones, se cuestionó la extensión del principio de legalidad penal a otras áreas que no son el ámbito del derecho penal materia, en particular, la fase ejecutiva, en la que debe regir la genérica reserva de ley, que no exige forzar conceptos ni diluir dos garantías en una sola,

Además, se intentó demostrar que, cuando se trata de derechos fundamentales, no existe una diferencia relevante de intensidad entre las dos garantías.



En tal sentido, se sostuvo que la reserva de ley en la ejecución penal no requiere que el mandato de certeza alcance con igual intensidad a todos los aspectos de la fase ejecutiva, en la medida en que muchas de sus circunstancias son necesariamente indeterminadas al momento de la comisión del hecho. Sin embargo, ello no exime al legislador de regular mínimamente el contenido de la pena durante su ejecución, en especial cuando esa indeterminación habilita la restricción de derechos constitucionales sin sustento normativo.

En definitiva, si la CSJN ha sostenido que “toda nuestra organización política y civil reposa en la ley”, esa exigencia no puede ceder frente a la conveniencia de dotar al juez de ejecución de una discrecionalidad que la Constitución reserva al Poder Legislativo.

La solución, en consecuencia, es de orden normativo: resulta imprescindible una reforma legislativa que establezca, con el grado de precisión que exige la reserva de ley, el contenido concreto de la prisión domiciliaria y los límites dentro de los cuales los jueces pueden actuar en su ejecución.

Como dijo Juan Bautista Alberdi en la frase citada al comienzo de este trabajo, toda ley que deja en manos del juez un poder discrecional sobre las personas atenta contra la seguridad personal garantizada por el artículo 18 de la Constitución Nacional y es, por lo tanto, esencialmente inconstitucional.

7. Bibliografía.

Alberdi JB, *Sistema Económico y Rentístico* (Ciudad Argentina)

Alderete Lobo RA, *Derecho Procesal de Ejecución Penal*, vol 1 (Editores del Sur 2022)

Arocena GA, *Las directrices fundamentales de la ejecución de la pena privativa de la libertad en el derecho argentino* [2008] Boletín Mexicano de Derecho Comparado <<https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2008.122.3985>>

Beade GA, ‘El Principio de Legalidad. Significado y Alcance Del Nullum Crimen Sine Lege’ in Roberto Gargarella *et al*, *Constitución de la Nación Argentina comentada* (La Ley 2019)



- Beccaria C, *De Los Delitos y de Las Penas* (1ra ed, Alianza Argentina 1994)
- Bentham J, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Dover Publications Inc 2017)
- Bracaccini F, 'Art. 19' en Roberto Gargarella *et al*, *Constitución de la Nación Argentina comentada* (La Ley 2019)
- Cesano JD, 'Capítulo 1. Principios Básicos de La Ejecución' *Ley N° 24.660 con las modificaciones de la ley N° 27.375* (1ra ed, Alverdoni Ediciones 2020)
- Di Tella R and Schargrotsky E, 'Criminal Recidivism after Prison and Electronic Monitoring' (2013) 121 *Journal of political Economy* 28
- Dias L, 'El Anti-Hobbes de Feuerbach En La Reciente Filosofía Del Derecho de Habla Hispana' [2025] *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés* 1
- Ferranti WP, 'Revised Sentencing Guidelines and the Ex Post Facto Clause' (2003) 70 *The University of Chicago Law Review* 1011 <<https://doi.org/10.2307/1600664>>
- Field OP, 'Ex Post Facto in the Constitution' (1922) 20 *Michigan Law Review* 315 <<https://doi.org/10.2307/1277164>>
- Fukuyama F, *The Origins of Political Order: From Prehuman Times to the French Revolution* (Profile books 2011)
- Gelli MA, *Constitución de la Nación Argentina : comentada y concordada* (5ta ed. amp. y act., La Ley 2018)
- Glaser S, 'Nullum Crimen Sine Lege' (1942) 24 *J. Comp. Legis. & Int'l L.* 3d ser. 29
- Greco L, *Lo Vivo y Lo Muerto En La Teoría de La Pena de Feuerbach. Una Contribución al Debate Actual Sobre Los Fundamentos Del Derecho Penal.* (Marcial Pons 2015)
- Green A and Hendry J, 'Ad Hominem Criminalisation and the Rule of Law: The Egalitarian Case against Knife Crime Prevention Orders' (2022) 42 *Oxford Journal of Legal Studies* 634 <<https://doi.org/10.1093/ojls/gqab041>>
- Gullco HV, *Casos de Derecho Penal: Parte General* (1ra ed, Ad-Hoc 2021)
- Hall J, 'Nulla Poena Sine Lege' (1937) 47 *The Yale Law Journal* 165
- Hamilton A, Madison J and Jay J, *El Federalista* (Ramón Máiz ed, Ediciones Akal 2015)
- Hobbes T, *Leviatán: O La Materia, Forma y Poder de Una República Eclesiástica y Civil* (3ra ed, FCE 2017)



Hruschka J, 'Kant, Feuerbach y Los Fundamentos Del Derecho Penal' en Juan Pablo Montiel, *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿Decadencia o evolución?* (Marcial Pons 2012)

Hucklesby A, Beyens K y Boone M, 'Comparing Electronic Monitoring Regimes: Length, Breadth, Depth and Weight Equals Tightness' (2021) 23 *Punishment & Society* 88 <<https://doi.org/10.1177/1462474520915753>>

Kuhlen L, 'Sobre La Relación Entre El Mandato de Certeza y La Prohibición de Analogía' en Juan Pablo Montiel, *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿Decadencia o evolución?* (Marcial Pons 2012)

Manili PL, *Constitución de La Nación Argentina: Comentada, Anotada y Concordada Con Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos*, vol 1 (1st ed, Astrea 2023)

Montesquieu, *Del Espíritu de Las Leyes* (6th ed, Editorial Tecnos 2007)

Pardini A, 'El arresto domiciliario con monitoreo electrónico: perspectivas de los penados en Argentina' [2023] *Delito y Sociedad*

Perez Barberá G, 'Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal' (2015) 1 En *Letra. Derecho Penal* 42

Raz J, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (2da ed, Oxford University Press 2009)

Roxin C, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de La Teoría Del Delito* (1ra ed, Civitas 2006)

Salt M y Rivera Beiras I, 'Los Derechos Fundamentales de Los Reclusos' [1999] España y Argentina. Buenos Aires: Ed. Del Puerto

von Feuerbach PJAR, *Tratado de Derecho Penal Común Vigente En Alemania* (1ra ed, Hammurabi 2022)

Zapatero LA, 'Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal' [1983] *Revista española de derecho constitucional* 9

Ziffer PS, *Lineamientos de La Determinación de La Pena* (2da ed, Ad-Hoc 2013)