

LOS FINES DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Gregorio José Uriburu¹

Ministerio Público Fiscal de la Nación

gregoriouriburu@hotmail.com

Recibido: 20/10/2023

Aceptado: 13/05/2024

Resumen

En el presente trabajo se examina si la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos enumerados en su art. 75, inc. 22 adoptan una posición respecto de los fines de la pena privativa de la libertad, cuestión que es discutida en la doctrina.

Al efecto de interpretar el art. 18 de la Constitución Nacional, se indaga en sus antecedentes históricos, en los textos constitucionales provinciales de la época y en su interpretación en la doctrina y jurisprudencia. También se analiza el texto de los tratados internacionales de derechos humanos a la luz de las reglas interpretativas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: Constitución Nacional, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fines de la pena, pena privativa de la libertad.

The Purposes of Imprisonment in the Argentine Constitution

Abstract

This article examines whether the Argentine Constitution and the international human rights treaties listed under article 75(22) adopt a position regarding the purposes of imprisonment, a question debated by scholars.

In order to interpret article 18 of the Argentine Constitution, this article investigates its historical origins, provincial constitutions at the time of its enactment and its interpretation by scholars and courts. Regarding the international human rights treaties, the question is analyzed

1 Agradezco a los doctores Manuel José García-Mansilla y Sebastián Elías por sus valiosas críticas y comentarios a una versión preliminar de este artículo.

in light of the rules of interpretation of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights.

Key words: Argentine Constitution, American Convention on Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights, purpose of punishment, imprisonment.

1. Introducción

En la doctrina nacional no existe consenso sobre si la Constitución Nacional adoptó alguna teoría sobre los fines de la pena privativa de la libertad y, en su caso, cuáles serían aquellos fines.² Particularmente, la discusión se centra en el significado de la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional, que en sus últimas dos oraciones establece:

Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

Asimismo, la reforma constitucional de 1994 otorgó —en las condiciones de su vigencia y sin derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución— jerarquía constitucional a algunos tratados internacionales de derechos humanos que regulan los fines de la pena. Entre los instrumentos enumerados se encuentran tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se refieren a la cuestión de los fines de las penas privativas de la libertad y del régimen carcelario.

El objeto de este trabajo es proponer una interpretación del artículo 18 de la Constitución Nacional y de las cláusulas convencionales con jerarquía constitucional para elucidar cuál es su contenido normativo sobre los fines de la pena privativa de la libertad.

Para ello, primero se enumerarán las diversas interpretaciones de la última parte del art. 18 de la Constitución Nacional según la doctrina y la jurisprudencia. Al efecto de esclarecer la cuestión, se indagará sobre sus fuentes y luego se postulará cuál es la interpretación de la norma que se estima correcta y, en consecuencia, qué conclusiones cabe extraer de dicha norma respecto de los fines de la pena. Finalmente, se analizarán las cláusulas de los tratados citados

2 Una breve introducción a esta clasificación puede encontrarse en Soler (1987, pp. 371-414).

en tanto se refieren a la “reforma y la readaptación social de los condenados” a penas privativas de la libertad con el objeto de establecer su incidencia en la determinación de cuáles son los fines de la pena constitucionalmente admisibles.

2. Las interpretaciones del art. 18 de la Constitución Nacional postuladas en la doctrina y la jurisprudencia

2.1 Cárcel para seguridad pública

Un primer grupo doctrinal entiende que el art. 18 de la Constitución Nacional dispone desde 1853 que el único fin admisible en la Constitución Nacional es el fin preventivo, consistente en lograr el objetivo de la seguridad social o pública. Es decir, se interpreta que la citada cláusula constitucional, en tanto estatuye que las cárceles serán “para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”, prohíbe concebir al encierro como un castigo y ordena considerarlo como una medida en pos de la seguridad o tranquilidad pública.

En este sentido, tal como reseñó Montes de Oca (1917),

El lenguaje vulgar confunde la pena con la medida de represión; en el tecnicismo jurídico (por más que de acuerdo con el origen etimológico de la palabra, pena significa castigo, mal moral), la penalidad constituye un conjunto de medidas de represión, de cautela, de seguridad social. Si esto es así, los convencionales de 1853, anticipándose al movimiento intelectual en materia de penalidad, adoptaron la tesis más exacta, al estatuir que las cárceles de la Nación no tenían por fin el castigo de los reos en ellas detenidos, sino el único de mantener la seguridad. (pp. 442-443)

Concordantemente, Peco (1921) señaló que “la pena no es un instrumento de expiación, la retribución del mal por el mal, sino un fecundo medio de defensa social” (p. 28), posición análoga a la de Riquert (1997, pp. 856-880). En la misma línea argumental se expresó Zaffaroni (1998) —aunque posteriormente abandonó tal posición—,³ quien sostuvo que la cláusula comprende tanto a las personas en prisión preventiva como a las condenadas, además de que

[l]a finalidad de la pena no puede ser otra que proveer a la finalidad del derecho penal mismo, de modo que la disposición del art. 19 [de la Constitución Nacional⁴], en cuanto demanda que el delito afecte siempre bienes jurídicos, resulta

3 Conf. nota al pie 7, *infra*.

4 Al efecto de clarificar esta expresión, cabe destacar que Zaffaroni et al. (2002, pp. 126-130) entien-

coherente con la asignación de la función de aseguramiento de bienes jurídicos, al derecho penal y con la asignación de la función de seguridad a las penas, lo que hace el art. 18 constitucional respecto de las penas privativas de libertad, al preceptuar que “las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”. (p. 40)

Ekmekdjian (1994) elaboró una interpretación más amplia que no limitaba el fin de la pena a la seguridad pública, pero que la tenía como un componente esencial. En efecto, consideró que la referida cláusula

establece los principios fundamentales de la organización carcelaria, los cuales pueden ser resumidos diciendo que las cárceles tienen como objetivo la defensa de la sociedad contra el delito y la readaptación del delincuente antes que su castigo. Para ello se exige que las cárceles sean sanas y limpias y que la organización carcelaria debe causar los mínimos perjuicios posibles a los internos, compatibles con su dignidad de seres humanos, más allá de los delitos que pudieran haber cometido. Este principio de la pena como defensa social ha sido adoptado luego por otras constituciones contemporáneas [...] y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (arts. 7 y 10). (p. 372)

En definitiva, este grupo doctrinal considera que la pena privativa de la libertad cumple esencialmente con una función de proveer a la seguridad o tranquilidad pública y descarta que ella tenga un fin retributivo.

2.2 Cláusula referida exclusivamente a la prisión preventiva

Un segundo grupo doctrinal, cuyo mejor exponente fue Luis Carlos Cabral (1991), elaboró una interpretación restrictiva de esta cláusula limitada a la protección de las personas privadas de su libertad mediante la prisión preventiva.

Ello se funda en la interpretación literal y a la luz de los antecedentes históricos del art. 18 de la Constitución Nacional. Esta posición doctrinal, en la que también se incluye a Elías Neuman (1972, pp. 993-998), parte de la interpretación del concepto de “cárceles”, que define como los establecimientos destinados a los encausados, es decir, cuya función es alojar a las personas privadas de su libertad durante el proceso penal. También se apoya en la definición del

den que el art. 19 de la Constitución Nacional consagra implícitamente el “principio de lesividad”, según el cual solamente pueden considerarse delitos aquellas conductas que afecten bienes jurídicos de terceros. Por el contrario, cuando no se satisface tal condición, las acciones quedan “exentas de la autoridad de los magistrados” de conformidad con la referida norma constitucional.

término “reos”, entendido como la denominación de las personas acusadas de un delito, con exclusión de los condenados. De esta manera, Julio Herrera (1911) ha llegado a afirmar que la mencionada norma

quita á la prisión su carácter de pena, sin duda porque, en los albores de nuestra emancipación política, nuestros juristas sólo conocían las penalidades en uso por ese tiempo en casi todas las naciones, sin darse cuenta del movimiento de reforma que ya se estaba operando activamente en Europa y América. (sic) (pp. 181-182)

En la misma línea se inscriben algunos pasajes de José Manuel Estrada (1895) respecto del art. 18 de la Constitución, en tanto afirmó:

Solo ha querido que las cárceles de retención sean lugares de seguridad, donde los individuos no sean torturados ni humillados; en una palabra, borrar para siempre todo temor de que la República Argentina vuelva presenciar los horrores que en esta materia la han avergonzado en otros días. (p. 169)

Esta opinión de Estrada suele ser citada para fundar la posición referida a que la garantía alcanza solamente a los detenidos en “cárceles de retención”.

Así entonces, según esta interpretación, como los términos “cárceles” y “reos” se referirían al instituto de la prisión preventiva, allí se agotaría el ámbito de aplicación de la norma constitucional. Es decir, se pone el foco en brindar garantías individuales a las personas detenidas en prisión preventiva. De ello se sigue que no se prohibiría el castigo como sanción ante la comisión de un delito, por lo que el texto constitucional admitiría tanto el fin retributivo como los fines preventivos de la pena.

Algunos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictados en su primer medio siglo de funcionamiento abonan esta interpretación, por cuanto vincularon la citada cláusula constitucional con la prisión preventiva.

En efecto, en 1869, en la causa *Martínez, Hilarion* sostuvo el máximo tribunal nacional que, en atención a

la prescripción del artículo dieciocho de la Constitución Nacional, los reos de delitos que no son castigados con pena corporal, tienen derecho a que se les ponga en libertad bajo fianza, porque de otro modo se aumentaría su sufrimiento más allá de lo necesario para la seguridad de que se cumpla la pena establecida por la ley...⁵

5 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *El Ministerio fiscal contra D. Hilarion Martinez y D. Rufino*

Esa doctrina fue reiterada en 1875 en la causa *Aguirre* con remisión al fallo del juez de sección De la Torre, quien sostuvo:

Que los reos de delitos que no merecen pena corporal, pueden ser excarcelados bajo fianza, de acuerdo con la prescripción del artículo 18 de la Constitución Nacional, que prohíbe retener en la cárcel a los procesados, cuando ello deja de ser un medio necesario de seguridad.⁶

Más adelante, en la causa *Pedro Llanos*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó sobre el art. 18 de la Constitución Nacional:

Esa prescripción, según la jurisprudencia establecida, tiene por objeto principal garantizar la libertad bajo fianza a los reos de delitos que no merezcan pena corporal, porque denegando la excarcelación, se retendría en la cárcel a los procesados, sin que esa retención pudiera justificarse como una medida necesaria de seguridad, por manera que “la excarcelación procede como garantía constitucional y no como simple concesión de la ley penal de forma”.⁷

2.3 La prohibición de mortificaciones innecesarias

De la lectura del texto de la disposición constitucional se desprende una tercera interpretación posible,⁸ que estimo correcta. Según esta exégesis, el art. 18 de la Constitución Nacional puso el foco en la finalidad de garantizar la seguridad individual de las personas alojadas en las cárceles independientemente de si el encierro se da en el marco de un proceso penal o si constituye una sanción penal firme. Es decir, se trata de una cláusula que ordena respetar la dignidad humana de las personas detenidas, por lo que se prohíbe que en la cárcel se impongan castigos innecesarios a los condenados o procesados.

A tal fin, resultan ilustrativas las palabras de José Manuel Estrada (1901),

Castro Boedo, *sobre cumplimiento de una fianza carcelera y judicatum solvi*, 31/07/1869, Fallos: 7:368. Ortografía actualizada.

6 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Criminal contra D. Julian Aguirre, por rebelión. Incidente sobre excarcelación bajo fianza*, 03/04/1875, Fallos: 16:88. Ortografía actualizada.

7 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Pedro Llanos solicitando la excarcelación de los procesados por el delito de rebelión Antonio Abregú y otros s/Const.*, 01/08/1905, Fallos: 102:219. Ortografía actualizada.

8 Ello aparece enunciado en Zaffaroni et al. (2002), cuando se indica que la cláusula constitucional citada “se limita a excluir el castigo y a imponer la seguridad de los presos, por lo que no importa consagrar ninguna función manifiesta” a la pena (pp. 54-55).

quien, de manera coherente con la opinión antes citada, explicó la finalidad que habrían tenido los constituyentes al redactar esta norma:

Lo inspira un sentimiento de horror y de repugnancia hacia las costumbres brutales de los gobiernos que habían convertido las cárceles en teatros de crueldades insólitas, como la de “Santos Lugares” de Rosas; pero si hubiera de ser interpretado literalmente, envolvería la prohibición del régimen penitenciario, según el cual, la cárcel es al mismo tiempo que un centro de moralización un centro de castigo.⁹ Tal interpretación es inadmisibile. Por consiguiente el texto es defectuoso, y no debe ser entendido sino en el sentido que indico. (pp. 174-175)

De esta manera, señalaba Joaquín V. González (1935) que

la Constitución ha querido rechazar las crueldades de las antiguas leyes, y evitar que los jueces, los gobernantes y cualesquiera agentes de la autoridad, puedan ejecutar con los reos acto alguno que no corresponda a la pena legal del delito, que es la privación de la libertad. Todas estas son precauciones de la Constitución contra las tiranías, colectivas o individuales, al propio tiempo que importan verdaderos progresos en la cultura nacional. (p. 166)

En esta línea, el proyecto de Constitución de Alberdi (2017) incluía dentro del art. 19 las garantías penales, dentro de las cuales se hallaba lo siguiente:

El tormento y los castigos horribles son abolidos para siempre y en todas circunstancias. Quedan prohibidos los azotes y las ejecuciones por medio del cuchillo, de la lanza y del fuego. Las cárceles húmedas, oscuras y mortíferas deben ser destruidas. La infamia del condenado no pasa a su familia. (p. 236)

Las cuatro oraciones del proyecto de constitución conforman una unidad conceptual. Prescriben la abolición de los castigos crueles, tal como aclaró el

9 En otra obra de Estrada (1895) aparece un párrafo similar con algunos agregados de interés: “Es entendido que por esta cláusula sólo se ha tratado de estorbar que en lo ulterior el país presenciemos escándalos de aquellas cárceles consagradas la tortura y la ignominia de los detenidos con que don Juan Manuel Rosas afrontaba esta sociedad. Las cárceles no pueden ser centros de mortificación cuando se trata de cárceles de retención; pero si se diera una extensión excesiva la cláusula constitucional, se entendería que prohíbe el sistema penitenciario, según el cual los presidios son verdaderos centros de castigo y mortificación para los presos; y este es uno de los mayores adelantos que el derecho penal ha llegado en nuestros días. Sería absurdo suponer que la Constitución argentina estorba su planteamiento en la República” (p. 169). Probablemente, la segunda vez que se emplea en este texto el término “mortificación” debió haberse expresado “moralización”, como dice el texto citado en el cuerpo.

ilustre tucumano en una nota al pie: “El fin de esta disposición es abolir la penalidad de la Edad Media, que nos rige hasta hoy, y los horrorosos castigos que se han empleado durante la revolución” (Alberdi, 2017, p. 236).

Si bien el texto propuesto por Alberdi solamente fue parcialmente receptado en el texto constitucional, resulta útil tener en consideración el fin de prohibir los métodos de castigo utilizados hasta entonces, lo que resulta conteste con la opinión de Estrada. Ello se demuestra mediante el análisis tanto de las fuentes del art. 18 de la Constitución Nacional como del significado del texto constitucional, que seguidamente se analizarán.

3. Las fuentes del art. 18 de la Constitución Nacional

Al efecto de esclarecer esta dificultad interpretativa, resulta útil recurrir a las fuentes de la última oración del art. 18 de la Constitución Nacional, en tanto dispone que las cárceles serán “para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”. Esta norma no era novedosa al momento de la sanción de la Constitución Nacional en 1853.

Al contrario, la citada cláusula era continuadora de la tradicional fórmula contenida en el Digesto de Ulpiano,¹⁰ que prohibía la práctica de imponer penas —que eran principalmente corporales— dentro de las prisiones, para luego disponer que “la cárcel debe servir no para el castigo de los hombres, sino para su guarda”.¹¹

De manera similar, en las Partidas¹² se establecía que la cárcel debía ser para

10 Señala Cabral (1991) que esta norma constitucional tendría como antecedente una norma del Digesto de Ulpiano (“L. 48, 19, f. 8, y 9”). El texto original reza: “Solent praesides in carcere continendos damnare, aut ut in vinculis contineantur: sed id eos facere non oportet: nam huiusmodi poenae interdictae sunt: carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet”, conf. Corpus Iuris Civilis, París, Apud Janet et Cotelle, Bibliopolas, 1836, Digesto, L. 48, tit. 19, f. 8, § 9, p. 1623.

11 Traducción conf. López Melero (2012, p. 405).

12 Véase *Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio López*, tomo III, Salamanca, Andrea de Portonariis, 1555, partida 7, tit. 29, ley 11, pp. 86-86vta.: “Ca la carcel deue ser para guardar a los presos, e non para fazer les enemiga, nin otro mal, nin dar les pena enella. E porende mandamos, e defendemos q[ue] ningun carcelero, nin otro ome que tenga presos en guarda, que non sea osado de fazer tal crueldad como esta por precio q[ue] le dé nin por ruego que le faga, nin por mal querencia que aya contra los presos, nin por amor que aya a los que los fizieron prender, nin por otra manera que pueda ser. Ca assaz abonda de ser presos, e encarcelados, e recibir quando sea judgados la pena que mereciere, según mandan las leyes. E si algú carcelero, o guardador de presos maliciosamente se moviere a fazer contra lo que enesta ley es ascrito, el judgador del lugar lo deue fazer matar por ello: e si fuei o negigente en non querer escarmenta ome como este deue ser tollido el officio, como ome mal enfamado, e recibir pena porende, segund el Rey tuuiere por bien. E los otros que fazen fazer estas cosas a los carceleros, deuen les dar pena según su aluedrio” (sic).

guardar a los presos, no para hacerles mal alguno o penarlos dentro de ellas. También se declaraba que los presos solamente debían recibir la pena cuando fuesen juzgados de conformidad con las leyes, es decir, se prohibía la imposición de castigos ilegítimos dentro de las cárceles. Además, se previó la pena de muerte para quienes violaran maliciosamente tal prescripción y se establecieron otras penas en caso de negligencia.

Estas normas fueron claramente receptadas en el Derecho Patrio. De esta manera, en 1811 se dictó el decreto de “Disposiciones generales sobre seguridad individual”,¹³ cuyo art. 6º prescribía: “Siendo las cárceles para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que á pretexto de precaucion solo sirva para mortificarlos, será castigada rigurosamente” (sic). Como señaló Colautti (1983), esta norma fue reproducida “casi sin modificaciones” (p. 9) en los textos constitucionales posteriores. En este sentido, el Estatuto Provisional de 1815¹⁴ receptó la referida la cláusula y agregó el deber de los tribunales de corregir tales abusos y de indemnizar a las víctimas. Con ligeros cambios, tal norma fue incluida en el Reglamento Provisorio de 1817¹⁵ y en los proyectos de

Una actualización tentativa del texto podría ser: “Que la cárcel debe ser para guardar a los presos y no para hacerles enemigos, ni otro mal, ni darles penas en ellas. Y por ende mandamos y defendemos que ningún carcelero, ni otro hombre que tenga presos en guarda, que no sea osado de hacer tal crueldad como esta por precio que le dé, ni por ruego que le haga, ni por mal querencia que haya contra los presos, ni por amor que haya a los que los hicieron prender, ni por otra manera que pueda ser. Que bastante abunda de ser presos y encarcelados, y recibir cuando sean juzgados la pena que merecieren, según mandan las leyes. Y si algún carcelero o guardador de presos maliciosamente se moviere a hacer contra lo que en esta ley es escrito, el juzgador del lugar lo debe hacer matar por ello: y si fue negligente en no querer escarmentar al hombre como este debe ser tullido de oficio, como hombre infame, y recibir la pena por ende, según el Rey tuviere por buena. Y los otros que hacen hacer estas cosas a los carceleros, les deben dar pena según su albedrío”.

- 13 Registro Oficial de la República Argentina (tomo I, núm. 270, 23/11/1811).
- 14 El Estatuto provisional para la dirección y administración del Estado formado por la Junta de Observación, nuevamente establecida en Buenos Aires, a 5 de mayo de 1815, en la Sección séptima sobre “Seguridad individual y libertad de imprenta” decía en su art. 17: “Siendo las cárceles para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que á pretexto de precaucion solo sirva para mortificarlos maliciosamente, deberá ser corregida por los Juzgados y Tribunales Superiores, indemnizando á los agraviados de los males que hayan sufrido por el abuso” (sic). Conf. Registro Oficial de la República Argentina (tomo I, núm. 767, p. 320).
- 15 Reglamento Provisorio sancionado por el Soberano Congreso de las Provincias Unidas de Sud-América para la dirección y administración del Estado, mandado observar entretanto se publica la Constitución, sección cuarta sobre el “Poder Judicial”, capítulo III referido a la administración de justicia, art. 18: “Siendo las cárceles para la seguridad, y no para castigo de los reos, toda medida que, á pretexto de precaucion, solo sirva para mortificarlos maliciosamente, será corregida por los Tribunales Superiores, indemnizando á los agraviados por el orden de justicia.” (sic.) Conf. Registro Oficial de la República Argentina (tomo I, núm. 1114, p. 446).

constitución de 1819¹⁶ y 1826,¹⁷ aunque estas últimas eliminaron la referencia a la obligación de indemnizar a los agraviados. La patente similitud de estas cláusulas con el texto constitucional de 1853 no deja lugar a dudas en cuanto a que aquellas fueron sus fuentes directas.

4. Propuesta de interpretación del texto del art. 18 de la Constitución Nacional

4.1 Análisis de las fuentes y finalidad de la cláusula constitucional

Levaggi (2002a) sostuvo que “[i]nterpretado el Art. 18 con criterio genético, por sus orígenes romano-castellanos, habría que concluir, sin duda, que los constituyentes quisieron, por su intermedio, ratificar el concepto de cárcel-custodia y proscribir el uso penal de la institución” (p. 1). No obstante, esta conclusión se relativiza si se tiene en cuenta que hasta la Edad Moderna en los reinos de España no era frecuente la pena privativa de la libertad en prisiones públicas (con excepción del derecho canónico), por lo que en la práctica las cárceles funcionaban como centros de retención durante el proceso penal.¹⁸ Así lo prescribían las Partidas, que al definir los tipos de penas señalaba que la cárcel no servía para escarmentar los yerros, sino para guardar a los presos hasta que sean juzgados.¹⁹ El fin de tales normas no era describir o ratificar lo que sucedía, sino establecer una garantía para las personas.

De la lectura de las fuentes del art. 18 de la Constitución se desprende que el fin de la mencionada cláusula consistía en prohibir la imposición de castigos corporales innecesarios para el cumplimiento de la pena o la medida de prisión preventiva a los detenidos en las cárceles. Esta idea es precisamente la que fue receptada en numerosos proyectos y normas constitucionales provinciales del

16 El proyecto de constitución nacional de 1819 decía en el art. 117: “Las cárceles sólo deben servir para la seguridad y no para castigo de los reos. Toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exige, será corregida según las leyes.” Ortografía actualizada. Conf. Registro Oficial de la República Argentina (tomo I, núm. 1300, p. 506).

17 El proyecto de constitución nacional de 1826 decía en el art. 170: “Las cárceles sólo deben servir para la seguridad y no para castigo de los reos. Toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exige será corregida según las leyes.” Ortografía actualizada. Conf. Registro Oficial de la República Argentina (tomo II, núm. 2103, p. 169).

18 Véase, v. gr., Velázquez Martín (2017). Asimismo, a título de ejemplo, resulta interesante la disposición del art. 25 del capítulo XXI “Del poder Judicial” del proyecto de Constitución presentado por la comisión ad hoc a la Asamblea de 1813: “En los delitos no capitales se omitirá la prisión de los reos, ó se les pondrá en libertad dando fianzas”. Conf. Ravignani (1939, p. 615).

19 Conf. *Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio López*, tomo III, cit., partida 7, tit. 31, ley 4, p. 92/vta.: “Ca la cárcel non es dada para escarmentar los yerros: mas para guardar los presos tan solamente en ella, fasta que sean juzgados” (sic).

siglo XIX, anteriores y posteriores a la sanción de la Constitución Nacional en 1853.

El Reglamento provisorio de la provincia de Córdoba de 1821 explicitaba la tutela de las personas detenidas en prisión preventiva en su art. 165, que disponía: “Todo hombre debe presumirse inocente hasta que no haya sido declarado culpable con arreglo a las leyes; y si entretanto se juzga indispensable asegurar su persona, cualquier rigor que no sea para esto sumamente necesario, deberá ser reprimido”. Por su parte, el art. 171 mandaba: “Siendo las cárceles para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que, a pretexto de precaución, sólo sirva para mortificarlos maliciosamente, será corregida por los tribunales, indemnizando a los agraviados por el orden de justicia”.²⁰

El Reglamento provisorio constitucional de la provincia de Corrientes de 1821²¹ contenía previsiones similares. Declaraba en el art. 94 que “[l]a cárcel no es lugar destinado al tormento de los reos y la prisión sólo es una medida de seguridad para las resultas del juicio”, mientras que limitaba la prisión preventiva a los delitos reprimidos con pena corporal, de muerte o aflictiva²² y preveía la sanción de destitución automática para el caso de incumplimiento de las disposiciones.²³

Varios estatutos constitucionales provinciales elaborados en el siglo XIX contenían normas análogas. Si bien en algunos resulta inequívoco que la protección constitucional se refería literalmente a las cárceles entendidas como establecimientos destinados al alojamiento de personas en prisión preventiva, otros tienen una formulación más amplia. Entre estos, cabe destacar el estatuto provisorio constitucional de Entre Ríos de 1822.²⁴ la Constitución de Corrien-

20 Conf. Ramos (1914, pp. 153-187).

21 Ibidem, pp. 187-199.

22 Conf. art. 95: “Ningún ciudadano podrá ser preso sin que antes estuviese acreditado su delito cuando menos semiplenamente, y sea de tal calidad que merezca pena corporal, de muerte u otra aflictiva de cuerpo”.

23 Conf. art. 118: “La infracción de cualesquiera de los artículos contenidos en el presente reglamento será infracción de la Constitución; y toda autoridad que la cometiere se entenderá por solo este hecho que ha abdicado su ejercicio”.

24 Estatuto provisorio constitucional de la provincia de Entre Ríos de 1822, conf. Ramos (1914, pp. 232-248, en particular, p. 242) y Varela (1848, p. 492). Estas normas decían:

Art. 100: “Ningún individuo podrá ser preso sin prueba de sumario, al menos semiplena, de crimen por el que merezca pena corporal”.

Art. 101: “Las cárceles sólo deben servir para seguridad y no para castigo de los reos. Toda medida que, a pretexto de precaución, conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exige, será de cargo al juez que la autorice”.

Art. 102: “Ningún habitante del Estado puede ser penado ni confinado sin que preceda forma de proceso y sentencia legal”.

tes de 1824,²⁵ la Constitución de la provincia de Santa Fe de 1841,²⁶ las constituciones de la provincia de Buenos Aires de 1854²⁷ y 1873,²⁸ las constituciones de la provincia de Santa Fe de 1872, 1883 y 1900²⁹ y la Constitución de Entre Ríos de 1883.³⁰ También se encuentra una previsión equivalente en el proyecto de constitución para la provincia de Buenos Aires de 1833, elaborado durante el Gobierno de Balcarce.³¹

Así entonces, no se observa ningún elemento que permita justificar un trato diferente entre las personas retenidas en prisión durante el proceso penal y las personas privadas de su libertad a causa de una condena. Al contrario, una lectura que tenga en cuenta los antecedentes históricos del art. 18 de la Constitución Nacional lleva a concluir que su finalidad era la protección de la integridad física de todas las personas retenidas en las cárceles. En definitiva, el propósito de la norma es proteger los derechos de las personas detenidas por

-
- 25 Constitución de la provincia de Corrientes, 15 de septiembre de 1824, conf. Ramos (1914, pp. 232-247) y Varela (1848, p. 515). Allí se establecía en el art. 140: “La cárcel no es lugar destinado al tormento de los reos y la prisión sólo es una medida que la autoridad pública debe buscar a la seguridad de sus últimos procedimientos”.
- 26 Conf. Ramos (1914, pp. 299-315). Decía su artículo 75: “Las cárceles solo deben servir para seguridad de los acusados. Toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificar más allá de lo que ella exige, será de cargo del juez que la autorice”.
- 27 Conf. Ramos (1916, pp. 11-31). La Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1854 decía en su art. 167: “Las cárceles son hechas para seguridad y no para mortificación de los presos. Todo rigor que no sea necesario hace responsables a las autoridades que lo ejerzan”.
- 28 Conf. Ramos (1916, pp. 32-77). Esta constitución bonaerense de 1873 decía en su art. 27: “Las cárceles son hechas para seguridad y no para mortificación de los detenidos. Las penitenciarías serán reglamentadas de manera que constituyan centros de trabajo y moralización. Todo rigor innecesario hace responsables a las autoridades que lo ejerzan”.
- 29 Conf. Ramos (1916, pp. 153-179). La Constitución de la provincia de Santa Fe de 1872 decía en su art. 13, de manera similar al texto constitucional nacional: “Quedan abolidas para siempre en la provincia: la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y los azotes, quedando personalmente responsables las personas que como jueces o ejecutores los apliquen bajo cualquier pretexto. Las cárceles serán sanas y limpias para seguridad y no para mortificación de los detenidos, y toda medida, que a pretexto de precaución, como los grillos o calabozos no sea necesaria para la seguridad del reo, hará responsable al juez que la autorice”. La constitución de 1883 contenía una norma similar, conf. Ramos (1916, pp. 180-205), así como la de 1900 (pp. 233-263).
- 30 Conf. Ramos (1916, pp. 285-326). Esta decía en su art. 34: “Ninguna detención o arresto se hará en la cárcel pública destinada a los criminales, sino en otro local que se designará a este objeto; las cárceles de la provincia serán seguras, sanas y limpias, y no podrá tomarse medida que a pretexto de precaución, conduzca a mortificar a los presos más allá de lo que su seguridad exija”. La constitución provincial entrerriana de 1903 tenía una disposición análoga en el art. 45 (pp. 327-384).
- 31 Conf. Ramos (1916, pp. 261-286) y Varela (1848, p. 468-484). El texto propuesto expresaba: “Art. 171. Todo rigor que no sea necesario para asegurar la persona de un individuo, será severamente reprimido por la ley. Art. 172. Ninguna sentencia infamante será trascendental a los hijos y descendientes del culpado. Art. 173. Jamás se usará del tormento en la provincia”.

el Estado, lo que hoy puede denominarse una garantía para salvaguardar la dignidad de las personas privada de su libertad.

4.2 Análisis del texto del art. 18 de la Constitución Nacional

Una interpretación del texto constitucional que pone el foco en el sentido público original del art. 18 de la Constitución —como postula la corriente interpretativa del nuevo originalismo—³² conduce a interpretar la referida cláusula de manera amplia. A tal fin, se analizará cada uno de los términos relevantes a la luz de esta doctrina.

El primer término a definir es “cárceles”. Explica Levaggi (2002b) que, al tiempo de sanción de la Constitución Nacional, aquel era un término utilizado tanto para las cárceles de encausados (de retención o prisión preventiva) como para establecimientos públicos para alojar condenados.³³ Ello resulta concordante con lo manifestado en la convención constituyente de la provincia de Buenos Aires de 1873, en la que se propició unificar la referencia a las “cárceles o prisiones” por entenderse que con el término “cárceles” se incluía a todos los establecimientos de detención de personas, sean de encausados o condenados.³⁴ Asimismo, el art. 67 de la Constitución de la provincia de Córdoba de 1855 mencionaba a las cárceles como lugar de alojamiento de los condenados.³⁵

Esta conclusión se evidencia también de la definición del referido término según diccionarios de la época. Así, el *Diccionario Usual* de 1852 registraba la

32 Una aproximación a la teoría puede encontrarse en los diversos trabajos de Lawrence Solum (2010, 2011, 2013).

33 Práctica que se generalizó en el mundo a partir del siglo XVIII. Conf. Rusche y Kirchheimer (1984, p. 7).

34 En la 94ª sesión ordinaria de la Convención Constituyente de la provincia de Buenos Aires, del 12 de mayo 1873, el convencional Navarro Viola expuso: “Voy a contestar brevemente al señor convencional Guido respecto a su laudable deseo. Parece que el señor convencional se ha olvidado de que ha sancionado el artículo 27 de la Constitución, que dice: ‘Las cárceles son hechas para seguridad y no para mortificación de los detenidos, etc.’. Como se ve, pues, en su lugar correspondiente existe en esta Constitución un artículo que viene a hacer innecesaria la adición que parece que iba a preponer el señor convencional al artículo que está en discusión. Así es que lo único que se me ocurre observar son los términos de este artículo, que dice: ‘Los asilos de inmigrantes, las cárceles o prisiones’. Si ‘cárceles’ es sinónimo de ‘prisiones’, como parece, yo entiendo que la disyuntiva que se coloca aquí está demás, o que está demás una de las dos palabras. Para mí la palabra ‘cárceles’ es la más comprensible, puesto que hasta a las penitenciarías se les llama cárceles, y por consiguiente, me parece que sería bastante con decir únicamente las ‘cárceles’”. Conf. Varela (1920, p. 1186).

35 Constitución de la provincia de Córdoba de 1855, art. 67: “Ninguna detención ó arresto se hará en la cárcel pública destinada á los criminales, sino en otro local que se designare á ese objeto...” (sic). Conf. Registro Oficial de la República Argentina (tomo III, núm. 3586, p. 293).

siguiente definición de “cárcel”: “Casa pública destinada para la custodia y seguridad de los reos” (Real Academia Española, 1852, p. 137). A su vez, “reo” era definido como: “El que ha cometido algún delito por el que se hizo digno de castigo. [...] El demandado en un juicio civil o criminal, a distinción del actor”.³⁶ Es decir, al momento de la sanción de la Constitución Nacional en 1853, el sentido público del término incluía tanto a los acusados de un delito como a los condenados. Asimismo, cabe destacar que en el proyecto de constitución presentado por la Sociedad Patriótica a la Asamblea de 1813 se mencionó la voz “reo” en relación con la condena por delitos, de lo que se sigue que en el territorio nacional era conocido el sentido amplio del término.³⁷

Al ser los reos tanto los enjuiciados como los condenados, y toda vez que las cárceles eran el lugar donde se los aseguraba, queda claro que, lingüísticamente, la Constitución Nacional se refiere a los establecimientos destinados a alojar a las personas privadas de su libertad tanto durante el proceso como en cumplimiento de una condena.

Esto último clarifica el término “seguridad”.³⁸ Tanto la interpretación a la luz de sus orígenes históricos como la lingüística conducen a la misma conclusión: no se refiere a la seguridad pública en tanto evitación de delitos, como sostuvo Montes de Oca, sino al aseguramiento del reo, es decir, a su retención en la cárcel. Como dijo Joaquín V. González (1935), según la Constitución las cárceles son “un medio de asegurar al condenado; por consiguiente, ordena que deben ser mantenidas en buenas condiciones de higiene y salubridad” (p. 166). Ello se corrobora con la redacción de diversas normas constitucionales provinciales —que contenían una formulación similar a la del art. 18 de la Constitución Nacional— que, por ejemplo, se referían a la “seguridad de los acusados” (Constitución de la provincia de Santa Fe de 1841)³⁹ y a que las cárce-

36 Ibidem, p. 602. Ortografía actualizada. Idénticas acepciones se registran en el *Diccionario Usual* (Real Academia Española, 1803, p. 739) y en el *Diccionario de la Lengua Castellana de la Real Academia Española* (Diccionario de Autoridades) (Real Academia Española, 1737, p. 576). Más antiguamente, en el diccionario de Sebastián de Covarrubias de 1611 solo se registraba a la voz “reo” como el acusado de un crimen De Covarrubias (1611, p. 1220).

37 El art. 185 del proyecto de constitución presentado por la Sociedad Patriótica establecía en el capítulo 22 “Del Poder Judicial de Cada Provincia”: “Quando el Acusado huya sera condenado como inovediente pero no como Reo” (sic). Conf. Ravignani (1939, p. 622).

38 Definido como: “Estado de las cosas que las hace firmes, ciertas, y libres de todo riesgo ó peligro [...] Certeza que hace que una cosa no falte ó engañe [...] Fianza ú obligación de indemnidad á favor de alguno, regularmente en materia de intereses” (sic). (Real Academia Española, 1852, p. 633).

39 Conf. Ramos (1914, pp. 299-315). Decía su artículo 75: “Las cárceles solo deben servir para seguridad de los acusados. Toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificar más allá de

les serán “seguras, sanas y limpias” (Constitución de Entre Ríos de 1883⁴⁰ y, de manera similar, Constitución de la provincia de Córdoba de 1870⁴¹ y 1883⁴²). También el Código constitucional provisorio de la provincia de Córdoba de 1847 mencionaba un supuesto en el cual se podía proceder a asegurar a los delincuentes.⁴³

Por otro lado, también debe interpretarse qué características reúne el “castigo” que no debe ocurrir en las cárceles.

Una interpretación semánticamente posible sería entender que la Constitución Nacional, al limitar la función de las cárceles al aseguramiento preventivo de los enjuiciados, prohíbe especialmente la pena de prisión. Ello, sin perjuicio de que admite la aplicación de otros castigos como retribución ante la comisión de un delito, ya que en los arts. 60⁴⁴ y 115⁴⁵ el texto constitucional contempla la posibilidad de someter a personas a “acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios”.⁴⁶

No obstante, esta interpretación no es plausible. En efecto, como se ex-

lo que ella exige, será de cargo del juez que la autorice”.

- 40 Conf. Ramos (1916, pp. 285-326). Esta decía en su art. 34: “Ninguna detención o arresto se hará en la cárcel pública destinada a los criminales, sino en otro local que se designará a este objeto; las cárceles de la provincia serán seguras, sanas y limpias, y no podrá tomarse medida que a pretexto de precaución, conduzca a mortificar a los presos más allá de lo que su seguridad exija”. La constitución provincial entrerriana de 1903 tenía una disposición análoga en el art. 45, conf. Ramos (1916, pp. 327-384).
- 41 “Art. 15. Ninguna detención o arresto se hará en la cárcel pública destinada a los criminales, sino en otro local que se designará a este objeto; las cárceles deben ser seguras, y siéndolo, queda prohibido, dentro de ella el uso de grillos y cadenas”. Conf. Alesci et al. (2017, p. 78).
- 42 Ibidem, conf. art. 13, p. 109.
- 43 Código constitucional provisorio de la provincia de Córdoba, art. 112: “Los que en los puntos mencionados de traición o subversión del orden público resultaren delincuentes por la correspondencia, podrán ser procesados y asegurados según la inminencia del peligro”. Conf. Ramos (1914, pp. 316-336).
- 44 Al tratar el juicio político, el art. 60 de la Constitución Nacional establece: “Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios”.
- 45 Constitución Nacional, art. 115: “Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el Artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal. Su fallo, que será irrecurrible, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios”.
- 46 Ello, claro está, no supone aceptar el carácter penal del llamado “juicio político” regulado por aquellas normas, como lo era en el *impeachment* del derecho inglés. Al respecto, véase García-Mansilla (2016).

plicó precedentemente, al sancionarse el texto constitucional, la referencia a los “reos” detenidos en las cárceles incluía lingüísticamente a los condenados. Además, dado que ya existía la pena privativa de la libertad al sancionarse la Constitución Nacional en 1853, si se hubiese tenido la intención de prohibirla, se lo hubiera hecho expresamente.

En este sentido, la única opción interpretativa admisible es que el “castigo” prohibido en la última oración del art. 18 de la Constitución Nacional se refiere a la imposición de penas, torturas y tratos crueles dentro de las cárceles.⁴⁷ Es decir, el término remite a las “mortificaciones” prohibidas en los textos constitucionales de la provincia de Buenos Aires⁴⁸ y Santa Fe,⁴⁹ el decreto de “Disposiciones generales sobre seguridad individual” de 1811, el proyecto de constitución elaborado por la Sociedad Patriótica,⁵⁰ el estatuto provisional de 1815,⁵¹ el reglamento provisional de 1817⁵² y los proyectos de constitución de 1819 y 1826,⁵³ con un significado análogo a la prohibición de los “tormentos” efectuada por la Constitución de Corrientes de 1824.⁵⁴

En definitiva, como sostuvo Levaggi (2002a),

[l]a noción de “castigo” ya no se referiría a la función de la cárcel, sino únicamente [...] a todo trato innecesariamente aflictivo dado a los presos, fueran éstos encausados o condenados. Así la mayoría interpretó la cláusula desde el principio. (p. 1)

47 De manera más amplia, el juez Jorge Antonio Bacqué consideró que la prohibición de los tormentos y azotes prevista por el art. 18 de la Constitución Nacional “forma parte de las convicciones éticas fundamentales de toda comunidad civilizada, que no puede permitir la impunidad de conductas atroces y aberrantes, como lo es la tortura”. Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional - Camps, Ramón Juan Alberto y otros-*, 22/06/1987, Fallos: 310:1162, disidencia del juez Bacqué, considerando 13.

48 Véanse las notas al pie 26 y 27.

49 Véanse las notas al pie 25 y 28. La Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1829 tenía una previsión similar en el art. 138: “En ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y si solo para asegurar á los acusados”. Conf. Varela (1848, p. 530).

50 El art. 204 establecía en el capítulo 23 referido a la “Seguridad Individual”: “Toda medida inútil para la seguridad de su Persona, es un crimen; y el Juez [que] la ordenase será responsable de la menor mortificación [que] por ella le resulte al arrestado”. Conf. Ravignani (1939, p. 622).

51 Véase la nota al pie 13.

52 Véase la nota al pie 14.

53 Véanse las notas al pie 15 y 16.

54 Constitución de la provincia de Corrientes, 15 de septiembre de 1824, conf. Ramos (1914, pp. 232-247) y Varela (1848, p. 515). Allí se establecía en el art. 140: “La cárcel no es lugar destinado al tormento de los reos y la prisión sólo es una medida que la autoridad pública debe buscar a la seguridad de sus últimos procedimientos”.

En este sentido, cabe destacar la críticas del Congreso de 1816 sobre los presidios empleados por los españoles, en los que era “imposible conservar un año de salud” (*Manifiesto que hace a las Naciones...*, 1817, s.p.), así como la explicación de Estrada y Alberdi sobre los crueles castigos impuestos por Rosas. Además, existen publicaciones de sentencias donde constaba que las cárceles se utilizaban para imponer castigos corporales a condenados (utilizándose como lugares alternativos las plazas y calles públicas), tales como azotes a un esclavo,⁵⁵ y la conmutación de dicha pena por “un año de servicio en la casa de ejercicios a que se le destina para que el buen ejemplo enmiende y corrija sus costumbres relajadas”.⁵⁶

Asimismo, el texto de la citada cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional brinda otros elementos que apoyan esta conclusión.

En la quinta oración se abolen para siempre los tormentos y azotes. Al respecto, cabe destacar que en las Partidas los azotes no eran solamente penas, sino también una forma de tortura —o “tormento”—, un medio para obtener la prueba de confesión.⁵⁷ Por lo tanto, de esa oración se deduce que una de las intenciones del Congreso General Constituyente, en línea con la destrucción de los instrumentos de tortura ordenado por la Asamblea del año XIII, fue abolir la tortura como medio “para el esclarecimiento de la verdad é investigacion de los crímenes”.⁵⁸ Es decir, como señaló Estrada (1895, p. 168), se prohibió la coacción tanto física como moral para obtener la confesión de los imputados.

Estos castigos que fueron prohibidos en la quinta oración fueron especialmente prohibidos por la sexta oración en las cárceles, porque allí se desarrolla-

55 “Vistos: por lo que resulta de lo actuado en que se justifica el robo de un braserito de plata, confesado por el negro Juan, esclavo de D. Nicolás Osorio, ha venido la Comisión en condenar a dicho negro por consideración a su edad que no pasa de doce años a la pena de doce azotes en la cárcel por mano del verdugo, devolviéndose el braserito a la dueña de el, D.a Rosa Diaz, y previniéndose al amo del negro esté muy a la mira de arreglar la conducta de este, cargándosele a aquel las costas de la causa, previa la resolución del Exmo. Supremo Director del Estado a quien se remitirá esta con el competente original. — Balcarce. — Ugarteche. — Valle” (*Gaceta de Buenos Aires (1810-1821)*, 1914, p. 223). Ortografía actualizada.

56 Suplemento a la Gazeta de Buenos-Ayres, 15/11/1817 (*Gaceta de Buenos Aires (1810-1821)*, 1914, p. 264). Véase, asimismo, Gazeta Ministerial del gobierno de Buenos-Ayres, 01/05/1812 (*Gaceta de Buenos Aires (1810-1821)*, 1911, p. 176).

57 Conf. *Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio López* (1555, partida 7, tit. XXX, ley 1).

58 “Mayo 21 de 1813.- La Asamblea General ordena la prohibicion del detestable uso de los tormentos adoptados por una tirana legislacion, para el esclarecimiento de la verdad é investigacion de los crímenes; en cuya virtud serán inutilizados en la plaza mayor por mano del verdugo, antes del feliz día 25 de Mayo, los instrumentos destinados á este efecto.— Juan LARREA, Presidente.— Hipólito Vieytes, Secretario” (sic) (*Registro Oficial de la República Argentina*, 1879, p. 216).

ban, al menos en parte. En efecto, en la legislación de las Partidas, los tormentos y azotes se disponían sobre los presos,⁵⁹ para lo cual se debía cumplir con una serie de formalidades. Las cárceles eran los establecimientos adecuados para desarrollar los actos de tortura como medio investigativo. Entonces, la prohibición de los castigos de la última oración del art. 18 de la Constitución Nacional es un desarrollo de la prohibición de los tormentos y azotes abolidos por la quinta oración, que parece propender a prohibir una práctica que, hasta entonces, era permitida.

Además, se agregó una disposición penal de advertencia para reforzar la prohibición, aclarando que toda mortificación innecesaria a los detenidos en las cárceles hará responsable al juez que las autorice. En este sentido, González Roura (1922, p. 220) ha entendido que la tipificación de los delitos de severidades, vejaciones y apremios ilegales se vinculan con este artículo.

4.3 Los fines de la pena y el art. 18 de la Constitución Nacional

En conclusión, ciertamente la Constitución no prohíbe la existencia de una pena privativa de la libertad con un fin retributivo.⁶⁰ Al contrario, solo dispone que en el marco de una medida privativa de la libertad no puede haber otros “castigos”, tormentos o mortificaciones aflictivas innecesarias para el fin de asegurar a los presos en las cárceles.⁶¹ En definitiva, lo que la Constitución manda es que las cárceles sean establecimientos en los que se pueda alojar dignamente a los presos y que la seguridad de los reos —es decir, la adopción de medidas para que no se escapen— no puede ser una excusa para mortificarlos más allá de lo que estrictamente sea necesario para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad o la prisión preventiva.

Nada dice la Constitución Nacional expresamente respecto a cuál es el fin de la pena, pero en dos oportunidades permite la aplicación de castigos ante la violación de las leyes. En consecuencia, de conformidad con los arts. 18, 60, 75, inc. 12, y 115 de la Constitución Nacional, el Congreso de la Nación puede establecer diversas clases de penas, entre ellas, las privativas de la libertad, como castigo o retribución ante la comisión de delitos. Esas penas pueden

59 Conf. *Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio López*, 1555, partida 7, tit. XXX, ley 3.

60 La posición contraria es sostenida por Hertler (2021, pp. 115-124).

61 En este sentido se ha expresado la disidencia de los jueces Octavio Bunge y Cornelio Moyano Gacitúa en Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Pedro Llanos solicitando la excarcelación de los procesados por el delito de rebelión Antonio Abregú y otros s/Const.*, 01/08/1905, Fallos: 102:219.

tener distintos fines, incluyendo tanto el retributivo como los otros fines preventivos de las penas. Ello siempre que se respete el límite previsto en el art. 28 de la Constitución, es decir, la razonabilidad de tales fines, lo que supone que tienda a fines legítimos y que no desnaturalice, por ejemplo, otros derechos de jerarquía constitucional, como el de la integridad personal, y los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena.

5. Los tratados internacionales de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional

5.1 El fin de “reforma y la readaptación social de los condenados”

A partir de la reforma constitucional de 1994, por imperio del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional se ha otorgado jerarquía constitucional a dos disposiciones generales⁶² sobre la finalidad de la pena. Dichas normas, claro está, rigen en las condiciones de su vigencia⁶³ y sin derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución.

En primer lugar, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice en su art. 5.6: “Derecho a la Integridad Personal [...] 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. A su vez, el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

De la lectura de las normas citadas, según el sentido corriente del texto —pauta interpretativa que surge del art. 31, inc. 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados—, no caben dudas en cuanto a que las convenciones se refieren en su letra a lo que se denomina “prevención especial positiva”. En

62 Se excluye el art. 40.1 de la Convención de Derechos del Niño, puesto que respecto a los niños rigen principios más propios de las medidas de seguridad que de la pena (o bien fuertemente preventivos). Este artículo dice: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.

63 Entre ellas, cabe destacar que se consignó en el instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de fecha 14/08/1984: “El presente Pacto se interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ella”. Conf. Biblioteca de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, <https://tratados.cancilleria.gob.ar/>.

este sentido, en las cárceles se deben emplear medios educativos para que el condenado reforme su conducta criminal, lo que puede caracterizarse como el voluntario abandono de sus prácticas delictivas y la adhesión a las normas y al espíritu de respeto de los bienes jurídicos ajenos. Asimismo, se establece como fin que el penado adquiera las aptitudes y los hábitos necesarios para vivir pacíficamente en la sociedad libre, es decir, se readapte a la sociedad.⁶⁴ Así entonces, aunque un sector de la doctrina haya propuesto una “interpretación progresiva” de las citadas cláusulas para adecuarlas a su particular teoría de la recta finalidad del tratamiento penitenciario,⁶⁵ de los claros términos de las cláusulas convencionales mencionadas surge que la norma propende a la prevención especial positiva.

Ahora bien, las normas citadas difieren en cuanto al objeto al que se le atribuye tal fin, ya que la Convención Americana sobre derechos Humanos se lo asigna a las “penas privativas de la libertad”, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere específicamente al tratamiento

64 En sentido similar, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Medidas provisionales respecto de Brasil. Asunto del complejo penitenciario de Curado*, 28/11/2018, párr. 88, en el que se expresó que “la pena debe tratar de obtener la reincorporación del penado a la vida civil en condiciones de desenvolverse en ella conforme a los principios de la convivencia pacífica y con respeto a la ley”. Asimismo, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2022, párr. 51).

Por lo demás, ello es conteste con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela). La Regla 4^o establece: “1. Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los exreclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo. 2. Para lograr ese propósito, las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán ofrecer educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte. Todos esos programas, actividades y servicios se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos”. Asimismo, se prevé en la Regla 91: “El tratamiento de las personas condenadas a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en la medida en que la duración de la pena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar su sentido de la responsabilidad”.

65 Zaffaroni et al. (2002) consideran que existe una interpretación posible de las normas de modo de concluir en que no imponen la prevención especial positiva —ideología que, según sostienen, guiaba a los autores de las convenciones, pero que consideran autoritaria y fracasada—, sino que se ajuste a su idea del fin del trato penitenciario como tratamiento de las condiciones de vulnerabilidad de los internos y de reducción del efecto deteriorante de la persona ocasionado por el encarcelamiento. En este contexto, sostienen: “Reforma del condenado no es reforma moral [...] sino reforma o adquisición de nuevas formas de comportamiento (dejar de comportarse conforme a roles demandados según estereotipos [que lo colocaron en un estado de vulnerabilidad que lo expuso a ser condenado

del régimen penitenciario, es decir, a la ejecución de la pena privativa de la libertad. No obstante, más allá de esta diferencia textual, ambas normas son equivalentes⁶⁶ y deben entenderse como referidas a la ejecución de una pena privativa de la libertad, puesto que no cabe asignarle según el contexto otro significado al término “pena”.

En este sentido, puede dividirse la finalidad de la pena prevista para un delito en tres etapas. La primera es su anunciación o conminación con la promulgación de la ley, es decir, el aviso a la población de que, en caso de incurrir en una conducta delictiva determinada, se impondrá una pena. La segunda etapa se da al momento del dictado de la sentencia condenatoria, en la que el juez determina la pena aplicable. La tercera y última etapa es la de la ejecución de la pena, que, en el caso de una pena privativa de la libertad efectiva, se identifica con el régimen penitenciario.

Así entonces, claramente no se puede predicar el fin de readaptación social del condenado respecto de las primeras dos etapas, puesto que el anuncio de la pena en nada puede incidir en la reforma y reinserción social del condenado, además de que ninguna de estas puede ser determinada de manera “esencial” por el fin de readaptación social (lo que, asimismo, implicaría desatender los principios de culpabilidad y proporcionalidad al determinar la pena). No obstante, estas etapas de la pena no deben impedir el fin de readaptación social —tal como sugirió la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Maldonado*—,⁶⁷ lo que ocurriría en los casos en los que se determinen penas que impidan absolutamente la reinserción de los condenados en la sociedad.

penalmente)). Y la readaptación social no tendría que entenderse tampoco en el sentido de regreso a la sociedad libre como un ser moralmente superior, sino como un ser que hace lo mismo que el resto, es decir, que no se esfuerza por ofrecerse al poder punitivo” (pp. 934-937). Esta inteligencia de las normas desatiende el sentido corriente de los términos, que no hacen referencia alguna a la peculiar idea de los citados autores sobre la “vulnerabilidad” (cuyo análisis excede el objeto del presente trabajo). En particular, no resulta plausible interpretar del texto de las convenciones que “la reforma y la readaptación social” de los condenados se refiere a que estos dejen de poseer las características o estereotipos que los torna “vulnerables” de modo tal que no se expongan más al arbitrario poder punitivo del Estado (lo que no supone necesariamente que dejen de cometer delitos, lo que constituye un evidente contenido mínimo de la “reforma” de los penados, que es educativa o moral —y no, v. gr., física o de otro tenor—). Esta posición tampoco explica por qué motivo se habría dispuesto en el art. 5, inc. 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el deber de establecer un “tratamiento” diferente para condenados y procesados, que no necesariamente presentan características distintas desde el punto de vista de la vulnerabilidad.

66 En el mismo sentido, aunque propone una “interpretación progresiva” del texto convencional a la luz de su interpretación particular sobre los fines de la pena, véase Zaffaroni (1995, pp. 115-129).

67 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado –causa N° 1174–*, 07/12/2015, Fallos: 328:4343. El

Consecuentemente, el fin de readaptación social solo podrá tener un carácter esencial como fin de la pena al momento de cumplirse la pena privativa de la libertad, puesto que allí es cuando se desarrollan los tratamientos tendientes a tal fin, imposibles de realizar en las otras dos etapas.⁶⁸ Por ello, debe entenderse que esta norma se refiere a la etapa de ejecución de la pena privativa de la libertad.

En sentido concordante, la Corte Interamericana, que afirmó en la Opinión Consultiva 29 que aunque la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

expresan en esencia lo mismo, es más explícito y preciso el Pacto porque aclara que se trata del “régimen penitenciario”, es decir, no de las penas privativas de libertad en sí mismas, sino de la finalidad que debe perseguir su ejecución.⁶⁹

No obstante, en una nota al pie, el tribunal interamericano aclaró que la cuestión sobre los “fines de la pena” da lugar a una “discusión profusa”.⁷⁰ Esta aclaración parece expresar, como lo propuso el juez Zaffaroni (1995) en un trabajo de doctrina, que no puede interpretarse que la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiera a los fines de la pena, sino, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, meramente al tratamiento carcelario. Esta última interpretación encuentra un obstáculo en las diferencias entre los textos de las referidas convenciones internacionales, ya señaladas, por lo que contraría la regla consistente en que los tratados deben ser interpretados de conformidad con el sentido corriente de sus términos.⁷¹ Además, reitera una objeción presentada por Chile en la Conferencia Especializada Interamericana

voto de la mayoría, compuesta por Petracchi, Highton, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, sostuvo en el considerando 23: “Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3º, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial”. Ello fue reiterado por el juez Maqueda en *Madero, José y otros s/incidente de recurso extraordinario*, 30/09/2021, Fallos: 344:2559, y en *Álvarez, Marcos Aurelio y otro s/p.ss.aa. negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública*, 28/10/2021, Fallos: 344:3104.

68 Excede el presente trabajo la cuestión de si las penas de prisión perpetua impiden la readaptación social, como se expresó en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*, 14/05/2013, párr. 165.

69 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2022, párr. 49).

70 *Ibidem*, párr. 49, nota al pie 59.

71 Conf. art. 31, inc. 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

sobre Derechos Humanos de 1969, en la que se adoptó la convención y que fue evidentemente descartada.⁷²

Es más, de los antecedentes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se desprende que la asignación de la finalidad resocializadora a la “pena privativa de la libertad” y no solamente al “régimen penitenciario” fue deliberada. En efecto, en el proyecto original, presentado por la Comisión Interamericana de Jurisconsultos a la Organización de Estados Americanos, se preveía un texto similar al del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Artículo 3 [...] 4. El régimen penitenciario consist[i]rá en un tratamiento orientado en todo lo posible a lograr la reforma y la readaptación social de los penados”.⁷³ Esta versión del proyecto de convención fue posteriormente alterada por la citada comisión, que propició que en dicha cláusula se consigne “la expresión ‘penas privativas de libertad’ en vez de ‘el régimen penitenciario’”,⁷⁴ de modo que propuso como texto definitivo del proyecto de convención: “Las penas privativas de libertad perseguirán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.⁷⁵

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proyecto de convención propuso en su dictamen adoptar en sustitución de dicha cláusula: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento orientado en todo lo posible a lograr la reforma y la readaptación social de los penados”.⁷⁶ Así entonces, disminuye gravemente el poder persuasivo de la posición que sostiene que los textos son, en su letra, equivalentes el hecho de que la redacción de la cláusula de manera diferente a la del art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos haya sido efectuada por una comisión de expertos

72 La República de Chile había expresado en sus observaciones al proyecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Del mismo modo parece aconsejable la supresión de la letra c) del mencionado párrafo que al señalar que ‘las penas privativas de libertad perseguirán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados’ adopta una posición definida frente a uno de los más controvertidos problemas del Derecho Penal y la Filosofía del Derecho, cual es la finalidad de las penas, lo que no sólo no parece propio de un texto legal, sino, además, dicha disposición puede ser fuente de dificultades en su aplicación debido a que todos los países americanos contemplan en sus Códigos Penales condenas por largo tiempo o incluso de presidio perpetuo, las que, ciertamente, resultan incompatibles con la finalidad que en el anteproyecto de Convención se pretende asignárseles a las penas privativas de libertad”. Conf. Organización de los Estados Americanos (1969, p. 39).

73 Organización de Estados Americanos (1973, p. 100).

74 Ibidem, p. 102.

75 Ibidem, p. 102.

76 Ibidem, p. 358.

“jurisconsultos” y de que esta redacción haya sido aprobada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969 con la sola sustitución del verbo “perseguirán” por “tendrán”, a pesar de las observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la República de Chile. Ello, sin perjuicio de que, como se señaló, no existe en la práctica ninguna diferencia entre ambas posiciones al aplicar la norma convencional analizada.

5.2 La admisibilidad del establecimiento de otros fines de la pena

Por otro lado, entender que el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere a la prevención especial positiva como fin de la pena privativa de la libertad en general no equivale a sostener que se trata de la única finalidad admisible para tal clase de penas. El texto en castellano expresa que las penas privativas de la libertad “tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, lo que permite interpretar que se trata de una finalidad esencial entre varias finalidades esenciales o bien que aquella es la única finalidad esencial admisible, por lo que se trata de una norma ambigua. Esta dificultad interpretativa se clarifica con la lectura del texto de la referida norma en inglés (uno de los idiomas oficiales),⁷⁷ que puede ser empleado para resolver una ambigüedad del texto en castellano de conformidad con el art. 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁷⁸ En efecto, la versión en inglés de la convención aclara que se trata de “una finalidad esencial”.⁷⁹

En consecuencia, la finalidad de prevención especial positiva debe ser entendida como uno de los fines convencionalmente necesarios de la pena privativa de la libertad, sin exclusión de otros fines.⁸⁰

Es que, en definitiva, la finalidad de esta cláusula no es establecer qué carac-

77 De conformidad con el art. 41 del Reglamento de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 08/11/1969. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/actas-conferencia-interamericana-derechos-humanos-1969.pdf>.

78 Esta establece en su art. 33, “Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas”: “1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos...”.

79 Cursiva agregada. El texto de la Convención en inglés dice en su art. 5.6: “Punishments consisting of deprivation of liberty shall have as an essential aim the reform and social readaptation of the prisoners”. Ver en: https://www.oas.org/dil/treaties_b-32_american_convention_on_human_rights.pdf.

80 En similar sentido, Zaffaroni et al. (2002, p. 936).

terísticas y finalidades en general debe tener la pena impuesta como consecuencia de la comisión de un delito. En cambio, teniendo en cuenta el contexto⁸¹ de la disposición analizada, tal como se desprende de su inclusión en el art. 5° de la Convención bajo el epígrafe “Derecho a la Integridad Personal”, se trata de una norma destinada a salvaguardar la integridad personal de las personas condenadas privadas de su libertad. Ello se debe a la “intrínseca relación entre las condiciones de privación de libertad y la consecución de la finalidad del régimen de ejecución de la pena”⁸² y, en suma, entre la dignidad humana y el derecho a que se adopten los medios tendientes a posibilitar su rehabilitación. En esta línea, sostuvo Ploch (2012) en referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Como ilustran los referidos documentos, la dignidad y la rehabilitación pueden ir de la mano, y la dignidad humana es un elemento esencial del derecho de los prisioneros a su rehabilitación. Estos documentos presentan la dignidad humana como un valor fundacional orientador, y reconocen o apoyan el derecho de los prisioneros a la rehabilitación. (pp. 887-949)

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es consistente con esta interpretación, en tanto se limitó a sostener que el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe las penas que contradigan la “finalidad esencial” fijada en la norma convencional. De esta manera, en el *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú* expuso:

Las sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e “implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita”. Sin embargo, las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, que está estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención. Las situaciones descritas son contrarias a la “finalidad esencial” de las penas privativas de la libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, “la reforma y la readaptación social de los condenados”. Las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas.⁸³

81 Conf. art. 31, inc. 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

82 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2022, párr. 48).

83 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, reparaciones*

Posteriormente, en el *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, aclaró que estos menoscabos de la integridad física de los reclusos constituyen un trato cruel contrario a la integridad personal de los reclusos y de la finalidad esencial de la pena privativa de la libertad siempre que no sean una “consecuencia natural y directa de la privación de libertad en sí misma”.⁸⁴

Asimismo, respecto a los niños, y teniendo en cuenta lo preceptuado en el art. 40.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el tribunal interamericano ha entendido en el *Caso Mendoza y otros vs. Argentina* que

la medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de la misma. Con base en lo anterior, de conformidad con el artículo 5.6 de la Convención Americana, el Tribunal considera que la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños. Antes bien, este tipo de penas implican la máxima exclusión del niño de la sociedad, de tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor. Por lo tanto, dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños.⁸⁵

A partir de la premisa de que la pena no puede tener una finalidad exclusivamente retributiva, el tribunal concluyó en que la pena de prisión perpetua importa una restricción de los derechos de los niños que no resulta un medio proporcionado —*rectius*, adecuado— respecto a tal fin, por lo cual la estimó contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Resulta llamativo que no haya extendido este razonamiento respecto a los adultos, máxime cuando la Corte Interamericana no puso énfasis en el citado pasaje en que el art. 37, inc. a) de la Convención sobre los Derechos del Niño establece de manera prístina que “[n]o se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad”.

Por otro lado, además de las violaciones directas a la integridad personal de los reclusos como los atentados contra su vida y las deficientes condiciones de

y costas, 25/11/2004, párr. 101. En el mismo sentido, *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, 25/11/2005, párr. 223.

84 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2006, párr. 314.

85 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 14/05/2013, párrs. 165-166.

detención que redundan en un menoscabo de su salud y peligro para su vida,⁸⁶ la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado violatorias de la convención ciertas prácticas durante la ejecución de la pena privativa de la libertad por ser contrarias a la finalidad de readaptación social de los condenados, tales como su traslado a prisiones alejadas de sus familiares de manera injustificada,⁸⁷ la ausencia de programas educativos⁸⁸ y la imposibilidad de realizar actividades productivas.⁸⁹ En ese marco, afirmó que

entendido coherentemente el artículo 5.6 de la Convención en concordancia con el artículo 10.3 del Pacto [...] la ejecución de las penas privativas de la libertad debe procurar que la persona del penado se pueda reintegrar a la vida libre en condiciones de coexistir con el resto de la sociedad sin lesionar a nadie, es decir, en condiciones de desenvolverse en ella conforme a los principios de la convivencia pacífica y con respeto a la ley. Esto implica, ante todo, que el sistema penitenciario no debe deteriorar a la persona, más allá del efecto inevitable de toda institucionalización (en este caso prisionización) y que, además, debe procurar minimizarlo o neutralizarlo en la mayor medida de lo posible. Ello conlleva, por un lado, a que el régimen penitenciario deba ser diseñado y propenda a la consecución de ese objetivo. En esa medida, la educación, formación profesional, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios, las cuales deben ser brindadas a todas las personas privadas de libertad.⁹⁰

Así entonces, el tribunal interamericano se ha limitado a expresar que ciertos castigos o tratos a las personas privadas de la libertad durante la ejecución de la pena vulneran la finalidad esencial de readaptación social de los condenados. Empero, siguiendo el texto convencional, no han enumerado un listado de fines admisibles de la pena privativa de la libertad ni censurado la prosecución de otros fines diferentes y compatibles con el fin de prevención especial positiva.

86 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Mota Abarullo y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, 18/11/2020. Asimismo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011).

87 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López y otros vs. Argentina Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, 25/11/2019, principalmente párr. 118.

88 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Mota Abarullo y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, 18/11/2020.

89 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*, 27/04/2012, párr. 60.

90 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2022, párr. 51).

6. Conclusiones

Los constituyentes fueron hombres de su época. Tomaron la decisión de abandonar definitivamente las crueldades del pasado con una clara visión de futuro y conciencia de las reformas necesarias para el progreso de la Argentina.

La Constitución Nacional no define expresamente cuáles son los fines de la pena, pero tampoco prohíbe su conceptualización como castigo ni el fin retributivo de la pena privativa de la libertad. Una interpretación textual, finalista y a la luz de los orígenes históricos del artículo 18 de la Constitución demuestra que esta norma solamente establece una garantía en favor de las personas alojadas en las cárceles, sea con motivo de una medida de prisión preventiva durante el proceso o con motivo del cumplimiento de la condena. La Constitución Nacional protege a todas las personas detenidas por el Estado de toda mortificación que no se derive necesariamente de las medidas tendientes a cumplir con la medida de restricción de su libertad ambulatoria.

El castigo por la comisión de delitos está implícitamente reconocido en los arts. 60 y 115 de la Constitución, y el Congreso de la Nación es libre de incluir dentro de tal catálogo tanto a las penas privativas de la libertad como a otras. Al permitirse el castigo por los delitos y ante el silencio sobre cuáles son los fines de la pena privativa de la libertad, el texto constitucional le permite al Congreso adoptar tanto un fin retributivo como uno preventivo, siempre que sea razonable (v. gr., tienda a fines legítimos y respete los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena).

Dentro de estos fines de la pena posibles, a raíz de la reforma constitucional de 1994 en la que —en los términos del art. 75, inc. 22— se otorgó jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se estableció que la pena privativa de la libertad tiene como una finalidad esencial la reforma y la readaptación social de las personas que cumplen una pena privativa de la libertad. Por lo tanto, sin exclusión de otros fines esenciales de la pena que las leyes determinen, las penas privativas de la libertad deberán orientarse a la prevención especial positiva para la reinserción social de los condenados.

Bibliografía

- Alberdi, J. B. (2017). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Biblioteca del Congreso de la Nación.
- Cabral, L. C. (1991). La constitución y las cárceles de la Nación. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, XVIII-1989, 153-159.
- Colautti, C. E. (1983). *Proyectos Constitucionales Patrios 1811-1826*. Ediciones Culturales Argentinas.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.Doc.64.
- Corpus Iuris Civilis*. (1836). Apud Janet et Cotelle, Bibliopolas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (30 de mayo de 2022). *Opinión Consultiva OC-29/22 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad"*.
- De Covarrubias, S. (1611). *Tesoro de la Lengua Castellana*. Nuevo Tesoro Lexicográfico de la Lengua Española. Real Academia Española.
- Ekmekdjian, M. A. (1994). *Tratado de Derecho Constitucional* (Tomo II). Depalma.
- Estrada, J. M. (1895). *Curso de Derecho Constitucional, Federal y Administrativo*. Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco.
- Estrada, J. M. (1901). *Curso de Derecho Constitucional* (Tomo I). En *Obras Completas* (Tomo VI). Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco.
- Ferrer, J. (Dir.). (2017). *Digesto Constitucional de la Provincia de Córdoba. Constituciones y reformas constitucionales entre los años 1821 y 2001*. Constituciones y Cultura Constitucional de Córdoba.
- Gaceta de Buenos Aires (1810-1821)*. (1911). (Tomo III). Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco.
- Gaceta de Buenos Aires (1810-1821)*. (1914). (Tomo V). Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco.
- García-Mansilla, M. J. (2016). El *impeachment* al Justice Samuel Chase. El contexto y las consecuencias del caso. En Santiago, A. (h), *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos* (pp. 185-214). Thomson Reuters-La Ley.
- González, J. V. (1935). *Manual de la Constitución Argentina*. En *Obras Completas* (Tomo III). Universidad Nacional de La Plata.
- González Roura, O. (1922). *Derecho Penal* (Tomo II). Valerio Abeledo.
- Herrera, J. (1911). *La reforma penal*. Librería e Imprenta de Mayo.
- Hertler, F. E. (2021). Fin de la pena y prisión perpetua en la Argentina: reflexiones con base en los derechos humanos. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (11), 115-124.
- Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio López*. (1555). (Tomo III). Andrea de Portonariis.
- Levaggi, A. (2002a). Análisis histórico de la cláusula sobre cárceles de la Constitución. *La Ley. Suplemento Universidad del Salvador*, 1.
- Levaggi, A. (2002b). *Las cárceles argentinas de antaño (Siglos XVIII y XIX) Teoría y realidad*. Ad-Hoc.
- López Melero, M. (2012). Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal. *Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá*, (V), 401-448.
- Manifiesto que hace a las Naciones el Congreso General Constituyente de las Provincias-Unidas del Río de la Plata sobre el tratamiento y crueldades que han sufrido de los Españoles, y motivando la declaración de su independencia*. (1817). Imprenta de la Independencia.
- Montes de Oca, M. A. (1917). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Tipo-Litografía "La Buenos Aires".

- Neuman, E. (1972). La llamada readaptación social del delincuente. El art. 18 “in fine” de la Constitución Nacional y algunos aspectos de la realidad carcelaria en nuestra Capital. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 147, 993-998.
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969, 7-22 de noviembre de 1969*. OEA/Ser.K/XVI/1.2.
- Organización de los Estados Americanos. (1973). *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968*. Secretaría General.
- Peco, J. (1921). *La reforma penal argentina*. Valerio Abeledo.
- Ploch, A. (2012). Why dignity matters: dignity and the right (or not) to rehabilitation from international and national perspectives. *New York University Journal of International Law and Politics*, 44, 887-949.
- Ramos, J. P. (1914). *El derecho público de las provincias argentinas con el texto de las constituciones sancionadas entre los años 1819 y 1913* (Tomo I). Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.
- Ramos, J. P. (1916). *El derecho público de las provincias argentinas con el texto de las constituciones sancionadas entre los años 1819 y 1913* (Tomo II). Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.
- Ravnani, E. (1939). *Asambleas Constituyentes Argentinas* (Tomo VI, segunda parte). Casa Jacobo Pleuser.
- Real Academia Española. (1737). *Diccionario de la Lengua Castellana de la Real Academia Española*. Nuevo Tesoro Lexicográfico de la Lengua Española.
- Real Academia Española. (1803). *Diccionario Usual*. Nuevo Tesoro Lexicográfico de la Lengua Española.
- Real Academia Española. (1852). *Diccionario Usual*. Nuevo Tesoro Lexicográfico de la Lengua Española.
- Registro Oficial de la República Argentina*. (1879). (Tomo I). “La República”, imprenta especial de obras.
- Registro Oficial de la República Argentina*. (1880). (Tomo II). “La República”, imprenta especial de obras.
- Registro Oficial de la República Argentina*. (1882). (Tomo III). “La República”, imprenta especial de obras.
- Riquert, M. A. (1997). La pena conforme el modelo de la Constitución reformada. *Jurisprudencia Argentina*, 1997-II, 856-880.
- Rusche, G. y Kirchheimer, O. (1984). *Pena y estructura social*. Temis.
- Soler, S. (1987). *Derecho Penal Argentino* (Tomo II). Tipográfica Editora Argentina.
- Solum, L. B. (2010). The Interpretation-Construction Distinction. *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, (11), 95-118. <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/676/>.
- Solum, L. B. (2011). What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory. *Georgetown University Law Center*, s.f. <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1353/>.
- Solum, L. B. (2013). Originalism and the Unwritten Constitution. *University of Illinois Law Review*, (5), 1935-1984.
- Varela, F. (1848). *Tratados de los estados del Río de la Plata y Constituciones de las Repúblicas Sud-Americanas* (Tomo IV). Biblioteca del Comercio del Plata.
- Varela, L. V. (1920). *Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires*. Taller de Impresiones Oficiales.

- Velázquez Martín, S. (2017). Historia del derecho penitenciario español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 70(1), 387-444.
- Zaffaroni, E. R. (1995). Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales. En Maier, J. B. J. y Binder, A. M. (Comps.), *El derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún* (pp. 115-129). Editores del Puerto.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Tomo I). Ediar.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Ediar.

Legislación citada

- Constitución Nacional.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Álvarez, Marcos Aurelio y otro s/p.ss.aa. negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, 28/10/2021, Fallos: 344:3104.
- Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional - Camps, Ramón Juan Alberto y otros-, 22/06/1987, Fallos: 310:1162.
- Criminal contra D. Julian Aguirre, por rebelión. Incidente sobre excarcelación bajo fianza, 03/04/1875, Fallos: 16:88.
- El Ministerio fiscal contra D. Hilarion Martinez y D. Rufino Castro Boedo, sobre cumplimiento de una fianza carcelera y *judicatum solvi*, 31/07/1869, Fallos: 7:368.
- Madero, José y otros s/incidente de recurso extraordinario, 30/09/2021, Fallos: 344:2559.
- Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado –causa N° 1174–, 07/12/2015, Fallos: 328:4343.
- Pedro Llanos solicitando la excarcelación de los procesados por el delito de rebelión Antonio Abregú y otros s/Const., 01/08/1905, Fallos: 102:219.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas, 25/11/2004.
- Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, 25/11/2005.
- Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2006.
- Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas, 27/04/2012.
- Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares. Fondo y Reparaciones, 14/05/2013.
- Medidas provisionales respecto de Brasil. Asunto del complejo penitenciario de Curado, 28/11/2018.
- Caso López y otros vs. Argentina Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2019.
- Mota Abarullo y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas, 18/11/2020.

