# FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE

LECCIONES DE HISTORIA JURIDICA

IV

### ABELARDO LEVAGGI



## HISTORIA DEL DERECHO PENAL ARGENTINO

EDITORIAL PERROT BUENOS AIRES

### HISTORIA DEL DERECHO PENAL ARGENTIKO

# FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE

LECCIONES DE HISTORIA JURÍDICA

IV

### ABELARDO LEVAGGI

# HISTORIA DEL DERECHO PENAL ARGENTINO

EDITORIAL PERROT BUENOS AIRES

)

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma; por consiguiente nadie tiene facultad a ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor con relación a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, criticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.

Los infractores serán reprimidos con las penas del art. 172 y concdts. del C. Penal (arts. 2, 9, 10, 71. 72 ley 11723).

© by EDITORIAL EMILIO PERROT AZCUENAGA 1846 - BUENOS AIRES - ARGENTINA Adherida a la Cámara Argentina de Editores «de Libros

### UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

RECTOR

DR. LUIS CARLOS CABRAL

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales DECANO

DR. LUCAS JAIME LENNON

### INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE

### DIRECTOR

Dr. Ricardo Zorraquín Becú

### **VICEDIRECTOR**

Dr. José M. Mariluz Urquijo

**SECRETARIO** 

Dr. Eduardo Martiré

## PUBLICACIONES DEL INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE

## COLECCIÓN DE TEXTOS Y DOCUMENTOS PARA LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

- I. ANTONIO SÁENZ, Instituciones elementales sobre el derecho natural y de gentes. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1939
- II. PEDRO SOMELLERA, Principios de derecho civil (reedición facsímil). Noticia preliminar de Jesús H. Paz, 1939.
- III. JUAN BAUTISTA ALBERDL Fragmento preliminar al estudio del Derecho (reedición facsímil). Noticia preliminar de Jorge Cabral Texo, 1942.
- IV. MANUEL ANTONIO DE CASTRO, Prontuario de práctica forense (reedición facsímil). Con apéndice documental Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1945.
- V y VI. JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, Libro primero de la Recopilación de las cédulas, cartas, provisiones y ordenan' zas reales. Noticia preliminar de Ricardo Levene, dos tomos, 1945.
- VII. BERNARDO VÉLEZ, índice de la Compilación de derecho patrio (1832) y El Correo Judicial (1834), reedición facsímil. Noticia preliminar de Rodolfo Trostiné, 1946.
- VIII. GURET BELLEMARE, Plan de organización judicial para Buenos Aires (reedición facsímil). Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1949.
  - IX. MANUEL J. QUIROGA DE LA ROSA, Sofcre la naturaleza filosófica del Desecho (1837), reedición facsímil. Noticia preliminar de Ricardo Levene, Editorial Perrot, 1956.
  - X. BARTOLOMÉ MITRE, Profesión de fe y otros escritos publicados en "Los Debates" de 1852. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1956.
  - XI. DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD, Escritos jurídicos. Editorial Abeledo-Perrot, 1971.

### COLECCIÓN DE ESTUDIOS PARA LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

- I. RICARDO LEVENE, La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador Manuel Antonio de Castro, 1941.
- II. RAFAEL ALTAMIRA, Análisis de la Recopilación de las leyes de Indias de 1680, 1941.
- III y IV. JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUÍ Manual de historia del Derecho español en las Indias y del Derecho propiamente indiano. Prólogo de Ricardo Levene, dos tomos, 1943.
- V. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, Marcelino ligarte. 1822-1872. Un jurista en la época de la organización nacional, 1954.

~

- VI. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, La organización política argentina en el periodo hispánico. 7\* edición, Editorial Perrot, 1962.
- VII. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, Formación del Estado Federal Argentino (1820-1852). La intervención del gobierno de Buenos Aires en los asuntos nacionales. Editorial Perrot, 1965
- VIII y IX. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, Historia del Derecho Argentino, dos tomos, Editorial Perrot, 1966 y 1970.
  - X. ABELARDO LEVAGGI, Dalmacio Vélez Sarslield y el Derecho Eclesiástico, Editorial Perrot, 1969.
  - XI. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas, 1977.

### COLECCIÓN DE ESTUDIOS PARA LA HISTORIA DEL DERECHO PATRIO EN LAS PROVINCIAS

- Anuo CORNEJO, El derecho privado en ía legislación patria de Salta. Notas para el estudio de su evolución histórica. Advertencia de Ricardo Levene, 1947.
- II. MANUEL LEONDO BORDA, Nuestro derecho patrio en la legislación de Tucumán, 1810-1870, Editorial Perrot, 1956.
- III. TEÓFILO SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, El derecho privado patrio en la legislación de Jujuy, 1958.
- IV. ARTURO BUSTOS NAVARRO, El derecho patrio en Santiago del Estero, 1962.

#### CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES

- I. RICARDO LEVENE, Juan José Montes de Oca, fundador de la cátedra de Introducción al Derecho, 1941.
- II. JORGE A. NÚÑEZ, Algo más sobre la primera cátedra de Instituta, 1941.
- III. RICARDO PICCIRILLI, Guret Bellemare. Los trabajos de un jurisconsulto francés en Buenos Aires, 1942.
- IV. RICARDO SMITH, Función de la historia del derecho argentino en las ciencias jurídicas, 1942.
  - V. NICETO ALCALÁ ZAMORA, Impresión general acerca de las leyes de Indias, 1942.
- VI. LEOPÓLDO MELÓ, Normas legales aplicadas en el Derecho de la navegación con anterioridad al Código de Comercio. 1942.
- VII. GUILLERMO J. CANO, Bosquejo del derecho mendocino intermedio de aguas, 1943.
- VIII. JUAN SILVA RIESTRA, Evolución de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires, 1943.
  - IX. CARLOS MOUCHET, Evolución histórica del derecho intelectual argentino, 1944.
  - X. JUAN AGUSTÍN GARCÍA, Las ideas sociales en el Congreso de 1824. 1944.

- XI. RODOLFO TROSTINÉ. José de Darcegueyra, el primer conjuez patriota (1771-1817). 1945.
- XII. RICARDO LEVENE, La realidad histórica y social argentina vista por Juan Agustín García, 1945.
- XIII. ALAMIRO DE AVILA MARTEL, Aspectos del derecho penal indiano, 1946.
- XIV. SICFRIDO RADAELLI, Las fuentes de estudio del Derecho patrio en las provincias, 1947.
- XV. FERNANDO F. MÓ, Valoración jurídica de la obra minera de Sarmiento, 1947.
- XVI. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, La justicia capitular durante la dominación española, 1947.
- XVII. SIGFRIDO RADAELLI, El Instituto de Historia del Derecho Argentino y Americano a diez años de su fundación, 1947.
- XVIII. VIČENTE O. CUTOLO, La enseñanza del derecho civil del profesor Casagemas, durante un cuarto de siglo (1832-1857), 1947.
  - XIX. RAÚL A. MOLINA, Nuevos antecedentes sobre Solórzano y Pinelo, 1947.
  - XX. RICARDO LEVENE, En el tercer centenario de "Política Indiana" de Juan de Solórzano Pereira, 1948.
  - XXI. VICENTE O. CUTOLO, El primer profesor de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires y sus continuadores, 1948.
  - XXII. JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, LOS matrimonios entre personas de diferente religión ante el derecho patrio argentino, 1948.
- XXIII. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, La función de justicia en el derecho indiano, 1948.
- XXIV. ALFREDO J. MOLINARIO, La retractación en los delitos contra el honor, 1949.
- XXV. RICARDO LEVENE, Antecedentes históricos sobre la enseñanza de la jurisprudencia y de la historia del Derecho patrio en la Argentina, 1949.
- XXVI. ALAMIRO DE AVILA MARTEL, Panorama de la historiografía jurídica chilena, 1949.
- XXVII. ARMANDO BRAUN MENÉNDEZ, José Gabriel Ocampo y el Código de Comercio de Chile, 1951.
- XXVIII. RICARDO LEVENE, Contribución a la historia del Tribunal de Recursos Extraordinarios, 1952.
  - XXIX. AQUILES H. GUAGLIANONE, La Historia del Derecho como afición y como necesidad para el jurista, 1971.
    - XXX. ABELARDO LEVAGGI, El cultivo de la historia jurídica en la Universidad de Buenos Aires (1876-1919), Ed. Perrot, 1977.

#### LECCIONES DE HISTORIA JURÍDICA

I. EDUARDO MARTIRÉ, Panorama de la legislación minera argentina en el período hispánico, Ed. Perrot, 1968.

- II. JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, El régimen de la tierra en el derecho indiano, Ed. Perrot, 1968.
- III. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUL Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX), Ed. Perrot, 1977.
- IV. EDUARDO MARTIRÉ, Consideraciones metodológicas sobre la Historia del Derecho, Ed. Perrot, 1977.

### REVISTA DEL INSTITUTO

Número /, Año 1949 (133 páginas). Agotado.

Número 2, Año 1950 (241 páginas). Agotado.

Número 3, Año 1951 (222 páginas). Agotado.

Número 4, Año 1952 (250 páginas). Agotado.

Número 5, Año 1953 (286 páginas). Agotado.

Número 6, Año 1954 (192 páginas). Agotado.

Número 7, Años 1955-56 (192 páginas). Agotado.

Número 8, Año 1957 (316 páginas). Agotado. Número 9, Año 1958 (172 páginas). Agotado.

Número 10, Año 1959. Homenaje al doctor Ricardo Levene (238 páginas). *Agotado*.

Número 11, Año 1960. Homenaje a la Revolución de Mayo (238)

páginas). Agotado.

Número 12, Año 1961 (224 páginas). Agotado.

Número 13, Año 1962 (226 páginas). Agotado.

Número 14, Año 1963 (206 páginas). Agotado.

 

 Número
 15, Año 1964 (243 páginas). Agotado.

 Número
 16, Año 1965 (259 páginas). Agotado.

 (259' páginas). Agotado.

Número 17, Año 1966. Homenaje al Congreso de Tucumán (340 páginas)

Número 19 A ~ 18. Año 1967 (276 páginas). Agotado. Número

19, Año 1968 (328 páginas). Agotado.

 Número
 19, Año 1968 (328 páginas). Agotado.

 Número
 20, Año 1969 (380 páginas), forado.

 Número
 21, Año 1970 (380 páginas). Agotado.

 Número
 22, Año 1971 (400 páginas). Agotado.

 Número
 23, Año 1971 (400 páginas). Agotado.

(42123, Año 1972. Homenaje al doctor Samuel W. Medrano páginas).

### **ADVERTENCIA**

Este libro está dedicado a la enseñanza. No pretende ser una obra de erudición sino sencillamente un trabajo de exposición de los aspectos que consideramos fundamentales de la historia del derecho penal argentino en sus dos etapas, la indiana y la nacional (hasta la sanción del Código de 1922). De allí la reducción al mínimo de las notas y el solo análisis en su texto de los casos indispensables para despojarlo de todo dogmatismo.

Pero el libro no hubiera sido posible sin un paciente trabajo de investigación previa, yun cuando esa investigación, por las razones apuntadas, no esté reflejada explícitamente en sus páginas. Se trata, por lo tanto, no de una mera recomposición de datos ¿ditos —sin que esto signifique negar la compulsa de la poca bibliografía existente—, sino de una elaboración —que aspira a ser didáctica— de conclusiones extraídas de las fuentes genuinas del conocimiento histórico-jurídico: expedientes judiciales, memoriales, leyes, correspondencia, literatura y periodismo de época. Los resultados obtenidos, con el auxilio de Dios, los ofrecemos a la benevolencia de nuestros lectores.

# PRIMERA PARTE DERECHO PENAL INDIANO

### CAPÍTULO I

### **FUENTES**

1. iLas normas jurídicas que tuvieron vigencia en las Indias durante los tres siglos de dominación española, reconocen, como es sabido, diversos orígenes, no obstante lo cual llegaron a conformar un sistema jurídico armónico, bien llamado "corpas iurts indiarum", estructurado en derredor de ciertos principios fundamentales que pudieron asegurar la adecuación y cohesión de elementos heterogéneos en apariencia. Los principios fundamentales aludidos fueron la lev divina, el derecho natural, la recta razón, la equidad; en tanto que las normas que a su alrededor se congregaron para regular la vida jurídica indiana estuvieron constituidas por: el derecho de Castilla; la legislación propia de las Indias, tanto de origen peninsular como local; la costumbre indiana; los usos y costumbres de los indios, anteriores y posteriores al descubrimiento de los castellanos y, no menos importante, la jurisprudencia de los juristas y de los tribunales, inspirada preponderantemente en "los derechos" por antonomasia, el romano y el canónico, pináculo ambos de todos los sistemas jurídicos occidentales de la época.

Este cuadro general del derecho tiene plena aplicación a su rama penal. En efecto, las mismas fuentes y el mismo concepto de integración de normas bajo principios comunes tuvieron acogida dentro del campo de este derecho, como que el derecho penal de entonces —aunque separado temáticamente del resto del ordena-

miento jurídico (tenía reservado, desde las XII Tablas, un lugar postrero dentro de las compilaciones civiles y canónicas)— estaba insertado, como la parte en el todo, dentro del mismo sistema general, compartiendo nombre, concepto, naturaleza, fundamento y reglas.

Recordemos en este sentido con el ilustre penalista español Jerónimo Montes \* que, siendo el derecho penal el primero que debió manifestarse en el orden positivo y práctico, fue sin embargo "la última rama del Derecho que ha llegado a formar una verdadera ciencia independiente". Raro fenómeno que a juicio del autor obedeció a que, habiendo un enlace tan manifiesto entre la pena y el delito, y apareciendo tan claro en la conciencia de todos los hombres el derecho del poder público para penar, nadie puso en duda estos y otros puntos fundamentales, juzgándose por consiguiente inútil todo intento de demostración. Al no haber discusión, no hubo ciencia, y sólo el día en que comenzó aquélla, nació la filosofía del derecho penal. Este acontecimiento ya se había producido en España en el siglo XVI, pero recién a fines del XVIII alcanzó el derecho penal la categoría de una ciencia metodizada v completa.

### LEY.

2. Las principales fuentes legales del derecho penal indiano fueron el Fuero Real y las Partidas, ambas atribuidas a Alfonso el Sabio; la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla, del año 1567; la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias, de 1680; la legislación territorial posterior a estos ordenamientos, tanto indiana como castellana (esta última, desde 1614, en cuanto admitida por el Consejo de Indias) y, con especial men-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Precursores de la ciencia penal en España. Estadios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito, Madrid, 1911, p. 5.

ción, las disposiciones de carácter local, autos acordados de las audiencias y bandos de buen gobierno promulgados por gobernadores y virreyes, de enorme interés, no sólo por la rica normatividad penal que contienen, sino además porque son un fiel testimonio de las tendencias delictivas existentes en cada región.

### COSTUMBRE

3. Pero quedaría incompleta la reseña de las fuentes formales, si la limitáramos a los textos legales. Como lo enunciamos más arriba, costumbre y jurisprudencia fueron factores destacados de creación del derecho penal indiano. Sobre todo en sitios alejados de las ciudades cabeceras de virreinatos, ¡gobernaciones y distritos audienciales, en la medida en que hubo en ellos un menor conocimiento del derecho o una menor vigilancia de las autoridades superiores, la justicia criminal asumió caracteres peculiares de naturaleza consuetudinaria, que se apartaron de los textos y de las doctrinas jurídicas. Por ejemplo el juzgamiento de indios por alcaldes provinciales y de la hermandad, y la imposición por los jueces ordinarios de penas de azote, trabajos públicos y presidio, sin formación de causa ni consulta al tribuna] superior, en visita de cárcel o no, fueron prácticas introducidas en nuestro territorio por la costumbre, a pesar de la oposición de expresas disposiciones legales, y por lo mismo, en el Buenos Aires de fines del XVI y principios del XVII, la apropiación de animales para el personal sustento, parece no haber sido considerada por el común como delito.

Pero no concluyó aquí la importancia de la costumbre penal. En las ciudades principales, aspectos tan importantes como eran todos los relativos a la aplicación de las penas, fueron regulados en gran parte por la misma fuente. Sumando las normas consuetudinarias a las emanadas de las audiencias, gobernadores y virreyes, viene a resultar un sistema penal si no exento, por cierto, de rasgos generales, dotado al mismo tiempo de un carácter localista digno de ser destacado.

### JURISPRUDENCIA.

4. En cuanto a la jurisprudencia, el notable desarrollo alcanzado por la ciencia jurídica en la baja edad media y comienzos de la moderna hizo de ella una fuente relevante del derecho penal. Alimentada intelectualmente por el derecho romano y el canónico (ius commune), participó de su enorme ascendiente cultural y encontró campo propicio para su expansión hasta en la propia legislación, como en ese precepto del Ordenamiento de Alcalá de 1348 (Nueva Recopilación VIII, 23, 3) que autorizaba a alterar la pena legal del homicidio si se daba "alguna tazón justa de aquellas que el Derecho (léase: romano) pone". Así tanto el Corpus Iuris Civilis (el Digesto y el Código en especial), el Decreto de Juan Graciano, el Corpus Iuris Canonici y la obra doctrinaria de la pléyade de glosadores y comentaristas de ambos derechos (Acursio, Azón, Alciato, Bartolo, Baldo, Tiberio Deciano, Julio Claro, Farinacio, Juan Andrés, el Abad Panormitano, entre tantos otros. además de los regnícolas), fueron objeto de estudio y aplicación por parte de los juristas y de los tribunales hasta los últimos años del período —a pesar de la reacción nacionalista ya desatada—, determinando una interpretación preponderantemente romanista de las normas jurídicas indianas. Reglas como la de Gayo: "Los reos son más favorecidos que los actores", o la de Paulo: "Casi en todos los juicios penales es socorrida la edad y la imprudencia", fueron conocidas y aplicadas por los tribunales indianos. De allí el error de pretender leer el derecho penal de entonces en sólo los textos legales, textos varias veces contradictos en la práctica por una hermenéutica nada literal que buscó sobre todas las cosas —como también lo decían las reglas del Digesto— soluciones inspiradas por la equidad y el derecho natural.

No puede, sin embargo, hablarse con propiedad de una ciencia penal indiana. Las opiniones recogidas en Indias provinieron, casi todas ellas, de los autores europeos, entre quienes descollaron en el siglo XVI los teólogos Alfonso de Castro (1495-1558) y Diego Covarrubias y Leyva (1512 - 1577) <sup>2</sup>. De éstos y otros

 $<sup>^2</sup>$  Se considera que la ciencia penal española, sistemáticamente elaborada, nació con ALFONSO DE CASTRO, autor de una obra maestra: La fuerza de la ley penal (1550), en la que aplicó a la disciplina las ideas de SANTO TOMÁS DE AQUINO. Para CASTRO la ley penal debe tener carácter represivo y correctivo, y a nadie se le puede castigar para evitar futuros delitos, sino sólo por los cometidos anteriormente; no ha de tener efecto retroactivo en lo que perjudique al reo. Deben ser correlativas la pena y la culpa; no es justo castigar a uno por el delito que otro cometió. Recomienda que el castigo impuesto por las leyes sea proporcionado a la gravedad de los delitos y aconseja al legislador que cuide de que la pena no sea demasiado cruel en relación con la culpa, antes bien, sea siempre menor que ésta. Pero —sostiene Luis JIMÉNEZ DE ASÚA— ninguno entre los juristas españoles antiguos fue más conocido en Europa, *más* influyente y *más* citado incluso en nuestros días, que DIEGO COVARRUBIAS, una de las más altas figuras del Concilio de Trento, llamado en su época el "Bartolo español". Fue autor de varios estudios penales, canónicos y teológicos, reunidos en su *Obra completa* (1581). Desarrolló su concepto y fundamento de la pena sobre la base de las ideas agustino-tomistas y de acuerdo con SANTO TOMÁS sostuvo que no debe ser considerada como el puro talión, sino como la medida justa del delito para la enmienda del reo. Se ocupó además del dolo, la legitima defensa en el homicidio, la mujer condenada que se encuentra grávida, las injurias, el falso juramento, la blasfemia (El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa, Buenos Aires, 1958, p. 77-81).

teólogos españoles dijo Eduardo de Hinojosa<sup>8</sup> que "si no puede atribuírseles la gloria de haberse adelantado a su tiempo, iniciando la reforma del sistema penal y procesal consagrado por la tradición, justo será reconocerles la de haber abogado por una aplicación menos severa de las penas; de haber robustecido la autoridad y eficacia de las leyes penales presentando la sumisión a ellas como un deber de conciencia y de no haberse opuesto a que se tradujeran en las leyes ideas más humanitarias, traídas por ajenas corrientes, cuando la influencia del *Tratado de los delitos y de las penas*, de Beccaria, vino a impulsar entre nosotros la reforma de la legislación criminal".

Autoridades notables del siglo XVI, fueron también Martín Azpilcueta, el "Doctor Navarro", y Antonio Gómez, el "príncipe de los jurisconsultos españoles", y del siglo XVII, Lorenzo Matheu y Sanz, autor del renombrado *Tratado de lo criminal*.

Figura eminente de la ilustración penal española, nacido en Nueva España, fue Manuel de Lardizábal y Uribe (1739-1820), autor del célebre Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma (1782), donde se lee que "después que el estudio de la filosofía, de la moral, de la política, de las letras humanas, y de las ciencias naturales, habiendo ilustrado más los entendimientos, suavizó también, y moderó las costumbres: después que dio a conocer todo el precio de la vida y de la libertad del hombre, y se sustituyó ésta a la esclavitud, igualmente que la humanidad y la dulzura a la severidad y al rigor, no podía ocultarse ya la indispensable necesidad de reformar las leyes criminales, de mitigar su severidad, de establecer penas proporcionadas a la na-

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Influencia que tuvieron en el derecho público de su patria y singularmente en el derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo, p. 138, en Obras, t. I, Madrid, 1948.

turaleza de los delitos, a la mayor sensibilidad de los hombres, y al diverso carácter, usos y costumbres que habían adquirido las naciones". Bajo este concepto redactó su obra, una de las más notables de su tiempo, tanto dentro del mundo hispánico como más allá de sus fronteras.

### CAPÍTULO II

### CARACTERES GENERALES

Sin perjuicio de la existencia de otros caracteres del derecho penal indiano, destacamos los siguientes:

### PUBLICISTA.

5. Ya el derecho penal castellano bajomedieval, por efecto de la penetración del derecho común, había iniciado el tránsito de la esfera privada (propia del derecho germánico) a la pública y pasado a ser, de una actividad de interés preferentemente particular, otra predominantemente estatal o real.

Como lo dice Ángel López-Amo Marín \*, al lado de la venganza —que fuera institución típica del sistema privatista anterior y que no pudiera ser desarraigada sino muy lentamente— luchó la nueva concepción por abrirse paso e imponer el derecho penal del Estado (*ius puniendi* real). Esta tendencia se orientó en dos direcciones: primera, la de implantar un sistema de penas de derecho público que sustituyera a la venganza de la sangre. El sistema de la venganza, como la com-

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> El derecho penal español de la baja Edad Media, p. 554-5, en Anuario de Historia del Derecho Español, t. XXVI, Madrid, 1956.

posición <sup>8</sup>, en vez de asegurar el castigo de los crímenes, los dejaba con frecuencia en la impunidad, favoreciendo indirectamente su repetición.

Y segunda dirección: hacia la conquista del procedimiento inquisitivo. Si no obstante imponer la pena, el poder público sólo hubiera podido actuar a instancia o por acusación privada, su autoridad habría sido menguada. De allí que en el prólogo de la Partida VII se lea que los jueces, de tres maneras pueden saber la verdad de los malos hechos que los hombres hacen: por acusación, pero también "por denunciación, o por oficio del juzgador haciendo por ende pesquiza", con lo cual se dio el paso necesario para que el represente público pudiera acusar al autor del delito, con prescindencia de la parte ofendida.

La consagración del *ius puniendi* real no estuvo exenta de dificultades. Sólo con el advenimiento de los Reyes Católicos la nueva dirección penal tomó el rumbo definitivo. De acuerdo con Francisco Tomás y Valiente\*, su éxito se basó en que legislaron mucho y coherentemente, en que se esforzaron con franco resultado por lograr que las leyes fueran aplicadas y en que protegieron y respaldaron siempre, hasta con la fuerza cuando fue preciso, a los jueces reales por ellos enviados para castigar los delitos y desórdenes. Política ésta jurídico-penal en íntima conexión con las más profundas finalidades v preocupaciones de su gobierno, tales como el fortalecimiento del poder real, la pa-

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Venganza era el derecho de castigar al delincuente, aun con pena de la vida, fuera por la parte ofendida, por su parentela o por la comunidad, según los casos. Frente a este derecho el delincuente se encontraba en estado de "inimicitia", o sea de indefensión jurídica, por haberle ocasionado el delito la "pérdida de la paz". La composición —institución del mismo origen— era la conmutación, por acuerdo de partes, pero en favor de la parte ofendida, de una pena de sangre por otra pecuniaria.

<sup>\*</sup> El derecho penal de la monarquía absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII), Madrid, 1969, p. 26-7.

cificación de sus reinos, sobre todo en los ambientes rurales, el sometimiento de la nobleza a su autoridad y la política de unidad religiosa.

Aún así, continuaron vigentes, por lo menos hasta el siglo XVIII, y no sólo en el texto de las leyes sino en el propio espíritu de la comunidad, resabios del viejo derecho penal privado, como las ya recordadas instituciones de la venganza y la composición. De ésta nos ocuparemos en el capítulo dedicado a las instituciones de clemencia. En cuanto a la venganza, su epígono fue el duelo, entre nobles y también entre villanos, que aun cuando incriminado por las leyes, por falta de una efectiva represión en el siglo XVI y el XVII, llegó a gozar de la benevolencia judicial, especialmente si se trataba de duelistas nobles, en nombre de la moral social del honor.

En cambio, en la segunda mitad del siglo XVIII fue perdiendo frecuencia, tanto a causa del relajamiento sufrido por el concepto del honor, como por la más firme actitud de la monarquía para impedirlo. iLa autovenganza dejó de ser norma social, sostiene Tomás y Valiente. Desapareció así otro obstáculo para el ejercicio de la ley penal y de la justicia real, y sólo con el romanticismo decimonónico resurgió la "irracional moral del honor y del duelo".

### INQUISITIVO. EL TORMENTO.

6. Respondiendo al carácter anterior —público, estatal o real— el proceso penal indiano fue esencialmente inquisitivo. Quiere decir que las justicias fueron investidas por la Corona con la potestad de tomar la iniciativa en la averiguación de los delitos considerados públicos (por ejemplo: lesa majestad, homicidio, fuerza, falsificación), en la aprehensión y juzgamiento de los delincuentes y en la aplicación de los castigos, a fin de

dejar satisfecha a la vindicta pública. Tal fue la herencia recibida del derecho romano-canónico sobre todo, pero también de fuentes vernáculas españolas anteriores a la recepción de aquél.

Con el procedimiento penal inquisitivo, opina Tomás y Valiente, se quería superar la "verdad" admitida entre las partes, para perseguir la "verdad material", lo realmente ocurrido, gustase o no a los implicados en cualquier asunto criminal, y se procuraba también el fortalecimiento del poder del rey que, con tan formidable instrumento a su alcance, lograba ser temido y, por ese camino, conseguía imponer su voluntad y domino en muchas ocasiones.

Esta cualidad del proceso penal indiano cobra vida en p§ginas forenses, como el dictamen del fiscal porteño Francisco Bruno de Rivarola, de 1783, según el cual "en virtud de su ministerio debe acusar, y perseguir los delitos que se oponen al bien del Estado, y la República... es un ejercicio público —el suyo— dirigido únicamente por las máximas de la verdadera Justicia", y como el fallo del gobernador interino de Buenos Aires Vicente García Grande, de 1785, que dice de un mozo camorrero y bebedor ser los suyos "vicios todos estos muy perjudiciales *a* la sociedad, y que por lo mismo deben ser corregidos por la autoridad pública, sin embargo de que la parte ofendida haya perdonado al reo sus injurias particulares".

Salvo el caso de querella de parte agraviada, el proceso se iniciaba —como quedó dicho— por denuncia o por pesquisa, métodos ambos característicos de un sistema inquisitivo. Tomado conocimiento de la comisión de un delito, fuera o no por denuncia, debían las justicias (alcaldes ordinarios en las ciudades, de la hermandad en la campaña, jueces comisionados u otros funcionarios, según la jurisdicción interviniente) realizar todas las averiguaciones necesarias para la identificación y aprehensión del autor, con lo cual y con su de-

claración, la de testigos y, en su caso, embargo de bienes (hasta aqui se desenvolvía la "sumaria"), daba comienzo el proceso, que tras nuevas probanzas culminaba con la acusación del ministerio fiscal, la defensa del reo y la sentencia. La acción pública no se reducía a los llamados delitos públicos sino que alcanzaba aún a delitos privados (por ejemplo, tratándose de heridas no mortales), pues según expresaba el príncipe de los jurisconsultos españoles del siglo XVI, Antonio Gómez, todo delito, tanto público como privado, causa una doble injuria: al particular ofendido y a la república, de donde la licitud de que, aun sin acusación del particular, pueda y deba el juez proceder *ex officio pro injuria reipublicae* castigando el delito a fin de restablecer su paz y quietud.

7. Consecuencia también del carácter inquisitivo del proceso criminal fue el uso del tormento para obtener la confesión del presunto reo y la declaración veraz de los testigos, ya que pasaba a ser del mayor interés público el conocimiento de la verdad y el castigo de los culpables. La tortula no fue considerada nunca como pena, sino como institución vinculada a la etapa probatoria del juicio. Ya lo decían las Partidas: "Tormento es una manera de prueba que hallaron los que fueron amadores de la justicia, para escudriñar y saber la verdad por él, de los malos hechos que se hacen encubiertamente y no pueden ser sabidos, ni probados por otra manera" (VII, 30, 1).

Su aplicación fue objeto de una detallada reglamentación. Así, para atormentar a un acusado era indispensable: que estuviera semiconvicto (tanto si no había indicios bastantes contra él, como si estaba plenamente convicto, no procedía la medida); que el delito cometido mereciera pena de muerte o corporal (la inquisición de la verdad no debía ser más dolorosa que la pena); que no se tratara de persona exenta por el derecho, como lo eran los menores de 14 años y mayores de 70, mujeres preñadas, enfermos graves y, salvo por delitos graves, los nobles, clérigos, soldados, doctores, regidores y caballeros en general. La imposición del tormento tenía un procedimiento de intimaciones previas, suplicios progresivos, pausas y una duración limitada. La confesión hecha durante su transcurso no tenía validez si no era ratificada voluntariamente dentro de las 24 horas. Salvo el caso de los delitos más atroces, quien negaba sólo podía ser atormentado dos veces y si persistía en la negativa debía ser declarado inocente.

Entre nosotros el uso del tormento no fue frecuente y llegó a ser excepcionalísimo en las últimas décadas del período indiano. La ley de su abolición sancionada por 5a Asamblea de 1813 tuvo, pues, más carácter simbólico que consecuencias prácticas. Fue el rechazo, por las nuevas corrientes liberales, de una institución que desde los tiempos antiguos ya había merecido la censura de espíritus esclarecidos, como San Agustín, y que en Buenos Aires, por ejemplo, fuera calificado en 1795, en una expresión de agravios, por el procurador Antonio Mutis con el patrocinio de Agustín Pío de Elía, de "una de las pruebas más falibles para el descubrimiento de la verdad... mejor para apurar la paciencia, que no para llenar el fin santo que se propuso la ley".

### ARBITRIO JUDICIAL.

8. El derecho penal de la época admitía dos procedimientos distintos para la determinación de las penas: la vía legal, en cuyo caso hablaba de "penas legales", y la vía judicial, en cuyo caso de "penas arbitrarias". La fijación de la pena por el juez podía tener lugar en dos casos: cuando la ley no establecía pena alguna y, a lo sumo, se limitaba a decir que el delito en cuestión debía

ser castigado —por ejemplo— "con arreglo a justicia" o "con todo rigor", y cuando, estando señalada la pena legal ordinaria, sin embargo, la misma ley que la determinaba u otras facultaban al juez a aumentarla o disminuirla, y aun a quitarla, de acuerdo con las circunstancias de persona, tiempo y lugar que habían rodeado al hecho o por motivos sobrevinientes como la confesión espontánea o hecha bajo promesa de clemencia o el retardo de la causa. Por oposición a la pena legal ordinaria, esta pena recibía el nombre de "extraordinaria". Por último, también era arbitraria la pena cuando, en virtud de un indulto, asilo o perdón de parte, el juez mitigaba la pena legal, aplicando en su lugar una pena menor, a su voluntad.

En todos estos supuestos obraba, pues, el arbitrio judicial, que daba a los jueces amplias facultades para la adecuación de las penas a las situaciones concretas que debían juzgar, haciendo de ellos, de sus sentencias, fuentes significativas del derecho penal (§4).

En cambio, consideramos que no intervenía el arbitrio cuando los jueces, por ejemplo, dejaron de imponer a los parricidas la pena romana del culleum, recogida por las Partidas y consistente en meter vivo en un saco al delincuente junto con un perro, un gallo, una culebra y un mono, arrojarlos al río o al mar, aplicando en su lugar la pena ordinaria de muerte. En casos como éste, se trataba de la existencia de una costumbre contra legem o de una disposición legal desusada y, por consiguiente, en vez de actuar la voluntad de los jueces lo hacía la de la comunidad toda, autora de la costumbre, es decir creadora de la nueva norma de derecho. El papel del juez se reducía a aplicar la costumbre. Para que existiera arbitrio judicial la función creadora debía ejercerla el juez. De otro modo, no lo había, pues, como sostenía Alfonso de Castro "si la costumbre fuera de aplicar una determinada pena, no le sería lícito imponer pena arbitraria, sino guardar la costumbre". Pero sí parecieran ser casos de arbitrio prácticas judiciales como la recordada por el fiscal de la Audiencia de Buenos Aires, Manuel Genaro de Villota, en 1801: "la práctica adoptada en todos los Tribunales Superiores de condenar a los adúlteros a pena arbitraria tal vez para conciliar la dureza de la ley que castiga al adúltero con mujer casada con pena de muerte, con la suavidad de la que impone pena pecuniaria al que lo es con mujer soltera".

No sólo en el siglo XVIII, pero sobre todo en éste, se alzaron voces de queja contra el arbitrio de los jueces y en favor de la determinación legal de las penas <sup>7</sup>. Además de la lucha de poderes que se escondía detrás de esta censura (las leyes eran expresión de la voluntad de los príncipes, en tanto que las sentencias sólo de los

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Decía ALFONSO DE CASTRO: "NO basta para el cumplimiento de la ley, amenazar con la pena y encomendar al arbitrio del juez que éste imponga al culpable el castigo que crea oportuno, sino que en muchas ocasiones es necesario que la pena esté expresa y concretamente determinada [...] porque mueven más y aterrorizan más a los ánimos de los delincuentes que concebidas de un modo general [\_\_]. Expone elegante y doctisimamente ARISTÓ-TELES: 'Conviene, sobre todo, que una vez dictadas las leyes justas, ellas mismas abarquen cuanto puedan abarcar, dejando a los jueces lo menos posible; primero, porque es más fácil encontrar pocas personas que muchas capaces de legislar y juzgar; después, porque, atendiendo al mucho tiempo que se invierte en confeccionar una ley y el brevísimo que se emplea en juzgar, es más difícil que los jueces acierten en la administración de lo justo y conducente, sobre todo porque la mente del legislador se fija en casos generales y futuros, no en concretos y presentes; en cambio, el senador o el juez juzgan sobre hechos actuales y determinados, de donde sucede que en sus simpatías y antipatías va envuelta también su propia utilidad, y no pueden ver la verdad claramente, porque el dolor o el placer propios nublan sus juicios'. Por todo esto afirmamos que hay que dejar al arbitrio del Poder judicial lo menos posible; claro que él declara si un hecho existe o ha de existir; es cosa que el legislador no pudo prever, y, consiguientemente, por necesidad, hay que dejarlo a la facultad del juez" (ALFONSO DE CASTRO, Antología, colecc. Breviarios del Pensamiento Español, Madrid).

jueces que las dictaban), se inclinaron los juristas en favor de las penas legales por su objetividad, cualidad que era acorde con las nuevas doctrinas racionalistas sobre administración de justicia criminal (derechos y garantías procesales). Lardizábal fue uno de ellos.

Pero como la conciencia de que los jueces cometían abusos en el ejercicio del arbitrio, se tenía desde antiguo, para contenerlos en justos términos se estableció, en España primero y en Indias después, el deber de los jueces inferiores de consultar a sus superiores, en defecto de apelación, las sentencias por ellos dictadas que condenaban a penas de muerte, aflictivas o de vergüenza. Entre nosotros, la disposición rigió respecto de la audiencia de Charcas, del virrey y de la audiencia de Buenos Aires, sucesivamente. La segunda audiencia porteña, por auto del 11 de agosto de 1785, insistió precisamente en que los alcaldes no ejecutaran las sentencias o autos definitivos de la clase antedicha, sin antes darle cuenta y obtener su aprobación. Acostumbrados los alcaldes del interior a administrar justicia sin guardar todas Jas formalidades del derecho intentaron todavía resistir la orden de consulta, pero la acción sostenida del virrey, desde 1776, y sobre todo de la audiencia, desde su restablecimiento en 1785, consiguieron reducirlos paulatinamente a la observancia del jurídico procedimiento.

### GRADOS DE RESPONSABILIDAD\*

9. A diferencia del derecho actual, en el cual las circunstancias que rodean a cada hecho delictivo y que son susceptibles de modificar la responsabilidad del delincuente están legisladas en forma sistemática, en la época que nos ocupa no fue así y si bien hubo normas legales, como la ley 8, título 31 de la Partida VII, que establecieron criterios a tener en cuenta por los jueces a tales efectos, quedaron en definitiva libradas al ar-

bitrio de éstos la apreciación y valoración de dichas circunstancias y la decisión final al respecto. Esta cualidad, conviene aclararlo, no fue exclusiva del derecho indiano, sino que la compartió todo él derecho anterior a la época racionalista.

La ley de Partida citada, a pesar de sus limitaciones, nos da una noción bastante amplia de cuáles fueron entonces los factores capaces de atenuar o aumentar la responsabilidad penal. Por ello vamos a reproducirla, vertida al lenguaje moderno:

Examinar deben los jueces, cuando quieren dar juicio criminal contra alguno, qué persona es aquella contra quien lo dan; si es siervo, o libre, o hidalgo, u hombre de villa, o de aldea; o si es mozo, o mancebo, o viejo; porque más severamente deben castigar al siervo, que al libre; y al hombre vil, que al hidalgo, y al mancebo que al viejo, ni al mozo... Y si por ventura, el que hubiese errado fuese menor de diez años y medio, no le deben dar ninguna pena. Y si fuese mayor de esta edad, y menor de diez y siete años, débenle mitigar la pena que darian a los otros mayores por tal delito. Además deben tener en cuenta los jueces, las personas de aquellos contra quienes fue cometido el delito; porque mayor pena merece aquel que delinquió contra su señor, o contra su padre, o contra su superior, o contra su amigo, que si lo hiciese contra otro que no tuviese ninguno de estos deudos. Y aún deben tener en cuenta el tiempo, y el lugar, en que fueron cometidos los delitos. Porque si el delito que han de castigar es muy frecuente en el lugar a la sazón, deben entonces hacer severo escarmiento, para que los hombres se guarden < le hacerlo. Y aún decimos, que deben tener en cuenta el tiempo además. Porque mayor pena debe tener aquel que comete el delito" de noche, que no el que lo hace de día; porque de noche pueden nacer muchos peligros por ende y muchos males. Además deben tener en cuenta el lugar donde cometen el delito; porque mayor, pena merece aquel que delinque en la iglesia, o en casa del rey, o en lugar donde juzgan los alcaldes, o en casa de algún amigo, que se fio en él, que si lo hiciese en otro lugar. Y aún debe ser considerada la manera como fue cometido el delito. Porque mayor

pena merece el que mata a otro a traición, o de modo aleve, que si lo mata en pelea, o de otra manera: y más cruelmente deben ser castigados los ladrones, que los que hurtan a escondidas. Además deben tener en cuenta cuál es el delito, si es grande ó pequeño. Y aún deben considerar, cuando dan pena pecuniaria, si aquel a quien la dan, o la mandan dar, es pobre, o rico. Porque menor pena deben dar al pobre, que al rico: esto, para qus manden cosa que pueda ser cumplida. Y después que los jueces hubieren considerado detalladamente todas estas cosas sobredichas, pueden aumentar, o disminuir, o quitar la pena, según entendieren que es justo, y lo deben hacer.

A pesar de la aparente exhaustividad de la ley transcripta, lo cierto es que no agotaba las posibilidades que se presentaban a los jueces para variar la responsabilidad. Así la legítima defensa, la enfermedad, la rusticidad, la embriaguez y la reincidencia no están mencionadas, no obstante lo cual constituyeron factores capaces de alterarla, fuera por autoridad de otras leyes o de la propia jurisprudencia que, partiendo de los principios de la moral cristiana en materia de discernimiento, supo sacar conclusiones precisas sobre la mayor o menor responsabilidad del hombre por sus actos delictivos. Tal fue la obra, principalmente, de Alfonso de Castro, quien decía que "para medir justamente la gravedad de un delito no basta con atender escuetamente a la mera calidad de éste, sino que es preciso, además, analizar las principales circunstancias de la culpa y del culpable, ya que tales circunstancias pueden agravar, atenuar y aún suprimir por completo la culpa".

Un ejemplo elocuente de la importancia de estas nociones en Indias lo tenemos en la siguiente, y al cabo eficaz, defensa de dos indios homicidas, hecha por Francisco Duarte en la Asunción del Paraguay, en 1789. Refiriéndose al vicio del aguardiente que padecían los indios, alegó que "la cortedad del conocimiento, que todos confesamos en los indios, con la ceguedad

del vicio en que están sumergidos los hace más incapaces del conocimiento, y los constituye en el fatal estado de privados del juicio natural, como es constante, y lo confiesan en su confesión... ya más de esto la poca, o ninguna civilización y circunstancias de carecer de aquella deliberación, que se requiere para que su delito se revista de toda la malicia, y dolo, que es necesaria para que cualquier reo merezca la penal legal del mismo delito; porque como dice el teólogo: nada se quiere sin precedente conocimiento".

Los indianistas, en general, atenta la rusticidad de los aborígenes, sostuvieron la necesidad de mitigar a su respecto las penas legales. Esta idea está contenida en el siguiente memorial del protector de naturales de Buenos Aires Juan Gregorio de Zamudio, de 1778: "es constante que todos los autores, que con verdadero conocimiento de lo que son los indios, tratan estos asuntos, encargan a los jueces que se atemperen en sus causas, que les minoren las penas, que se porten con amor de verdaderos padres y no con la severidad de estrictos iueces. Esto no es otra cosa que claramente afirmar que los jueces deben usar antes de la misericordia que de la rigurosa justicia, que no deben ceñirse a ejecutar la pena impuesta por la ley en general, sino a usar de la pena arbitraria que es muy propia se verifique para con estos miserables, faltos de conocimiento, que no son capaces de discernir lo bueno de lo malo, y por lo mismo no pueden advertir ni precaver el daño que les ouede sobrevenir de sus desaciertos, por más que se les instruya; y que todo esto muy distante de ser ponderación, es una verdad constante y cierta".

### CAPÍTULO III

### LOS DELITOS

### CONCEPTO Y CARACTERES.

10. El proemio de la Partida VII nos brinda la noción que del delito se tenía en la época: "malos hechos que se hacen a placer de una parte y a daño y deshonra de la otra. Que estos tales hechos son contra los mandamientos de Dios y contra las buenas costumbres y contra lo establecido por las leyes y los fueros y derechos".

Los "malos hechos" que constituían delito carecieron de una tipificación precisa y sólo fueron definidos de manera vaga, como afirma Tomás y Valiente. Respondiendo a la concepción no axiomática (tópica) del derecho de entonces, la mayoría de las leves hacía una descripción de la conducta delictiva, a través de la enunciación de sus posibles manifestaciones concretas, en contraposición a la tipificación abstracta propia del derecho moderno. Un ejemplo de este método de legislación penal lo encontramos en la siguiente ley de Partidas: "Hiriendo un hombre a otro con mano o pie, o con palo, o con piedra, o con armas, o con otra cosa cualquiera, decimos que le hace injuria, y deshonra. Y por ende decimos, que el que recibiese tal deshonra, o injuria, quiera que salga sangre de la herida, quiera que no, puede demandar que le sea hecha enmienda de ella; y el juez debe apremiar a aquel que lo hirió,

que lo enmiende. Y aún decimos, que en otras muchas maneras hacen los hombres injuria, y deshonra unos a otros; así como cuando un hombre a otro corre, o sigue en pos de él, con intención de herirlo, o de prenderlo; o cuando lo encierra en algún lugar, o le entra por fuerza en la casa; o cuando le prende, o le toma alguna cosa por fuerza de las suyas, contra su voluntad. Y por ende decimos, que el que injuria, o deshonra hace a otro en alguna manera de las sobredichas, o en otras semejantes de éstas, que debe hacer enmienda de ello..." (VII, 9, 6).

Como se desprende del proemio de la Partida Vil antes transcripto, para el derecho de esos siglos, subordinado a la teología, había correlación entre las ideas de delito y de pecado. Mas si bien hasta a las leyes, como lo dice Tomás y Valiente, trascendió la mezcla de voces "delito" y "pecado", no hubo verdadera identificación, pues no todos los pecados fueron considerados delitos. La mayor aproximación se dio, según el mismo autor, en aquel sector en que la ley secular se limitó a respaldar, con su fuerza en el fuero externo, preceptos de la ley divina positiva (herejía, blasfemia, perjurio, adulterio, incesto, sodomía), hasta castigar, en materias graves, con pena de muerte física, la transgresión calificada por la religión de pecado mortal<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Sostenía DOMINGO SOTO: "Las leyes humanas deben prohibir principalmente aquellos vicios, infamias y delitos que perturban a la república en su paz y tranquilidad, cuales son los crímenes que llevan adjunta una injuria, a saber: aquéllos que van contra la justicia conmutativa, como los homicidios, los hurtos, los adulterios, los fraudes, las trampas y los demás de este género. Ciertamente, esta tranquilidad y prosperidad de la república es el blanco y el fin de todos los que hacen leyes. Y hasta otras cosas, que permiten impunemente, las dejan para que se eviten aquéllas, a saber: la prostitución para evitar los adulterios; las usuras para precaver los hurtos. De aquí resulta que los crímenes y delitos no se han de castigar con más dureza cuanto son más graves delante de Dios, sino en cuanto son más contrarios a la paz. Porque los juramentos falsos, que son peores que los hurtos, y las blasfemias, que superan en fiereza a los homicidios, no se prohiben

Simultáneamente la teología vino en apoyo de la ley secular al obligar bajo pena moral grave a su cumplimiento, en el caso de leyes consideradas justas y de calidad tal que su transgresión fuera causa de culpa mortal<sup>9</sup>.

El siglo XVIII, con su tendencia secularizante, separó definitivamente las dos ideas. Lardizábal, exponente de este pensamiento, derivando las leyes penales del pacto social y atribuyéndoles por finalidad la conservación del nuevo orden societario, sostuvo que no podían tener otro objeto que aquellas acciones exter-

con la pena capital, sino se dejan al castigo de Dios. Con todo, aquéllas que destruyen la esencia de la religión, como las herejías y apostasías, y las que con su deshonestidad ofenden los oídos, aun cuando no sean injuriosas a los hombres, se han de castigar, sin embargo, con más dureza" (*Tratado de la Justicia y el Derecho*, t. I, Madrid (Reus), 1922, p. 141).

Agregaba SOTO: "También las leves civiles obligan a pecado, y de suyo a pecado mortal. A la verdad, así como la república eclesiástica, así también la civil, necesita a causa de su fin el poder de gobernarse a sí misma, y por tanto de dictar leyes según las circunstancias del tiempo y del lugar. Como la república civil también desciende de Dios —aunque de diferente manera que la eclesiástica— sigúese que, así como el que contra sus leves ofende al prójimo es reo en su tribunal, asi igualmente el que quebranta las leyes humanas por el poder comunicado por El mismo, y esto es obligar en conciencia. Y se afirma todavía más esta conclusión. Obrar contra la ley del príncipe es un mal moral; luego pecado delante de Dios. El antecedente es claro, porque siendo la ley justa, es regla de la razón; es asi que el traspasar la línea de la razón es torcerse, y de consiguiente pecado. La consecuencia se esclarece por aquello de que todo cuanto es malo en las costumbres es pecado. Además, la ley humana se deriva de la ley natural, la cual hace como de género en la especie particular de la virtud, como el género de la paz respecto de no usar armas por la noche; luego las leves humanas obligan en conciencia. Y por fin, preséntase el último argumento: El fin del principe, si bien el próximo es la tranquilidad de la república, el último es la felicidad sempiterna, a la cual se endereza el fin temporal; luego puede obligar con sus leyes en aquel tribunal supremo (Dios) por la virtud comunicada del cielo" (Op.-cií., t. I, p. 154-5).

ñas que directa o indirectamente turban la pública tranquilidad o la seguridad de los particulares, acciones entre las cuales no dejó de admitir empero a las dirigidas contra la religión.

También cabe distinguir para la época a los delitos de las faltas o contravenciones a las normas de buen gobierno. Si no por las penas empleadas --ya que, salvo la de muerte, todas las demás figuran indistintamente en una y otra clase de disposiciones—, se diferenciaron, a nivel de literatura jurídica, por el escaso o ningún interés que despertaron las faltas tanto en los juristas como en los moralistas, para quienes estas llamadas leyes meramente penales no obligaban en principio en conciencia, no siendo por lo tanto su transgresión causa de pecado. Y a nivel de derecho práctico, porque las causas de buen gobierno seguían vías extraordinarias, no exigían todos los trámites del proceso ordinario (se llegaba hasta a omitir la defensa) y, además, solía ser más corto el término de prescripción de la acción. Empero debe reconocerse que no existía una clara noción de la distinción en aquellos siglos, a punto de que a comienzos del XIX todavía el práctico José Marcos Gutiérrez denominaba "delitos" contra la policía a la desobediencia o quebrantamiento de leves prohibitivas de varias acciones que, aunque "poco o nada criminales por sí mismas", pueden tener malas resultas u ocasionar crímenes o males a los ciudadanos, y medio siglo después insistía en usar la misma denominación nuestro Ĉarlos Tejedor.

### TENTATIVA Y FORMAS DE PARTICIPACIÓN CRIMINAL.

11. Las leyes, pero más todavía la doctrina de los autores, se ocuparon de una variada gama de conductas estrechamente vinculadas con la comisión de los delitos: conato, complicidad, mandato y encubrimiento.

De acuerdo con las Partidas (VII, 31, 2), quienes comenzaban a ejecutar un delito grave, como ser de traición, homicidio alevoso, rapto o fuerza de mujer virgen o casada, aunque no lo hubieran cumplido totalmente debían ser castigados con la pena ordinaria; pero en todos los demás delitos, si se arrepentían antes de que el mal pensamiento se hubiese convertido en hecho consumado, quedaban eximidos de pena. Por su parte los actos meramente internos no se consideraban punibles. ILa norma legal no fue sin embargo observada estrictamente en la práctica.

En 1788 la Audiencia de Buenos Aires impuso pena arbitraria a quien había proyectado, conjuntamente con la mujer de la futura víctima, su muerte, sin haberse llevado a cabo el proyecto. La pena ordinaria del homicidio era la muerte y sólo se le dio por castigo el presenciar una ejecución de pena capital más diez años de presidio, teniendo en cuenta además que era reo de ilícita amistad.

Para Lardizábal siempre debía sancionarse el conato con pena menor que el delito perfecto, tanto porque el daño causado a la sociedad era menor, como para desalentar al delincuente quien, sabiendo que le correspondía menor pena por lo ya hecho que por lo que le faltaba ejecutar, era posible que no llevara adelante su propósito criminal. Como glosa Tomás y Valiente, tanto el criterio de las leyes como el del afamado penalista son igualmente lógicos y razonables. En el primer caso, de las Partidas, se valora el delito en relación con la gravedad del pecado y hay pecados tan graves que aún su mera intención debe ser punida, importando poco el daño para la sociedad. El criterio de Lardizábal es en cambio utilitario, no moral. Se trata de provocar el arrepentimiento más que de premiarlo a posteriori. No se piensa que el delincuente arrepentido es moralmente menos malo, sino que su arrepentimiento, en cuanto le impide consumar el delito, es socialmente útil.

El jurista español del siglo XVI Diego de la Cantera señalaba tres modos de concurrir a la ejecución de un delito: con actos anteriores, simultáneos y posteriores al mismo. Llamaba cómplices o consocios a quienes ejecutaban actos anteriores o simultáneos al hecho criminal, y encubridores a los que concurrían con actos posteriores. La legislación no distinguía, en cambio, con claridad las distintas formas de participación criminal. Su intención era, sin embargo, que si alguno ayudaba a otro a sabiendas a la ejecución de un delito con actos tales que sin ellos no se hubiera podido cometer, debía ser castigado con la misma pena que el autor; en caso contrario la pena debía ser arbitraria. Antonio Gómez juzgaba por su parte circunstancia atenuante en el encubrimiento al parentesco con el autor.

En distintas causas criminales tramitadas en el Río de la Plata se admitió la graduación de la responsabilidad según la participación tenida en el hecho criminal. Así en Buenos Aires, en 1766, el gobernador Pedro de Cevallos condenó a un ladrón incorregible a la pena de muerte y a sus cómplices y encubridores a penas menores, de 200 a 25 azotes, destierro y presidio. En tanto que en una causa por homicidio, fallada en Córdoba en 1787, el alcalde ordinario condenó a muerte al autor y "en fuerza de los indicios de complicidad que le resultan", a destierro, a su compañera ausente; la Audiencia de Buenos Aires le revocó en este punto la sentencia y dispuso que una vez habida se sustanciase su causa. Es decir que quedaba confirmado el criterio de que, cuando la complicidad pasaba a ser condición del delito, se la debía castigar del mismo modo que al autor.

Un último supuesto contemplado por los tratadistas de la época es el mandato para delinquir. Diego de la Cantera se explayó sobre el tema, entendiendo por mandato, no sólo el encargo que un superior hace a un subordinado, sino todo pacto en que uno, valiéndose del

dinero, las promesas, los halagos y aún las amenazas, hace que otro u otros realicen el crimen. Hablando del mandante y el mandatario propiamente dichos, sentó el principio de que éste es menos responsable si debe obediencia al primero o está subordinado a él. Sostuvo, además, que si una persona mandaba a varias a cometer un mismo delito, pero en distintos tiempos y como obedeciendo a nuevos planes o determinaciones, en conciencia y ante la ley moral cometía varios pecados, o uno sólo repetido tantas veces cuantos habían sidos los mandatos, más no varios delitos. Como el delito objetivamente era uno sólo, una sola debía ser también la pena. Era una clara delimitación entre los conceptos de delito y pecado.

El práctico Antonio de la Peña presentaba a su vez el siguiente caso: si uno mandó a otro que matase a Julio y se siguió homicidio, ambos son tenidos a la muerte ordinaria natural. Esto se entiende salvo si el que lo mandó revocase el mandato pues cuando lo revocase o cuando el mandatario no pudo cometer el delito tendrá el que lo mandó pena según albedrío del juez, si el delito era atroz, pero si el que se mandó cometer era leve, no tendrá pena alguna por mandarlo, revocando el mandato o cuando no se siguió el delito ni hubo efecto.

¡Los tribunales rioplatenses aplicaron asimismo el criterio de que el instigador debía sufrir la misma pena que el autor material del delito.

## PRINCIPALES FIGURAS DELICTIVAS.

12. En vez de presentar una lista exhaustiva de los delitos reconocidos por el derecho indiano, preferimos referirnos única y exclusivamente a los más frecuentes en nuestro medio y, por excepción, a quéllos que, sin

haberlo sido, fueron calificados como de gravedad tal que merecieron las máximas penas.

Aunque no se llevaron en la época estadísticas criminales, en base a otras fuentes puede afirmarse que predominaron los delitos contra la propiedad (robos en general y, en particular, en la campaña, el robo de animales) junto con los hechos de sangre y toda clase de atentados contra las personas. A este respecto debe decirse que el número de homicidios fue relativamente bajo comparado con el de peleas, heridas, insultos, malos tratos y el simple abuso del cuchillo, causante del mayor número de victimas. Frente a estos crímenes generalizados, los demás carecieron de significación masiva.

#### HOMICIDIO.

13. En principio, el que mataba a otro a sabiendas, fuera libre o siervo, noble o plebeyo, debía sufrir pena de muerte. Para que procediese la aplicación de esta pena era sin embargo menester que hubiera intervenido dolo y ánimo de matar; que real y verdaderamente la víctima hubiese muerto de la herida recibida, y por último que —ante todas las cosas— constase el delito por información, a más de la confesión del reo. Si el delincuente era persona noble sólo debía ser desterrado, pero si había matado a traición —alevosamente—, debía también morir.

Faltando alguno de los requisitos antedichos, no correspondía imponer la pena ordinaria de muerte sino otra extraordinaria, como ser azotes, presidio, galeras, destierro.

Dentro del género del homicidio estaba especificado el parricidio, homicidio cometido en la persona de un ascendiente, descendiente, hermano, tío, sobrino, cónyuge, suegro, yerno, padrastro, entenado o —si el homicida era liberto— del patrono que le había dado la

libertad. Para este delito las Partidas preveían, como el derecho romano, la pena del *culleum*, pero en la época que nos ocupa ya se hallaba en desuso y en su lugar se aplicaba la pena ordinaria de muerte con algún accesorio.

La excepción que desde los tiempos antiguos establecían las leyes era la muerte, por el marido, de la mujer y su cómplice sorprendidos en adulterio. Fue éste el único caso de venganza de sangre tolerado todavía en la baja edad media, pero para que no fuese punible debía ser ejercida a la vez contra los dos culpables. El mismo requisito de la acción conjunta se exigió hasta el siglo XIX si optaba el marido por acusarlos judicialmente. El castigo, y en su caso el perdón, debía ser para ambos o para ninguno.

Por lo que respecta a la edad moderna, se duda si la venganza de sangre seguía en uso en el siglo XVI; en cambio, en los siglos posteriores, decididamente no se observó más, quedando a cargo de los jueces la sanción del delito, con la aplicación de una pena arbitraria, que nunca fue de muerte.

#### HERIDAS.

14. Por tradición romana, no existió en el derecho indiano, como delito autónomo, el de heridas o lesiones, identificado con el homicidio o las injurias según su mayor o menor gravedad. En el caso de heridas graves se consideraba que, por haberse llegado al acto próximo al homicidio, debía colegirse el ánimo de cometerlo y, por consiguiente, someterse el hecho a sus disposiciones. Siendo así, solía castigarse a estos reos con la pena inferior a la de muerte —es decir, azotes y presidio—, aunque más tarde, y de resultas de las heridas recibidas. la víctima hubiese fallecido.

El instrumento más usado para cometer este delito fue el arma blanca y esto no sólo en la campaña, sino también en las ciudades. De allí las reiteradas leyes de policía dictadas por la Corona y por las autoridades indianas para prohibir y castigar la portación y el uso de armas, especialmente de esta clase, salvo, es obvio, por necesidad del oficio, como era el caso de oficiales reales, marinos, militares, carniceros, etc.

### INJURIAS.

15. Desde el primitivo derecho romano, la injuria fue concebida como ofensa contra la persona física, causada tanto por fractura como por herida no mortal. A esta acepción se agregó, a partir del derecho pretoriano—que comenzó a reconocer valor jurídico al espíritu—, la injuria como ofensa moral (contumelia). Tanto, pues, las lesiones que no ponían en peligro la vida de la víctima, cualesquiera fuesen, como los ataques al honor—orales o escritos—, estaban comprendidos dentro de la figura de la injuria y, como tales, se los consideró delitos privados, cuya acción e instancia—salvo efusión de sangre de la que se pudiera recelar daño mayor— correspondía a la parte ofendida. ¡La pena del delito quedaba al arbitrio del juez, debiendo siempre el reo cargar con los daños y perjuicios y las costas.

#### HURTO.

16. En sus distintas formas (robo de dinero, animales, objetos de uso personal, etc.) fue el delito cometido con mayor frecuencia en ambos períodos. No existió en el derecho de entonces una clara distinción entre las figuras del robo y del hurto, preocupándose las leyes, más que por precisar el significado de los términos, por definir los actos punibles y establecer las

sanciones correspondientes a su mayor o menor gravedad.

El hurto, decían los autores, se comete regularmente cuando uno toma alguna cosa sin licencia y voluntad de su dueño, aunque sea poca cosa, porque no se mira a la cantidad sino a la voluntad del que hurta. Por el primer hurto, el ladrón debía ser condenado a restituir la cosa, con más dos o cuatro tantos, según hubiese sido encubierto o manifiesto, es decir, según que no hubiese sido sorprendido con la cosa hurtada o en el lugar del delito, o que sí lo hubiera sido. Además, debía soportar una pena pecuniaria para la cámara de justicia. Por el segundo hurto merecía, por añadidura, azotes, y por el tercero —como ladrón famoso que ya se consideraba—debía morir, si bien, muy a menudo, se conmutó esta pena por la de galeras o presidio y azotes.

El mismo primer hurto, si estaba rodeado de circunstancias agravantes, debía ser castigado, según las Partidas, con pena de muerte, siendo agravantes la entrada por fuerza en alguna casa o iglesia para robar, el asalto cometido en caminos o en descampado, o de noche y con armas, o en el mar por corsarios, y el robo de dineros reales y municipales (VII, 14, 18). No obstante, en la práctica, no siempre se usó esta disposición, aplicándose en su lugar a los ladrones azotes, presidio y vergüenza pública.

#### ABIGEATO.

Refieren las Partidas que abigeos son llamados "una manera de ladrones, que se trabajan más en hurtar bestias, y ganados, que otras cosas. Y por ende decimos, que si contra alguno fuese probado tal delito, si fuere hombre habituado a hacerlo, debe morir por ende. Mas si no era de su uso hacerlo, aunque lo hallasen que hubiese hurtado alguna bestia, no lo deben

matar, mas puédenlo poner por algún tiempo a trabajar en las obras del rey. Y si acaeciese, que alguno hurtase diez ovejas, o más, o cinco puercos, o cuatro yeguas, u otras tantas bestias o ganados, de los que nacen en éstas, porque de tanto cuanto como sobredicho es, cada una de estas cosas hace rebaño, cualquiera que tal hurto haga, debe morir por ende, aunque no lo hubiese hecho otras veces. Mas los otros que hurtasen menos número sobredicho, deben recibir pena por ende de otra manera, según dijimos de los otros ladrones. Y además decimos, que el que encubriese, o recibiese a sabiendas tales hurtos, que debe ser desterrado de todo el señorio del rey por diez años" (VII, 4, 19). Si el robo era de un animal, sólo se consideraba abigeato cuando el animal era mayor (caballo, muía, vaca, buey), no así cuando era menor (oveja, cerdo).

Característico de nuestras campañas, y una de las mayores preocupaciones de las autoridades locales, fue este delito, que asumió variadas formas: matanza de animales para extraerles el cuero, sustracción de ganado en pie con o sin adulteración de marcas, apoderamiento ilícito de ganado cimarrón, sin olvidar el robo de un animal para saciar el hambre.

Durante todo el período se repitieron las quejas de los hacendados contra los ladrones de ganados y las medidas tomadas por las autoridades para cortar el delito, medidas que tuvieron por principales destinatarios a los llamados vagos y malentretenidos, a quienes imputaba la mayoría ser responsables de la depredación de las haciendas. Las penas que casi siempre recibieron fueron los azotes y el presidio, con variantes en cuanto a su número y duración, según los casos.

Como ejemplo de disposición represora del robo de haciendas, reproducimos el siguiente auto del virrey Nicolás de Arredondo, del 9 de setiembre de 1793:

a fin de que tengan cumplido efecto las reiteradas providencias de esta Superioridad, expedidas para contener los graves desór-

denes que se cometen en las campañas y cortar los frecuentes y repetidos robos y matanzas de ganados de que por todas partes se queian los hacendados criadores, cuyo gremio ha mirado siempre esta Superioridad como el principal y más interesante a la Provincia, líbrense las correspondientes órdenes circulares que sirvan de comisión en forma al alférez don Fernando Albandea v otros autorizándolos bastantemente para que todos y cada uno por su parte persigan, aprehendan y remitan con sus causas a disposición de este Superior Gobierno todos los ladrones vagos y malentretenidos que hallaren por las campañas, y a los que encontraren con armas de fuego o blancas, si no fueren hacendados de conocida conducta, vecino del Pueblo que salgan a la campaña, o viajantes que transitan con sus correspondientes licencias; quiten robos y embarguen los bienes de los ladrones y los efectos que encuentren en pulperías volantes de carretas, carretillas y carretones que anden por la campaña, y todo lo depositen en personas seguras y abonadas tomando recibo con cargo de responsabilidad; igualmente quiten los hierros de marcar a los que no tengan ganados de justo origen conocido, reconozcan todos los corambres (cueros) que giren por la campaña o en ella encuentren acopiados en calidad de comprados, y no estando contramarcados legítimamente y no manifestando los ¿tenedores de ellos las certificaciones de los verdaderos dueños de los ganados con las marcas estampadas en ellas los embarguen y con dos criadores inteligentes hagan formal reconocimiento de todos, haciendo una relación de los dueños de las marcas que estamparán al margen del número de cueros que hubiere de cada una, y hecha esta diligencia harán comparecer a dichos dueños a quienes recibirán declaración sobre si han o no vendido los tales cueros, y de los que resulten procedentes de ganados robados compelerán a los tenedores de ellos a que paguen a sus legítimos dueños el íntegro valor de los animales vivos, sin que por esto les quede derecho a los tales cueros, que habrán de darse por perdidos con aplicación al fondo del gremio de hacendados, a cuyo fin remitirán relaciones de los cueros a los diputados de dicho gremio, y en caso de hallar que algunos cueros están contramarcados con marcas diferentes, o tapando las marcas de los legítimos dueños de los ganados, procederán a la prisión de los que tal hayan hecho y los remitirán con sus causas y las tales marcas a disposición de esta Superioridad.

## ILÍCITA AMISTAD.

17. Si no propiamente delito —ya que las mismas Partidas contemplaron la institución de la barragania—, el amancebamiento o ilícita amistad entre personas solteras, por opuesto a las leyes de la Iglesia y teniendo en vista la regularización de las relaciones matrimoniales, fue perseguido por medidas de policía de costumbres y castigado con penas arbitrarias, que tendieron a separar a los infractores, a menudo con el destierro del varón.

Distinto fue el caso de amistad con persona casada, por el adulterio contenido, particularmente grave cuando el ligamen lo tenía la mujer. Siendo así, el marido ofendido, de acuerdo con las Partidas, podía hasta matar a los adúlteros si los sorprendía en flagrante delito; de otro modo, acusados ambos —ya dijimos que las leyes prohibían hacerlo contra uno solo— al cómplice lo castigaban con pena de muerte y a la mujer con vergüenza, azotes, presidio y pérdida de bienes (§ 13).

Sin embargo en la práctica indiana estas penas se aminoraron sensiblemente, para evitar su desproporción con la simple pena pecuniaria que pesaba sobre el hombre casado que tenía trato con mujer soltera. Las penas arbitrarias de presidio o destierro fueron así las que rigieron en su lugar.

### SÓDOMÍA.

18. Tanto las Partidas como la Recopilación Castellana castigaron al delito de homosexualidad, conocido también con el nombre de pecado nefando, con el último suplicio. La práctica era que, una vez muerto el sodomita, se quemaran sus restos en la hoguera. Una nueva costumbre, invocada en el siglo XVIII, tuvo por conmutadas aquellas penas por la de azotes y diez años de galeras. No obstante esto, a fines del siglo, todavía se registran sentencias que sancionan el crimen con la pena de muerte y la cremación del cadáver "aunque no sean usadas ni guardadas". Debe notarse que en el Río de la Plata, frecuentemente los naturales fueron señalados como proclives a este vicio.

## TRAICIÓN.

19. Es uno de *los* delitos más antiguos, tanto como la institución de la monarquía, si bien juzgado de distinta forma según las épocas y los príncipes. En las Partidas el traidor era el desleal al monarca, el que violaba el deber de fidelidad tanto para con su persona y sus bienes, como para su tierra. Pero además de definir objetivamente a la traición como traición regia (delito de lesa majestad humana), el código alfonsino la define subjetiva y genéricamente como todo comportamiento engañoso, como sinónimo de alevosía.

El que mataba o intentaba matar al monarca era considerado en dicho código como traidor de la mayor traición concebible y debía morir por ello, a imitación del derecho romano, de la manera más cruel e infame que se pudiese, perder todos los bienes que tuviera, tanto muebles como raíz, en beneficio del rey, y sus casas y labrantíos debían ser derribados y destruidos en señal perpetua de escarmiento (II, 13, 6). Por excepción a la regla de la irresponsabilidad de los hijos por los delitos de sus padres, en este caso, tan grave era la falta, que recaía sobre ellos la infamia de sus progenitores.

El hecho más notable, calificado de traición (crimen de lesa majestad divina y humana), ocurrido en Indias,

fue la gran rebelión peruana de los años 1780 y 1781 encabezada por Túpac-Amaru y Túpac-Catari, y reprimida extraordinariamente con penas desusadas para el derecho indiano. Otros sucesos similares, pero de más reducidas proporciones, protagonizados por indígenas y españoles, no desencadenaron los atroces castigos de aquél. Debe notarse que en todos los sistemas jurídicos de la época las penas reservadas a los traidores fueron las más severas y aún mayores que las del derecho castellano-indiano.

## CAPÍTULO IV

## LAS PENAS

#### CONCEPTO Y CARACTERES.

20. De acuerdo con las Partidas, la pena es reparación de daño y castigo impuesto según ley al delincuente por el delito cometido. El fin político perseguido por la ley penal fue —según Tomás y Valiente— represivo, no correccional, englobando dentro de la expresión represivo a dos propósitos del legislador sólo separables conceptualmente: el de castigar (escarmentar o expiar) al culpable y el de dar ejemplo a los demás por medio del temor (intimidar). La Monarquía tenía idea de que el único procedimiento eficaz para combatir la delincuencia era la represión, y no otros, acaso más encomiables moralmente, pero inútiles en la práctica.

Sin embargo, la doctrina de los autores, además de la expiación y la intimidación, incluyó entre los fines de la pena a la corrección del delincuente, entendida ésta, como es obvio, según el concepto de entonces. En tal sentido sostenía Alfonso de Castro: "La pena se refiere bajo distintos aspectos al delincuente y a los demás. A aquél se le aplica la pena para que conozca el mal que hizo, puesto que si lo hecho no fuera malo, no se castigaría con penas (expiación). Cuando ya el pecador aprendió que era malo lo hecho, la pena le presta otra ventaja, y es que le excita a apartarse de ello y a enmendarlo (corrección). Por otra parte, al

aplicar la pena al delincuente, los demás, en vista de ella, huyen de cometer actos semejantes, porque con el temor del castigo que quieren evitar, y que saben se les ha de imponer de seguro, si cometen actos análogos, se apartan de perpetrar tales delitos *[intimidación]*".

Al fin intimidatorio o ejemplarizador respondieron las Partidas al declarar que "los delitos deben ser escarmentados severamente, para que sus autores reciban la pena que merecen, y los que lo oyeren se espanten y tomen por ende escarmiento" (VII, Prólogo), y también que "la justicia no tan solamente debe ser cumplida en los hombres por los delitos que cometen; más aún para que los que la vieren, tomen por ende miedo y escarmiento para guardarse de hacer cosa por la que merezcan recibir otro tal" (III, 27, 5). Por su parte las sentencias condenatorias no dejaron de subrayar este fin preventivo con frases como la siguiente: "que sirva de ejemplo al público, a la vez que de satisfacción a la justicia".

A lo mismo respondió el solemne ceremonial adoptado para la ejecución de las sentencias, particularmente las de muerte, penas corporales y vergüenza pública, consistente en el pregón de la sentencia que había de cumplirse (lectura en los lugares acostumbrados de la ciudad); paseo del reo por las calles con escolta de funcionarios y tropa; imposición del castigo a la luz del día y a la vista de todos y, por último, en caso de pena capital, posible exhibición del cadáver o de sus cuartos en los sitios más transitados. Para que el efecto buscado fuera mayor, la ejecución debía hacerse en la misma localidad donde el reo había cometido su crimen.

Sólo por razones muy poderosas dejó de observarse la regla de la publicidad, como ser cuando el que iba a ser ajusticiado era un hidalgo, en cuyo caso la ley general cedía ante el privilegio de su clase, o cuando se temía con fundamento que fuera causa de alteración del orden. En estos casos la pena se aplicaba en privado.

LAS PENAS 55

No debe suponerse, sin embargo, que para alcanzar estos fines el derecho penal apelara a la crueldad según era entendida en la época. La intimidación se buscaba más por la publicidad que por la crueldad del castigo, y se guardaba generalmente la máxima del Apóstol Santiago, recomendada por Alfonso de Castro: "Juicio sin misericordia al que no tuvo misericordia; pero la misericordia ensalza el juicio".

A lo largo del período no se produjeron cambios de importancia en la materia. Siguió buscándose, por el procedimiento conocido, tanto la corrección y expiación del delincuente como la intimidación pública tendiente a evitar la repetición del crimen. En los últimos años se fue insinuando en España una reacción en favor de un más moderno criterio correccional, que llevó, por ejemplo, al Conde de Campomanes a abordar el problema de la ociosidad en las prisiones y a propiciar la reeducación de los presos mediante el aprendizaje y la práctica de oficios. De todos modos se cerró el período indiano sin que el derecho penal hubiera variado sustancialmente sus criterios sobre este aspecto de la penalidad.

21. Desigualdad de las penas. El principio de igualdad ante la ley penal no tuvo vigencia en una sociedad, como la indiana, estratificada por estamentos, dotado cada uno de ellos de su propio estatuto jurídico. El interés de la Corona por favorecer a determinados sectores sociales, fuera tanto por razones de nacimiento como de servicio, hizo que no sólo les concediera o reconociera el privilegio de ser juzgados por sus iguales (fuero personal), sino además el de recibir, a iguales delitos, penas más benignas o, por lo menos, no afrentosas como las del común. Estos privilegios, en tanto no entraron en conflicto con otros intereses de la Corona, fueron respetados por ella.

En este sentido, mandaba la ley de Partida "que aunque el hidalgo, u otro hombre que fuese honrado por su ciencia, o por otra bondad que hubiese en él, hiciese cosa por la que hubiese de morir, no lo deben matar tan ignominiosamente como a los otros, así como arrastrándolo, o ahorcándolo, o quemándolo, o echándolo a las bestias bravas; mas débenlo mandar matar en otra manera, así como haciéndolo sangrar, o ahogándolo, o haciéndolo echar de la tierra, si le quisieren perdonar la vida..." (VII, 31, 8). Penas humillantes como las de azotes, galeras, obras y vergüenza públicas tampoco fueron aplicadas a los delincuentes de esta condición, salvo que se considerara que habían quedado envilecidos a causa de la atrocidad del delito cometido, en cuyo caso también recaían sobre ellos las disposiciones de la ley común.

En el Río de la Plata fue no menos frecuente, en bandos de buen gobierno, mantener esta división por categoría social —la que, por otra parte, reconoce origen romano— y allí donde un hidalgo merecía pena pecuniaria y de destierro, un negro, mulato o indio eran castigados con azotes y vergüenza. Dentro de la "república de los indios", el derecho admitió las mismas jerarquías, siendo así que los naturales de condición noble, como los caciques, gozaron de prerrogativas en la materia similares a las de los hidalgos españoles.

Sin embargo, cuando la Corona se propuso combatir a todo trance determinados delitos, ya por su gravedad o por su frecuencia, no trepidó en derogar los referidos privilegios, mandando que las penas establecidas fueran aplicadas a todos los autores, cualquiera fuese su estado y condición. Los delitos de lesa majestad divina y humana, sodomía, quiebra fraudulenta, desafío, estuvieron entre los exentos de todo privilegio.

A fines del período indiano seguía siendo objeto de aceptación general el principio de la desigualdad social de las penas. Representativa de esta común opinión es la siguiente frase de Lardizábal: "un noble no debe ser castigado con el mismo género de pena que un plebeyo". Ideas como las de Beccaria —"las penas deben ser las mismas para el primero y para el último ciudadano"— fueron sólo la excepción.

## CLASES.

22» En cuanto a las clases, decía Lardizábal que podían dividirse las penas en capitales, corporales, de infamia y pecuniarias, según fuese su objeto. Así el objeto de jas penas capitales era la vida; el de las corporales, el cuerpo; el de las infamantes, la honra, y el de las pecuniarias, los bienes. Pasamos a referirnos a cada una de ellas. (Ver otras clasificaciones: penas legales y arbitrarias, ordinarias y extraordinarias, en § 8.)

#### PENAS CAPITALES.

23. Las penas capitales, o de muerte, perseguían, como se ha dicho, quitar la vida al delincuente. Eran, por lo tanto, las penas más graves que podían aplicarse y susceptibles, todavía, de un mayor rigor, según fuesen el procedimiento seguido para su ejecución y las penas accesorias que las acompañaban.

# Valoración y frecuencia.

24. En la época, la mayoría de los autores reconoció la legitimidad de la pena de muerte. Tanto teólogos como juristas, por influencia de la doctrina escolástica y del derecho romano, consideraron lícita su aplicación. Pero, aceptada su licitud, gran parte de ellos, desde el siglo XVI, abogó por la moderación en su uso. En este

preciso siglo, escribió Antonio de la Peña del juez: "la muerte es el último suplicio y pena que ha de dar, y así está obligado primero a corregir y reducir a buen camino al delincuente con otros castigos:" una vez amenazándole; otra vez azotándole y con otros castigos leves, de manera que no han de llegar luego a darle muerte sino cuando los otros remedios no bastaren".

Las leyes, si bien castigaron, en principio, varios delitos con penas capitales (traición, falsificación de moneda y documento público, homicidio, fuerza, hurto con circunstancia agravante, adulterio, incesto, violación y rapto de mujer honesta, herejía), con el correr del tiempo fueron reduciendo cada vez más las posibilidades de aplicación de estas penas, de modo tal que en el siglo XVIII sólo por excepción, y a causa de hechos verdaderamente graves, se la usaba. Además de las razones de humanidad encarecidas por los moralistas, provocó su disminución el interés social de aprovechar para los trabajos públicos las energías de los delincuentes, en vez de acabar con su vida y privarse, por ende, de su fuerza laboral.

Así fue como las justicias indianas administraron con general moderación la pena de muerte, hasta ser reprendidas a veces por "el poco castigo que se hace de los delitos". En el Río de la Plata, hay cuantiosos ejemplos de mitigación por azotes y presidio de condenas que, de otro modo, hubieran sido de pena de muerte. Y semejantes criterios benevolentes se aplicaron sin distinción de razas, a blancos, indios y negros.

El derecho de entonces previo, además, una serie de causales por las cuales debía cancelarse o postergarse la ejecución de la pena de muerte. Causales de conmutación de la pena capital merecida, por otra menor, fueron: la posesión por el reo de dones o habilidades sobresalientes, que hacían útil la conservación de su vida para la sociedad, y su aplicación al servicio de verdugo. Y causales de postergación: la necesidad de ren-

dir cuentas el reo y, siendo mujer, su preñez o la necesidad de crianza de un hijo.

La situación de preñez está contemplada en la siguiente ley de Partida, inspirada por nobles sentimientos humanitarios: "si alguna mujer preñada cometiese algún delito por el que debe morir, no la deben matar hasta que sea parida. Porque si el hijo que es nacido no debe recibir pena por el yerro del padre, mucho menos la merece el que está en el vientre por el yerro de su madre. Y por ende, si alguno hiciere lo contrario, ajusticiando a sabiendas a mujer preñada, debe recibir la misma pena del que mata dolosamente a otro" (VII, 31, 11).

Un caso de conmutación de pena por las habilidades sobresalientes del reo se presentó en Buenos Aires, en 1778. Habiendo el carpintero Juan Antonio Aspurúa dado muerte a un albañil, el virrey Cevallos, haciendo mérito de que "el insigne en un arte no debe sufrir la pena ordinaria, sino conmutársele en otra que sirva de ejemplo y escarmiento sin hacerlo faltar en las operaciones en que prevalece" lo condenó a servir por seis años en las obras del rey, en el ejercicio de su oficio.

# Procedimiento.

25. Confirmada la sentencia de muerte y resuelto su cumplimiento, el reo debía ser "puesto en capilla" durante uno a tres días, a fin de prepararse a bien morir. Durante este tiempo era confortado por religiosos y se le destinaba una guardia especial para evitar —hecho frecuente —su fuga.

Llegado el día de la ejecución, que no debía ser festivo, era llevado hasta el cadalso montado en un caballo o asno, o arrastrado en un serón, en medio de un cortejo del cual participaban, además, el escribano, el alguacil,

el pregonero, sacerdotes y tropa. Tanto la imposición pública de la pena, como el solemne ceremonial de la ejecución, respondían al propósito de la ley de Partida: "públicamente debe ser hecha la justicia de aquellos que hubieren cometido delito por el cual deban morir, para que los otros que los vieren, y los oyeren, reciban miedo y escarmiento". Sólo por excepción, como ya dijimos, por hidalguía del reo o temor a algún tumulto, se dispensaba el requisito de la publicidad (§ 20).

El encargado de ajusticiar al reo era el verdugo o ejecutor de justicia, cargo que, por el desprecio que inspiraba, solía ser desempeñado por criminales a quienes se les conmutaba por este servicio la pena capital que de otro modo les correspondía. Hubo caso, sin embargo, en que ningún criminal aceptó la gracia, prefiriendo morir antes que ejercer tan deshonroso oficio.

El método de ejecución no fue siempre el mismo; estaba limitado por las leyes pero dependía casi siempre de la costumbre del lugar. Los métodos más usados fueron el garrote y la horca, la decapitación para los hidalgos y el arcabuceamiento para los militares.

La horca fue el instrumento más usado en el Río de la Plata para la ejecución de las sentencias de muerte. Tenía carácter infamante, por lo cual sólo podía ser aplicada a los villanos o a quienes, sin serlo, habían quedado envilecidos por el delito cometido. De allí la expresión, referida a la gente de baja condición social, "carne de horca", encontrándose en esta situación tanto los negros como los indios y españoles no distinguidos de hidalguía.

Se llama garrote al instrumento de muerte consistente en un aro de hierro, o también cordel, con el que se sujeta, contra un pie derecho, la garganta del sentenciado, oprimiéndola enseguida por medio de un tornillo de paso hasta conseguir la estrangulación. Conocido ya en el siglo XVI, se fue extendiendo su uso en los siglos

61

subsiguientes, especialmente cuando se trataba de personas menos viles. Es que la muerte causada por el garrote era menos oprobiosa que la de horca, pues se evitaba el espectáculo de las contorsiones de defensa y agonía del condenado. Varias veces, en el siglo XVIII, a condenados a muerte de horca se les dio garrote primero y una vez muertos recién se los hizo colgar en lo alto de la horca.

La decapitación fue la manera tradicional de ajusticiar a los nobles. Y esto no tanto porque el método fuese menos doloroso que el de la horca —lo cual dependía exclusivamente de la habilidad del verdugo—como por la mayor dignidad de esta muerte. Cuenta Garcilaso de la Vega que Alonso de Barrionuevo, ajusticiado en el Perú en el siglo XVI, "envió rogadores al corregidor que no lo ahorcase, sino que lo degollase como a hidalgo que era, so pena de que, si lo ahorcaba, desesperaría de su salvación y se condenaría al infierno"; y el corregidor se lo concedió. Pero en el siglo XVIII la decapitación cayó en desuso y fue reemplazada por el agarrotamiento.

Por su parte, la pena de muerte dictada contra un militar, o un civil puesto bajo el mando de las armas, solía cumplirse por arcabuceamiento o fusilamiento, a menos que el delito hubiese sido de tal gravedad que hiciese preciso el castigo de horca. Antes de la ejecución de un militar —lo mismo que de un eclesiástico—se cumplía la ceremonia de su degradación.

Excepcional, fue en cambio el procedimiento de la hoguera, previsto contra nefandistas (sodomitas) y herejes. A los primeros se les daba ante todo muerte en la horca o el garrote y sólo entonces se entregaba su cadáver a las llamas. En cuanto a los herejes, José Toribio Medina <sup>10</sup> sólo ha recogido dos casos de autos de

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> La Inquisición en el Rio de ía Plata. El tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en las Provincias del Plata. Buenos Aires (Huarpes), 1945.

fe contra judaizantes ríoplatenses, ambos de la primera mitad del siglo XVII. Más excepcional todavía fue la muerte por descuartizamiento, de cuya aplicación sólo quedó constancia tras la gran rebelión tnpamara de 1780 y 1781, juzgada, no por las leyes ordinarias, sino por las leyes de la guerra.

# Penas accesorias "post mortem".

26. Tratándose de delitos atroces no siempre la vindicta pública quedaba satisfecha con la aplicación de la pena de muerte; necesitaba a veces de castigos accesorios que, por un concepto de humanidad, debían imponerse al cadáver. De allí las decapitaciones, descuartizamientos, evisceraciones, mutilaciones, exposiciones de restos y demás formas que para ejemplo y terror de las gentes podían seguir a la muerte del criminal.

tf-as Partidas, por ejemplo, castigaban la traición —el más grave delito que podía cometerse (§ 19)— no sólo con la muerte cruel del traidor sino además con la destrucción de todas sus casas y heredades "de manera que quede por señal de escarmiento para siempre". Y era frecuente que a los homicidas aleves, una vez ejecutados, se los hiciese cuartos y se fijasen sus miembros en Dicotas, con el rótulo correspondiente, en lugares públicos acostumbrados.

#### PENAS CORPORALES.

27. Las penas corporales podían ser aflictivas o restrictivas, según su efecto: en el primer caso, ocasionar un dolor; en el segundo, restringir la libertad de movimiento del reo. Penas aflictivas fueron la mutilación, el azote y el presidio; restrictivas, el destierro; la prisión.

## MUTILACIÓN.

28. De aplicación frecuente en el antiguo derecho romano-germánico, la amputación de una o varias partes del cuerpo fue perdiendo vigencia como pena, a medida que las ideas humanitarias ganaron terreno, hasta desaparecer casi por completo en el ámbito hispánico en los siglos XVII y XVIII.

El fin de la mutilación era doble: por un lado se perseguía el castigo del delincuente y por el otro dejarle una marca perpetua que posibilitara el cómputo de su anterior crimen en caso de reincidencia. Suprimida la pena de mutilación, esta función secundaria fue cumplida por la "marca", pequeña señal dejada en el cuerpo del reo con el expresado objeto registral.

Por resabio del antiguo derecho, las Partidas castigaron algunos delitos —como la falsificación de documento por escribano y el hurto por ladrón consuetudinario— con pérdida de miembro, pero con prohibición absoluta de dañar la cara, "porque la cara del hombre hizo Dios a su semejanza, y por ende ningún juez debe penar en la cara". El concepto era de quitar el miembro que había sido usado para cometer el delito, haciendo una interpretación *sui generis* del precepto evangélico: "Si tu mano es para ti ocasión de pecado, córtala, porque más te vale entrar en la Vida manco, que ir con tus dos manos al Infierno". Así el falso testimonio civil era penado con la pérdida de los dientes, la blasfemia con la pérdida de la lengua, el homicidio alevoso con la pérdida de la mano.

Desde que Carlos I, en 1534, conmutó por galeras las penas corporales en general y las mutilaciones de mano y pie en especial, su decadencia fue notoria. A esto contribuyó la opinión de los autores que la consideraron "perjudicial a la República, cuyo bien es el principal fin de las penas, porque los delincuentes son después de mutilados una carga para ella, imposibilitados de

trabajar y viciosos por consiguiente" (Juan Alvarez Posadilla).

En Indias hay constancias del uso de esta pena, como principal, en el siglo XVI, pero de ahí en más todo induce a afirmar que —salvo excepción— sólo se la siguió aplicando como pena accesoria post mottem.

#### AZOTES.

29. Se trata de una de las penas de uso más frecuente por las justicias indianas, mucho mayor, por cierto, que la muerte y la mutilación. Por tener carácter infamante, los hidalgos estaban exentos de recibirla.

Varios fueron los motivos que contribuyeron a su difusión: su ascendiente romano; la costumbre del uso del látigo con hijos, pupilos, discípulos y esclavos, con fines correccionales, y la extrema facilidad de su aplicación. Si alguna vez dejó de cumplirse una sentencia de muerte por falta de horca o garrote, nunca dejó de ejecutarse una sentencia de azotes por falta de látigo. Llegó a merecer, sin embargo, críticas adversas. Campomanes, en el siglo XVIII, dijo de ella: "La pena de azotes infama al que la sufre y no le mejora. Es contra buenas reglas de política deshonrar al ciudadano cuando hay otros medios de corregirle y de mejorar sus costumbres. Lo peor es que esta infamia recae, según la opinión vulgar, sobre sus inocentes familias, y ellos se abandonan enteramente, sin volver a ser útiles" ".

La forma de imposición de la pena dependió de la mayor o menor gravedad del delito, tanto en cuanto al número de los azotes como al lugar y demás circunstancias. El número máximo fue de doscientos azotes, porque mayor cantidad se consideraba causa de muerte.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Discurso sobre el fomento de la industria popular, Madrid (John Reeder), p. 101.

El mínimo fue de veinticinco, porque hasta esta cifra los azotes no tenían carácter penal sino meramente correccional. Por su parte las circunstancias fueron de 10 más diversas: azotes montado el reo en una bestia, a pie, sujeto a rollo o potro, en la calle, en la plaza, dentro de la cárcel, llevando o no leyendas alusivas o el instrumento del crimen. En el ejército, en lugar de azotes con látigo se practicó el castigo de baqueta, según el cual el reo, desnudo de medio cuerpo arriba, debía correr entre dos filas de soldados, que a su paso azotaban sus espaldas con varas de madera.

Tan acostumbrados estaban los alcaldes de las ciudades de este territorio a dar azotes a los delincuentes que cuando la Audiencia de Buenos Aires, por auto del 11 de agosto de 1785, les exigió que previo a poner en ejecución sus sentencias la consultasen (§ 8), sucesivamente las ciudades, comenzando por la de Villa Rica del Paraguay, le hicieron presente los inconvenientes que a su juicio ocasionaba la demora —entre ellos la fuga, en el Ínterin, de los reos— y obtuvieron licencia del tribunal para aplicar "con la prudencia y pulso que se requiere" hasta veinticinco azotes dentro de la cárcel, previo cumplimiento de las formas procesales y siempre que se tratase de plebe y gente vil. Diversos casos que se presentaron ilustran el celo con que la Audiencia hizo cumplir a los alcaldes sus disposiciones.

### PRESIDIO.

30. Dos instituciones perfectamente diferenciadas fueron para el derecho indiano el presidio y la cárcel: ésta, en principio, no tuvo carácter de pena sino de medida de seguridad destinada a retener la persona del reo durante el trámite del proceso, para que no se frustrara la aplicación del castigo que mereciera. Esta noción se conformaba con la ley de Partida, según la cual

"la cárcel no es dada para escarmentar los yerros, mas para 'guardar los presos tan solamente en ella, hasta que sean juzgados" (VII, 31, 4).

En cambio la reclusión en presidio fue siempre considerada como castigo, con la aclaración de que lo que se practicó no fue el sólo encierro, sino la reclusión en un establecimiento determinado —el presidio— con el fin de hacer trabajar al reo en obras de interés público, para que de ese modo reparara el daño causado a ia sociedad. De esta manera la condena a presidio adquirió una gran importancia desde el punto de vista económico y militar; económico, porque contribuyó a resolver el grave problema de la escasez de brazos para las obras públicas, y militar, cuando el destino de los condenados fue el ejército y la armada reales, porque sirvió como fuente de suministro de tropa y marinería, igualmente necesarias, sobre todo en tiempo de guerra.

Si bien esta pena tenía, como se ha dicho, un propósito reparador, y en tal sentido resultaba compatible hasta con las ideas de los ilustrados, no dejó de merecer censuras de algunos de ellos, como Jovellanos, quien dijo de los presidios que "corrompen el corazón y las costumbres de los que pasan en ellos... los perversos se consumen allí en su perversidad, y los que no lo son se vuelven perversos".

31. Duración y frecuencia. En principio, la pena de presidio se aplicaba por un tiempo máximo de diez años, tratándose de personas libres, por entenderse que el presidio perpetuo contenía especie de servidumbre o esclavitud. Sin embargo, en la práctica no faltaron casos de hombres libres, blancos, negros e indios, de baja condición, que fueron alojados en presidios por tiempo indeterminado. En 1771, Carlos III dispuso que "para evitar el total aburrimiento y desesperación de los que se vieren sujetos a su interminable sufrimiento, no pue-

dan los tribunales destinar a reclusión perpetua, ni por más tiempo que el de diez años", refiriéndose a los arsenales españoles. Esta pragmática fue complementada por la orden de 1786 que prohibió se destinasen personas de ambos sexos, por ociosas, malentretenidas u otras causas, a lugares de corrección, por tiempo, ilimitado, para evitar su exasperación y deseos de fuga.

El término de la condena a presidio fue susceptible de reducción por méritos adquiridos por los presidiarios. Carlos IV autorizó a los capitanes generales, por real orden de 1798, a rebajar hasta una tercera parte de dicho término a los confinados, que hubieran sido elegidos cabos y sobrestantes, por denotarse que "han manifestado los efectos de su corrección, y que desempeñando con fidelidad, y esmero estas confianzas, dan una prueba poco equívoca de que en ellos han obrado todos aquellos fines a que aspiran las leyes con la imposición de tales penas". Los virreyes del Río de la Plata concedieron este beneficio de la reducción de la pena a los presidiarios que, además de guardar buena conducta, prestaron servicios especiales, tales como ayudar a la aprehensión de los fugitivos, ocuparse en los trabajos de extracción de la piedra en la isla Martín García y a los voluntarios que aceptaban por destino a las islas Malvinas.

Con respecto a la frecuencia con la que se impuso esta pena puede asegurarse que, sobre todo en el siglo XVIII, y ya fuera en forma exclusiva o combinada, en este caso casi siempre con la de azotes y alguna pena pecuniaria, fue de habitual aplicación tanto para el castigo de toda clase de delitos como de contravenciones a disposiciones de buen gobierno.

32. *Destinos*. La pena de presidio y trabajos públicos conoció una amplia gama de modalidades relacionadas con su lugar de cumplimiento. Esta variedad permitió

destinar a cada reo a! sitio más apropiado, en función de su sexo y de la gravedad de su delito. Los principales destinos, en el Río de la Plata, fueron los siguientes:

33. Presidios y arsenales. En este caso hablamos de presidios, no en sentido amplio, como hasta ahora, sino en sentido estricto, como edificios destinados, aun cuando no siempre de manera principal, para la reclusión de condenados. Con esta acepción, la pena de presidio se difundió en las últimas décadas del período indiano. Rafael Salillas<sup>12</sup> distingue los siguientes presidios en la época: presidio penal, establecimiento militar, en el que los reclusos estaban afectados al servicio de las obras de fortificación; presidio de obras públicas, cuandos los presidiarios eran afectados a la atención de obras viales, portuarias, de regadío, etc.; presidio arsenal, establecimiento naval para aplicación de los condenados a obras de construcción e hidráulica, y presidio industrial, cuando el empleo de los presidiarios era en los talleres de manufacturas

Los presidiarios, de acuerdo con la gravedad del delito cometido, podían ser condenados o no a llevar cadena. En caso afirmativo se les sujetaba el hierro al pie p a la cintura, y a veces también se ataba unos a otros para evitar su evasión. Las cadenas (prisiones) siempre fueron un medio de seguridad y no una pena accesoria. Sin embargo, de hecho, su uso pudo llegar a ser verdaderamente mortificante.

Entre los presidios que funcionaron en este territorio mencionamos: el de Buenos Aires, que por contar con precarias instalaciones alojó por lo general á reos de delitos menores, ocupados en las obras públicas de la ciudad; el de Montevideo, una de las fortalezas más

<sup>12</sup> Evolución penitenciaria en España, t. II, Madrid, 1918, p. 176-178.

importantes de la región, también desde el punto de vista de su población penal, formada en gran parte por reos de la peor clase; el de Martín García, donde los presidiarios fueron empleados en la extracción de la piedra; el de las islas Malvinas, al que si en un primer momento (desde 1767) se prefirió destinar a reos de delitos graves, por las rigurosas condiciones de vida que debían soportar, más tarde cedió esta consideración ante la necesidad de contar con peones y artesanos que realizasen los trabajos requeridos por la población militar de las islas, enviándose a los reos que tenían aptitud para esos trabajos. Además, cumplieron funciones de presidio los fortines y guardias levantados en la línea de frontera con los indios hostiles. Y asimismo, reos condenados en este territorio, fueron a veces destinados a Chile, España y el África.

34. Galeras. Desde la adopción de este tipo de naves por la marina española, a mediados del siglo XVI, y sobre todo en la primera centuria, fue común el destinar reos a su servicio. Aunque es probable que estas condenaciones hayan sido más frecuentes en España que en Indias, a causa de las guerras sostenidas en Europa, también aquí se la aplicó, llegándose a remitir a los forzados a la propia España para que allí cumplieran su condena. Varias disposiciones reales, tendientes a asegurar el traslado de los galeotes, hablan del interés de la Corona por contar con los brazos necesarios para movilizar sus naves. En el mismo Río de la Plata se dictaron condenas a remar en los bajeles y lanchas de la real armada, particularmente en tiempos de guerra o de aprestos de guerra contra los portugueses.

La de galeras fue una de las penas más temidas. Salillas describe la vida del galeote en estos términos: "a remo y amarrado al banco con argollas y ramales, sin otra expansión que la de acostarse en los huecos existentes bajo los bancos, y puesto en actividad, en constante maniobra bogavante, y siendo maniobra forzada, recibiendo en las espaldas desnudas el mosqueo **del** rebenque del cómitre, ésta era la vida del galeote, demasiado estrecha, aunque a veces no fuese-demasiado fatigosa, y, por estrecha, imposibilitada de desenvolvimiento".

Como pena infamante, fue reservada para la gente plebeya o envilecida por el delito, pero además una real cédula de Felipe **III** mandó que no se condenara a su servicio a gentiles hombres "porque son de poco servicio, y mucho cuidado en guardarlos de que se ausenten" (Recop. de Indias, **VII**, 8, 14).

Suprimida por primera vez esta pena por Fernando VI en 1748, fue restablecida por Carlos III en 1784 y 1785 para fomentar la guerra de corso contra los piratas argelinos. Pero nuevas disposiciones de 1802 y 1803 la abolieron definitivamente por lo perjudicial que era destinar reos a bajeles no estando éstos ya en servicio.

35. Trabajo en las minas. Aunque de antigua data, como que provenía del derecho romano y estaba contemplada en las Partidas, la supresión de las ¡galeras en el siglo XVIII, sumada a una política de fomento de las actividades productivas, favoreció su difusión en los distritos mineros, comenzando por el de Potosí. También se aplicó, aunque en menor escala, en el mineral de Uspallata, en Mendoza. Juan de Solórzano Pereyra destacó las ventajas de esta pena diciendo que la tendrían por clemente los que hubieran merecido la de muerte, y los que muriesen durante su cumplimiento "habrían purgado su culpa con utilidad pública, y dejaran limpia la tierra de tan mala semilla, y descansar, y aumentar los indios, para que ayuden en otros servicios que no sean tan labiorosos".

36. Servicio de las armas. La condena al servicio de las armas, tan extendida en la época de las guerras patrias, ya era practicada en el siglo XVIII, con moti vo de la guerra contra los portugueses, y para la defensa del territorio de los ataques de los indios. Una real orden de 1791 dispuso en ese sentido que, por hallarse incompletos los regimientos de Indias, se destinase para servir en ellos a todos los reos de delitos que, sin ser de la mayor gravedad, solían condenarse a presidios.

Entre nosotros, en 1801, el virrey Joaquín del Pino resolvió que dadas "las apuradas presentes circunstancias, que exigen urgentísimamente adoptar todos los medios posibles para la defensa de estas provincias, invadidas por las armas portuguesas, pásese orden a los alcaldes ordinarios de esa Capital para que cortando en el estado en que se hallen las causas de los reos de delitos leves, los apliquen al servicio de las armas por tiempo proporcionado a la calidad de sus excesos, y que consultadas las causas en la forma ordinaria, se dé cuenta con la brevedad posible a esta Superioridad, con las condenas respectivas, para dar a cada uno de estos reos el correspondiente destino según su aptitud".

- 37. Servicio en obras de interés público. Fue no menos frecuente que los jueces, para satisfacer la necesidad permanente de mano de obra para los trabajos públicos de las ciudades, condenaran a quienes merecían pena de presidio a trabajar en dichas obras. Hubo así condenas para trabajar en la construcción de iglesias, del fuerte, de caminos, reparación de barcos, etc.
- 38. Servicio en establecimientos de particulares. La escasez de mano de obra hizo que, hasta para trabajar en obrajes de paños, panaderías y casas particulares, se dictase condenas, práctica que mereció la reprobación

de Lardizábal, por haber dado lugar a ciertos abusos originados en la dureza y codicia de algunos dueños. En el caso de los obrajes y panaderías había un interés general en el sostenimiento de esas actividades; en cuanto al servicio doméstico, solía exigirse sólo a manera de reparación de algún daño ocasionado al prestatario.

39. Presidio para mujeres. Las mujeres delincuentes condenadas a servicio fueron regularmente internadas en algún establecimiento público, para que desempeñaran en él tareas apropiadas a su sexo. Desde 1600, aproximadamente, funcionaron en España cárceles para mujeres conocidas con el nombre de "galeras", por asimilación al destino homónimo que tenían los hombres. En Buenos Aires, el papel de las galeras españolas lo hizo desde 1772 el ex colegio de la Residencia de los Padres Jesuítas, sin perjuicio de que también se ocupase a las mujeres delincuentes en el Hospital de Mujeres, la Casa de Ejercicios y otras obras de caridad.

#### DESTIERRO.

40. En los siglos XVI y XVII la pena de destierro fue muy usada contra hidalgos, como castigo de grado inferior al de muerte. Cuando el delito, pues, no exigía la imposición de la última pena, invariablemente las justicias indianas castigaban a los reos de condición hidalga con el destierro o extrañamiento.

No sólo en este caso, sin embargo, se administró la pena. Cualquiera fuese la condición social del reo, y en todo tiempo, las justicias se valieron del destierro para separar personas, cuando mediaba alguna conveniencia en ello, fuera una pareja unida ilícitamente (amancebamiento), fuera un agresor potencial respecto de su futura víctima, fuera un sujeto sospechoso en determinado lugar. En todos estos casos, mediante el des-

tierro, se procuraba eliminar la ocasión del delito o del pecado público. Destierro a España fue asimismo habí' tual que se impusiese a los casados venidos a las Indias sin sus mujeres, esta vez con el preciso objeto de hacerles cumplir con su deber de cohabitación.

Como una variedad del destierro surgió la pena de presidio, cuando debió ser cumplida en destino alejados del sitio de residencia del condenado. Expresión común fue así la de sentenciar "a destierro al presidio" de determinado lugar, con lo cual, en rigor de verdad, si aparentemente la pena era una sola, en realidad se estaban aplicando dos: destierro y presidio simultáneamente.

En cualquiera de las situaciones antedichas el castigo podía consistir en el extrañamiento de un determinado lugar, con prohibición de regresar a él, o en la remisión del reo a una población determinada (confinamiento, si estaba situada en algún lugar extremo), con prohibición de salir de ella, además del ya señalado caso de destierro en un presidio.

## PRISIÓN.

41. Las distintas formas de prisión —tal como dijimos más arriba (§ 30)— no fueron consideradas propiamente como penas sino como medidas destinadas a asegurar la persona del acusado o del reo, según el caso, y evitar su fuga. Esa fue la función esencial de las cárceles indianas: establecimientos destinados no a la mortificación ni al castigo de los alojados en ellas sino a su seguridad, como lo decía —entre otros— Castillo de Bovadilla en su célebre *Política para corregidores*. Y la misma función cumplieron las prisiones, es decir, los instrumentos de hierro o madera (cadenas, grillos, grilletes, cepos) que solían colocarse a los encarcelados y a los presidiarios para impedir su evasión.

Excepcionalmente, sin embargo, estas distintas formas de prisión asumieron el carácter de penas, cuando se impusieron como castigo por determinadas faltas (por ejemplo, cargar de cadenas a un presidiario por mal comportamiento) o cuando una larga permanencia en la cárcel por el dilatado trámite que había tenido la respectiva causa hacía que el juez considerara suficientemente purgado, o purgado en parte, el delito, teniendo presente la ley de Partida que mandaba "que ningún pleito criminal pueda durar más de dos año£" (VII, 19, 7). Todo lo dicho vale para el derecho secular, ya que el derecho canónico sí adoptó a la cárcel como pena, en sustitución de otras penas graves de aquél.

#### PENAS INFAMANTES.

42. Para una sociedad edificada sobre el concepto del honor, y sobre todo para aquellas clases con más conciencia de él, la pérdida del buen nombre y reputación, consecuentes a la nota de infamia, era —como decía Lardizábal— una terrible pena que dejaba, al que había incurrido en ella, aislado en medio de la misma sociedad.

La más igrave de las penas infamantes fue la muerte civil o privación de la capacidad jurídica del sujeto. Esta pena recaía sobre el condenado a perpetuidad a destierro o presidio, que por lo mismo quedaba convertido en esclavo de la pena (servus poenae), es decir en una situación semejante a la de la esclavitud civil. En el período que nos ocupa, la muerte civil había dejado de tener sin embargo, su anterior extensión. En efecto, la ley 4 de Toro (año 1505) modificó las Partidas, permitiendo a los condenados, tanto a muerte civil, como también natural, el hacer testamento o codicilo por sí o por comisario, o disponer en otra forma de sus bienes libres. La pragmática de 1771 que suprimió

las penas perpetuas, salvo las de destierro, redujo notablemente las posibilidades de muerte civil por causa penal.

En grado decreciente le seguía la infamia, de efectos más restringidos que aquélla. Causaban infamia delitos tales como la traición, la falsedad, el adulterio, el robo, el cohecho, y penas como los azotes, la horca y los trabajos públicos viles. El infame quedaba incapacitado para ejercer cuanta dignidad requería buena fama (oficio real, juez, abogado, escribano), pero no así los cargos que eran gravosos para él y beneficiosos para el común. Algunos juristas consideraron que la nota de infamia no se borraba nunca y que pesaba no sólo sobre quien se había hecho pasible de ella sino también sobre sus descendientes.

Otra pena infamante fue la exposición a la vergüenza pública, sumamente difundida en el derecho indiano. La publicidad exigida por las penas capitales y corporales para ejercer su influjo ejemplarizador hizo que a veces, como accesoria de aquéllas, fueran expuestos los reos a la vergüenza. Por el contrario, fue excepcional su aplicación como pena principal. Las formas de exposición fueron de lo más variadas: a un indio que había herido gravemente a su mujer se lo exhibió públicamente con el cuchillo al cuello por tiempo determinado; a un abigeo se lo sujetó a la argolla de uno de los pilares del cabildo de Córdoba con una cabeza de vaca pendiente del cuello; a los evadidos de una cárcel, y sin perjuicio de las penas correspondientes a sus delitos, se los expuso colgándoles al cuello los instrumentos de la efracción; a un polígamo se lo sentó sobre un banquillo en la plaza mayor con la cabeza alta y descubierta, con declaración de su delito; a un desertor se le dieron azotes montado en un caballo, llevando una gorra con un letrero que decía "cobarde", en tanto el pregonero manifestaba el delito.

La pena infamante de menor grado fue la de menos valer, que inhabilitaba a quien la sufría para prestar testimonio en juicio.

Una de las gracias solicitadas al rey por el cabildo de Buenos Aires, con motivo del rechazo de las invasiones inglesas fue, precisamente, la de que a ningún vecino "se le pueda en lo sucesivo imponer pena, de las que causan infamia por ninguna clase de delito"; gracia concedida en principio, pero dejada posteriormente en suspenso.

#### PENAS PECUNIARIAS.

43. Entre las penas contempladas por las Partidas figura la pecuniaria o "de pecho", cuya aplicación por los jueces estaba sujeta a la siguiente norma: "deben catar, cuando dan pena de pecho, si aquel a quien la dan, o la mandan dar, es pobre o rico. Que menor pena deben dar al pobre que al rico: esto, porque manden cosa que pueda ser cumplida" (VII, 31, 8). Presumiendo la existencia en Indias de mayores fortunas, una ley recopilada mandó que las penas pecuniarias establecidas por las leyes castellanas fuesen aquí del doble (VII, 8, 5).

Diversas clases hubo de penas pecuniarias, desde la confiscación general de bienes hasta la simple multa. La confiscación general fue una pena excepcional, resistida por el pensamiento ilustrado y sólo aplicada a causa de delitos muy graves, como por ejemplo la traición. El incesto merecía la confiscación de sólo la mitad de los bienes. En cambio la pena de multa, por elevadas y pequeñas cantidades, fue un recurso corriente, a lo largo de todo el período, para satisfacer las necesidades del erario real, de la administración de justicia y aún para recompensar a los denunciadores de los crímenes. Las penas que ingresaban a la Real Hacienda

recibían el nombre de "penas de cámara" (para la cámara del rey). La regla era que se repartieran por mitades entre el fisco y la justicia, o —en su caso— por tercios entre el fisco, la justicia y el denunciante. No faltó en las leyes la afectación de estas multas a fines específicos, como determinadas obras públicas, la guerra contra los indios infieles, etc.

# CAPÍTULO V

# LAS INSTITUCIONES DE CLEMENCIA

#### CONCEPTO.

44. Cierta literatura histórico-jurídica, empeñaba en subrayar los aspectos más terribles del sistema penal anterior al siglo XIX, contribuyó a formar a su respecto una imagen equivocada de crueldad. En verdad, el derecho penal indiano, a semejanza del castellano, mantuvo una posición de equilibrio entre la necesidad de prevenir los crímenes y de castigar las ofensas —por un lado— y el deber moral de obrar con espíritu de piedad, buscando la enmienda del reo antes que su destrucción. En tal sentido decía el célebre escritor español del siglo XVII Diego de Saavedra Fajardo: "Anden siempre asidas de las manos la justicia y la clemencia, tan unidas, que sean como partes de un mismo cuerpo; usando con tal arte de la una, que la otra no quede ofendida" - La exhortación al ejercicio de la clemencia por reves y jueces fue una constante en el pensamiento español y llegó a tomar forma institucional.

Denominamos instituciones de clemencia a aquéllas que, no obstante tener diferencias entre sí, reconocen una misma finalidad: la de beneficiar a la parte delincuente, sea aliviando su situación durante su permanencia en la cárcel, sea mitigando la pena que de otro modo

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Empresas políticas o idea de un príncipe político cristiano representada en cien empresas, t. I, Barcelona, 1845, p. 151.

debía corresponderle. Ese fue el objeto principal del perdón real, del perdón de la parte ofendida, de la visita de cárcel y del asilo en sagrado, las cuatro instituciones de clemencia que tratamos. No incluimos, en cambio, al arbitrio judicial porque, aun cuando en la práctica funcionó casi siempre en beneficio de los reos, por su naturaleza pudo ser ejercido correctamente en sentido contrario, y, en efecto, a veces así ocurrió (§8).

# EL PERDÓN REAL.

45. Fue la más elevada expresión de clemencia penal y coincidió su difusión —en la baja edad media— con la tendencia hacia la publicización del derecho penal. En la misma medida en que el rey asumió mayores poderes para castigar los delitos, intervino cada vez más en el otorgamiento de los perdones, aunque sin privar de sus derechos a la reparación a la parte ofendida.

Perdón --según las Partidas-- tanto quiere decir, como perdonar al hombre la pena, que debe recibir por el delito que había hecho. Y son dos maneras de perdón. La una es, cuando el Rey, o el Señor de la tierra, perdona generalmente a todos los hombres que tiene presos, por gran alegría que tiene en sí; así como por nacimiento de su hijo, o por victoria que hava habido contra sus enemigos, o por amor de nuestro Señor Jesucristo, asi como lo usan hacer el Viernes Santo, o por otra razón semejante de éstas. La otra manera de perdón es, cuando el Rey perdona a alguno, por ruego de algún Prelado, o de rico hombre, o de otra alguna honrada persona, o lo hace por servicio que hubiese hecho a él, o a su padre, o a aquellos de cuyo linaje viene, aquel a quien perdona, o por bondad, o sabiduría, o por gran don que hubiese en él, de que pudiese al reino venir algún bien, o por alguna razón semejante de éstas, y tales perdones como éstos no tiene otro poder de hacerlos, sino el Rey (VII, 32, 1).

El concepto de perdón era sumamente amplio y abarcaba, además del indulto o eximición de pena a reo

condenado por sentencia firme, casos como el del reo sobre el que aún no pesaba condena, de exoneración de sólo una parte de la pena impuesta, de conmutación o mitigación de la misma y de sujeción del beneficio al cumplimiento de alguna condición (pago de un precio, ejecución de un acto).

Por el número de las personas agraciadas, se clasifican los perdones en generales y particulares: para una pluralidad de personas los primeros; para persona determinada los segundos. A su vez los perdones generales se subdividen en colectivos y universales, comprendiendo los primeros a los reos de cierto delito (por ejemplo, a los desertores) y los segundos —los de máxima amplitud— a los reos de toda clase de delitos y cualquiera fuese su situación procesal.

No obstante hablarse de perdones universales, hubo en realidad delitos necesariamente exceptuados de los mismos, por la atrocidad que implicaban, como ser la traición, la alevosía y el robo cometido en campaña militar. Asimismo, los condenados a ciertas penas, sufrieron la excepción: vagos destinados al servicio de las armas, galeotes. Además de las excepciones generales, las cédulas o cartas de perdón solieron establecer excepciones especiales, por lo común contra ciertos homicidas, falsarios, blasfemos, etc.

Práctica constante fue en América la de los perdones reales. Perdones particulares y perdones (generales se sucedieron hasta las postrimerías del período hispánico, destacándose los perdones universales dados con motivo de acontecimientos jubilosos, como ser nacimientos, bodas y entronizaciones reales, y, en el Río de la Plata, los perdones colectivos a favor de los desertores de las tropas de mar y tierra y de los contrabandistas. Entre tantos otros ejemplos, Carlos III, en 1760, con motivo de su exaltación al trono dio indulto general a favor de los reos detenidos en todas las cárceles del reino, sin periuicio a terceros y a la vindicta pública, y en 1783, a

raíz del nacimiento de dos infantes del reino, indultó "los delitos cometidos, antes de esta gracia, por todos los reos militares presos, procesados, o rematados por los tribunales, y juzgados de guerra, y marina, tanto en Europa como en las Indias", con las excepciones de rigor.

Dictado un perdón general, fue antigua práctica que las justicias del lugar determinaran si procedía o no su aplicación en los casos concretos que pasaban ante ellas, pero desde el restablecimiento de la Audiencia de Buenos Aires, en 1785, y por disposición real, fue el tribunal el órgano competente para adoptar la decisión.

## EL PERDÓN DE LA PARTE OFENDIDA.

•46. Más antiguo que el perdón del rey fue en Castilla el de la parte ofendida, institución típica de una concepción privatista del derecho penal. Al ser la parte ofendida titular exclusiva de la acción penal, podía disponer de ella con total libertad, hasta renunciar a su ejercicio perdonando la ofensa recibida, en un gesto, siempre entendido como acto de misericordia. En la época que nos ocupa, como época de transición hacia un derecho penal cada vez más público, existió un cierto equilibrio entre la acción y la vindicta públicas y la acción y la vindicta privadas, de modo que si en el caso del perdón real, su total eficacia dependió del perdón de la parte ofendida, ahora, en este último caso, no obstante el perdón de la parte ofendida, si estaba de por medio el interés público, su acción no se detenía sino que proseguía hasta alcanzar el castigo del delincuente.

En principio, el avenimiento o transacción, que instrumentaba el perdón de la parte, sólo procedió respecto de delitos cometidos contra las personas y castigados con pena de sangre, como en el estupro, la injuria y el

homicidio simple. En cambio, si el delito había sido cometido sobre una cosa (como el hurto) o contra persona pero con calidad agravante (como el homicidio alevoso o con arma de fuego) se debía imponer la pena ordinaria del mismo aunque hubiese habido apartamiento, concordia o transacción.

En cuanto a la calidad del perdón, las Partidas requerían que fuera por precio, salvo delito de adulterio, en cuyo caso estaba expresamente prohibida la avenencia por dineros. En la práctica casi todos los perdones se presentaron con apariencias de gratuidad y esto porque, si pese al perdón, los jueces decidían seguir de oficio la causa en nombre de la vindicta pública, podían por una disposición legal interpretar a la transacción onerosa como confesión del acusado y condenarlo inmediatamente.

El perdón de la parte surtió, pues, efecto absoluto cuando en el castigo no estaba interesada la Corona. En los casos de adulterio y otras ofensas al honor fue siempre así, bastando este perdón para que el acusado quedara eximido de toda pena. Otros casos fueron, en cambio, dudosos y en ellos la solución dependió de que se considerara prevalente uno u otro interés: el público o el privado. Sin embargo, aun declarada la preeminencia del interés público, el perdón de la parte ofendida sirvió a veces para aminorar la pena ordinaria del delito.

Desde el primer caso de perdón que se registra en Buenos Aires, con el cual se benefició el asesino del primer carnicero de la ciudad, numerosas veces se repitió el acto de clemencia, borrando sobre todo injurias de hecho y de palabra y adulterios, sin faltar los hechos de violencia, normalmente excluidos de su esfera, como ser las heridas graves y las muertes, y el robo. En varios de estos casos, aun cuando los efectos de las respectivas transacciones o composiciones no fueron plenos,

sirvieron para mitigar la pena que de otro modo hubiera correspondido a los reos.

# LA VISITA DE CÁRCEL.

47. Las visitas de cárcel, instituidas por la religión cristiana como obras de misericordia, constituían una formal obligación para las justicias. Debían ser hechas en forma periódica, para satisfacer las necesidades de los presos y abreviar sus causas, en las pascuas de Resurrección, Pentecostés y Navidad, dando la libertad a quienes la merecieran.

Informarse del trato que recibían los presos y hacer justicia brevemente eran los dos fines principales de la visita. Cuando se dictaba sentencia en esas ocasiones. era por lo general de aplicación de penas menores, cuando no de sobreseimiento, llegándose a dar libertades y aún a reducir condenas firmes. Esa era la práctica aunque había leyes reales y autos del consejo del rey que mandaban que en las visitas no se indultasen ni conmutasen las penas de galeras y presidio, ni se soltase a los presos con sentencia de vista y revista. Una real orden de Carlos III de 1786 dispuso además que en la visita el juez "no se introduzca en lo principal de los procesos contra las leyes, ni en los recursos ordinarios, y en periuicio de los derechos de tercero; debe ceñirse a remediar la detención de las causas, los excesos de los subalternos, y los abusos del trato de los reos en las cárceles, y sólo en los casos de poca monta, y en que no haya intereses de parte conocida, se puedan tomar otras providencias".

En el Río de la Plata la visita de cárcel fue una institución viva, que ejercieron a su turno virreyes, gobernadores, oidores, alcaldes y regidores, unas veces—como en el caso de los oidores— en cumplimiento de precisas disposiciones legales, reunidas en el libro VII,

título séptimo, de la Recopilación de Indias, y otras—caso de los gobernadores, alcaldes y regidores— como práctica inconcusa recogida a veces en las respectivas ordenanzas, como era el caso de las del Cabildo de Buenos Aires. En cuanto a la frecuencia de las vivitas, no cabe duda de que se las realizó regularmente para las pascuas, pero no siempre en cambio cumplieron los cabildos con la visita semanal—sí la audiencia— aunque—en sentido contrario— consta que se hicieron visitas extraordinarias.

Si bien de efectos más modestos que las demás instituciones de clemencia, estas visitas cumplieron su función de llevar alivio a los presos, haciendo menos penosa su cárcel, cortando el trámite de sus causas, cuando sin faltar a la justicia se podía buenamente hacer — como lo mandó la segunda Audiencia de Buenos Aires—, obligando a formarlas si no las tenían, dándoles la libertad si sus faltas eran menores y, aun sin serlo, mejorando su suerte por la aplicación de algún indulto acordado por el rey.

#### EL ASILO EN SAGRADO.

48. El asilo o inmunidad de los lugares sagrados fue una vieja institución, vigente ya entre los hebreos, griegos y romanos, por la cual los delincuentes que se refugiaban en ellos gozaban de dos privilegios: el de no poder ser extraídos violentamente, ni condenados a pena capital ni otra de sangre. Si el delincuente era titular del derecho de asilo, también se consideraba que lo era la Iglesia, como protectora de aquél, de donde el celo casi siempre observado por sus ministros en exigir su estricto respeto, celo que a menudo derivó en enconadas disputas de jurisdicción con las justicias seculares.

El fundamento de la protección eclesiástica estaba en el evitar que un castigo precipitadamente impuesto tornase en venganza lo que debía ser obra de la justicia, y en procurar también la mitigación de- la pena temporal, partiendo del concepto agustiniano de que tan eficaz como el castigo es el perdón para la corrección del delincuente. Felipe II, en 1569, mandó precisamente a todos los jueces de las Indias que tuvieran "grande y continuo cuidado de que las dichas iglesias así catedrales, como parroquiales, y conventuales sean muy respetadas, y favorecidas y se les guarden y hagan guardar con el rigor que convenga sus preeminencias y prerrogativas y las demás inmunidades eclesiásticas, sin consentir que en ningún caso sean quebrantadas, ni se saquen de ella los delincuentes, que debieren gozar de las dichas inmunidades".

En un principio gozaron de inmunidad todas las iglesias, monasterios, hospitales y cementerios de iglesias, pero paulatinamente, por acuerdos entre la Corona y la Santa Sede, dichos lugares fueron reduciéndose hasta que por un breve del Papa Clemente XIV, de 1772, se encargó a los obispos de España e Indias que señalaran en cada ciudad una o a lo más dos iglesias o lugares sagrados, según la importancia de la población, como lugares de asilo. De acuerdo con esta disposición, fueron designadas en Buenos Aires las iglesias de Nuestra Señora de la Piedad y de Nuestra Señora de la Concepción, y en las demás ciudades de la diócesis a la respectiva iglesia matriz.

También en un principio, ningún malhechor debía ser sacado del sagrado sin su voluntad, por grave que hubiera sido el delito cometido. Sin embargo, desde tiempos antiguos, tanto el derecho canónico como el civil establecieron diversas excepciones al privilegio de la inmunidad a fin de no entorpecer la obra de la justicia. Quedaron así exceptuados los ladrones públicos, salteadores de caminos, homicidas alevosos y por precio,

los que mataban y mutilaban en iglesias y cementerios, reos de herejía y de lesa majestad, falsificadores de moneda e instrumentos públicos, entre otros. La determinación en cada caso de si el reo, por el delito cometido, era o no inmune, fue asimismo causa de incesantes diferendos entre las potestades eclesiástica y real, diferendos resueltos por las audiencias y en última instancia por el Consejo de Indias, mediante la interposición, por las autoridades civiles, de un recurso de fuerza, opuesto coactivamente por la Corona a la Iglesia. A su vez los cánones sancionaban con excomunión la violación de la inmunidad.

Para que las justicias seculares pudieran extraer a una persona asilada debían proceder de acuerdo con las autoridades eclesiásticas. Como estos acuerdos difícilmente se lograron, sucesivas leves reales reglamentaron el procedimiento, siendo en tal sentido la más completa una real orden de Carlos III de 1787. Para evitar que se frustrara la justicia, previo la salida inmediata del asilado, bajo caución de no ofenderlo, y su depósito en una cárcel segura, con intervención en el proceso del magistrado superior del fuero del reo. Si el delito era de los comprendidos en la inmunidad se lo castigaría con pena de presidio, para hacer trabajos comunes y por tiempo no mayor de diez años, o de destierro o multa. Si no lo era, debía el juez pedir la consignación lisa y llana del reo al eclesiástico y sustanciar la causa ordinariamente. En caso de negativa del juez eclesiástico se introducía el recurso de *fuerza*.

Ejemplo de pedido de consignación es el hecho en Asunción del Paraguay por el comandante Juan Francisco de Aguirre, en 1784, al Cabildo Eclesiástico: "... en cuya consecuencia de todo lo cual remito a V. S. el testimonio de dicha Sumaria, para que mediante las pruebas suministradas en dicho testimonio que hacen notorio, e intergiversable el delito, se sirva de declarar sin otro conocimiento, audiencia, ni dila-

ción, que consta en bastante forma el delito exceptuado. y de dejarlo a mi disposición haciendo formal consignación de su persona, para seguir y sentenciar su causa conforme Ordenanza..." Se trataba de un soldado que había herido gravemente con una daga. Contestó el Cabildo Eclesiástico: "... declaramos deber gozar el expresado soldado de la inmunidad eclesiástica, por no ser el delito, que le imputan, de los exceptuados en las Constituciones de los Sumos Pontífices, y que debe ser restituido dicho reo al lugar sagrado de que fue extraído: Por tanto mandamos sea restituido, y repuesto por el mismo Comandante dentro de doce horas de la notificación de éste, libre, sano, y sin lesión, afrenta, ni tortura alguna: lo cual cumpla en virtud de santa obediencia en que desde luego le damos por incurso, no lo cumpliendo, y haciendo lo contrario..." En el caso el virrey Marqués de Loreto ordenó poner en libertad al reo bajo —tan sólo— un serio apercibimiento.

La progresiva limitación de los alcances del asilo, desde el siglo XVI al XVIII, fue consecuencia, tanto de la constante ampliación de la jurisdicción real en materia penal, como de las más benignas penas aplicadas por la justicia civil, que restaban fundamento al amparo eclesiástico. Sin embargo, su práctica durante todo el período hispánico fue una constante en el Río de la Plata. Perseguidos de toda condición social y racial se acogieron siempre que pudieron al asilo para salvar sus vidas, sus miembros o años de libertad.

# BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL

Además de las obras citadas en las notas de pie de página, pueden consultarse para el período indiano algunas otras de carácter general y particular. La bibliografía específicamente indiana es muy escasa. Faltan estudios integrales basados en el indispensable trabajo de investigación previa. Dentro de este panorama se sigue destacando el *Esquema del derecho penal indiano de* ALAMIRÓ DE AVILA MARTEL (Santiago de Chile, 1941). Breves páginas dedica al tema RICARDO LEVENE en la *Historia del derecho argén\* tino* (tomo II, capítulo VI, Buenos Aires, 1946). En otro plano, cabe mencionar el *Tratado de derecho penal* de Luis JIMÉNEZ DE ASÚA (tomo I, Buenos Aires, varias ediciones) y, limitada al aspecto penológico y en base a fuentes del área del Caribe, La *picota en América* (Contribución al estudio del derecho penal indiano) de CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS (La Habana, 1949).

Para algunos puntos concretos resulta provechosa la consulta del bien documentado libro de CARLOS FERRÉS, Época colonial. La administración de justicia en Montevideo (Montevideo, 1944); de La Real Audiencia de Buenos Aires y la administración de justicia en lo criminal en el interior del Virreinato, de JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO (I Congreso de Historia de los Pueblos de la Provincia de Buenos Aires, tomo II, La Plata, 1952), y del aún no superado libro de TOMÁS DE AQUINO GARCÍA Y GARCÍA, El derecho de asilo en Indias (Madrid, 1930). Por nuestra parte, hemos publicado Las penas de muerte y aflicción en el derecho indiano rioplatense (Revista de Historia del Derecho, números 3 y 4, Buenos Aires, 1975 y 1976) y Las instituciones de clemencia en el derecho penal rio>platense (IV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, México, en prensa).

Un párrafo aparte merecen las obras de historia del derecho penal español. Aquellas que se ocupan de la baja edad media y, sobre todo, de la edad moderna tienen gran interés porque, salvo las inflexiones locales del derecho indiano, rigió el mismo de Castilla. Con esta prevención puede leerse El derecho penal de la monarquía absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII) de FRANCISCO TO-MÁS Y VALIENTE (Madrid, 1969), sustentada en un importante aparato heurístico y concebida con criterio moderno. No menor

interés tienen trabajos monográficos tales como *El perdón real en Castilla (Siglos XIII-XVIII)* de MARÍA INMACULADA RODRÍGUEZ FLORES (Salamanca, 1971) e *Historia de la traición. La traición regia en León y Castilla* de AQUILINO IGLESIA FERREIROS (Santiago de Compostela, 1971), y varios artículos aparecidos en el Anuario de Historia del Derecho Español.

# SEGUNDA PARTE DERECHO PENAL NACIONAL

# CAPÍTULO VI

# LAS NUEVAS IDEAS PENALES

49. Las doctrinas de los filósofos y juristas europeos de la segunda mitad del siglo XVIII y primeras décadas del XIX (iluministas y liberales, en orden sucesivo) se difundieron con particular intensidad a partir de la Revolución de Mayo, constituyéndose en el marco ideológico de las reformas penales esbozadas, pero sólo muy lentamente concretadas, en el Río de la Plata. La filiación racionalista de este pensamiento, que entronca con la teoría del contrato social y de los derechos naturales del hombre, fue motivo de poderosa atracción para quienes estaban empeñados en fundar un nuevo orden social, asentado sobre los pilares de la igualdad, la libertad y las garantías para los derechos.

Tanto la jurisprudencia penal de la Ilustración como la del Liberalismo —esta última denominada más tarde, por Enrique Ferri, Escuela Clásica— reaccionaron contra el anterior sistema punitivo, de raigambre romana, vigente en el occidente europeo desde la baja edad media. Es que resultaban incompatibles la connotación religiosa del concepto del delito, la general severidad y desproporción de las penas, el empleo del tormento y del arbitrio judicial, propios del sistema romano, con el raciocinio y la sensibilidad de los nuevos tiempos, inclinados hacia la secularización del derecho (y del mundo), a la dulcificación de los castigos, al fin correccional de las penas, al desarrollo de las garantías

individuales y al imperio absoluto de la ley, como expresión de la voluntad general.

#### LOS ILUSTRADOS.

50. En el orden del tiempo primero fueron los ilustrados, de los cuales sobresalieron, en esta región, las obras de Montesquieu, Rousseau, Beccaria y Howard, además de la ya citada y valorada del español Lardizábal (§ 4), obras que a su vez reconocen como antecedentes a los escritos de los autores iusnaturalistas, desde Grocio en adelante (Hobbes, Spinoza, Locke, Pufendorf, Thomasius, Wolff).

Montesquieu (El espíritu de las leyes, 1748) condenó la severidad de los castigos como "más propia del gobierno despótico, cuyo principio es el terror, que de la monarquía o de la república, las cuales tienen por resorte, respectivametne, el honor y la virtud", y así lo hizo convencido de que el mal estaba, no en la moderación de las penas, sino en la impunidad del delito. Sin haber sido un penalista, las ideas moderadas de Montesquieu gozaron de gran predicamento, contando con la adhesión expresa de Beccaria y, entre nosotros, de Carlos Tejedor.

Rousseau se ocupó del derecho de vida y muerte en *El contrato social* (1762). Justificó la pena infligida por la autoridad en la necesidad de conservar el pacto social y en que, admitiendo el fin del pacto, debía suponerse en los contratantes la voluntad también de proporcionar los medios necesarios para su conservación. Admitió la pena de muerte, pero advirtiendo que "no hay hombre malo del que no se pudiera hacer un hombre bueno para algo. No hay derecho a hacer morir, ni siquiera por ejemplaridad, más que a aquél que no se puede conservar sin peligro". El notable éxito alcanzado

por el libro favoreció el conocimiento del pensamiento penal de Rousseau.

Beccaria (Cesare Bonesana, Marqués de), sin duda el más importante de los autores ilustrados, volcó sus ideas en el célebre libro *De los delitos y de las penas* (1764), calificado por Francisco P. Laplaza, su editor crítico, de "la primera obra acabada donde las ideas renovadoras alcanzaron plena unidad temática y; se dieron las bases necesarias para levantar un estado de derecho contrapuesto al estado de arbitrariedad".

Partiendo de la ley natural, que expresa "los principios que impulsan a los hombres a vivir en sociedad", y siguiendo, como lo dice, "la huella luminosa de ese gran hombre" que fue Montesquieu, señaló el origen de las penas en la necesidad de defender a la sociedad de quienes atenían contra ella. Pero la pena debe derivar de una absoluta necesidad y "sólo las leyes pueden decretar las penas correspondientes a los delitos, y esta autoridad no puede residir sino en el legislador que representa a toda la sociedad unida por un contrato social". Debe existir proporción entre los delitos y las penas, porque "si se establece una pena igual para dos delitos que ofenden de manera desigual a la sociedad, los hombres no hallarán un obstáculo más fuerte para cometer el delito mayor, si a éste encuentran unida mavor ventaja".

El fin de las penas no es el de atormentar y afligir a un ser sensible, ni tampoco el de dejar sin efecto un delito ya cometido; el fin "no es otro que el de impedir al reo que ocasione nuevos daños a sus conciudadanos, y el de disuadir a los demás de hacer como hizo aquél. En consecuencia, las penas y el método de infligirlas debe ser escogido de modo que, al conservarse la proporción, produzca una impresión más eficaz y más duradera en el ánimo de los hombres y menos atormentadora en el cuerpo del reo".

Combatió la tortura y abogó por la benignidad de las penas, convencido de que "la certidumbre de un castigo, aunque moderado, produce siempre impresión más honda que el temor de otro más terrible unido a la esperanza de la impunidad". Por otra parte, imbuido de los principios del positivismo legal, afirmó que "ni siquiera la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces del crimen, por la misma razón de que no son legisladores... El desorden que nace de la rigurosa observancia de la letra de una ley penal no es comparable con los desórdenes originados por la interpretación".

Con la aparición de la obra de Beccaria, el movimiento penal reformista ya no se detuvo. Tal fue el impacto producido por los juicios lapidarios del Marqués contra el sistema penal imperante.

Juan Howard, inglés, fue —por último— uno de los principales promotores de la reforma carcelaria con la obra —fruto de su propia experiencia como preso— *Estado de las prisiones* (1788), en la que combatió el ocio, la incultura, la promiscuidad y el desaseo que las caracterizaban. Llegado el momento de emprender la reforma en nuestro país, sus ideas fueron altamente ponderadas.

# LA ESCUELA CLÁSICA.

51. Tras los pasos de los ilustrados, la llamada Escuela Clásica fue la encargada de dar verdadero nacimiento a la ciencia del derecho penal. Entre los criminalistas clásicos descollaron los italianos Cayetano Filangieri (1752-1788, *La ciencia de la legislación*); Juan Domingo Romagnosi (1761-1835, *Génesis del derecho penal*); Peregrino Rossi (1787-1848, *Tratado de derecho penal*) y Francisco Carrara (1805-1888, *Programa del curso de derecho criminal*); el inglés Jeremías Bentham (1748-1832, *Tratados de legislación civil y penal*, y

*Teoría de las penas*) y el alemán Pablo Juan Anselmo von Feuerbach (1775-1833, *Proyecto de Código penal de Baviera*), modelo de Carlos Tejedor.

Las proposiciones fundamentales de los clásicos, adheridos en su mayoría a la filosofía iusnaturalista (Bentham profesó el positivismo legal y combatió la doctrina del derecho natural) fueron las siguientes:

- —el derecho penal tiene un fin tutelar, procura sustraer a los hombres de la tiranía de sus semejantes y ayudarlos a eludir la tiranía de sus propias pasiones;
  - —no existe delito sin una ley previa que lo determine;
- —la ley debe individualizar a la pena del delito, que debe ser aplicada ciegamente por el juez (sistema de las penas fijas);
- —la pena tiene por finalidad el restablecimiento del orden público alterado por el delito y tiene el carácter de mal equivalente al que el delincuente ha ocasionado;
- —la pena debe ser proporcionada al delito, cierta, conocida, segura;
- —oposición, en principio, a las penas capitales, aflictivas e infamantes;
- —el delincuente es responsable cuando sabe lo que hace y quiere hacerlo (libre albedrío); si faltan la inteligencia o la voluntad libre, no existe responsabilidad;
- —el libre albedrío con que actúa el delincuente hace que el delito deba ser considerado, en principio, objetivamente, adecuando el legislador a éste, y no a su autor, la pena;
- —necesidad de rodear de garantías tanto al proceso penal como a la aplicación de las penas.

En base a estas ideas, citadas a veces de manera expresa y otras no, se llevó a cabo entre nosotros, ya desde las últimas décadas del período hispánico, y hasta las postrimerías del siglo XIX, la reforma del sistema penal de tradición romana.

# CAPÍTULO VII

# PRIMERAS MANIFESTACIONES DEL PENSAMIENTO PENAL ARGENTINO.

# Atisbos de reforma.

52. No debe suponerse, por lo expuesto anteriormente, que la Revolución de Mayo produjera en el derecho penal argentino una transformación radical. Para entender debidamente la situación es menester hacer un distingo entre las ideas penales y las normas penales. Respecto de las primeras, sí puede afirmarse que la Revolución activó el proceso de cambio que ya se venía operando desde las últimas décadas del XVIII, con más precisión, desde el reinado de Carlos III, como que, por ejemplo, es de esta época que data la llegada a Buenos Aires de los libros de Beccaria y de los ilustrados españoles, entre ellos Lardizábal y el práctico José Marcos Gutiérrez. Este (las ideas) sería el elemento dinámico del período.

En vez, las normas, sólo muy despaciosamente se fueron reformando, a punto tal que puede decirse sin exageración que entre el sistema penal de 1800 y el de 1820 ó 1840 no había diferencias sensibles, antes bien, en algunos casos se advierten retrocesos, en materia, por ejemplo, de una mayor severidad de las penas por robos y de menores garantías procesales para los encausados sometidos a la jurisdicción de comisiones especiales. He aquí el elemento estático de este período.

que nos obliga a recordar, una vez más, el hecho de la supervivencia del anterior derecho castellano-indiano en la etapa patria precodificada, y aún el de su segunda vida por la incorporación de sus'normas —en mayor o menor medida según las ramas del derecho— a los códigos. Es que el derecho argentino, no obstante la recepción de principios e instituciones de otros sistemas extranjeros (considerados como "derecho científico"), ha guardado continuidad en lo vertebral, a lo largo del tiempo.

Es indispensable, pues, en todo estudio del derecho penal patrio, partir de la premisa de la subsistencia del derecho castellano-indiano anterior, con su catálogo de delitos y de penas, con sus instituciones de clemencia, con su sistema de enjuiciamiento, temas ya desarrollados en la primera parte y que por consiguiente no será necesario reiterar. Estas instituciones y normas fueron objeto de lentas modificaciones en el nuevo período, modificaciones de las que si nos ocuparemos ahora. Ellas conforman los rasgos peculiares del derecho penal patrio.

#### LAS IDEAS PENALES.

53. Desde los primeros años se notan síntomas reveladores de que nuevas orientaciones liberales se van adueñando del campo de las ideas penales, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales. De todos modos, falta en la primera década una exposición sistemática de ese pensamiento, formulándose tan sólo frases aisladas, ya en un proyecto de ley o en un discurso, para fundamentar medidas de gobierno, o en algún artículo periodístico. Es que las preocupaciones dominantes entonces no eran académicas sino políticas.

Hay, sin embargo, ejemplos significativos en los que puede apreciarse con toda claridad el nuevo lenguaje. Así:

- —el decreto de la Primera Junta del 11 de junio de 1810, en el que se declara que "la seguridad individual es el primer premio que recibe el hombre que renuncia sus derechos naturales para vivir en sociedad; mengua el honor del gobierno cuando no están seguros los que viven bajo su protección";
- -el decreto del Triunvirato del 23 de noviembre de 1811, según cuyo exhordio "todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida, de su honor, de su libertad, y de sus propiedades. La posesión de este derecho, centro de la libertad civil, y principio de todas las instituciones sociales, es lo que se llama seguridad individual". Los preceptos sobre seguridad individual de este decreto pasaron a formar parte de todos los documentos constitucionales luturos:
- —el proyecto de constitución elaborado en 1812 por la comisión oficial integrada por Pedro José Agrelo, Luis José Chorroarín, Manuel J. García, Valentín Gómez, Nicolás Herrera, Pedro Somellera e Hipólito Vieytes, y que en la sección dedicada a "los jueces criminales" incluye cláusulas como las siguientes: "el proceso criminal se hará por jurados y será público"; "en los delitos no capitales se omitirá la prisión de los reos, o se les pondrá en libertad dando fianzas"; "queda abolido el tormento, la confiscación de bienes y las penas crueles e inusitadas"; "ninguna pena produce infamia sobre la familia del delincuente".

# LAS NORMAS PENALES.

54. Las normas de contenido penal dictadas entre 1810 y 1820 son de distinto significado: unas tienen una motivación exclusiva o preponderantemente ideológica, en cambio otras son soluciones empíricas para problemas concretos de la vida real.

Entre las primeras, que son las menos, podemos mencionar:

—el mismo decreto de seguridad individual del 23 de noviembre de 1811, por cuyo artículo 1\* "ningún ciudadano puede ser penado, ni expatriado sin que preceda forma de proceso, y sentencia legal"; por su artículo 2' "ningún ciudadano puede ser arrestado sin prueba al menos semi-plena o indicios vehementes de crimen, que se harán constar en proceso informativo dentro de tres días perentorios. En el mismo término se hará saber al reo la causa de su detención, y se remitirá con los antecedentes al juez respectivo", y por su artículo 3\* "para decretar el arresto de un ciudadano, pesquisa de sus papeles, o embargo de bienes, se individualizará en el decreto u orden que se expida, el nombre o señales que distingan su persona, y objeto sobre que deben ejecutarse las diligencias...". La aplicación de estas normas, recogidas en casi todos los documentos constitucionales, sólo se logró al cabo de un largo proceso de mejoramiento de la administración de justicia;

—la ley de la Asamblea General Constituyente del 21 de mayo de 1813 que ordenó "la prohibición del detestable uso de los tormentos adoptados por una tirana legislación para el esclarecimiento de la verdad e investigación de los crímenes; en cuya virtud serán inutilizados en la plaza mayor por mano del verdugo" (§ 7), y que quedó incorporada al art. 18 de la Constitución Nacional.

A su vez, pertenecen a la segunda categoría (disposiciones en las que predomina el elemento empírico sobre el ideológico):

—el oficio de la Primera Junta del 4 de julio de 1810 que recuerda la prohibición de los duelos, "que proscriben nuestra religión, nuestras leyes y nuestras costumbres":

- —su decreto del 19 de julio de 1810 sobre calificación de vagos, calificación que en lo sucesivo debia ser hecha "por informe de las Justicias respectivas";
- —el decreto del Triunvirato del 4 de octubre de 1811 estableciendo penas severas para los robos, de modo que "todo el que perpetrase algún robo calificado, esto es, violentando una persona, horadando, o escalando alguna casa, frangiendo o falseando puerta, sea de la cantidad que fuese en moneda o especie, será condenado a muerte de horca; todo el que cometiese un robo simple, esto es, que no contiene cualquiera de las circunstancias expresadas, llegando a la cantidad de cien pesos en moneda o especie, será afecto a la misma pena, y no llegando a dicha cantidad, se le aplicará la de diez años de presidio, en el trabajo de las obras públicas";
- —el decreto del 18 de setiembre de 1812 sobre supresión de la confiscación de bienes de los reos que tuvieren hijos y de los que correspondieran a sus viudas;
- —la ley del 23 de marzo de 1813, dada por la Asamblea Constituyente, castigando a los desertores, aun siendo por la primera vez, a ser pasados por las armas;
- —el decreto del Congreso Constituyente del 11 de mayo de 1819 autorizando a las justicias ordinarias de la provincia de Córdoba "para que procedan sumariamente. .. y ejecuten sus resoluciones, incluso la de la pena de muerte en aquellos delitos, que la merezcan según las leyes, con la calidad de dar cuenta inmediatamente después a la cámara del distrito, y hasta que se halle reunida la primera legislatura".

A estas disposiciones generales debe añadirse el cúmulo de normas locales sancionadas especialmente por los cabildos y destinadas casi siempre a reprimir la vagancia y sus secuelas.

Por otra parte debe tenerse muy en cuenta, para un cabal conocimiento del tema, lo estatuido en el capítulo "de la administración de justicia" del Reglamento Pro-

visorio de 1817 (tomado del Estatuto Provisional de 1815), por haber tenido sus prescripciones vigencia efectiva en el país hasta la sanción de la constitución nacional. Entre esas prescripciones, -de naturaleza penal, figuran las siguientes:

- —"Queda abolido en todas sus partes el reglamento de la Comisión de Justicia de 20 de abril de 1812 que había establecido un procedimiento sumarísimo, y restablecido el orden de derecho para la prosecución de las causas criminales";
- —"Se permite en éstas, a los reos, nombrar un padrino que presencie su confesión y declaraciones de los testigos, sin perjuicio del abogado y procurador establecidos por la ley y práctica de los Tribunales";
- —"Cuidará el padrino, que la confesión y declaraciones se sienten por el escribano o Juez de la causa, clara y distintamente en los términos en que hayan sido expresadas, sin modificaciones ni alteraciones, ayudando al reo en todo aquello en que, por el temor, pocos talentos u otra causa no pueda por sí mismo expresarse";
- —"Queda prohibida toda licencia para ejecutarse las sentencias de presidio, azotes, o destierro sin consultarse antes con las Cámaras, bajo la pena de dos mil pesos, e inhabilitación perpetua al Juez que se excediere en este gravísimo punto";
- —"Se exceptúa el extremo caso en que por conmoción popular u otro inminente peligro de la salud pública no pueda diferirse la ejecución de lo sentenciado, dándose siempre cuenta con autos a las Cámaras";
- —"Toda sentencia en causas criminales, para que se repute válida, debe ser pronunciada por el texto expreso de la ley y la infracción de ésta es un crimen en el Magistrado, que será corregido con el pago de costas, daños y perjuicios causados";

—"No se entienden por esto derogadas las leyes que permiten la imposición de las penas al arbitrio prudente de los Jueces, según la naturaleza y circunstancias de los delitos; ni restablecida la observancia de aquellas otras, que por atroces e inhumanas ha proscripto o moderado la práctica de los Tribunales superiores".

# CAPÍTULO VIII

# LAS IDEAS PENALES ENTRE 1820 Y 1850

55. Desde el año 1820, tanto en Buenos Aires como en distintos centros ilustrados del interior, se produjo un activo intercambio de ideas, signado generalmente con el rasgo de la modernidad, del que no estuvieron ausentes los temas de derecho penal. Abordaremos algunos aspectos fundamentales de ese intercambio.

#### GURET BELLEMARE.

56. En Buenos Aires, le cupo desempeñar un papel importante en este proceso de renovación ideológica al jurista francés, arribado al país en 1822, Guret Bellemare. Con sus ideas acentuadamente liberales y su experiencia como magistrado en Francia, Bellemare, que se había especializado en la materia criminal, produjo en la década del 20 una serie de obras que, entre otros méritos, tienen el de ser las primeras de la incipiente ciencia penal argentina.

Alentado por los planes reformistas del Gobierno de Buenos Aires, se dedicó con entusiasmo a la tarea de proyectar un código de instrucción criminal y otro penal, inspirados en la legislación napoleónica y que fueran bien recibidos en la época, mas no al punto de obtener sanción. Su texto nos es desconocido.

Bellemare se vinculó estrechamente a la Academia Teórico-Práctica de Jurisprudencia, y a la persona de su presidente, Manuel Antonio de Castro. Dictó allí sendos cursos, uno de derecho criminal y otro de derecho comercial. de los cuales se conserva uno de sus discursos de apertura. Se dolía en él de que "habiendo transcurrido cincuenta siglos y la cuarta parte de otro desde el principio del mundo conocido, se havan hecho inmensos progresos en todo género de artes y ciencias, sin haber fijado un sistema completo de legislación criminal, que esté en perfecta armonía con la razón y con los principios verdaderos de humanidad". Después de exhortar a los argentinos a vencer la rutina, y de repasar antecedentes históricos con la óptica parcializada de un liberal francés, concluía destacando las excelencias de la institución del jurado<sup>1</sup> (§ 88).

En dicha Academia, disertó en otra oportunidad contra la pena de muerte, contestando el discurso favorable a la misma de Valentín Alsina (§ 65).

Siendo gobernador Dorrego, redactó a sus instancias, en 1828, un *Plan general de organización judicial para Buenos Aires, en que van asentados los principios que podrán servir de base para un Código de leyes nacionales* que, desgraciadamente, no se conserva completo, faltando —a juzgar por el plan de la obra— la segunda mitad, incluidos parte del capítulo sobre delitos y la totalidad del dedicado a las penas<sup>2</sup>. Los temas del *Plan* conocidos son: principios generales, organización de la justicia en Inglaterra, Estados Unidos y Francia, proyecto de organización judicial civil y criminal para Bue-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> RICARDO LEVENE, *La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador Manuel Antonio de Castro*, Buenos Aires (Instituto de Historia del Derecho Argentino) 1941, apéndice documental.

<sup>2</sup> Reedición facsimilar, de la de 1829, del Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1949, con noticia preliminar de RICARDO LEVENE.

nos Aires (policía, juzgados, jurados y cárceles), y parte de delitos. El curso de los acontecimientos políticos hizo fracasar el proyecto y pocos años después Bellemare regresó a Europa.

#### PEDRO SOMELLERA.

57. Pedro Alcántara de Somellera, primer egresado de la escuela de leyes de la Universidad de Córdoba y primer profesor de derecho civil de la flamante Universidad de Buenos Aires, dedicó parte de su curso en ésta, de acuerdo con el concepto tradicional todavía vigente en esos años, al estudio de los delitos y las penas. En él se revela su admiración por el legista inglés, fundador del utilitarismo, Jeremías Bentham, cuyas doctrinas estaban muy difundidas en Hispanoamérica, en general, y en nuestro país, en particular, a tal punto que pudo decir Carlos Tejedor (*Curso de derecho criminal*), de las leyes penales patrias, que "vénse en ellas los rastros de las diversas escuelas modernas, aunque dominando siempre la de Bentham".

El concepto del delito de Somellera se inscribe en esa —por demás compleja y con pretensiones de precisión matemática— doctrina. Debemos, decía en el curso, "subiendo hasta el principio de utilidad, buscar según él, qué es un delito, o cuáles son aquellos actos, de que la Ley debe hacer delitos. Bajo este concepto podemos definir el delito *un acto libre que produce más mal, que bien;* porque un acto tal es el que el Legislador debe prohibir".

Siguiendo siempre a Bentham, agregaba que para pesar los males y los bienes "es menester saber, que el mal y el bien se valoran por su intensidad, por su duración, por su certeza, por su proximidad; y que en estas medidas debe considerarse su fecundidad, su aislamiento, y su extensión, como circunstancias que aumentan o disminuyen el valor. Por mal fecundo se entiende el mal que tiene el azar de producir males del mismo género; por mal aislado o puro, el que no tiene la suerte dé producir bien alguno; y por mal extenso, el que, aunque de distinto modo, afecta a distintas personas". Así pretendía conocer mejor los actos que la ley debía convertir en delitos, porque causaban más mal que bien, y además la regla para saber cuál delito era más grave y debía castigarse con mayor rigor. Antes de cerrar el balance, advertía aún de la presencia de algunas circunstancias capaces de quitar al acto su maleficiencia o de atenuarla, y que eran: 1\* el consentimiento; 2\* evitar un mal más grave; 3\* la práctica curativa; 4\* la defensa propia, y 5\* el poder legítimo (doméstico y político), las tres últimas refundidas en la segunda.

A continuación Somellera trataba de las penas, en su lenguaje "remedios contra el mal de los delitos". Estos remedios, de conformidad con la doctrina benthamiana, los reducía a cuatro clases: preventivos, supresivos, satisfactorios y penales. Remedios preventivos eran los que tienen por objeto prevenir el delito; supresivos, los medios que se aplican para hacer cesar un delito empezado pero no consumado aún; satisfactorios, los que se dirigen a indemnizar al individuo de los males que ha sufrido por el delito, y penales, los que sirven para impedir que se repita el mal, sea por el mismo delincuente o por otro. Por pena entendía "un mal que la ILey hace al delincuente por el mal, que él ha hecho por su delito", pero mientras el delito produce más mal que bien, la pena produce más bien que mal.

Hasta 1830 Somellera enseñó en la Universidad de Buenos Aires, pero entre 1828 y 1829 fue reemplazado en forma interina por su discípulo Florencio Várela quien, un año antes, en 1827, había presentado su tesis doctoral sobre el tema *Discurso sobre los delitos y las penas*, un reflejo fiel de las enseñanzas del maestro, aunque no tanto como para privarse de todo rasgo de

originalidad, por ejemplo su convicción de la necesidad de mantener, en las circunstancias que le tocaba vivir, a la pena de muerte.

# ANTONIO SÁENZ.

58. El fundador, y primer profesor de derecho natural y de gentes de la Universidad de Buenos Aires, el presbítero Antonio Sáenz, al desenvolver el curso de derecho natural abordaba cuestiones de filosofía penal a propósito del estudio de los deberes del hombre para consigo mismo y los demás. Imbuidas del pensamiento iusnaturalista de Grocio y Pufendorf, sólo se ha conservado la parte referente a los duelos, de los que decía que "una preocupación de honor mal entendido los conserva todavía, especialmente entre la milicia donde son muy frecuentes".

Situando la cuestión en sus justos términos, esto es en que el duelo, acto de justicia privada, estaba reñido con el concepto publicista moderno de la justicia penal, expresaba Sáenz que el ofendido "decreta en su corazón la pena de muerte contra su contrario, haciéndose juez en causa propia, y lo que es el colmo de injusticia y demencia, se constituye también ejecutor personal del castigo. El huye del magistrado, a quien... toca castigar las injurias, y escarmentar a todo el que ofende, frustra y quebranta el orden de toda sociedad racional, que costea y sustenta magistrados para que hagan reparar el daño, y dar satisfacción al ofendido, cuidando de conservar la paz interior, y la tranquilidad de los pueblos".

Razonamiento tras razonamiento, llegaba Sáenz a comparar el duelo con el tormento. "Todas las razones que han servido en nuestro siglo para proscribir y desacreditar en las naciones cultas el uso del tormento en los juicios, tienen aplicación muy oportuna a los

duelos. En éstos es todavía más aventurada y más incierta la reparación del daño o satisfacción de la ofensa, que lo es en la práctica de aquéllos la averiguación de la verdad. Y así como ha habido hombres de una organización tan robusta que han superado fácilmente los tormentos, dejando burlado el fin de su instituto, hay también quienes favorecidos del arte y la destreza superan los duelos y se señorean de una víctima inocente".

Para desalentar los duelos proponía que se castigasen severamente las injurias de los ciudadanos. Al castigar rara vez las injurias, los propios magistrados propendían a que esas querellas no se terminasen por las formas judiciales. "Si el hombre injuriado encontrase en la ley la satisfacción adecuada que le corresponde, y en el magistrado una disposición firme y decidida a decretarla, muchos evitarían el ir a buscarla en los peligros inminentes de un combate privado, y ninguno desertaría del juicio, aburrido de ver frustrar la reparación de su ofensa con exhortaciones insubstanciales"<sup>3</sup>.

Las ideas filosófico-penales de Sáenz, juiciosamente desenvueltas, tienen el mérito de ser una de las primeras expresiones de un pensamiento genuinamente argentino, aplicado al análisis de problemas locales, aunque sin renunciar al auxilio de autoridades universales. Contrastan en este punto sus páginas con las de Somellera—por ejemplo— que son un mero eco de doctrinas foráneas.

#### JUAN BAUTISTA ALBERDI.

59. A la edad de 27 años, Alberdi publicó, en 1837, su primera obra jurídica, el *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, considerado además como la pri-

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> ANTÓN» SÁENZ, *Instituciones elementales sobre el Derecho natural y de gentes*, Buenos Aires (Instituto de Historia del Derecho Argentino) 1939, con noticia preliminar de RICARDO LEVENE.

mera obra sobre enciclopedia jurídica escrita en América. Uno de los capítulos está dedicado al derecho penal.

La misión jurídica del Estado —escribía Alberdi—tiene el doble fin de prescribir y sancionar el derecho, y a su vez el poder sancionador del Estado tiene el doble fin de remediar el mal del delito y evitar su repetición. Mal del delito, repetía, "porque no todo mal procede de delito. No hay delito sin imputabilidad; ni imputabilidad sin libertad. Pero la libertad es una facultad mixta de inteligencia y voluntad. Luego no es libre el hombre sino con relación al desarrollo de su inteligencia y voluntad".

Para suprimir las causas del delito Alberdi, siguiendo al penalista francés Carlos Lucas, señalaba "tres procederes: el castigo de la infracción; la desaparición del interés de delinquir; la mera represión del atentado. De aquí, los tres sistemas sansitivos (sancionadores), penal, penitenciario y represivo. El primero, más simple, más acreditado, más antiguo, pero menos moral, menos eficaz. El segundo más lento, más difícil, más reconocido, pero más humano, más filosófico, más eficaz, está tal vez destinado a ser la forma futura de toda potestad sansitiva (sancionadora)". En el lenguaje alberdiano sistema "penal" es sinónimo de sistema expiatorio y a él se le opone el sistema represivo, según el cual "una vez invadida nuestra individualidad, nuestro deber y poder no es otro, que el de rechazar al invasor hasta ponerle fuera de nuestros límites, y detenerle hasta garantirnos de que no invadirá más. .. Es ahora en la forma de esta garantía que queda el problema; pero él está resuelto por el sistema penitenciario". De sus ideas sobre el régimen penitenciario o correccional nos ocuparemos en el capítulo sobre reforma carcelaria (§ 78).

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Fragmento preliminar, reedición facsimilar, Buenos Aires (Instituto de Historia del Derecho Argentino) 1942, con noticia preliminar de JORGE CABRAL TEXO.

Sobre las fuentes del pensamiento del joven Alberdi en materia penal, Francisco P. Laplaza afirma que, sin perjuicio de los aportes específicos de Carlos Lucas, sus concepciones de la moral y del derecho, de la importancia del estudio real y práctico del hombre, de la legislación concebida en función de la prosperidad social, unidas a alguna cita, parecen demostrar la influencia del abate Antonio Genovesi. Estos modelos, y los más conocidos de Lerminier, Vico y Jouffroy, en nada disminuyen sin embargo —a juicio de Laplaza— el criterio propio con que concibió la obra, escogió y estructuró los antecedentes intelectuales y aplicó el todo a echar los cimientos de una conciencia jurídica nacional.

# CAPÍTULO IX

# EL DERECHO PENAL PROVINCIAL ENTRE 1820 Y 1853

60. En este período (salvo el interregno del Congreso General y de la presidencia de Rivadavia, años 1824 a 1827) la función legislativa recae en las provincias autónomas, las cuales, tanto en sus leves fundamentales como en las ordinarias de toda clase (leves propiamente dichas, decretos y bandos de policía), establecieron nuevas normas penales, en respuesta, casi siempre, a momentos de recrudecimiento de los delitos, en especial robos y homicidios. De allí que estas normas solieran revestir un carácter excepcional, así por confiar el juzgamiento de las causas a tribunales especiales, como por prever penas más severas que las ordinarias. Otra característica del período fue la ausencia total de reformas integrales del derecho penal. Los intentos más ambiciosos que se hicieron en este ámbito —y para cuyo propósito unas provincias copiaban lo hecho por otras consistieron en reglamentos de policía (con disposiciones sobre vagancia, abuso de armas, ebriedad, juegos prohibidos) y reformas a las leyes de procedimiento criminal, motivadas por la necesidad de agilizar el trámite de los expedientes para aplicar, en el menor tiempo posible, eficaces castigos.

Por su parte, los textos constitucionales provinciales recogieron, casi siempre de antecedentes nacionales (principalmente del decreto de seguridad individual, leyes de la Asamblea de 1813 y Reglamento Provisorio de 1817), preceptos de derecho penal sustantivo y adjetivo, los cuales, al repetirse en distintas constituciones y proyectos, llegaron a conformar un verdadero cuerpo de doctrina nacional.

## CONSTITUCIONES Y PROYECTOS.

# 61. Consagraron los siguientes principios:

- —In dubżo pro reo. El Estatuto Provisorio de Santa Fe (año 1819) declaró que debía "en lo posible, procederse en favor del reo, según la determinación de las leyes".
- —Debido proceso. Las Constituciones de Catamarca de 1823 y San Luis de 1832 prohibieron la imposición de penas graves "sin que preceda forma de proceso y sentencia legal".
- —Sentencia legal. Varias Constituciones (Córdoba 1821, Catamarca 1823, Buenos Aires 1833) adoptaron el principio de que toda sentencia en causas criminales, para que se reputara válida, debía ser pronunciada por el texto expreso de la ley, pero sin que se entendieran por esto derogadas las leyes que permitían la imposición de las penas al arbitrio prudente de los jueces ni restablecida la observancia de las que, por atroces e inhumanas, habían caído en desuso<sup>5</sup>.
- <sup>5</sup> En la sesión del Congreso Constituyente del 19 de noviembre de 1826, UGARTECHE opinó que el art. 171 del proyecto de constitución, que establecía que nadie podía ser penado sin precedente juicio, concluyese con la frase: "y sentencia con arreglo al texto de la ley"; ponderando los "inconvenientes, y fatales consecuencias que podrían resultar de las arbitrariedades de los jueces". Le contestó VALENTÍN GÓMEZ que "entre tanto no se perfeccionase la legislación... sería el mayor de los males el que las sentencias fuesen arregladas al tenor expreso de las leyes, porque muchos delitos quedarían impunidos, y otros serían castigados con una crueldad que no permitía la sana filosofía". Se aprobó: "y sentencia legal".

- —Abolición del tormento. Varios textos (Santa Fe 1819 y 1841, Buenos Aires 1833) ratificaron asimismo la ley de 1813 y declararon abolida para siempre toda clase de tortura (§ 54).
- —Abolición de las penas de confiscación e infamia. Constituciones como la de Buenos Aires 1833 (proyecto), Jujuy 1839 y Tucumán 1852 abolieron toda confiscación de bienes, extensiva en el caso del proyecto bonaerense a "toda pena cruel y de infamia trascendental".
- —Derecho de indulto. En la casi unanimidad de las leyes constitucionales se otorga al gobernador la facultad de indultar a los reos sentenciados a muerte, mediando graves y poderosos motivos, y generalmente previo informe del tribunal de justicia. La Constitución correntina de 1824 adoptaba una fórmula singular: "Podrá el gobernador en los días 25 de mayo indultar la vida al reo que estuviese sentenciado a muerte; pero usará de esta facultad extraordinaria, con pulso, con economía y con prudente discernimiento, a excepción del delito de lesa patria".

Además, aparecen con frecuencia disposiciones limitativas de la pena de muerte y sobre jurados, de las que nos ocuparemos más adelante (§ 66 y 89). Por excepción, la Constitución puntana de 1832 incluyó en su articulado penas contra el robo, impropias de una ley fundamental<sup>6</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Decía el art. 30 de esta Constitución: "Habiéndose hecho costumbre el pernicioso vicio del robo, para cortar de raíz este grave mal se impone la pena a todo el que incurra en él, desde el valor de un peso, ochenta azotes por la primera, y a los que reincidiesen se íes aplicarán penas más fuertes que señalará el Poder ejecutivo, como también a los malos jueces que disimulen esta clase de delincuentes".

### LEYES ORDINARIAS Y PROYECTOS.

62. Sobresalen, entre las leyes del período, las destinadas a reprimir el delito de robo, a veces junto con el de homicidio. En todas las provincias, y tanto bajo gobiernos unitarios como federales, se tomaron severas medidas para contener estos delitos que, en ocasiones, alcanzaron niveles alarmantes de difusión. Se procuró, pues, contener a los delincuentes agravando las penas previstas en el derecho anterior y acortando el trámite de los juicios. Además se nombraron comisiones especiales, muchas veces militares, para el más enérgico juzgamiento de los malhechores. La pena de muerte, sólo aplicada por excepción a los ladrones, se prodigó ahora con llamativa facilidad.

El decreto del gobernador de Buenos Aires Sarratea, del 14 de marzo de 1820, mandó que todo el que fuese aprehendido robando o con prenda robada de cualquier valor que fuere, fuese fusilado en el instante y colgado. Otro decreto, del gobernador mendocino Corvalán, del 23 de setiembre de 1829, ordenó a su vez que todo individuo a quien se le justificase haber robado el valor de un peso para arriba, fuese fusilado en el mismo lugar donde lo hubiera cometido. Un decreto del gobernador de Tucumán Heredia, del 3 de marzo de 1833, estableció para los salteadores de caminos y saqueadores de casas la pena de fusilamiento tras un proceso breve y sumario. Y otro de Rosas, del 31 de octubre de 1840, dispuso que todo individuo que atacase la persona o propiedad de argentino o extranjero, si cometiese robo o heridas, aunque fuesen leves, sería castigado con la pena de muerte.

Draconiana era, a su vez, la ley sanjuanina del 13 de agosto de 1827, que prodigaba la misma pena por homicidio, asalto o robo, y en caso de robo no calificado, de valor inferior a veinticinco pesos, "sea sólo el de trescientos azotes, pues de lo contrario excedería la pena al

sufrimiento natural, y el escarmiento sería horrendo y un martirio contra los principios de la humanidad" (síc). Recuérdese que para el derecho indiano los azotes nunca podían pasar de doscientos (§ 29).

Vinculado al tema anterior, están las no menos numerosas leyes dictadas contra vagos y malentretenidos, como supuestos autores de aquellos delitos. Los criterios son uniformes. Se impone al vago la obligación de conchabarse bajo pena de ser destinado al trabajo de las obras públicas o de ser alistado en el ejército. En épocas de beligerancia, por la necesidad de remontar los ejércitos, proliferaron estas leyes y asimismo se intensificó su aplicación. Tampoco en este punto difirió la conducta de los gobiernos unitarios y federales.

Además de las leyes represivas del robo en sus distintas formas y de la vagancia, fueron sancionadas otras contra el abuso de armas, en especial del cuchillo, contra el juego y la bebida, y contra ciertos delitos, como ser en Mendoza la falsificación de moneda y la violación. También se procuró corregir el procedimiento. Como decía el presidente de la Cámara de Justicia de Buenos Aires, Manuel Antonio de Castro, ya que no podían abreviarse las lentitudes del juicio criminal, alterando sustancialmente las formas sin reformar todo el código penal, podía al menos conseguirse en parte, para que el castigo fuera imponente y produjera el escarmiento. Para ello consideraba necesario "que las penas sean ciertas, que sean condignas, y que sean irremisibles; de modo que no dejen al delincuente esperanza de impunidad, ni al juez lugar de arbitrariedad". A estos efectos, la Cámara presentó en 1825 sendos proyectos, uno de fondo sobre robos y hurtos, y otro de forma sobre orocedimiento judicial en causas criminales, ninguno de los cuales tuvo sanción.

Interesa mencionar también el decreto de Rosas del 20 de mayo de 1835, para la provincia de Buenos Aires,

que declaró "abolida para siempre la pena de pérdida y confiscación general de bienes en todos los casos, sin excepción alguna", pena que por contraria al sentimiento de justicia había caído en desuso, según decía el mismo decreto.

## CAPÍTULO X

# NORMAS PENALES DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

63. La Constitución Nacional dictada en 1853 incluyó en su texto varias reglas y preceptos de naturaleza penal que, si no por novedosos, ya que la mayoría de ellos había figurado antes en constituciones, leyes, decretos o proyectos, son destacables por haber alcanzado en ella la máxima jerarquía legal y por haberse incorporado definitivamente al derecho argentino.

# Las reglas y preceptos más importantes son:

- —"La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código penal argentino" (art. 17). Además de antecedentes provinciales (§ 61 y 62), había sido sancionada por el decreto del Triunvirato del 18 de setiembre de 1812 e incluida en el proyecto de Constitución de 1813, de la Comisión Especial; en la Constitución de 1826 y en el proyecto de Alberdi. Por decreto del 7 de agosto de 1852 Urquiza hizo extensiva a toda la República la abolición decretada por Rosas en 1835 y declaró a la confiscación, delito de traición a la patria.
- —"Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable,

como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. 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" (art. 18).

El antecedente mediato de este artículo es el decreto de seguridad individual de 1811, volcado en seguida al Estatuto del mismo año y recogido Juego, con mayor o menor amplitud, en todas las constituciones y proyectos nacionales y provinciales. En cuanto a la abolición de la pena de muerte por causas políticas, la norma fue tomada del decreto de Urquiza de 1852 (§ 66); en tanto que la prohibición de los azotes viene del proyecto de Alberdi y de una práctica judicial proclive a la atenuación del castigo de azotes, por ejemplo a través de su aplicación fraccionada <sup>T</sup>.

<sup>7</sup> La reacción contra los azotes había comenzado con el decreto del 9 de octubre de 1813 que abolió de las escuelas esta "pena corporal tan odiosa y humillante", decreto reiterado por otro del 22 de mayo de 1819. Al tratarse en la Convención especial del Estado de Buenos Aires, de 1860, las reformas a la Constitución Nacional, se debatió el tema de los azotes. MIGUEL ES-TEVES SAGUÍ se opuso a su aplicación, de conformidad con la sanción constitucional: "En un país democrático, regido por el sistema representativo republicano, no debe aplicarse la pena de azotes, ni aún en el Código militar de que todavía no se quiere borrar. Ese sistema de pena sólo puede aplicarse cuando no se tiene presente el respeto que se debe al hombre libre. Este sistema de pena entre nosotros desgraciadamente (tendría que recordar esto con dolor) me trae a una época en que había esclavos entre nosotros. ¿Pero qué? Si aún resuenan todavía esos golpes martirizantes, dentro de unos muros que se llaman Cárcel Pública". BARTOLOMÉ MITRE defendió su aplicación por los tribunales militares: "Sea que los azotes se prohiban o no por la Constitución, ella no prohibe que en el código militar puedan introducirse penalidades que la Constitución no autoriza. Los primeros criminalistas del mundo, han definido el derecho militar como la excepción del derecho; no está sujeto a ninguna regla. En donde hay

- —"Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice" (art. 15). La redacción es original de los constituyentes de 1853.
- —"Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición" (art. 22). Su fuente inmediata es el proyecto de Alberdi, y lejana, el de la Asamblea de 1813.
  - -- "La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar

eiército debe haber disciplina y subordinación, y entonces, los hombres van sacrificando la libertad, la vida, y consagran todo lo que tienen a la salvación de la causa: el militar no está amparado por la ley común. Así está definido el derecho militar". La misma polémica se suscitó en 1864, en el Congreso Nacional, al debatirse el proyecto de ley, finalmente sancionado, de abolición de la pena de azotes. El diputado JOAQUÍN GRANEL, uno de sus autores, sostuvo en la sesión del 29 de julio: "Todos los criminalistas han demostrado con la claridad de la experiencia que la pena de azotes es mala en sí, porque ella no sirve a los propósitos que tiene por objeto la penalidad. La pena de azotes es siempre injusta, inmoral e infamante... El art. 16 de la Constitución, establece la igualdad ante la ley, y no reconoce fueros ni prerrogativas en ninguno de los habitantes... La pena de azotes se aplica en nuestro ejército de una manera que constituye una violación de esta disposición constitucional que es el fundamento de nuestro sistema de Gobierno; la pena de azotes sólo se aplica a los soldados, pero en ningún caso se hace extensiva a los Jefes u Oficiales, aunque se hubiesen hecho reos de los mismos delitos... Por otra parte, el art. 18 de la Constitución Nacional, ha prohibido terminantemente este género de castigo". JUAN A. GARCÍA (PADRE) opinó en cambio: "consultando opiniones muy respetables, encontrábamos que la existencia del ejército en sí mismo, era la excepción del derecho; que los militares no podían estar sujetos a las leves comunes, que la prescripción constitucional consignada en el mismo artículo que prohibe la aplicación de la pena de azotes no era aplicable a los soldados del ejército". La ley 94 prohibió finalmente a toda autoridad civil o militar el uso de esta pena y declaró a su aplicación delito de acusación pública. SAN MAŘTÍN, siendo Protector, había abolido la pena de azotes en el Perú, salvo para los esclavos, por decreto del 16 de octubre de 1821.

las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a su& parientes de cualquier grado" (art. 103). Esta disposición que no aparece en los precedentes patrios, fue tomada por los constituyentes de 1853 de Ja Constitución de los Estados Unidos (art. III, sección 3).

- —"El Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas provinciales a los Gobernadores de Provincias, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de Gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria" (art. 29). Original de los Constituyentes de 1853,
- —"El Presidente de la Nación... Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción Federal, previo informe del Tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados" (art. 86, inc. 6). Su antecedente inmediato es la Constitución de 1826 (§ 61).
- —"Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por Jurados, luego que se establezca en la República esta institución" (art. 102). Ver § 89 y § 91.

Consagrados estos principios fundamentales en la Constitución Nacional, y a la espera de la sanción del Código Penal (1886), se plantearon en el país, a nivel nacional y provincial, tres apasionantes cuestiones relacionadas con el derecho penal, bajo el impulso de la Escuela Clásica. Las tres grandes cuestiones fueron: la abolición de la pena de muerte, la reforma carcelaria y el establecimiento del juicio por jurados.

## CAPÍTULO XI

## LA PENA DE MUERTE

## ÂNTECEDENTES DOCTRINARIOS.

64. Las iniciativas surgidas en el Río de la Plata, desde los primeros años del período nacional, en favor de la limitación o de la lisa y llana abolición de la pena de muerte reconocen como fuente inspiradora a los escritos de los filósofos y juristas de la Ilustración y de la Escuela Clásica. Entre los precursores de Beccaria, merece destacarse la influencia ejercida aquí por las obras de Montesquieu y Rousseau (§ 50). Las ideas moderadas de estos autores, partidarios de la aplicación restrictiva de la pena capital, fueron desbordadas por el Marqués de Beccaria en su célebre De los delitos y de las penas, libro en el cual, si bien aceptó la imposición de esta pena en casos extremos (cuando estuviese comprometida la seguridad de la nación y cuando la muerte del criminal fuese el único freno para impedir que los demás cometiesen delitos), lanzó a la vez —contra la misma— ataques demoledores como el siguiente: "Paréceme absurdo que las leyes, expresión de la voluntad pública, que abominan y castigan el homicidio, cometan uno también ellas y ordenen, para apartar a los ciudadanos del asesinato, el asesinato público". Y estas frases impresionaron más la mente de sus lectores que aquellas concesiones al castigo.

Después de Beccaria, ávidamente leído entre nosotros, otros autores siguieron sus pasos, inclinándose unos

por la abolición de la pena de muerte y otros tan sólo por su aplicación restringida. Entre los abolicionistas más radicales figuran Carlos Pastoret (De las leyes penales) y Jeremías Bentham (Tratados de legislación civil y penal, y Teoría de las penas) para quienes la pena de muerte era contraria a la humanidad y a la utilidad pública. Entre los moderados puede a su vez citarse a Cayetano Filangieri (La ciencia de la legisla\* ción), Juan Domingo Romagnoni (Memoria sobre las penas capitales), Peregrino Rossi (Tratado de derecho penal), el abate Gabriel Mably (Principios de las le\* yes), Juan Luis Lerminier (Filosofía del derecho) y, en fin, a Manuel de Lardizábal (§4). Estos tratadistas coincidieron en reconocer la legitimidad de la pena, en la necesidad de evitar su aplicación abusiva y en la esperanza de que en un futuro, más o menos próximo, no fuera ya menester recurrir a ella. Todos los autores mencionados, sin excepción, fueron atentamente leídos en el Río de la Plata a lo largo del siglo XIX.

### LA DOCTRINA NACIONAL HASTA 1853.

65. Más arriba nos ocupamos de la pena de muerte en el derecho indiano (§ 23 a 26) y de la intensificación de su aplicación en las décadas posteriores a 1810 (§ 54 y 62). Se llegó así a imponerla en situaciones no contempladas por el derecho anterior. Pero mientras en la legislación se perfilaba esta tendencia rigorista, en el plano ideológico predominaba la corriente inversa, acorde con el movimiento abolicionista universal, en su expresión moderada.

De la década de 1820 proceden las primeras manifestaciones doctrinarias que se conocen acerca de esta cuestión. En Buenos Aires el debate alcanzó un elevado nivel. Habiendo anunciado Rivadavia en 1821 el propósito de incluir dentro del plan de reformas de la

provincia a la pena de muerte, quedó abierta la discusión, que tuvo probablemente como primer opinante a Guret Bellemare (§ 56), con motivo de la presentación de su proyecto de Código Penal. No se sabe lo que dijo entonces, pero sí lo que diría pocos años después: no a la pena de muerte.

La opinión de Bellemare fue compartida por el profesor Pedro Somellera (§ 57), quien desde 1822 instruyó a sus alumnos de la Universidad de Buenos Aires en las ideas abolicionistas de Bentham. "Los patronos de la pena de muerte —enseñaba Somellera—, los impugnadores del célebre Beccaria, han gastado muchas páginas para probar que las supremas protestades tienen un inconcuso derecho sobre la vida del hombre. para poderlo privar de ella; pero. . . si ella no es necesaria, ni será conveniente, ni justa. Pero ella es necesaria, dicen, para quitar al delincuente el poder de repetir su delito; por esta regla sería necesario matar también a un frenético, como dice el ilustre Bentham: si pues a los frenéticos se quita el poder de dañar, conservándoles la vida; ¿por qué no podrá hacerse lo mismo con los delincuentes?... No es pues necesario. quitar la vida al hombre para el logro, de lo que la ley se propone: a menos costa, por medios más suaves, puede conseguirse: es de consiguiente superflua la pena de muerte: es injusta porque produce un mal, que podría evitarse sin riesgo de no lograrse el fin" 8.

Las enseñanzas de Somellera están además presentes en la disertación de su discípulo Florencio Várela intitulada *Discurso sobre los delitos y las penas*, pero no hasta el punto de ahogar su propio juicio, más práctico que el de su maestro y predecesor en la cátedra. "La pena de muerte es hoy umversalmente proscripta por la filosofía —sostenía Várela—, la gran cuestión debe

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Principios de derecho civil (Apéndice). De los delitos, Buenos Aires, 1958, p. 45-6, con estudio preliminar de VICENTE O. CUTOLO.

ser únicamente si es posible, si es ventajoso, o no, el aboliría". Y su respuesta fue, en las circunstancias de entonces, negativa.

En 1828 se suscitó en Buenos Aires una viva polémica en torno de este asunto. La inició el juez José Manuel Pacheco con la lectura en la Academia de Jurisprudencia de una disertación, hoy desconocida, contraria a la pena capital. Le replicó en el mismo foro el joven y talentoso abogado Valentín Alsina, de quien se dijo que fue el primero que defendió públicamente en Buenos Aires a dicha pena. A diferencia de Somellera, afirmó que "la pena de muerte es útil e indispensable en muchos casos; ya que los inconvenientes que pueda tener, son menores que los males que su extinción puede producir". La contrarréplica estuvo a cargo de Bellemare, pero el texto de su disertación tampoco se conserva. Dice sin embargo un contemporáneo que "sostuvo con talento v solidez la conveniencia de extinguir la pena capital".

El interior no fue ajeno a este debate. En 1823 se discutió en la Legislatura de Tucumán si un eclesiástico podía suscribir una ley, que se acababa de sancionar, que imponía hasta la pena de muerte a los perturbadores del orden. El dictamen de tres teólogos fue afirmativo, fundándose en que "tal imposición no se dirige al homicidio sino a la buena gobernación para que se eviten los delitos; y que la ley decreta penas sólo generalmente y no contra cierta o determinada persona" \*.

El mismo punto fue, empero, resuelto en sentido contrario, en 1832, por los clérigos miembros del Congreso encargado de la redacción del Reglamento Provisorio para la provincia de San Luis. Consta que al tratarse un artículo semejante a aquél "se retiraron diciendo: que

<sup>»</sup> MANUEL LEONDO BORDA, *Nuestro Derecho patrio en la legislación de Tucumán (1810-1870)*, Buenos Aires (Instituto de Historia del Derecho) 1956, p. 63.

el espiritu de sanidad de su carácter y ministerio no **les** permitía concurrir a la imposición de esa pena" 10.

En San Juan, en 1829, al alejarse del ministerio general Francisco Ignacio Bustos, pidió a la Sala de Representantes la abolición de la pena de muerte, en nombre de la humanidad, y su reemplazo por la de pérdida de la libertad, "...esta ley —decía— sería la prueba más clásica de la libertad en San Juan. Este pueblo dichosamente tendría el orgullo de ser la primera sección de América donde se viese erigido en ley este pensamiento...".

El interés por el tema no se apagó en ningún momento. Artículos periodísticos y tesis doctorales, embanderados en una y otra tendencia, dan testimonio de ello. Y desde Chile escribió Sarmiento en 1841 que la pena de muerte "empieza a chocar tan de lleno con nuestras ideas y nuestras costumbres, que ya no es un sueño de la filosofía la dulce esperanza de ver desaparecer un día, un día no lejano, estas matanzas legales que deshonran un siglo tan humano y tan filantrópico como el nuestro" un como el nuestro.

### LAS LEYES SANCIONADAS HASTA 1853.

66. En tanto la legislación ordinaria, de carácter empírico, en nada contribuyó al progreso de las ideas abolicionistas (por el contrario, amplió el número de los delitos castigados con la última pena), los ensayos constitucionales, más impregnados de doctrina que aqué-

JUAN P. RAMOS> El derecho público de las provincias argentinas. Con el texto de las constituciones sancionadas entre los años 1819 y 1913, t. I, Buenos Aires (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales) 1914.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Sistema penitenciario, p. 21, en Obras de D. F. SARMIENTO. Publicadas bajo los auspicios del Gobierno Argentino, t. X, Buenos Aires, 1896.

lia, se hicieron eco casi siempre de las nuevas ideas. En tal sentido, se advierten en esos textos dos clases de disposiciones: unas, dirigidas a limitar la imposición de la pena capital por los tribunales, y otras, a evitar la ejecución de tales sentencias por medio del indulto del poder ejecutivo. Disposiciones de esta última clase se repitieron, con ligeras variantes, en todas las constituciones y reglamentos del período.

Ejemplo de disposición limitativa para los tribunales es el siguiente: "El código criminal limitará, en cuanto sea posible, la aplicación de la pena capital. ínterin esto llega, los tribunales de justicia procurarán economizarla, conmutándola con destierros\*y trabajos públicos" (Proyecto bonaerense de 1833, art. 147).

En cuanto al indulto, ya bajo la forma de suspensión de sentencia, conmutación o perdón, lo reconocen las constituciones entre las atribuciones del gobernador,, como gracia susceptible de otorgar con motivo de algún fausto acontecimiento o cuando existían poderosos motivos de equidad (§67).

Entre las leyes de estos años es de destacar el decreto del director provisorio Urquiza, del 7 de agosto de 1852, el cual, "deseando que toda la República se ponga en este punto a la altura de los principios de civilización y humanidad que hoy rigen al mundo", proscribió la pena de muerte por delitos políticos, salvo cuando los criminales hubieran atacado con armas la seguridad pública o la autoridad de los gobiernos y cuerpos constituidos, disposición que en su primera parte fue recogida por la Constitución Nacional (art. 18).

## LA PRÁCTICA JUDICIAL.

67. Las normas del derecho indiano destinadas a conmutar la pena de muerte por otras menores y a evitar los abusos de los tribunales inferiores en su aplicación (§ 24 y 8, respectivamente), siguieron en vigor. Varios documentos del período patrio ratificaron su vigencia, a partir del Reglamento Provisorio de 1817, a cuyo tenor, si las sentencias en causas criminales deben ser pronunciadas por el texto expreso de la ley, "no se entienden por esto derogadas las Leyes que permiten la imposición de las penas al arbitrio prudente de los Jueces según la naturaleza y circunstancia de los delitos; ni restablecida la observancia de aquellas otras, que por atroces e inhumanas ha proscripto o moderado la práctica de los Tribunales superiores" (sección 4, cap. 3, art. 14).

El deber de los jueces inferiores de consultar sus sentencias de pena capital, de azote, presidio o vergüenza, fue asimismo reiterado, ya en leyes fundamentales (Reglamento Provisorio de Córdoba, 1821), ya en leyes ordinarias (Reglamento de Administración de Justicia de Mendoza, 1834), ya en acuerdo de los propios tribunales superiores (Cámara de Apelaciones de Buenos Aires, 2 de abril de 1821).

Pero como, por otra parte, según se dijo en el apartado anterior, nuevas leyes extendieron la aplicación de la última pena a delitos hasta entonces exentos de ella, el resultado fue que las tendencias opuestas se compensaron. Unos, como el camarista porteño —que hacía de fiscal— Eduardo Lahite, defendía su imposición en 1840 a un homicida que había matado dominado por los celos "pues el hombre no es una fiera que sin precedente motivo acomete al que se le presenta; la ira, la venganza, el odio, y todas las demás pasiones que humillan la razón lo mismo que los celos, serían otras tantas armas defensivas, que amparasen al homicida contra las Leyes, y las penas que éstas han sancionado".

Otros en cambio usaban del arbitrio para conmutar la pena de muerte que correspondía aplicar, por otras menores, como el juez salteño Juan José González y Ahumada, en 1830, apoyado en la opinión del fiscal de la necesidad de "economizar la sangre americana".

En general, se siguió considerando justificada la pena, teniendo en vista el fin intimidatorio. Para su mayor éxito, Bernardino Rivadavia, como presidente de la República, dictó el decreto del 5 de abril de 1826, ordenando la publicación de estas sentencias. Pero hasta para la consecución de este propósito, advertía Manuel Insiarte en 1822 que siendo la de muerte "la más ejemplar de todas las penas, y para que el público con los ejemplos repetidos que se le presentan no se habitúe con ella perdiendo su ejemplaridad, debe economizarse mucho".

Aun cuando escrito en Chile, en 1841, puede aplicarse a nuestro país el siguiente párrafo de Sarmiento: "No obstante el rigor de nuestras leyes españolas y el interés de verlas respetadas, los tribunales han arrancado centenares de víctimas a la cuchilla de la ley, que parece mostrarse ávida de cabezas humanas. En éste como en otros puntos, la conciencia del ciudadano pugna con la rigidez de los deberes del juez, y la sociedad que esta lucha presencia, dá su tácito asentimiento cada vez que las indulgencias del primero se sobreponen al texto frío de la ley escrita".

# LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES.

68. Los constituyentes de 1853 no se pronunciaron sobre la imposición de la última pena en causas comunes. Ratificaron el decreto de Urquiza que aboliera la pena de muerte por causas políticas (§ 66) ya continuación—tomándolo del proyecto de Alberdi— abolieron también "las ejecuciones a lanza o cuchillo" (art. 18), cláusula ésta derogada en 1860 por considerar que "era vergonzoso conservar esas palabras, y que hoy no pue-

den existir hombres tan bárbaros para quienes sea necesario establecer esa prescripción". Alberdi no se había declarado por la supresión, en todos los casos, de la pena de muerte y lo mismo hicieron los congresales de Santa Fe de 1853. En cuanto a los reformadores de 1860 no innovaron en este punto.

Las constituciones provinciales, dentro de la esfera de su competencia, adoptaron disposiciones tendientes a limitar la aplicación de esta pena. Todas dotaron al poder ejecutivo de la atribución de indultar, suspender o conmutar la pena capital por delitos sujetos a la jurisdicción provincial, previo informe del tribunal respectivo y salvo casos exceptuados por las leyes. El gobernador mendocino Pedro P. Segura, según su biógrafo Lucio Funes, pidió autorización a la Legislatura para indultar a un reo del robo de una vaca, manifestando que los tiempos habían cambiado y que no era posible aplicar penas tan severas a delitos que podían considerarse poco graves, y que había necesidad de ponerse a tono con la corriente civilizadora y cultural de que estaban imbuidos los poderes federales. Hubo varias constituciones que, además, extremaron los requisitos para que fuera procedente la aplicación de la pena, exigiendo la unanimidad de votos del tribunal o corte de justicia (San Juan 1878. art. 131; Córdoba 1883, art. 6; Santa Fe 1900, art. 111). La Constitución entrerriana de 1883, exteriorizó su oposición, mandando que "mientras que la pena de muerte sea conservada en la legislación penal, ella no podrá ser aplicada sino por unanimidad de votos en todas las instancias" (art. 35), y coincidentemente la Constitución puntana de 1905, además de requerir la misma unanimidad, estableció que el superior tribunal, formado ordinariamente por tres miembros, se integrara en estos casos con dos abogados de la matrícula por sorteo (art. 109).

La tendencia constitucional hacia la reducción de la pena de muerte era, pues, manifiesta.

EL PROCESO ABOLICIONISTA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES <sup>13</sup>.

69. La derrota en 1853 del jefe federal Hilario Lagos, alzado contra el gobierno separatista de Valentín Alsina, produjo entre otras consecuencias el procesamiento, condena a muerte y ejecución de varios mazorqueros (Ciríaco Cuitiño, ¡Leandro Alem, etc.) de la época de Rosas. La opinión pública reclamaba venganza y el Superior Tribunal de Justicia, presidido ahora por Alsina, adelantándose a la sentencia, por acuerdo del 23 de diciembre de 1853, recordó que la pena capital, además de la expiación, perseguía el escarmiento, y que a esos efectos un sacerdote, a presencia del mismo patíbulo e inmediatamente después de la ejecución, exhortaba antes al pueblo para que se aprovechase de aquel ejemplo palpitante, y considerándola buena práctica, resolvió restablecerla, especialmente en esas circunstancias en que había que castigar las pasiones brutales de los mazorqueros y los resultados de la antisocial institución que los reunía. Este fue el punto en el que la opinión favorable a la última pena llegó a su culminación.

Pero ya durante el trámite de estos procesos se manifestó, por medio del abogado defensor Marcelino ligarte, la idea opuesta, que en los años sucesivos iría ganando más y más adeptos hasta imponerse finalmente, ligarte calificó de ilegítima a la pena de muerte por no satisfacer las condiciones filosóficas de la penalidad: no dejar lugar a la enmienda del culpable y ser innecesaria, porque la garantía de la no repetición de los hechos criminales que se juzgaban no estaba en ella sino en la conciencia de que el tiempo de los tiranos había pasado.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> ABELARDO LEVAGGI, La pena de muerte en el derecho argentino precodificado. Un capítulo de la historia de las ideas penales, en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, núm. 23, Buenos Aires, 1972.

La primera exteriorización oficial del sentimiento de repugnancia a esta pena, que ganaba a la sociedad, la dio el mismo Tribunal de Justicia al confirmar el 29 de agosto de 1854 acuerdos anteriores que obligaban a los jueces inferiores a consultarle, antes de su ejecución. las sentencias de pena corporal (§ 67). Por otra parte, desde ese mismo año, el Poder Ejecutivo provincial hizo uso de la atribución que le confería la Constitución estadoal (también de 1854), de "conmutar la pena capital, previo informe del Tribunal, mediante graves y poderosos motivos, salvo los delitos exceptuados por las leyes" (art. 108). Se consideraron delitos exceptuados a los castigados por los tribunales de justicia con pena de muerte con la calidad de "aleve" (delitos alevosos). Pero era tan fuerte el espíritu de indulgencia que primaba, aun en casos de esta clase, que ante uno de ellos, e invocando la firma del tratado de paz de 1854 con la Confederación, el Gobierno decidió suspender la ejecución de la sentencia y presentar un proyecto de ley de conmutación de la pena, que aprobó la Legislatura "en nombre de la paz y de la humanidad".

70. Otro paso importante en contra de la pena capital lo dio la provincia a raíz del proceso y condenación, en 1856, de Clorinda Sarracán de Fiorini, como instigadora y cómplice de la muerte de su marido. El trámite de la causa fue seguido con vivo interés por la opinión pública, a la que mantenía constantemente informada la prensa porteña que, en el caso del influyente periódico El Nacional exclamaba: "la severidad de las leyes aplicadas por los tribunales, pugna con los principios humanitarios de nuestra civilización, que tendiendo a la abolición de la pena de muerte, en un término más o menos remoto, proclama por una reforma penal que la reduzca a los casos de una necesidad extrema. La ley que impone a la mujer la pena de muerte será derogada indudablemente. . . Entretanto la cabeza de Clorinda

Sarracán va a caer por mandato de una ley, próxima a desaparecer de nuestros códigos... La conciencia pública no contemplaría en la pena el castigo del crimen sino la crueldad de la ley, y sería perdido para la sociedad el efecto moral del escarmiento".

Reunidas las Cámaras legislativas en sesión extraordinaria para tratar la conmutación de la pena, y a fin de evitar en el ínterin su cumplimiento, comunicaron al Gobernador "que se suspendan los efectos de la sentencia" hasta fanto resolviese. La medida era inconstitucional, porque avanzaba sobre los fueros del Poder Judicial, pero el deseo de evitar tres ejecuciones- (la de Clorinda Sarracán y sus dos cómplices) pudo más que la letra de la Constitución. Como consecuencia de la comunicación de las Cámaras, el Tribunal de Justicia tomó una determinación más avanzada todavía: este estado de vacilación en que se encuentra el Tribunal, ignorando la extensión y trascendencia que sobre el estado actual de nuestra Legislación penal, puede tener la resolución de la Honorable Asamblea, pues no es de su competencia la interpretación de la Ley, sino su aplicación a los casos ocurrentes, debía suspender la vista de las causas en que los reos son condenados a muerte en la primera instancia, como en las que en adelante entrasen de igual género, hasta tanto resolviese la Honorable Asamblea la duda que motiva este acuerdo". Según esto quedaba suspendida la ejecución de las sentencias que contenían pena de muerte.

El 28 de setiembre de 1857 el Poder Legislativo bonaerense sancionó la ley que autorizaba al Ejecutivo para conmutar la pena de muerte con calidad de aleve a que habían sido condenados Clorinda Sarracán y sus cómplices por la de diez años de reclusión o presidio. Además mandó al Tribunal Superior de Justicia que conociera y fallara las causas pendientes, sin que en ningún caso pudiera suspender por sí su curso ordinario. Inmediatamente después las Cámaras se abocaron a otro proyecto, tendiente a minorar los casos de aplicación de la última pena. Tras varias vicisitudes, pero entre manifestaciones casi unánimes contra la pena de muerte, fue aprobado el 20 de junio de 1859. Por él, cuando las sentencias pronunciadas en primera y segunda instancias no estaban conformes en imponer la pena de muerte, sólo podría aplicarse por unanimidad de votos de la Sala que conociera en último grado, integrada con todos sus miembros, y si en las dos primeras instancias no se la había impuesto, no podía hacerlo la Sala. Además, prohibió la vieja práctica de suspender en la horca los cadáveres de los ejecutados.

Para eliminar los últimos obstáculos que condicionaban la facultad de conmutar o indultar del Poder Ejecutivo, la Legislatura dictó el I<sup>9</sup> de agosto de 1868 la ley por la cual quedaron derogadas —a esos efectos—las leyes sobre delitos exceptuados del perdón. En un segundo articulo se extendió a veinte años el máximo de la pena de presidio, que era hasta entonces de diez, para que pudiera ser aplicada en sustitución de la pena capital. Ese fue el espíritu que guió a los legisladores. Lo dijo claramente Marcelino ligarte: "Creo que la sanción de este proyecto es muy poco menos que la abolición definitiva de la pena capital". Sin embargo, un proyecto formal de abolición de la pena de muerte, como fue el presentado en 1870 por Pedro Goyena, Bernardo de Irigoyen y otros, no tuvo aprobación.

(La misma tendencia restrictiva a su aplicación se notó en las demás provincias, ya al aumentar los requisitos para su imposición por los Tribunales de Justicia, ya concediendo mayores facilidades al Poder Ejecutivo para usar del derecho de conmutación o indulto.

A manera de balance, expresaba un autor en 1884: "Este es pues el estado de esta cuestión entre nosotros:

"—Abolida la pena de muerte para los delitos políticos por la Constitución Nacional.

- "—Reducida para los delitos comunes exigiendo además la Constitución de la Provincia de Buenos Aires la unanimidad en los miembros de la Suprema Corte para que ella pueda aplicarse; —igual "disposición establece la de Salta, San Juan, etc.
- "—Y abolida en la práctica como contraria a nuestras costumbres y como opuesta a nuestros sentimientos" 13.

## Los CÓDIGOS PENALES.

71. El proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor (§ 99 y 100) mantuvo esta pena fundado en que "ella es una necesidad actual de las costumbres, y de la escasez de nuestros medios de represión; y esto sólo debe bastar a justificar entre nosotros su conservación oara casos muy raros y con las pruebas más evidentes". Limitó su aplicación al homicidio carente de circunstancias atenuantes; eximió de ella a las mujeres, los menores de dieciocho años y los mayores de setenta, y prohibió su aplicación por solas presunciones y cuando el trámite de la causa excediera —sin culpa del acusado y estando detenido— de dos años. Por otra parte, no podía ejecutarse más de un reo por cada delito; si eran más, la suerte decidiría quién había de sufrirla.

El proyecto de Villegas, Ugarriza y García (§ 102) conservó casi todas las disposiciones del anterior. Su pensamiento fue el mismo: "La pena de muerte es una necesidad inevitable, dado el estado de la civilización presente, y su abolición gradual será sólo un resultado del adelanto en la educación del pueblo y de la perfectibilidad de los medios de represión que la sociedad posea".

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> ALFREDO M. GÁNDARA, *La pena de muerte*, p. 506, en *Revista Jurídica*, año 1, t. I, Buenos Aires, 1884.

Igual fue el criterio del primer Código Penal de la Nación (§ 103) y del proyecto de Pinero, Rivarola y Matienzo (§ 105). Estos últimos dijeron, sin embargo, en la exposición de motivos, que de acuerdo con el sistema adoptado "si el Congreso resolviera abolir la pena de muerte, la supresión de las disposiciones relativas en nada alteraría la economía del Código Penal".

El proyecto de Rodolfo Rivarola y otros, de 1906 (§ 107), fue más limitativo aún en la materia. No podía aplicarse esta pena tampoco por la sola confesión del reo, y necesitaba la concurrencia de las siguientes circunstancias: que la causa hubiera sido vista en todas las instancias señaladas por la organización judicial; que en todas ellas se hubiera decidido su imposición; que hubiera habido unanimidad de votos y tribunal pleno en los tribunales colegiados, y que el reo hubiera sido oído personalmente en audiencia por todos los jueces y tribunales. Además la Comisión proponía "para los homicidios, que hoy se castigan con la pena de muerte, la aplicación de ella o la de presidio por tiempo indeterminado, de modo que esta opción que se deja a los jueces, conducirá seguramente a restringir más la aplicación de dicha pena, y reservarla sólo para algún crimen verdaderamente atroz".

72. El segundo Código Penal de la Nación (§ 109) suprimió lisa y llanamente a la pena capital pero debiendo para ello vencer la oposición del Senado. Rodolfo Moreno, autor principal del proyecto, fundó la decisión en estos argumentos: "La supresión de la pena de muerte, verificada en el proyecto, tiene más carácter doctrinario que práctico, puesto que en el hecho las ejecuciones capitales se encuentran fuera de nuestro sistema represivo... Nuestro Código Penal menciona la pena de muerte, y no obstante haberse establecido para diversos casos de homicidio, las ejecuciones capitales se llevaron a cabo en contadísimas ocasiones. La ley de

reformas (4189) la prodigó, y a pesar de sus preceptos, después de su vigencia el número de ejecuciones no ha crecido. El hecho es revelador de lo que ocurre en la prácuca.

"Desde luego, las provincias, usando de la facultad de dictar las leyes de forma, han colocado en los códigos de procedimientos requisitos que dificultan la aplicación de la pena capital. Otros estados han atribuido al asunto tal trascendencia que tienen los preceptos limitativos en sus constituciones. De esta manera, la aplicación de esa pena no es uniforme, con lo que se contrarían los principios más elementales de la materia. Así, en la Capital Federal no se requiere para la condena que exista unanimidad de opiniones en los jueces llamados a fallar, sino en ciertos casos, mientras que ese requisito es esencial en algunas provincias.

"Merced a estas dificultades, al esfuerzo de los jueces para no condenar, ya que la mayoría es contraria a la pena de muerte, y la conmutación en último término, la ejecución no se produce. De manera que el mantenimiento de la pena en la ley tiene el inconveniente de ser un enunciado que evita la existencia de la pena que debe sustituir a la de muerte".

Y en el plano doctrinario sostenía Moreno: "El condenado debe vivir para reparar el perjuicio a la víctima y a su familia, debe devolver el mal que causó con los bienes que deriva de su acción y no imponérsele la deserción forzosa que significa su eliminación definitiva... La ciencia penal conviene en que hay sujetos más peligrosos que otros, y sostiene que existen algunos incorregibles o, por lo menos, considerados como tales. Lo difícil es decir, sin embargo, no en la teoría, sino en la práctica, cuáles son los incorregibles, o, más bien, cuándo se está en presencia de un sujeto que no podría, sometido a cualquier régimen, ser objeto de modifica-

ción. El diagnóstico es científicamente imposible, de manera que no puede afirmarse que sea necesario matar; lo que procede es tomar medidas para que el delincuente deje de ser peligroso y cumpla con sus deberes sociales".

## CAPÍTULO XII

## EL SISTEMA CARCELARIO

#### ANTECEDENTES DOCTRINARIOS.

73. Los derechos de raigambre romana, como el castellano-indiano, no consideraron a la sola prisión o encierro como pena, pero se valieron de ella como medio necesario para que el reo prestase determinados servicios al rey o a la comunidad, trabajando en las galeras, en las minas, en las fortificaciones o arsenales, en las obras públicas. Esta reclusión no podía ser, en principio, sino temporaria (§ 31). Cuando la gravedad del delito no se compadecía con este régimen penal, se aplicaba la pena mayor, que era de muerte.

Beccaria, como otros ilustrados, en tren de constreñir el uso de la pena capital, y espejándose en el derecho canónico, el cual, a diferencia del romano, sí había adoptado a la cárcel perpetua como pena, sostuvo la conveniencia —virtudes y eficacia— de la prisión prolongada.

"No es el espectáculo terrible, pero pasajero, de la muerte de un malvado —afirmaba—, sino el prolongado y doloroso ejemplo de un hombre privado de su libertad, que se ha convertido en bestia de carga para resarcir con sus fatigas a la sociedad que ofendió, lo que constituye el freno más potente contra los delitos... muchos miran la muerte con faz tranquila y firme, quien por fanatismo, quien por la vanidad que acompaña al hom-

bre más allá de su tumba, quien por hacer la última y desesperada tentativa de dejar de vivir o de salir de la miseria; pero ni el fanatismo ni la vanidad perduran entre cepos o cadenas, bajo el bastón o el yugo, o en jaulas de hierro, pues el desesperado, lejos de terminar allí sus males, los comienza".

Lardizábal, dando un paso adelante hacia el humanitarismo penal, abogó por la creación de casas de corrección en las que pudieran "establecerse varios trabajos, castigos y correcciones en bastante número para aplicar a cada uno el remedio y la pena que le sea más proporcionada y de esta suerte se conseguirá sin duda la corrección de muchos".

Otro de los padres de la Ilustración y lectura familiar de los hombres cultos de fines del XVIII y del siglo XIX fue Filangieri, quien admitió asimismo entre las penas a la condenación a cárcel o a trabajos públicos; la primera sólo para culpas leves, en lugar distinto al de los procesados v empleándose "una parte del día en instrucciones morales oportunas para inspirar horror a los delitos y mostrar sus funestas consecuencias y otra en la lectura del código penal".

A su vez. el tan discutido Bentham fue el inventor, en 1791, del sistema carcelario del "panóptico" o radial, por el cual era posible, desde el centro de una casa de corrección o prisión, en el que se erigía una torre, vioilar a todo el establecimiento, cuya planta era similar a la rueda de un carro, o sea con pabellones convergentes a ese centro. Además de las ventajas que en materia de seguridad ofrecía el "panóptico", serviría según Bentham para guardar a los presos con más economía y para "operar al mismo tiempo su reforma moral ~on medios nuevos de asegurar su buena conducta y de proveer a su subsistencia luego de su liberación".

Pero si cada uno de estos autores hizo algún aporte significativo para la mejora de las cárceles, quien los

aventajó en este preciso campo fue su contemporáneo Juan Howard (1726-1790), quien, habiendo sufrido en carne propia, en Francia, los padecimientos de una prisión, inició la prédica reformista que habría de plasmar en su libro *Estado de las prisiones*. En él propuso un sistema de tratamiento de presos basado en la enseñanza religiosa, el trabajo, la higiene, la disciplina, la educación y el aislamiento absoluto, que luego adoptaría la Penitenciaría de Filadelfia.

74. No debe pensarse, sin embargo, que antes del siglo XVIII nadie se hubiera interesado por la situación de las cárceles, Fray Bernardino de Sandoval y el valenciano Tomás Cerdán de Tallada, del siglo XVI, ya se habían ocupado en sus fundamentales obras *Tratado del cuidado que se debe tener de tos presos pobres*(1563) y *Visita de la cárcel y de los presos* (1574), respectivamente, de estos problemas, con espíritu cristiano. Y lo mismo puede decirse de la notable ley de Partida (VII, 29, 11) que es antecedente directo, en este punto, del art. 18 de la Constitución Nacional, y que merece ser conocida en toda su extensión:

Muévense los hombres a buscar mal los unos a los otros, por malquerencia que tienen entre sí: y esto hacen algunos aveces contra aquellos que son presos, dando algo encubiertamente a aquéllos que los tienen en guarda, para que les den mal de comer, o de beber, y que les den malas prisiones, y que les hagan mal en otras maneras muchas; y los que de esto se ocupan, tenemos, que cometen muy gran yerro, y toman mala venganza sin razón. Que la cárcel debe ser para guardar a los presos, y no para hacerles daño, ni otro mal, ni darles pena en ella. Y por ende mandamos, y prohibimos, que ningún carcelero, ni otro hombre que tenga presos en guarda, que no sea osado de hacer tal crueldad como ésta, por precio que le den, ni por ruego que le hagan, ni por malquerencia que haya contra los presos, ni por amor que haya a los que los hicieron prender, ni por otra manera que pueda ser. Que asaz tienen con 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 obrase contra lo que en esta ley está escrito, el juez del lugar lo debe hacer matar por ello: y si fuere negligente en no querer escarmentarlo, debe ser privado del oficio, como hombre de mala fama, y recibir pena por ende, según el Rey tuviere por bien. Y a los otros que hacen hacer estas cosas a los carceleros, débenles dar pena según su albedrío.

### EL PROBLEMA CARCELARIO ENTRE 1810 Y 1853.

75. Las cárceles ríoplatenses habían adolecido desde siempre de graves deficiencias estructurales, al punto de haber sido un constante motivo de preocupación de los cabildos indianos, bajo cuya jurisdicción se encontraban. No sólo la mayoría de los edificios destinados a ese fin padeció a menudo de vicios capitales de construcción, que hacían más probable la fuga de los detenidos que su permanencia en ellas, sino que en varios lugares ni siquiera las había que merecieran ese nombre, razón por la cual, o se imponía a los imputados la pena inmediatamente, sin guardar las formas jurídicas, o bien se los trasladaba a otras ciudades, que contaran con locales menos inseguros.

En la época patria hubo, desde temprano, quienes, inspirados en las enseñanzas de los autores modernos, proclamaron la necesidad de reformar el sistema de cárceles, como contrapartida de la reducción de la pena de muerte. Así en 1816, en un "diálogo imaginario", el periódico *La Prensa Argentina* (18 de junio de 1816) presentaba, por obra de un personaje fantástico llamado a realizar el sueño de la reforma, a la cárcel de Buenos Aires "dividida en departamentos, en cada uno de los cuales había un taller de un ejercicio diferente. Así, el sastre que entraba, iba a trabajar constantemente a la sastrería, el carpintero a la carpintería etc. y los hombres sin oficio se ocupaban en el servicio general y

particular de la casa, o en preparar materias primas. De suerte que, ganando cada preso un jornal, pagaba sus costos de cárcel, y le quedaba un remanente para socorrer su familia, o para cuando se hallase en libertad: cortando al mismo tiempo en su raíz la molicie y sus vicios inherentes, y desterrando la asquerosidad que en día debe observarse".

76. Mientras esto se decía en Buenos Aires, San Martín en Mendoza llevaba a la práctica propósitos inspirados en los mismos principios <sup>14</sup>. Poseía en su biblioteca el Libertador las obras de Lardizábal, Filangieri y Bentham y no ignoraba a Beccaria. Como gobernador de Cuyo, estableció una casa de recogimiento para mujeres de vida disipada, que se ocuparían de la confección del vestuario para el Ejército, y se interesó por la situación de los presos, que sólo recibían del cabildo una comida cada veinticuatro horas.

"Aquel escaso alimento —decía San Martín— no puede conservar a unos hombres, que no dejan de serlo, por considerarlos delincuentes. Muchos de ellos sufren un arresto precautorio sólo en clase de reos presuntos. Las cárceles no son un castigo sino el depósito, que asegura al que deba recibirlo. Y ya que las nuestras por la estúpida educación española están muy lejos de equipararse a la policía admirable que brilla en la de los Países cultos; hagamos lo posible por llegar a imitarles. Conozca el Mundo, que el genio Americano abjura con horror las crueles habitudes de sus antiguos opresores, y que el nuevo aire de libertad que empieza a respirarse, extiende su benigno influjo a todas las clases del Estado". Estas últimas expresiones hay que interpretarlas dentro del contexto de la guerra por la independencia

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> J. CARLOS GARCÍA BÁSALO, San Martín y la reforma carcelaria. Aporte a la historia del derecho penal argentino y americano, Buenos Aires (Arayú) 1954.

que San Martín venía librando y para la cual no cabía reconocimiento alguno de méritos al enemigo. Como Protector del Perú, proseguiría el Libertador su obra de reforma carcelaria.

- 77. Recordamos que la década de 1820 fue propicia en Buenos Aires para la difusión de las ideas ilustradas. Somellera, desde la cátedra de derecho civil de la Universidad, fue uno de sus propagadores.
- "... el pie en que están montadas nuestras cárceles -enseñaba-, hace que tal pena no sea conveniente entre nosotros; pues lejos de servir para la corrección, y enmienda del delincuente, ella traería su empeoramiento, haciéndole más depravado: la ociosidad absoluta en que yacen nuestros presos hace la pena demasiado costosa; con la ociosidad se entorpecen, y enervan las facultades físicas del hombre, hasta poder llegar el caso de perderlas a fuerza de no usarlas. Si consideramos esta pena con relación a la moral, atento el estado de nuestras cárceles, destinar a ellas un hombre sería mandarlo a la escuela de la corrupción: —allí mezclado con los asesinos, con los ladrones, con los malvados en todo género, no podrá menos que contagiarse, y salir más corrompido que entró, en vez de salir corregido. Cuando logremos poner nuestras cárceles en el estado, en que se hallan en otras partes, podremos enriquecer nuestra farmacia legal con el específico del encierro, mientras tanto debemos olvidarnos de la pena crónica de cárcel".

Quien sometió a la consideración de los argentinos las últimas conquistas europeas en materia carcelaria fue Bellemare, en su mencionado *Plan general de organización judicial para Bnenos Aires* (1828). Con la aprobación —según decía— de "los filósofos y la filantropía de los norteamericanos", propuso en lugar de la sola prisión, que fastidiaba y no mejoraba al delincuente, empezar una nueva educación moral y física,

para reponer al penado en la esfera que le correspondia dentro de la sociedad. iLas cárceles debían estar divididas en dos grandes espacios, uno para hombres y otro para mujeres, espacios que "considerados como hospitales, tendrán por enfermeros guardianes, y por médicos, maestros de artes, profesores y eclesiásticos". Los espacios estarían subdivididos según el grado de peligrosidad, para que los que estuvieran poseídos de un "mal contagioso" no lo pudieran transmitir a los demás.

Los reglamentos de las cárceles debían —a su juicio determinar las recompensas y los trabajos, los medios o pruebas que el preso tenía que dar para esperar una mejora de su suerte, una conmutación de pena o una gracia absoluta. Esto debía alcanzar aún a los condenados a perpetuidad. Por otra parte, era necesario que el preso pasase su tiempo útilmente, instruyéndose en la moral cristiana, en la lectura, la escritura y las lecciones de un arte. Igualmente aconsejaba alentarlos al trabajo y dividir su producto: parte para su propio alimento, parte para los 'gastos de administración y una tercera parte depositarla para restituírsela al tiempo de su salida. Se ocupaba finalmente de las condiciones ejemplares que debía reunir el alcaide de la cárcel, del aseo y del castigo de los presos. Es decir, un cuerpo de ideas tan novedoso en el país como difícil de llevar a la práctica, sobre todo oor falta de los medios económicos indispensables, en Buenos Aires, y con mayor razón en el interior.

78. Unos años después Alberdi, en el *Fragmento* preliminar al estudio del derecho (1837), insistía en la sabiduría y eficacia del moderno sistema penitenciario, al que calificaba de "el más justo, humano, racional, eficaz y más vecino de la perfección del arte sansitivo" (de la sanción). Creía en la posibilidad de la corrección, aunque lenta, del delincuente, partiendo de la premisa de que "el malo es un enfermo tristemente despotizado por la habitud de un alimento nocivo, de que no tiene la fuerza de renunciar".

Desde Chile, también Sarmiento se ocupó del problema de las cárceles. Consideraba como "una de las necesidades imperiosas de nuestra época" a la mejora de los presidios. Preconizaba que se confiara su dirección a hombres filántropos, con instrucción v conocimiento de las dificultades que envuelve el mantenimiento de la moral y del orden entre seres desgraciados "cuya depravación puede ir a recibir allí la última mano que la haga del todo incurable". Destacaba en tal sentido la existencia de hombres que "animados de piadoso celo por el interés de la sociedad, ensavarían sus fuerzas para hacer desaparecer cuando no fuesen más que algunos de los defectos de nuestros presidios, y la religión podría prestar sus auxilios, enviando misioneros permanentes, que ayuden con su caridad y sus consuelos a estos hombres extraviados, a salir de las vías de perdición que frecuentan". Recomendaba las colonias penales, al estilo de las inglesas, y aseveraba al respecto: "Nada ha probado mejor que las colonias penales, aquella verdad tan consoladora para la humanidad que establece que el hombre es arrastrado al crimen por la ignorancia, la miseria y la mala organización de las sociedades, más bien que por un invencible instinto de hacer mal" 15.

No dejaron de tomarse en este período algunas medidas aisladas tendientes a mejorar la situación de los presos, si bien ninguna llegó a satisfacer las exigencias mínimas del movimiento reformista. Generalmente fue en los reglamentos de las cárceles donde se insertaron normas destinadas a asegurar el buen trato de aquéllos y evitar la promiscuidad (por ejemplo el sancionado para Corrientes por decreto del gobernador Pedro Ferré, del 28 de febrero de 1826). En 1822 el gobernador

J5 ídem nota 11.

de Buenos Aires Martín Rodríguez declaró abolida la costumbre de salir en Semana Santa los presos de la cárcel a pedir limosna en los lugares públicos.

#### EL PERÍODO DE LA ORGANIZACIÓN NACIONAL.

79. La Constitución Nacional sólo trató del tema en el art. 18, basado en el decreto de seguridad individual de 1811 (pero, como señalamos poco antes, entroncado con la tradición castellano-indiana, § 74). Se lee allí que "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".

En cambio, nada dijo la Constitución acerca de las prisiones para los condenados. Que el concepto de "cárceles" no las comprendía es claro de acuerdo con el lenguaje de la época, eme seguía siendo el mismo del derecho anterior. "Es demasiado sabido para repetirlo —manifestaban Tuan Cruz Várela e Ignacio Núñez, redactores de El Centinela, el 2 de marzo de 1823— que las cárceles no son depósitos de delincuentes, sino de hombres prevenidos de crimen, pero cuya criminalidad aún no está averiquada. En esto se diferencian de los presidios y otros luoares, donde son remitidos los hombres, vencidos en juicio criminal, v convictos de un delito, a sufrir la pena de la ley. Es. pues, indudable que en las cárceles no debe procurarse otra cosa que la seguridad de los detenidos, v aue se les debe permitir cuanta franqueza y libertad sean compatibles con aquélla".

Algunas constituciones provinciales sí tomaron previsiones sobre el asunto. La de Corrientes de 1864 encargó al Gobierno el promover "a la brevedad posible... el establecimiento de una penitenciaría para la corree-

ción de los condenados a presidio" (art. 24). iLa de Buenos Aires de 1873 dispuso: "Las penitenciarías serán reglamentadas de manera que constituyan centros de trabajo y moralización" (art. 27), y la de Entre Ríos de 1903: "En las cárceles de la provincia se establecerá el trabajo en la forma que determine la ley, como medio de educación y perfeccionamiento de los detenidos, obligatorio para los condenados a presidio o penitenciaria y voluntario para los demás condenados y para los procesados" (art. 45).

Por su parte el gobernador de Tucumán Marcos Paz sostenía en su mensaje de 1859 que "la construcción de una penitenciaría adecuada a las ideas del siglo y de nuestras liberales instituciones debe ser el primer pensamiento de los representantes del pueblo".

80. En la provincia de Buenos Aires, también sobre este tema se creó un importante movimiento de opinión, resuelto a promover la "reforma de nuestras cárceles". Precisamente bajo este título Manuel Rafael García expuso en 1859 que "la ociosidad, el desaseo, el hambre, las asociaciones de hombres, mujeres y niños de toda clase, el rigor excesivo en medio de todos estos martirios, ahí está el origen del mal. Si la sociedad no encontrase suficiente estímulo para reformar sus prisiones en las más altas consideraciones del deber que severamente le imponen el de no poner la inocencia en contacto con la escuela del delito, el respetar la ignorancia sólo culpable, bastaría su propio interés para ser la más avisada del peligro y de la necesidad de remediarlo. . . Los cadalsos, los grillos, los calabozos contribuyen menos que una educación moral a disminuir las cifras aterradoras de las estadísticas criminales... Por lo menos, penetre la instrucción moral en el calabozo de los presos: respétese el pudor que impone el sexo, la edad y las condiciones morales de cada preso; entonces tendremos derecho para envanecernos de nuestra constitución" <sup>18</sup>.

Los debates sostenidos en la Legislatura acerca de la pena de muerte (§ 70) fueron ocasión propicia para que se ventilara el problema de las cárceles. Es que ambas cuestiones estaban relacionadas como las dos caras de una moneda. Sin la existencia de modernos edificios penitenciarios, la abolición de la pena de muerte seguiría siendo sólo una ilusión.

En 1854 había escrito Miguel Navarro Viola al respecto que "la cárcel perpetua... esa sublime penitenciaría de los Estados Unidos y de Chile, en la que se reúne, el trabajo, a la reclusión, debe reemplazar ya entre nosotros a la injusta, innecesaria e inútil pena de muerte" <sup>1T</sup>. Y en 1859 sostenía el senador Juan José Alsina en la Cámara, al tratarse uno de los proyectos limitativos de aquella pena: "Si este proyecto aboliese la pena de muerte, sustituyéndole la de prisión perpetua o temporal en una penitenciaría, según la naturaleza y gravedad del delito; la Comisión de Legislación, se habría sumamente complacido en adoptarlo, llenando así sus más ardientes votos y los del pueblo, por estar conforme a los principios sociales y humanitarios de nuestro siglo".

iLas ventajas del sistema penitenciario las venía exponiendo Carlos Tejedor desde su cátedra de Derecho Criminal de la Universidad de Buenos Aires, que asumiera en 1857. Testimonio de ello es el *Curso* que escribió para sus alumnos y en el que se lee que "la prisión cuando va acompañada del trabajo, es un castigo que presenta muchas ventajas. De aquí, el sistema penitenciario, creado no hace cincuenta años en Estados Unidos, y nuevo todavía en Europa. El fin de este

<sup>16</sup> El Foro, Revista de Legislación y Jursprudencia, Buenos Aires, 1859, p. 264.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Una palabra contra la pena de muerte, p. 19, en El Plata Científico y Literario, t. III, Buenos Aires, 1854.

sistema no es propiamente regenerar al culpable, sino impedir las reincidencias, imponiéndole hábitos de orden, e ilustrándole sobre sus verdaderos intereses. Los medios empleados son el trabajo en primer lugar, y en caso necesario el aislamiento".

81. Documento interesante de la época es el proyecto de ley del gobernador Mariano Saavedra, refrendado por su ministro Pablo Cárdenas, de 1864, sobre asignación de fondos para la construcción de una penitenciaría. "Vemos confundidos en las cárceles —afirmaba—, los procesados con los criminales de todos grados, condición, edad y aún sexo, sin repararse otra cosa que impedir su evasión, y agregando a esto la humedad de los calabozos, la difícil circulación del aire, el hacinamiento y hasta el desaseo de los presos... Y pasando del orden físico al moral, vemos las cárceles siendo forzosamente por la vida común de los presos, escuelas de enseñanza mutua para el vicio y el crimen... Actualmente nuestra Legislación fija en diez años la mayor duración de la pena del presidio; la falta de prisiones obliga a hacer cumplir las condenas en los nominales presidios de Martín García o Patagones, donde la fácil evasión hace que en realidad, más que presidios, sean lugares de libertad para los condenados. Esta deficiencia carcelaria, obliga a mantener nuestras duras leyes, que tanto prodigan la pena de muerte; y nuestros magistrados tienen que aplicarlas muchas veces estrictamente. El día que una penitenciaría haga de la pena de presidio una realidad; que en consecuencia nuestra legislación pueda establecer una justa graduación en la pena de presidio, habrá llegado el momento de minorar la imposición de la pena de muerte, esperando el deseado instante de su completa abolición".

Simultáneamente el diputado nacional Juan C. Camelino presentó un proyecto de ley de "construcción de una casa convenientemente dispuesta para la práctica

de un sistema penitenciario con arreglo a los principios más aventajados". Desde su habilitación quedaría abolida la pena de muerte en todo el territorio de la República, salvo para los delitos de traición a la patria.

## Los CÓDIGOS PENALES.

82. El proyecto de Código de Carlos Tejedor (§ 99 y 100) enumeraba cuatro penas de encierro: presidio, penitenciaría, prisión y arresto. Los sentenciados a presidio debían trabajar públicamente, en beneficio del Estado, llevando una cadena al pie, pendiente de la cintura o asida a la de otro penado, y serían empleados en trabajos duros y penosos, preferentemente exteriores. En cambio los sentenciados a penitenciaría la sufrirían en las penitenciarías —cuando las hubiere— o en establecimientos distintos de los presidios, con sujeción a trabajos forzosos dentro de ellos y sin cadena, excepto el caso de temerse seriamente una evasión.

El Código Penal de 1887 (§ 103) mantuvo la misma clasificación hasta que la ley de reformas 4189, de 1904, modificó la noción de la pena de presidio diciendo que se cumpliría "con trabajos forzados en establecimientos destinados al efecto". Desde entonces la pena de presidio pasó a ser de trabajos forzados en establecimientos especiales; la de penitenciaría, de los mismos trabajos en otros establecimientos, y la de prisión, de trabajos acordes con los reglamentos carcelarios. O sea las tres penas con el mismo régimen (salvo accesorias distintas) y con cumplimiento en diversos establecimientos. Esta era la teoría, porque en la práctica desaparecía la diversidad. De allí que el proyecto de Código de 1906 (§ 107) eliminara la pena de penitenciaría y que lo mismo hiciera el nuevo Código Penal.

## LA PENITENCIARÍA NACIONAL.

83. Por ley del 24 de agosto de 1870, la Legislatura de Buenos Aires aprobó la decisión del Poder Ejecutivo provincial, anticipada en el decreto del gobernador Emilio Castro, refrendado por el ministro Antonio E. Malaver, del 10 de julio de 1869, y ordenó la formación de los planos y presupuestos de un edificio de cárcel de detenidos y condenados, y de una cárcel penitenciaria, decreto en el que se declaraba "íntimamente convencido el Gobierno de la urgencia con que es reclamado el cumplimiento de la prescripción constitucional que establece que 'las Cárceles son hechas para seguridad, y no para mortificación de los presos' ". Sin embargo el decreto sólo se había referido a la construcción de una cárcel y a su posible transformación futura en penitenciaría. Por lo demás, este documento, obra del joven y talentoso ministro Malaver, estaba inspirado en las más modernas tendencias en materia de edificación carcelaria.

Recién en 1872, la ley 781 autorizó la construcción, de conformidad con los planos preparados por el arquitecto Ernesto Bunge. El costo de la obra, incluyendo muebles, útiles y vestuario, resultó ser de 48.451.634 pesos de entonces. El 22 de mayo de 1877 comenzó a funcionar el nuevo establecimiento bajo la dirección de Enrique O'Gorman. Al ser federalizada en 1880 la ciudad de Buenos Aires pasó a ser de propiedad de la Nación, convirtiéndose en Penitenciaría Nacional. Desde esa fecha recibió no sólo presos provenientes de los tribunales bonaerenses, sino también de los territorios nacionales y de provincias que carecían de cárceles seguras.

Para la distribución del edificio, sus proyectistas se inspiraron —como decía Antonio Ballvé, su gran organizador desde 1904— en la entonces célebre penitenciaría de Filadelfia (de sistema celular o de separación individual), pero adaptando su plan para servir al régimen de Auburn o mixto, es decir, de aislamiento noc-

turno absoluto y comunidad en el trabajo y la enseñanza. La construcción de los pabellones respondió al sistema radial de Bentham, con cinco pabellones independientes entre sí, de 120 celdas cada uno, convergentes a un mismo punto.

Cuando todavía el edificio no había abierto sus puertas, escribió Luis V. Várela, otro de los entusiastas del régimen penitenciario: "De la cárcel a la penitenciaría hay tanta distancia moral como del Capitolio a la Roca Tarpeya. ¡Y sin embargo, basta dar un paso para confundir la una con la otra! Todo el éxito de la institución, todo el resultado benéfico que de ella espera la sociedad, depende de la manera como ella sea organizada".

"La humanidad civilizada trabaja todavía por resolver el problema, cuya solución debe ser la mejor de las prisiones. Nosotros, a nuestro turno, estamos en el momento de hacer esa prueba. Si al abrir las puertas de la nueva Penitenciaría, tomamos al presidiario, como un simple condenado que debemos guardar, la institución está perdida, y, la promesa constitucional, sólo habrá quedado escrita. Si, por el contrario, miramos al preso, con la compasión que inspira la desgracia y con el egoísmo que engendra el deseo de utilizar su trabajo, habremos realizado, a la vez, la esperanza de la filosofía y el mandato de la ley" 18.

84. En su trayectoria tuvieron indudable influencia las enseñanzas de la Escuela Positiva, que asignaron fundamental importancia a esta clase de instituciones, que permitirían llevar a la práctica los principios de adaptación de la pena al delincuente y de reforma de éste por el trabajo y la instrucción (§111). No extrañará, pues, que fuera en los años de apogeo de esta

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> La cuestión penal. Estudio sobre el sistema penitenciario. Buenos Aires, 1876, p. III-IV.

ideología, durante el ministerio de uno de sus adeptos, Joaquín V. González, que el movimiento reformista concretara algunas de sus más caras aspiraciones.

En 1905 y 1906, bajo la dirección de Ballvé, se produjeron, en efecto, dos hechos trascendentales en la vida de la Penitenciaría: la reorganización de la escuela penitenciaria, que venía funcionando desde 1886, y sobre todo la fundación del Instituto de Criminología. Dirigido este Instituto desde 1907 por José Ingenieros, siguiendo los cánones del positivismo, se aplicó al estudio de los delincuentes en sus faces psico-orgánica, de desarrollo físico, intelectual y moral, condiciones de ambiente en que hubieran actuado, causas, pródromos y evolución de su estado psíquico hasta el momento del delito y durante la condena, y sus futuras actividades.

"... la reforma de los delincuentes —afirmaba Ballvé— no es una utopía, como lo pretenden algunos espíritus escépticos, ni una vana esperanza, sino una realidad, un hecho evidente, una verdad demostrada por la experiencia, y que, si bien es cierto que en el proceso de su desenvolvimiento se sufren a menudo reveses y desengaños, también lo es que se obtienen muchos triunfos halagadores, que estimulan y dan fuerzas para continuar sin desmayo una tarea que es obra de civilización y de humanidad" <sup>19</sup>.

El funcionamiento de la Penitenciaría bajo estas premisas, constatado por Enrique Ferri en 1908, lo llevó a escribir lo siguiente: "El director Ballvé ha sabido con inteligencia verdadera, humana, conservar del sistema celular lo que tiene de vital y útil integrándolo con una eficaz organización del trabajo industrial y aún agrícola, y animándolo con una disciplina psicológica verdaderamente admirable. Esta penitenciaría, antes que se

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> La Penitenciaría Nacional de Buenos Aires. Conferencia leída en el Ateneo de Montevideo el 22 de marzo de 1907, Buenos Aires, 1907, p. 222.

realicen los propósitos de la escuela criminal positiva, quedará como uno de los modelos, digno de imitación en todos los países civilizados".

Además, merece una mención especial la labor desarrollada en esta época por José Luis Dufíy al frente de la Cárcel de Encausados, en la que proyectó, en 1905, la creación de la Oficina de Estudios Médico-Legales, resuelta ese mismo año por el Poder Ejecutivo y destinada a presentar la historia completa de cada delincuente, con todos los datos que interesan a la ciencia criminal, a fin de posibilitar también la individualización de la pena (antes que el Código Penal adoptara el principio). Asimismo se debe a Duffy la iniciativa del patronato de liberados.

85. Del 4 al 11 de mayo de 1914 se reunió en Buenos Aires el Primer Congreso Penitenciario Argentino. Entre sus importantes conclusiones cabe señalar las siguientes recomendaciones:

Que para hacer efectiva !a penalidad, tanto en el orden nacional como en el provincial, deben crearse los siguientes establecimientos: a) Alcaidías policiales que perirátan la separación de los detenidos según sean menores de edad o se encuentren a disposición de los jueces de instrucción o de lo correccional o sean simples contraventores; b) Una cárcel de encausados en la Capital Federal; c) Una colonia correccional para menores y reorganización de la colonia de Marcos Paz; d) Una cárcel correccional de mujeres; e) Cárceles penitenciarias y colonias penales regionales en todos los territorios de la República, para el uso de la nación, de las provincias y de los territorios nacionales; f) Ampliación del presidio y cárcel de reincidentes de Ushuaia.

Que la reglamentación de la pena debe sujetarse a los siguientes principios; a) Separación de los delincuentes reincidentes de los primarios; menores de los mayores; por razón de sexo y de la naturaleza de ciertos delitos; b) Educación moral e instrucción común elemental e industrial concordante con las exigencias de

orden económico del medio social; c) Trabajo útil y compatible con la clase de pena y salud física y moral del penado; d) Adopción de medidas que importen motivos de estímulos regenerativos y mejoramiento progresivo de la condición del penado.

Estas recomendaciones fueron atendidas en el Código Penal de 1922.

86. No obstante sensibles avances, el problema carcelario, a nivel nacional, seguía siendo grave. Varios proyectos de ley bien inspirados no tuvieron sanción (proyectos del diputado del Barco de 1908, 1913 y 1916, y del diputado Arancibia Rodríguez de 1918, entre otros). No todas las provincias contaban con edificios penitenciarios y algunas de las cárceles existentes padecían serias deficiencias. Por otro lado cada provincia aplicaba su propio régimen; si el Código Penal era uno solo para todo el país, los regímenes carcelarios eran tantos como jurisdicciones había. Por eso podía escribir José Peco en 1920 que "en rigor de verdad la República Argentina carece de régimen carcelario. El caos prevalece sobre la uniformidad, la ociosidad sobre el trabajo, el desaliño sobre la limpieza, el desorden sobre la regularidad. Merced a la anarquía remante la justicia penal unitaria consagrada por la Constitución Nacional ha sido reemplazada por la justicia penal local implantada en las distintas cárceles. Urge dictar una ley nacional así por razones de justicia como por razones de defensa social"

Y todavía en 1929 afirmaba Eusebio Gómez que "la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires es el único establecimiento cuyas condiciones materiales consienten la implantación de un verdadero régimen penal". Si para abolir la pena de muerte había bastado con la decisión de hacerlo, para modificar el sistema carcelario, además de la voluntad era menester contar con medios aparentemente inaccesibles. Doble dificultad que postergó el cumplimiento del programa reformista.

## CAPÍTULO XIII

# EL JUICIO POR JURADOS

87. Vivo interés suscitó, durante todo el siglo XIX, la cuestión del enjuiciamiento criminal por jurados, por considerarse al sistema la más fiel expresión de la forma republicana de gobierno. Desde los primeros años, atraídos por las bondades que mostrara en los países anglosajones, nuestros publicistas abogaron por su adopción y hasta lo aplicaron en determinadas materias. Pero el tiempo fue transcurriendo, y a pesar de haber contado la institución con el alto respaldo de la Constitución Nacional, nunca llegó a ser practicada *in extenso* en el país. La sanción de los Códigos de Procedimientos y de las leyes orgánicas del Poder Judicial según el sistema tradicional de los tribunales de derecho, condujo al ocaso a un movimiento de opinión que a lo largo del siglo había demostrado notable vitalidad.

#### LA DOCTRINA HASTA 1852.

88. Desde temprano puede constatarse cómo la institución del jurado conquistó la voluntad del grupo dirigente, que llegó a considerarlo un atributo de la soberanía popular. Las instrucciones dadas a los Representantes de la Provincia de Buenos Aires ante el futuro Congreso General, en 1815, decían en tal sentido que debía asegurarse al pueblo el ejercicio de la soberanía

y reservarse por consiguiente "el poder judiciario, o de juzgar por jurados, de modo que jamás pueda verificarse que un ciudadano pueda ser desterrado, ni molestado en su persona, o en sus bienes, sino es por juicio de sus iguales".

Poco después, en 1818, iniciando una prédica periodística, que se haría particularmente intensa en la década de 1820, El Censor, que publicaban en Buenos Aires Antonio José Valdés y fray Camilo Henríquez, ilustraba a la opinión pública sobre el procedimiento del jurado y sus ventajas esenciales: "la independencia absoluta en que ponen la vida y propiedades de los ciudadanos: la certeza moral de que el acusado no puede tener en contra sino las pruebas que hubiere del delito, y de que en su condenación no pueden tener parte las pasiones. Su influjo saludable sobre la moral pública, en cuanto inspiran en los ciudadanos respeto a las leyes, de que se ven constituidos instrumentos, veneración a la santidad del juramento, de que ven depender la vida de los acusados, y de que otro día puede depender la de cada uno de ellos, o su libertad o haberes. Y en fin un respeto profundo, sin mezcla de temor u odio servil, a los jueces, que por medio de este admirable establecimiento de los juñes son órganos impasibles de la ley, y meros ejecutores de lo que dicta en cada caso la razón humana, reparada cuanto es posible de las imperfecciones y flaquezas con que se encuentra mezclada en cada individuo".

Las alabanzas al jurado le siguieron siendo tributadas en Buenos Aires y el interior. En Buenos Aires decía el singular fray Francisco de Paula Castañeda, en 1821, en su *Despertador Teofilantrópico*: "Desengáñense de una vez los sabios, y los ignorantes; desengáñense, y crean, que sin entablar sólidamente el juicio de jurados la tiranía y el despotismo remarán siempre, porque el estado o sea monárquico, o aristocrático, será administrado exclusivamente por los legistas que mataran, y sanarán a su arbitrio como lo han hecho centenares de siglos antes que Pilatos".

También en Buenos Aires, Guret Bellemare, como lo hiciera sobre otros aspectos del derecho penal (§56), abordó esta cuestión, declarándose decidido partidario del sistema. Varias páginas de su *Plan general de organización judicial para Buenos Aires* (1828) están dedicadas al jurado en Inglaterra, Estados Unidos y Francia y a la conveniencia de su aplicación en la Provincia. Proponía la constitución de dos jurados criminales, uno de acusación y otro de juicio; el primero encargado únicamente de acusar y el segundo de pronunciarse sobre la culpabilidad del acusado. Su formación se haría a la suerte de una lista integrada por ciudadanos capaces, que supieran leer y escribir, "de buena conducta, corazón recto y conciencia irreprobable".

Salió al paso, además, Bellemare, de una "funesta oposición" que le hacían ciertos magistrados y abogados, no bien penetrados de sus beneficios, o que por falta de práctica se espantaban de las dificultades que podía causarles la innovación.

Efectivamente, no faltaban quienes abrigaban temores acerca de la implantación del jurado entre nosotros. Un extranjero, el viajero inglés Alejandro Caldcleugh, escribía en 1821 que "quizás sea difícil encontrar un número suficiente de personas que puedan desempeñar esas funciones". Y lo propio hacía Juan Ignacio de Gorriti en sus *Reflexiones* (1836), proponiendo el ejemplo de Francia, donde Napoleón, antes de implantar el sistema, aceptó el consejo del jurisconsulto Cottu sobre la necesidad de preparar primero las costumbres de los franceses. "Reflexionen muy seriamente sobre este pasaje nuestros legisladores —decía Gorriti—, para pulsar con madurez toda la circunspección que deben dar a reformas que creen saludables, en pueblos con mucha menos cultura y menos morigeradas que la Francia".

#### LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES HASTA 1852.

89. Antes de la Constitución Nacional de 1853, otros textos y proyectos constitucionales incluyeron en su articulado cláusulas favorables al juicio por jurados. El Reglamento Provisorio de Córdoba, de 1821, prescribía que la administración de justicia seguiría los mismos principios, orden y método "entretanto las circunstancias de la provincia hacen aceptable y permiten establecer el sistema de legislación por jurados" (cap. XIX, art. 1), y el proyecto bonaerense de 1833, que "la legislatura establecerá en oportunidad el juicio por jurados" (art. 128).

'•Los proyectos constitucionales de 1813, de la Comisión formada por Pedro Agrelo y otros, y de la Sociedad Patriótica, confiaron a jurados el juicio criminal (cap. XXI, art. 22, y art. 175, respectivamente).

Las Constituciones Nacionales de 1819 y 1826 dispusieron, por su parte, en los respectivos arts. 114 y 164, que "el cuerpo legislativo cuidará de preparar y poner en planta el establecimiento del juicio por jurados, en cuanto lo permitan las circunstancias".

## LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y PROVINCIAL HASTA 1852.

90. No sólo hubo declaraciones doctrinarias y normas de futuro en punto al jurado, además se dictaron leyes operativas que permitieron ensayar la institución en determinados asuntos. El primero de los ensayos, y el que tuvo más larga vida, fue el *jurado de imprenta*, aplicado expresamente en todas las provincias. El decreto sobre libertad de imprenta del 26 de octubre de 1811 instituyó una Junta Protectora de la Libertad de la Imprenta, para "evitar los efectos de la arbitrariedad" en la calificación de estos delitos. Estaba compuesta de nueve miembros, extraídos de una lista de

cincuenta "ciudadanos honrados" formada por el cabildo, y su función era la de "declarar de he.cho, si hay, o no crimen en el papel, que da mérito a la reclamación", ya que el castigo del delito correspondía a los jueces. En la provincia de Buenos Aires este decreto fue modificado por la ley del 8 de mayo de 1828, por la cual "el juicio y castigo del abuso de libertad de imprenta en primera y segunda instancia, corresponde a un *juri*, compuesto de cinco ciudadanos, sacados a la suerte", y presidido por un juez, con funciones de asesor y sin voto.

El mismo sistema fue aplicado en varias provincias para combatir el robo de ganado. La provincia de Buenos Aires instituyó el *jurado de abigeato*, por el decreto del 19 de enero de 1825, para juzgar a los ladrones de corto número de cabezas: hasta seis. El jurado era presidido por el juez de paz y lo formaban dos vecinos de su elección, de "conocida honradez y propiedad". Debía instruir el proceso y dictar la sentencia, que era inapelable. Un sistema igual, si bien limitado a los casos de robo de una cabeza de ganado, adoptó la provincia de Córdoba, por decreto de José María Paz, del 2 de mayo de 1829, reiterado por Calixto González, el 24 de marzo de 1832.

A diferencia del primer jurado de imprenta, organi^ zado en forma típica, para juzgar de solas cuestiones de hecho, tanto el segundo de imprenta como el de abigeato se apartaron de aquella regla para asumir funciones propias de los jueces, aplicando el derecho. Estas características tuvo también el jurado establecido por el decreto de Rosas del 12 de abril de 1836 para los mercados de Buenos Aires. Para conocer de las cuestiones que podían suscitarse y prevenir los fraudes y perjuicios, en igrado de apelación de las decisiones de los jueces de mercado, organizó un *jurado de mercado*, compuesto por el juez, más dos ciudadanos extraídos de una lista de ocho. Aun cuando el decreto no le daba

esta denominación, sí se la dio el mensaje pasado al año siguiente por el Gobernador a la Legislatura.

Otra aplicación que en esta época tuvieron los principios del jurado fue en la composición de los tribuna\* les superiores de justicia, aunque probablemente más a causa de la escasez de letrados que padecían las provincias, que por razones estrictamente doctrinarias. Jueces legos y jurados fueron designados en 1827 para formar el "Supremo Tribunal del Juri" de San Juan. El Amigo del Orden comentó el hecho diciendo que de esta manera se cortaban los vicios anteriores, con "el establecimiento del juicio por jurados, en la parte aplicable a nuestras circunstancias y necesidades y electos a la suerte de una lista de cuarenta candidatos elegibles que presenta la legislatura cada año". El sorteo debía hacerse para cada causa. En 1830 el jurado fue reemplazado por la Alzada de Provincia.

El Reglamento Provisorio de Administración de Justicia de Corrientes, del año 1842, siguió un criterio parecido. En caso de tener que conocer la Cámara de Justicia en grado de revista (es decir, habiéndolo hecho ya en grado de vista), debía integrarse con dos "hombres buenos" o conjueces, sacados a la suerte de una l'sta que debía formar el Gobierno cada año. Esta disposición, y una serie de garantías contenidas en el Reglamento, hacían decir a la Comisión de la 'Legislatura, que preparaban "al pueblo a recibir oportunamente, y en toda su extensión, la bella institución del Jurado".

Que las ideas en la materia no eran suficientemente claras lo prueba el hecho de que el representante bonaerense Agustín Garrigós, en ocasión de tratarse en 1838 el restablecimiento del Tribunal de Recursos Extraordinarios, al expresar la satisfacción con que vería la "formación de un tribunal que tiene alguna semejanza con aquel sistema tan análogo a un país libre", mencionó como ensayos hechos en el país, además del jurado de imprenta, al Tribunal de Justicia de composición

mixta (3 jueces letrados y 2 legos) formado por el Reglamento de Institución de Justicia de 1812, y el Tribunal de Comercio, organizado en 1792 según el sistema hispánico de fueros especiales.

## LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.

91. Separándose del proyecto de Alberdi, que no preveía el establecimiento del juicio por jurados, y basándose en la Constitución de 1826 (§ 89), los constituventes de 1853 hicieron constar su inequívoca voluntad de implantar el sistema en nuestra administración de iusticia. Tres artículos de la Constitución así lo demuestran: el artículo 24, por el cual "el Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados"; el art. 67, inc. 11, por el cual corresponde al Congreso dictar las leyes generales "que requiera el establecimiento del juicio por jurados", y el art. 102, por el cual "todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por Jurados, luego que se establezca en la República esta institución". Los congresales de 1860 ratificaron estas disposiciones. En ambos casos sin discusión.

### LA DOCTRINA POSTERIOR A 1853.

92. Además de promover iniciativas de carácter legislativo, la sanción de la Constitución Nacional alentó a la doctrina para difundir y ensalzar la institución del jurado.

Incontables son, realmente, los libros, folletos y artículos que se publicaron en su favor. Casi no hay trabajo relacionado con la administración de justicia o con la organización de los tribunales que no tocara, con mayor o menos profundidad, el tema. Nos limitamos a mencionar tres de ellos, que están entre los de mayor significación.

Manuel Rafael García, encargado por el Gobierno Argentino del estudio de la justicia federal norteamericana, con vistas a la organización de la nuestra, expuso el resultado de sus observaciones en los Estudios sobre la aplicación de la Justicia Federal Norte Americana, publicados en Florencia, en 1863. Y, como no podía ser de otro modo, dedicó especial atención a la cuestión del jurado, para cuya aplicación en la Argentina, juzgó necesario establecer las siguientes condiciones previas: primero, la reforma del código penal y de los procedimientos; segundo, la división territorial, convenientemente arreglada para facilitar los beneficios del jurado; tercero, la institución de un sistema municipal que facilitara la educación política del pueblo en el manejo de sus propios intereses; cuarto, la difusión de la educ2ción por todo el territorio nacional, y quinto, una elección acertada, entre los diversos sistemas de jurado existentes

Florentino González, publicista colombiano y profesor de derecho constitucional de la Universidad de Buenos Aires, fue otra voz autorizada que habló en pro de la institución. En el opúsculo *Juicio por jurados*, aparecido en Buenos Aires en 1869, lanzó un desafío a los hispanoamericanos en general, diciéndoles que habiendo "tenido valor para formar cámaras legislativas, y organizar un departamento ejecutivo semejante al de la Gran Bretaña o los Estados Unidos, se han arredrado de adoptar las instituciones judiciarias de aquellas dos naciones, que son las únicas que pueden servir de modelo del gobierno representativo popular''. Además sería co-redactor del primer proyecto nacional sobre la materia (§ 94).

Martín Ruiz Moreno, otro entusiasta del jurado, dio a luz en 1887, también en Buenos Aires, sus *Apuntes* 

sobre el jurado en materia criminal, extenso trabajo, en el que no sólo estudia el sistema en los Estados Unidos, sino además en los principales países de Europa que lo adoptaron: Inglaterra, Francia, Italia, Bélgica y Austria. Sostenía: "De todas las instituciones políticas ninguna influye más en la educación del ciudadano para la vida pública, y para el gobierno propio, que el Jurado... los argentinos nos encontramos en condiciones especiales para aprovechar un elemento, que nos serviría de mucho para adelantar en el ejercicio y práctica del Jurado. No se excluya al extranjero de la composición de las listas, y tendremos desde el primer momento esa preparación que quieren, los que sostienen que no estamos suficientemente educados para el juicio por Jurados. Los ingleses y norte americanos en primera línea, los franceses, los alemanes y hoy también los italianos, servirían de maestros en la práctica de la institución que ellos están acostumbrados a manejar".

## LAS CONSTITUCIONES POSTERIORES A 1853.

93. Como eco de los constituyentes de 1853, varias constituciones provinciales incluyeron en sus textos previsiones en materia de jurado, unas veces referidas a la promesa de aquéllos sobre su futuro establecimiento, y otras a su incorporación a la organización judicial local, propósito que tampoco llegó a concretarse, en términos generales.

Al primer grupo de constituciones corresponde la de Córdoba de 1870, cuyo art. 133 establecía que "todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la cámara de diputados, y aun los que se deriven, siempre que versen sobre delitos comunes, se terminarán por jurados, luego que se establezca por el Congreso Nacional esta institución en la República". Lo mismo decían las Constituciones de San Juan de 1878 y de San Luis de 1905.

A su vez, con vistas al orden interno, se ocuparon del jurado las Constituciones de Buenos Aires de 1873, de Santa Fe y Entre Ríos de 1883, entre otras, esta última sólo para delitos de imprenta. La de Buenos Aires se alineaba resueltamente entre sus partidarios al prescribir que "toda causa por hecho calificado de crimen por la ley, será juzgada con la intervención de dos jurys; uno que declare si hay lugar o no a acusación, otro que decida si el acusado es o no culpable del hecho que se le imputa" (art. 174), y dejaba a la ley reglamentaria el modo y forma de constitución de los jurys y el procedimiento a seguir.

Con motivo de la reunión de esta Convención bonaerense, Vicente Fidel López elaboró un proyecto de organización del poder judicial más avanzado aún que el que se incluyó en el texto constitucional. Las sentencias condenatorias del jurado facultado para dictarlas estaban sujetas a la revisión de una Sala Jurídica, formada por jueces letrados, pero estos mismos jueces quedaban a su vez sometidos a la acusación y castigo del jurado.

## LAS LEYES PROCESALES POSTERIORES A 1853.

94. A pesar de haber contado con tan buenos auspicios, el sistema del jurado no logró imponerse. Bien es cierto que tuvo principio de aplicación. Así, por ejemplo, Mendoza, en 1853, sometió el juzgamiento de todos los delitos a tribunales presididos —según la naturaleza de la causa— por el juez de letras de lo criminal o del sub-delegado, y completados con dos ciudadanos honrados sacados a la suerte de una lista renovable. Y en 1863, al tratarse los proyectos de organización del Poder Judicial de la Nación, la Comisión de Legislación del Senado indicó que si el Congreso no podía aún satisfacer cumplidamente el deseo constante de los pueblos de instalar el jurado, se anticipaba a introducir

en los juicios "una al menos de sus formas más importantes, la del examen público de los testigos en juicio verbal y en presencia de las partes y sus abogados", apartándose por lo tanto del sistema secreto anterior. Todavía en 1881, al presentar Villegas, Ugarriza y García la revisión del proyecto de Código Penal de Tejedor (§ 102), aclararon que "el juicio por jurados es un precepto constitucional y debe, por lo tanto, establecerse en un tiempo más o menos próximo" y que por eso modificaban la parte del proyecto que resultaba incompatible con esta institución. Pero todas estas esperanzas se desvanecieron.

El 30 de setiembre de 1871 el Congreso Nacional sancionó la ley por la cual el Poder Ejecutivo debía nombrar "una Comisión de dos personas idóneas que proyecten la ley de organización del jurado y la de enjuiciamiento en las causas criminales ordinarias de jurisdicción federal, debiendo someterla a la consideración del Congreso en las primeras sesiones del próximo periodo legislativo". En su cumplimiento, por decreto del 16 de noviembre, Sarmiento nombró a Florentino González y Victorino de la Plaza, quienes, por nota del 23 de abril de 1873, dirigida al ministro Avellaneda, comunicaron la conclusión del trabajo.

Nosotros, decían, a diferencia de los Estados Unidos, "tenemos que crear la institución del jurado para la administración de la justicia nacional, porque esa institución no existe en el país, eliminar el procedimiento inquisitorio y la instrucción secreta del proceso, y establecer en su lugar la instrucción y el procedimiento públicos, para poner en armonía nuestro departamento judiciario con los principios que sirven de base sólida a una organización republicana, sin que para todo esto encontremos nada en las Provincias o Estados que pueda ser adaptable a la Confederación."

"No por esto —agregaban— debemos desalentarnos; pues así como hemos logrado plantar algunas otras

instituciones de los países libres, que en esta tierra eran desconocidas, lo mismo ha de suceder con sus instituciones judiciales, si tenemos el buen sentido de adoptarlas real y verdaderamente como son y se hallan combinadas en los países en donde existen, y no cometemos la falta imperdonable de involucrar en nuestro organismo gubernamental combinaciones visionarias, o coloniales, o europeas bautizadas con nombres republicanos"

El proyecto contemplaba el funcionamiento de dos jurados: uno de acusación y otro de juicio, cuyos miembros serían extraídos por sorteo de una lista de confección trienal. Podían ser jurados tanto los argentinos como los extranjeros, con tal que fueran capaces, estuvieran domiciliados en el distrito y tuvieran propiedad o fueran contribuyentes. El Congreso, empero, no lo aprobó, por vicios de redacción y porque no compartió el criterio del doble jurado, que en la misma Inglaterra donde se practicaba, era combatido. Si, en cambio, sirvió de modelo a Juan del Campillo, Mauricio P. Daract y Carlos Juan Rodríguez, para la redacción del Código de Procedimientos Criminales de San Luis de 1884, considerado como revolucionario para su época.

95. En 1884 el ministro de la Suprema Corte José Domínguez redactó un segundo proyecto de ley de enjuiciamiento por jurados, pero sólo para la Capital de la República. En sus fundamentos aludió al anterior y a sus inconvenientes: "hay uno que llama desde el primer momento la atención, y que a mi juicio es fundamental. Sin hallarse establecido el sistema en ninguna Provincia para las causas de jurisdicción local, ese proyecto lo implanta en todas ellas para las causas de jurisdicción federal. Y las reglas que establece sobre las calidades necesarias para ser jurado, sobre el modo de formar las listas y de constituir el Juri, a todos respectos en una palabra, son uniformes para todas las

Provincias, sin tener en cuenta para nada las condiciones sociales, la población y demás circunstancias de cada localidad".

Por otra parte Domínguez defendía a la institución del jurado como una obligación constitucional ante la opinión adversa de Manuel Obarrio en su proyecto de Código de Procedimientos en lo Criminal para la Capital Federal (ver *inf*ra) de reciente presentación. Sólo grandes dificultades de ejecución —afirmaba— podrían justificar la inobservancia del precepto constitucional. "Todos nos hemos detenido... cuando antes de ahora se ha tratado la cuestión con referencia a la Provincia de Buenos Aires, con sus campos inmensos escasamente poblados, con sus medios de comunicación y de transporte lentos y difíciles, (pero) no debe suceder lo mismo cuando se trata de legislar para la capital de la República, para la ciudad de Buenos Aires con sus trescientos mil habitantes y su presente estado de civilización y de cultura".

El proyecto, previa revisión por una comisión especial, fue presentado al Congreso por el Poder Ejecutivo el I<sup>9</sup> dé setiembre de 1884. En el mensaje del presidente Roca se lee: "No puede el Poder ejecutivo ocultaros la sospecha de que la introducción del Jurado en nuestra legislación penal provocará resistencia y presentará obstáculos; pero piensa que una vez practicada en una esfera limitada, cual se propone, ha de imponerse por los resultados eliminando gradualmente los inconvenientes que, como institución nueva, tiene que remover para prosperar... El Ministerio del ramo ha tenido ocasión de indicar como una mejora posible en el enjuiciamiento criminal la adopción del sistema mixto: la apreciación de los hechos confiada a los Jurados, la aplicación del derecho reservada a los Jueces. Sin embargo —agregaba el Poder Ejecutivo, justamente receloso de la posición del Congreso—, se ha creído prudente presentar separadamente a V.H. un proyecto de Enjuiciamiento por los jueces de derecho remitido con Mensaje de fecha 20 del próximo pasado mes, que se podrá sancionar aún en el caso de que V.H. disienta con el Poder Ejecutivo acerca de la oportunidad del establecimiento del Jurado".

Efectivamente, el 20 de setiembre anterior, Roca había sometido al Congreso el proyecto de Código de Procedimientos en materia Penal redactado por el catedrático de derecho criminal de la Universidad de Buenos Aires, Manuel Obarrio, y revisado por Filemón Posse, Juan E. Barra y Onésimo Leguizamón, que seguía el sistema de los tribunales de derecho. En su nota de remisión al ministro Eduardo Wilde, del 15 de julio de 1882, decía Obarrio:

"Las leyes de forma en materia criminal responden a uno de estos dos sistemas —el juicio por jurados, que deja la apreciación de los hechos criminosos a las pruebas de convicción moral, a la conciencia de ciudadanos que sin tener carácter público permanente, forman en cada caso el tribunal que juzga respecto de la existencia de esos hechos; —y el juicio librado a los Tribunales de derecho que reposa sobre las pruebas legales, que aprecia cada circunstancia del proceso, de acuerdo con la ley escrita, y que declara la culpabilidad o inculpabilidad de los encausados, según el mérito jurídico de los antecedentes obrados en el juicio."

"La institución del Jurado, para que pueda llenar sus propósitos, supone no sólo un alto grado de educación en el pueblo, sino sobre todo, hábitos formados en el ejercicio del gobierno propio y que hagan de cada ciudadano un elemento que en su esfera de acción contribuya al movimiento armónico y fecundo del mecanismo social. Es necesario para que la institución del Jurado sea fructífera, que los individuos se penetren de su misión social y que el sentimiento del interés general predomine respecto de los pequeños intereses o

afecciones que en muchos casos pueden hacer olvidar el cumplimiento del deber.

"Se explica porqué el Jurado en Inglaterra sea una gran institución. El carácter de este pueblo, sus costumbres, su educación, sus tradiciones, sus tendencias, lo colocan en condiciones especiales para hacer del Jurado una verdadera garantía del recto discernimiento de la justicia. Pero en un país como el nuestro, que recién entra, puede decirse, en la práctica de las instituciones libres; que no tiene todavía el hábito, aunque sea doloroso confesarlo, del propio gobierno; en que los ciudadanos lejos de abrigar inclinaciones por el desempeño de esta clase de cargos, los miran no sólo con indiferencia, sino con aversión, por los deberes que imponen y las responsabilidades que entrañan; en un país, en que el Jurado, aun para los simples delitos de imprenta, no ha pasado de un ensayo sin resultados satisfactorios, no sería posible dar a esta institución una vida estable, conveniente y eficaz".

Llegadas ambas iniciativas a la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados, formada por Wenceslao Escalante, Ernesto Colombres, Benjamín Basualdo, Estanislao S. Zeballos y Guillermo Torres, la coexistencia de proyectos tan opuestos en su base fundamental le trajo —como confesaría en su Informe— dudas respecto del sistema a adoptar; pero por unanimidad de pareceres eligió el sistema de tribunales de derecho, por considerar que "sería una transición demasiado brusca y no exenta de peligros, pretender pasar del estado rudimentario en que se desenvuelve nuestra vida democrática, así como del caos reinante en la actualidad, en punto a procedimientos criminales, al de alta perfección social, cultura general y hábitos de gobierno propio que presupone y requiere el jurado". La Comisión utilizó, además, como fuente, el proyecto de Código de Procedimientos en lo Criminal para la provincia de Buenos

Aires que acababan de redactar el mismo Obarrio, Juan José Montes de Oca y Antonio E. Malaver.

Las Cámaras de Diputados y Senadores aprobaron sin discusión el proyecto, que quedó convertido en ley el 4 de octubre de 1888.

Aunque no se las invocara expresamente, no debieron pasar desapercibidas las críticas que levantara en el Uruguay la aplicación del sistema de jurados en las causas criminales, y de las que se hiciera eco la prensa porteña.

#### LA DOCTRINA POSITIVA.

96. ¡La difusión del positivismo penal (§ 112 y 113) dio nuevos argumentos a los opositores del jurado. Si antes habían sido motivos de oportunidad los que impidieron su implantación, ahora serían razones de fondo. El notable penalista Rodolfo Rivarola sostuvo hacia 1900: "¿Los jurados son llamados a pronunciarse, sin ilustración suficiente, sobre cuestiones que más delicadamente la requieren. No he logrado nunca convencerme de que, aún para resolver en conciencia, y sin expresar los motivos de la resolución, en las cuestiones de hecho que surgen de un proceso penal, sea mejor no tener ninguna ciencia ni experiencia en la investigación de la verdad, a través de las declaraciones y contradicciones de los testigos, de los peritos y de los documentos, que haber educado el propio discernimiento con repetidas observaciones que constituyen el gran caudal de buen juicio que se llama la experiencia. Me ha repugnado siempre aquella conclusión como contraría a la lógica y a las buenas observaciones de la psicología sobre los resultados del hábito. Mientras se encomia cada día la división del trabajo, y se recomienda la superioridad de los especialistas, se pretende por otro lado que la

educación del discernimiento para apreciar las pruebas de un proceso es un grave inconveniente para llegar a la verdad... será siempre más fácil exigir una preparación especial, y debe exigirse, a los que hagan profesión de la magistratura que a los que sólo accidentalmente serían llamados a ella, quizá una sola vez en la vida. En esta materia, como en las demás aplicaciones de la inteligencia, se debe reconocer la superioridad del estudio, de la meditación, del trabajo y de una consagración especial. Si no se tratara del jurado, que tiene tantos admiradores en muchas partes en que no existe, como detractores donde se le conoce de cerca, se tendría por inverosímil la excepción creada a aquella regla. De este modo he defendido el *hecho* de la resistencia al jurado, declarado en las constituciones como una justicia ideal".

Desde el mismo punto de vista Antonio Sagarna, en el estudio dedicado al tema en 1911 (El jurado en materia criminal), agregó que "atenta la definida evolución científica de la criminología, el jurado es un instrumento inadecuado para la solución judicial de sus problemas, por la ineptitud científica y jurídica. Lo es, igualmente, ante la psicología judicial y ante la psicología colectiva, precisamente por su ineptitud científica y la falta de hábito disciplinador, la heterogeneidad de sus elementos, la sugestión y el impresionismo".

A los argumentos políticos y científicos se sumó todavía el escarnio. Los autores del proyecto de Código de Procedimientos de la provincia de Jujuy, de 1906, Manuel Carrillo y Felipe R. Arias, tras repetir las viejas razones de que el jurado "no radica en nuestras costumbres, no tiene la base de la tradición secular que lo sustenta en otros países, no tiene apoyo en la embrionaria educación del pueblo", citaban "la opinión de un hombre de ciencia, que no puede ser sospechoso en ningún sentido; nos referimos al doctor (José) Ingenieros, que en su libro sobre *Italia en la ciencia, en la vida y* en el arte, califica este procedimiento de *impúdicamente*  teatral; asegurando que «todo hombre culto que vea funcionar un jurado en casos difíciles, arriesga convertirse en enemigo acérrimo de esa justicia democrática»".

Tras la sanción del Código Penal de 1922 (§ 109) se notó la necesidad de modificar el Código de Procedimientos para la Capital. Ambas Cámaras del Congreso constituyeron una Comisión única, presidida por Rodolfo Moreno, que aprobó las bases de la futura reforma. Propició el juicio oral, público, en instancia única, por un tribunal que debía separar en sus sentencias las cuestiones de hecho de las de derecho, y proceder en aquéllas "como jurado". Pero este tribunal estaría compuesto exclusivamente por jueces letrados. El jurado popular quedaba descartado. De todos modos la reforma no prosperó y el Código de Obarrio siguió en vigencia.

### CAPÍTULO XIV

# LA CODIFICACIÓN PENAL

### LOS PRIMEROS ANTECEDENTES.

97. Si desde cada rama del derecho se exteriorizó desde temprano la aspiración de reunir en el cuerpo de un código la totalidad de sus normas, en el caso del derecho penal esa fue quizá una necesidad mayor, no sólo por la dispersión normativa existente, sino además por la abundancia de leyes caídas en desuso. Así ya el 11 de abril de 1812, ante la convocatoria para la Asamblea General que se reuniría en 1813, el Cabildo de Córdoba propuso "encargar la formación de un código civil y criminal, para que el Congreso lo presente a los Pueblos inmediatamente después de su instalación, con las reformas que conceptuase necesarias".

El ambiente intelectual creado en Buenos Aires en los años subsiguientes al de 1820, con la difusión de las ideas ilustradas y los planes reformistas trazados por las autoridades, a impulsos sobre todo de Bernardino Rivadavia y de Manuel José García, fue propicio para los ensayos de codificación, aunque ninguno de estos ensayos llegara a cristalizar.

El 18 de agosto de 1821, mediante oficio a la Cámara de Apelaciones, el ministro Rivadavia anunció el propósito del Gobierno de sancionar un Código Penal. Según testimonios de la época, Guret Bellemare (§ 56) presentó un año después (el 16 y 17 de noviembre de 1822),

en el Salón de la Biblioteca, un proyecto semejante, tal como un mes antes lo hiciera en materia de instrucción criminal. Dijo *El Argos de Buenos Aires:* "aunque el mérito de una obra, que gira sobre materia tan vasta y de tan profundas combinaciones, no puede ser calificado a una primera lectura, no obstante la habían oído con singular complacencia, advirtiendo en todo el plan una regularidad científica, aprovechadas en las disposiciones excelentes principios, a más de varias reformas o adiciones, a los Códigos más conocidos, que sólo pueden ser fruto de una larga práctica en la abogacía y magistratura". A pesar de que no se conserva el texto del proyecto, cabe suponer por la nacionalidad de Bellemare que su principal fuente fuera el Código Penal Francés de 1810, superior al rígido sistema imperante durante el período revolucionario.

El I<sup>9</sup> de setiembre de 1824, considerando el gobernador Las Heras "indispensable la reforma del Código Penal que hasta ahora rige (al Ejército) y consiguientemente la formación de uno, que habiendo de adoptarse, tenga por base principal el conservar en todo su vigor la disciplina más severa, la subordinación sin límites y la más ciega obediencia a sus Jefes, en fin, un Código tal, que expresando las reglas y los casos, separe toda ocasión de interpretar y sea la norma invariable que haya de dirigir a los obligados a observar y hacer observar la ley", nombró a una comisión formada por Ignacio Alvarez Thomas, Blas José Pico y Pedro Somellera, pero que no llegó a cumplir su cometido.

Otro antecedente que, aun sin tratarse de un código, merece una mención por su relativa organicidad, es el proyecto de ley sobre robos y hurtos elaborado por la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires, bajo la presidencia de Manuel Antonio de Castro, en vista de que no era posible todavía reformar "todo el código criminal". Presentado al Gobierno el 4 de mayo de 1825, constaba de cincuenta y un artículos, tipificaba distin-

tas formas de robo y hurto, fijaba circunstancias agravantes y atenuantes, la responsabilidad parcial a contar desde los siete años y plena desde los diecisiete, las causas de inimputabilidad, y preveía severas penas, fijas unas y a individualizar por los jueces otras <sup>20</sup>.

Desde *El Nacional*, Valentín Alsina hizo la crítica del proyecto, que por otra parte nunca obtuvo sanción. Le atribuyó dos defectos sustanciales: "el primero es desproporción entre los delitos y penas: el segundo indeterminación en las penas... Nosotros juzgamos—declaraba—, que en todo código deben distinguirse y clasificarse con claridad todas las especies de delitos; pero que, en cuanto a las subdivisiones de cada una de ellas, se debe proceder con mucho cuidado, y excusarlas siempre que no sean absolutamente necesarias. De lo contrario todo es confusión, todo es trabas, todo es arbitrariedad; y creemos que el proyecto mencionado se resiente enormemente de estos defectos".

98. El 24 de agosto de 1852, el director provisorio Urquiza promulgó el decreto de designación de las comisiones encargadas de redactar los distintos códigos, entre ellos el penal. Decía en sus extensos considerandos que nuestro sistema jurídico adolecía de "leyes absolutamente inaplicables, como son casi todas las penales, las cuales con frecuencia sancionan puniciones, de tal modo crueles o extravagantes, que los magistrados, para no incurrir en la infamia o en la ridiculez de ejecutarlas, legislan por sí mismos, para cada caso; y lo arbitrario, tan enemigo de lo justo, viene por desgracia a ser un bien, comparado con el absurdo de imponer esas penas".

Para integrar la comisión de codifición penal, Urquiza designó, como redactor, a Baldomero García, y como

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> El proyecto se publicó en *El Argos de Buenos Aires* los días 18, 21 y 25 de mayo de 1825.

consultores a Manuel Insiarte y Felipe Arana. Pero tanto ésta como las demás comisiones no tuvieron oportunidad de funcionar.

Este antecedente sirvió, no obstante, para que los congresales de 1853 incluyeran en la Constitución Nacional, entre las atribuciones del Poder Legislativo, la de "dictar los Códigos civil, comercial, penal y de minería, sin que tales Códigos alteren las jurisdicciones locales" (actual art. 67, inciso 11). Se dispuso además que las provincias no podían dictar esos mismos Códigos "después que el Congreso los haya sancionado" (art. 108). El proyecto de Alberdi no había previsto, en cambio, el dictado de códigos nacionales.

En 1854, a iniciativa de Facundo Zuviría, el Congreso de Paraná, por la ley 12, intentó llevar a la práctica aquella disposición constitucional, pero las circunstancias políticas no eran propicias y la ley no se cumplió. Lo mismo sucedió en 1857, en la Legislatura de Buenos Aires. Ángel Navarro y Roque Pérez fueron nombrados para redactar el Código Penal, y Tomás Guido y Bartolomé Mitre, el Código de Justicia Militar, pero ninguna de las comisiones cumplió con el cometido.

PERÍODO DE LA ORGANIZACIÓN NACIONAL.
EL PROYECTO DE CARLOS TEJEDOR.

99. Recién cuando se logró la unidad nacional, pudo encararse con firmeza la empresa de la codificación. Un código penal era especialmente reclamado. Sostenía Manuel Quintana en 1859: "Absolutamente inaplicables en su mayor parte, nuestras leyes penales sancionan con frecuencia castigos bárbaros, ridículos y hasta inmorales, que, poniendo al magistrado entre la exageración del deber y la conciencia, hacen que la administración de la justicia criminal no despliegue a nuestra vista sino un cuadro fiel de la arbitrariedad y de la

incertidumbre. . . Pensamos con los más acreditados criminalistas que ninguna condenación debe ser pronunciada sino se apoya en un texto preciso de la ley. Requerimos además que ese texto sea claro, terminante, de suerte que se halle al alcance de todos los individuos... En materia personal, sobre todo, debemos rechazar sin examen esas interpretaciones sacadas de analogías más o menos exactas, de deducciones más o menos ingeniosas. Debemos repeler del mismo modo la aplicación de esas leyes, medio vigentes, medio abolidas, cuya autoridad es problemática aún entre los mismos jurisconsultos... Hoy día, la ciencia del derecho criminal ha avanzado extraordinariamente. La filosofía y la historia le han proyectado su luz: el cristianismo le ha inspirado su mansedumbre: la suavidad de las costumbres ha proscripto muchas penas: la doctrina, en fin, ha cambiado sobre puntos importantes, tales como la imputabilidad moral del agente, la complicidad, la tentativa, la reincidencia, la naturaleza de las penas, su fin, etcétera. Nosotros nos regimos sin embargo, sobre estos puntos por las ideas dominantes en tiempo de los legisladores de la edad media" <sup>21</sup>.

El 25 de agosto de 1863, el Congreso Nacional sancionó la ley 49 sobre delitos de juzgamiento por los tribunales federales, en consideración a que no podía aguardarse hasta el dictado del Código Penal. Los delitos contemplados en la ley eran: traición, los que comprometían la paz y dignidad de la Nación, piratería, rebelión, sedición, desacatos y otros desórdenes públicos, resistencia a la autoridad y soltura de presos, intercepción y sustracción de la correspondencia pública, sustracción o destrucción de documentos depositados en las oficinas públicas, falsedades, cohecho y otros delitos cometidos por empleados o contra el tesoro nacional. Algunos de los preceptos de esta ley se incorporaron

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Necesidad de un nuevo código criminal, p. 254, en El Foro. Revista de Legislación y Jurisprudencia, Buenos Aires, 1859.

al Código Penal de 1887, pero la misma siguió rigiendo hasta la entrada en vigencia del Código Penal de 1922.

Una ley del 6 de junio de 1863 había autorizado al Poder Ejecutivo a designar a los redactores de los diversos códigos. Fue así que el presidente Mitre, por decreto del 5 de diciembre de 1864, nombró a Carlos Tejedor para el proyecto de Código Penal. Al comunicarle el nombramiento, le expresó el ministro Eduardo Costa: "Si alguna parte de la legislación que nos rige, ha quedado en desacuerdo con los progresos que la sociedad ha hecho, desde los remotos siglos en que tuvo origen, es sin duda la que se refiere a la materia criminal. La clasificación de los delitos, es hoy distinta y no pocas veces contraria, como son distintas y contrarias las necesidades y costumbres de épocas tan apartadas, no tanto por el tiempo, como por sus aspiraciones y tendencias. El mejoramiento en las costumbres, ha derogado en su mayor parte las penas que sólo registran nuestros Códigos, como un testimonio de la dureza de los tiempos en que fueron dictados; y aun diversos medios de represión han cambiado el mismo sistema de publicidad".

100. La elección de Tejedor fue acertada, miembro de la Asociación de Mayo, director de la Biblioteca Pública de Buenos Aires, legislador, se había hecho cargo en 1857 de la cátedra de derecho criminal y mercantil de la Universidad de Buenos Aires, cátedra para la cual publicó en 1860 el *Curso de Derecho Criminal*. Por esos años escribió, además, sendos manuales para jueces de paz de campaña y el *Curso de Derecho Mercantil*. Dejó, empero, la cátedra para dedicarse de lleno a la redacción del proyecto. El 30 de diciembre de 1865 pudo elevar al Gobierno la parte general y el 31 de enero de 1868 la parte especial. La obra completa sumaba 450 artículos.

La Parte Primera (general) comprende un título preliminar y dos libros. El titulo preliminar divide las infracciones a la ley penal, siguiendo al Código francés, en tres clases: las más graves, llamadas crímenes, y las más leves, los delitos y contravenciones. Se reputan crímenes los que la ley castiga con penas aflictivas; delitos, los castigados con penas correccionales, y contravenciones, con penas de policía.

El libro I abarca siete títulos, que tratan de la voluntad criminal y la consumación del crimen; de la tentativa; de la culpa o imprudencia; de los autores principales; de los cómplices; de los auxiliares o factores y de las personas civilmente responsables. El principio general que sirve de base para el castigo es —de acuerdo con la doctrina clásica— la intención del sujeto; sólo se castiga cuando hay intención o culpa. A no ser que resulte lo contrario de las circunstancias particulares de la causa, la voluntad criminal se presume.

El libro II se ocupa del castigo en general. Consta de siete títulos que versan sobre las penas, circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes, y sobre la prescripción. Define a la pena como un mal impuesto al que resulta culpable de una acción u omisión ilícita castigada por la ley. Divide las penas en corporales, privativas del honor y humillantes, y pecuniarias, y mantiene entre las primeras a la de muerte (§71). Sigue el sistema clásico de las penas fijas. El juez no puede separarse de la pena legal, cambiar su clase, ni prolongar o abreviar su duración. Sólo cuando la ley señala una pena privativa de la libertad con un máximo y un mínimo de duración, el juez debe fijar el tiempo de la condena, dentro de esos límites, de acuerdo con las circunstancias agravantes o atenuantes del caso.

La Parte Segunda (especial) del Proyecto está dividida en dos libros: el primero, de los crímenes y delitos privados y sus penas, y el segundo, de los crímenes y delitos públicos y sus penas. Considera privados a los

crímenes y delitos contra la vida, las lesiones corporales, contra la honestidad, los matrimonios ilegales, contra el estado civil de las personas, contra las garantías individuales, las injurias y calumnias, y contra la propiedad. Son públicos los crímenes y delitos contra la seguridad interior y el orden público, los peculiares a los empleados públicos, las falsedades, contra la religión y contra la salud pública.

Todo el articulado del Proyecto va acompañado de extensas notas en las que Tejedor señala su concordancia con antecedentes romanos, castellanos y patrios, y con los textos del "derecho científico" de la época. Entre estos textos sobresale como principal fuente el Código Penal de Baviera de 1813, redactado por Pablo Juan Anselmo von Feuerbach, considerado el penalista más descollante de principios del siglo XIX, y divulgado en Occidente gracias a la traducción francesa de Carlos Vatel, publicada en 1852 y utilizada por Tejedor. Los tres axiomas favoritos de Feuerbach, en torno a los cuales elaboró su obra, eran: Nulla poena sine lege, Nulla poena sine crimine, Nullum crimen sine poena legali.

Además de esta fuente, nuestro codificador utilizó el Código español de 1850 (ligera variante del de 1848, cuyo principal redactor fue Joaquín Francisco Pacheco V que responde a la filosofía ecléctica de Peregrino Rossi); el Código peruano de 1863, basado en el español; el de Luisiana, a través del comentario de Livingston; el francés de 1810 y otros. Durante muchos años las notas de Tejedor fueron fuente de interpretación auténtica del Código para los tribunales.

1(W. Meses después de presentado el Proyecto, el 11 de setiembre de 1868, el Congreso autorizó al Poder Ejecutivo a nombrar una comisión de abogados encar-

gada de examinarlo "prolijamente", comisión que finalmente integraron —tras varios cambios— Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García (padre).

Mientras la Comisión desarrollaba sus tareas y sin esperar el resultado, una provincia tras otra fueron sancionando el Proyecto de Tejedor como ley local en uso de la facultad que les acordaba el art. 108 de la Constitución. Tanta difusión había tenido la edición del Proyecto, que se lo consideraba conocido y estudiado prácticamente por todo el foro argentino, y por lo tanto susceptible de aplicación inmediata. Hasta era invocado en juicio como principio de derecho. La primera provincia en adoptarlo fue, con leves reformas, Buenos Aires, por la lev 1140 del año 1877, que lo puso en vigor a partir del I<sup>9</sup> de enero de 1878. Le siguieron Entre Ríos, Corrientes, San Luis, Catamarca, Santa Fe, Salta, Tucumán. Producida la federalización de la ciudad de Buenos Aires en 1880, el Código siguió rigiendo en ella por disposición de la ley 1144 del 15 de diciembre de 1881 ».

EL PROYECTO DE VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCÍA.
EL CÓDIGO PENAL DE 1887

102. Tras doce años de labor, la comisión formada por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García elevó sus conclusiones al ministro Manuel D. Pizarro.

"El ilustrado autor del proyecto primitivo —le manifestaba en nota explicativa, fechada el 3 de enero de 1881— tuvo en cuenta, para redactarlo, todos los antecedentes más respetados de la ciencia del derecho en la época en que preparó su trabajo... pero al termi-

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> MOISÉS NILVE, El Proyecto Tejedor en la historia del derecho patrio argentino, en Revista del Instituto de Historia del Derecho, núm. 7, Buenos Aires, 1955-1956.

narse ese trabajo se iniciaba en el mundo un movimiento general de codificación, que continúa todavía, especialmente en materia penal. La Dinamarca, la Suiza, la Bélgica, la Alemania, el Portugal, la España, los Estados Unidos, la iLuisiana, Chile, la Italia, el Austria, los Países Bajos, Méjico, Venezuela, emprendían resueltamente trabajos de codificación, creando o preparando sus textos, o perfeccionándolos... La Comisión ha debido tomar en cuenta esos Códigos o proyectos de Código y sus comentarios, pues en ellos se concretaba la ciencia de cada país, y hacer un trabajo de selección, aceptando las nuevas doctrinas, cuando tenían por apoyo los verdaderos principios, y se armonizaban con el plan general del proyecto del Código, y con la índole, instituciones políticas y costumbres del país a que debía aplicarse.

"La Comisión había resuelto apartarse lo menos posible del orden general del proyecto en revisión, pero se ha visto obligada, después de un maduro examen, a alterar fundamentalmente el orden de la exposición de las materias del Libro segundo, cediendo a las exigencias de la lógica, robustecidas por numerosos y bien elegidos ejemplos. La división de los delitos en públicos y privados, adoptada por el proyecto del Dr. Tejedor, ha sido desechada ya por los autores modernos... En el Título Preliminar se ha suprimido la división que se establecía entre crímenes, delitos y contravenciones, reuniéndose los actos punibles bajo la clasificación genérica de delitos...

"La designación de las penas domina todo el sistema del Código y era indispensable tomar en consideración esta materia no sólo en su conjunto sino también en sus detalles. Debían preverse los diversos casos que podían presentarse en la aplicación práctica, para que la pena pudiera siempre corresponder a la naturaleza y circunstancias especiales del delito, y fuese además proporcionada a su gravedad, sin que fuera indispensable, para

obtener este resultado, ocurrir al arbitrio del juez que, en último análisis y en la mejor de las hipótesis, es la arbitrariedad de las opiniones privadas disponiendo de la suerte de los acusados.

"Con este propósito, siguiendo el ejemplo de los nuevos Códigos y las opiniones que han prevalecido en el derecho penal moderno, la Comisión dividió las penas en dos categorías: penas generales de escala y penas especiales para ciertos delitos. En la primera clasificación se han comprendido las penas que forman la base misma del sistema y que son aplicables a la mayor parte de los delitos clasificados en el proyecto de Código. Estas penas son semejantes a las que estatuía el proyecto en revisión y concuerdan con las establecidas en todos los Códigos modernos. La segunda clasificación comprende las penas destinadas para la represión de ciertos delitos, cuya naturaleza especial requiere castigos apropiados. A esta clase pertenecen los delitos llamados políticos... Para delitos tales deben señalarse penas que, como el destierro, alejando al culpable de su centro de influencia, al mismo tiempo que reparan el mal, garanten la sociedad contra nuevos ataques... Al determinar las penas en las dos categorías indicadas se ha fijado para cada una el tiempo que debe durar, dentro de un máximum y un mínimum entre cuyos extremos queda circunscripto el prudente arbitrio del juez".

Si no con la dimensión del proyecto de Tejedor, éste fue sancionado también como ley provincial. Fue el caso de la provincia de Córdoba, que lo adoptó por la ley del 14 de agosto de 1882, pero con algunas modificaciones introducidas por la Comisión de Legislación de la Cámara de Senadores. Estas modificaciones agravaron casi siempre las penas del Proyecto.

Una de estas modificaciones, referente al duelo, concordaba con la Constitución provincial de 1870, cuyo art. 7' lo había declarado incompatible con el orden social" y por consiguiente "ilícito", y sujetado a todos sus participantes y cooperadores, además de las penas establecidas, a la "condición de los que cometen delitos infamantes"  $^{23}$ .

103. El 11 de mayo de 1881, el Poder Ejecutivo Nacional había remitido al Congreso este Proyecto para su sanción. El proyecto de ley respectivo incluía un segundo artículo según el cual "la Suprema Corte de Justicia y Tribunales Nacionales, darán oportunamente cuenta al Ministerio de Justicia de las dudas, dificultades e inconvenientes que ofreciese en la práctica la aplicación del Código, así como las de los vacíos que encontrasen en sus disposiciones, para someterlas con el correspondiente informe, a la resolución del Honorable Congreso". Un tercer artículo decía que el Poder Ejecutivo recabaría de los tribunales de provincia, por conducto de los gobiernos respectivos, iguales informes.

La iniciativa fue girada a la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados, que recién emitió su despacho el 29 de setiembre de 1885, con la firma de Isaías Gil, Filemón Posse, Mariano Demaría, Bernardo Solveyra y Félix M. Gómez. El criterio seguido por la Comisión había sido de tomar como base el texto de Tejedor, "vigente en toda la República por sanción de las legislaturas provinciales" (afirmación solo parcialmente exacta) y nacerle las modificaciones necesarias para mejorarlo, teniendo en cuenta la opinión de los magistrados del fuero penal de la Capital, que la Comisión se había ocupado de recabar.

El informe escrito fue ampliado por Solveyra en el recinto. "La comisión —expuso— ha tenido a la vista dos códigos: el redactado por el doctor Tejedor, por encargo de la provincia de Buenos Aires (en realidad,

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> MARIO CARLOS VIVAS, El proyecto nacional de 18S1 como Código Penal de la Provincia de Córdoba, en Revista de Historia del Derecho, núm. 4, Buenos Aires, 1976.

del presidente Mitre), y el mismo código corregido por una comisión nombrada por el gobierno nacional. El primero, había tomado como base de sus estudios el código bávaro; el segundo, había tomado el código bávaro y el código español; es decir, a dos pueblos de raza distinta, de tradiciones diferentes, de costumbres distintas... la comisión se manifestó unánimemente sobre la conveniencia de tomar como base de sus estudios el código del doctor Tejedor".

Al proyecto de Tejedor, la Comisión le introdujo "grandes reformas". Suprimió la división tripartita de crímenes, delitos y contravenciones, rechazada por Rossi y los demás tratadistas modernos; lo mismo las penas de retractación y confinamiento, reemplazada esta última por penas más severas de prisión o penitenciaría para los reincidentes, y todo lo referente a la responsabilidad civil, por estar ya legislado en el Código Civil.

"El doctor Tejedor —dijo también Solveyra— no establecía para dar a los jueces mayor jurisdicción o mayor amplitud en sus decisiones, un máximum o un mínimum de penas, y ante la variedad de los delitos, la comisión ha creído mucho más conveniente dejar a los jueces que puedan imponer un máximum o un mínimum de penalidad, cuando comprendan que el delito ejecutado tiene circunstancias atenuantes o agravantes que puedan dar lugar al aumento o a la disminución de la pena en el grado a que ella corresponda... Existía también en este código algo raro, y más que raro, injusto. Al individuo que había sufrido cuatro, ocho, o diez meses de prisión, antes de ser sentenciado, no se le contaba en la sentencia ese término de prisión preventiva. La comisión creyó que esto era injusto y que era aplicar al mismo individuo por el mismo delito dos penas: la prisión que ya había sufrido y la prisión que debía comenzar a sufrir desde el momento en que se daba la sentencia, y ha declarado que la prisión preventiva debe contarse como pena. . ."

Votado a libro cerrado por la Cámara de Diputados en la sesión del 15 de noviembre de 1886 y por la de Senadores el 25 del mismo mes, fue aprobado y puesto en vigor a partir del 1\* de marzo de 1887. Declaró en la ocasión el senador Manuel D. Pizarro que "siempre es mejor tener una ley que puede ser reformada mañana, única en la República, que hoy tiene diversas leyes penales, de suerte que un mismo hecho en el mismo país, puede ser penado de diversos modos, tan sólo por una línea imaginaria que divide el territorio de una provincia del de otra". La ley fue promulgada el 7 de noviembre y lleva el número 1920.

104. En 1890 Rodolfo Rivarola hizo un exhaustivo análisis del Código en los tres volúmenes de su *Exposición* y crítica del Código Penal. iLos puntos fundamentales de esa crítica los resumió el propio Rivarola en los siguientes:

"I9 Que este Código Penal no ha realizado el precepto de la Constitución, de ser un Código nacional: fue concebido con el vicio originario del proyecto de Tejedor y hecho como un Código para ser aplicado en la iurisdicción ordinaria de la Capital, y en las jurisdicciones provinciales. Ha dejado así, subsistente otra legislación penal, flotante, de origen inconstitucional si procede de las legislaturas provinciales; de origen constitucional, pero ocasionada a dudas y chocantes contradicciones, si procede del Congreso; 29 La ausencia de concepción metódica en la distribución de sus partes, y de corrección en sus detalles; 3' El mantenimiento de un sistema penal, de imposible cumplimiento, en la parte de las penas privativas de la libertad; 4' El atraso respecto de instituciones nuevas, ya ensayadas, en otras partes, y que podrían experimentarse en nuestro país, como las leyes sobre reincidencia, libertad condicional, condena condicional, etc.; 5' El silencio del Código respecto de muchos hechos que deben pasar a la categoría de delitos, y que no tienen esta declaración ni sanción alguna en otras leyes; 6' El silencio respecto de cuestiones de tanto interés jurídico como las de la fuerza obligatoria de la ley penal con relación al territorio".

LOS PROYECTOS DE REFORMA DE 1891 Y 1906.

105. Las críticas recibidas por el Código Penal hicieron que muy pronto se iniciase el proceso de su reforma. El 7 de junio de 1890 un decreto del presidente Juárez Celman, refrendado por el ministro Amancio Alcorta, nombró una comisión formada por tres aventajados penalistas, alistados en la flamante Escuela Positiva, para proyectar las modificaciones necesarias. Los elegidos fueron Norberto' Pinero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo.

Los considerandos del decreto se hacían eco, tanto de las falencias del Código como de los nuevos rumbos emprendidos por el derecho penal.

"... según lo ha comprobado el estudio y la jurisprudencia de los tribunales —expresaba—, el Código Penal vigente adolece de defectos que es indispensable hacer desaparecer, por los peligros que entrañan para la sociedad y para los que sufren especialmente su aplicación; que en los últimos años, diversos países han alterado su legislación penal, dictando sus códigos como el resultado de estudios minuciosos y completos, que deben tenerse en cuenta; y que la ciencia penal se ha enriquecido con nuevas doctrinas que, si bien son objeto de discusión y no se imponen desde ya como verdades inconcusas, deben tomarse en consideración para aceptar de ellas lo que pudiere importar un provecho para nuestra legislación; que además de las deficiencias apuntadas, existen vacíos que las legislaciones modernas han previsto en sus disposiciones, vacíos que es menester llenar por el carácter mismo de las leyes penales, que no deben dejar impunes ciertos hechos criminosos omitidos en sus disposiciones y que pueden ser de gravedad tal que comprometan las relaciones internacionales".

En vez de simples reformas, la Comisión redactó el proyecto de un nuevo Código, que elevó al Poder Ejecutivo en junio de 1891, concordado, artículo por artículo, con el proyecto de Tejedor, con el Código vigente y con las fuentes extranjeras, y acompañado de una extensa exposición de motivos.

El proyecto de Pinero, Rivarola y Matienzo aplica la ley argentina a los delitos y faltas cometidos en los buques mercantes de bandera extranjera surtos en aguas de la República, cualquiera fuese la nacionalidad del agente, la víctima o el damnificado, y también a todo hecho punible con efectos dentro de la jurisdicción nacional, aunque el acto se hubiera ejecutado o preparado y el agente se encontrare fuera de ella. Extiende sus disposiciones aún a las materias regidas por otras leyes especiales si éstas no disponen lo contrario.

Como penas, consagra las de muerte, penitenciaría, presidio, deportación, destierro, multa e inhabilitación. Computa la prisión preventiva a los efectos de la condena. Contempla la libertad condicional de los condenados a presidio y a penitenciaría y dispone que en caso de revocación el tiempo de la libertad no se computa con el término de la condena. No instituye, en cambio, la condena condicional, que recién aparecerá en el Proyecto de 1906. En cuanto a la responsabilidad civil establece que el juez, al fijar la indemnización pecuniaria, tendrá en cuenta la situación social y económica del ofensor y del ofendido.

Presume la intención criminal en todo hecho punible, a no ser que resulte lo contrario de las circunstancias particulares del proceso o que las causas alegadas por el imputado para excluir o modificar su responsabilidad sean verosímiles y no exista prueba en contrario. Están exentos de responsabilidad los que han resuelto y consumado el hecho en un estado de enajenación mental cualquiera o en estado de embriaguez completa y accidental, sobrevenida sin culpa. Los menores delincuentes son destinados a un establecimiento agrícola, industrial o de enseñanza hecho para su corrección.

Para graduar la penalidad, el Proyecto atiende a las modalidades del delito y a la idiosincracia del delincuente, incluyendo minuciosas normas al respecto. Al cómplice le aplica la pena correspondiente al hecho a que ha cooperado, pero nunca en su grado máximo. En caso de delito continuo se aplica la disposición legal que fija la pena mayor. Tratándose de concurso de delitos independientes, si son reprimidos con la misma especie de pena, le corresponde una pena igual a la suma de todas pero siempre que no exceda del máximum legal; si son reprimidos con penas diversas pero divisibles, se impone cada una reducida a la especie de las más graves, y si las penas son indivisibles, se aplica la más grave.

Juan P. Ramos juzgó al proyecto de 1891 en los siguientes términos: "iLos comisionados, conocedores de la situación desventajosa que creaba al país, en esos momentos, una aguda crisis económica, lo mismo que la falta de buenos establecimientos para la internación de las diversas categorías de delincuentes, prefirieron atenerse a los modelos consagrados de los códigos más perfectos de la escuela clásica y redactaron un proyecto que era inmensamente superior, sea del punto de vista doctrinario o del punto de vista técnico, al código que regía... La parte especial del proyecto es muy importante, primero por las grandes innovaciones que introduce en el concepto jurídico de los delitos y sus penas, segundo porque ha servido de modelo en gran parte para el código actual (1921). Rehizo casi por completo

la técnica que hasta ese momento había imperado en la Argentina a través de las leyes españolas, del proyecto Tejedor y del código de 1887. Tomó del código italiano la mayor parte de sus nuevas disposiciones referentes a delitos contra las personas. Finalmente, al pie de cada artículo, indicó todos los códigos extranjeros y textos argentinos que le sirven de fundamento, lo que ha sido muy útil para que la jurisprudencia nacida del código actual, pueda interpretar el sentido científico de una palabra o de un concepto".

106. El Poder Ejecutivo pasó en seguida el Proyecto al Congreso recomendándole su sanción. Después de haberlo estudiado, la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados requirió en 1895 la presencia de uno de sus autores. Norberto Pinero colaboró con la Comisión, que formaban Mariano Demaría, Francisco A. Barroetaveña, Tomás J. Luque y Remigio Carol, hasta completar el trabajo de revisión. Pero en 1900 una nueva Comisión de Códigos, apartándose del criterio anterior, se inclinó por la mera reforma del texto vigente, en base al proyecto de Pinero, Rivarola y Matienzo, del que se tomaron 105 artículos. Las reformas propuestas por la Comisión fueron aprobadas por el Congreso. El 22 de agosto de 1903 quedó sancionada la ley 4189 de reformas al Código Penal que, como bien la calificó Francisco P. Laplaza, fue "poner algo del vino nuevo en odres viejos".

Además del proyecto de Pinero, Rivarola y Matienzo, el ya afamado civilista Lisandro Segovia redactó otro en 1895, que publicó la *Revista Jurídica*, pero que no tuvo trascendencia.

La ley 4149 fue objeto de severos comentarios. Como dijo José Peco: "Antes acrecía que disminuía los defectos del Código Penal. Las reformas introducidas, no se avenían con el espíritu asaz conservador del Código.

Respondían a otros principios. Además no llenaba ninguna laguna, ni consagraba la unidad penal, ni incorporaba nuevas instituciones jurídicas, ni depuraba graves errores". Por su parte los tribunales se encontraron con la dificultad de tener que armonizar la ley nueva, de carácter parcial, con un Código viejo, del cual subsistía casi toda su parte general.

107. De allí que al poco tiempo, el 19 de diciembre de 1904, el presidente Manuel Quintana expidiera un decreto, refrendado por el ministro Joaquín V. González, declarando la "necesidad evidente de dar la mayor estabilidad y unidad posibles a las múltiples leyes que rigen en la República sobre penalidad y su procedimiento, por las graves perturbaciones que de tal multiplicidad resultan para la buena administración de justicia, y en particular por lo que se refiere a la permanencia del extranjero en el territorio de la Nación... Que existe conveniencia indudable en revisar e imprimir carácter permanente, o por lo menos, durante un largo período de tiempo, al Código Penal de la Nación, el que después de frecuentes reformas generales o parciales, no ha logrado satisfacer los unánimes anhelos de una justicia equilibrada y concorde con el estado social de la población en las varias regiones de la República, y menos en la Capital Federal... Que, del punto de vista de los procedimientos más eficaces para llegar a los resultados que aquí se expresan, de fundar un orden judicial firme y progresivo, se hace ya necesario acudir a los estudios directos de la condición social del país, por medio de investigaciones suficientes, a fin de obtener el conocimiento posible de la verdad, sobre que ha de apoyarse la obra del legislador, so pena de vagar indefinidamente en las incertidumbres y pruebas que han caracterizado hasta ahora los códigos comunes y leves procesales de la República, con algunas notables excepciones "

Para llenar estos fines, el decreto erigió una comisión encargada, además de la revisión del Código de Procedimientos en lo Criminal de la Capital y otras leyes, del Código Penal. La misma estaba compuesta de cinco jurisconsultos, un médico y un secretario, siendo los primeros Rodolfo Rivarola, Diego Saavedra, Cornelio Movano Gacitúa, Norberto Pinero y Francisco Beazley, el médico José María Ramos Mejía y el secretario José Luis Duffy, director de la Cárcel de Encausados. El 10 de marzo de 1906 la Comisión presentó el proyecto de Código Penal al Ministerio de Justicia.

En la exposición de motivos, dejó aclarado "que todos los miembros de la comisión, penetrados de que un Código Penal no es el sitio aparente para ensayos de teorías más o menos seductoras, han renunciado deliberadamente, y desde el primer momento, a toda innovación que no esté abonada por una experiencia bien comprobada y que, cuando han adoptado alguna, en estas condiciones, no se han preocupado de averiguar si ella se debe a la iniciativa y al patrocinio de los clásicos o de los positivistas.

"Las preocupaciones de escuela, las discusiones teóricas, las disquisiciones académicas, no han tenido cabida en el seno de la comisión, y cualesquiera que fueren las opiniones personales de sus miembros sobre tópicos determinados de la ciencia penal, todos han estado de acuerdo en que no era la oportunidad de sostenerlas, porque queríamos que la obra común resultara libre de todo espíritu sectario y constituyese una zona franca, a cubierto de cualquier reproche de exclusivismo.

"Libre, pues, nuestro espíritu de prejuicios de escuela, y empeñados solamente en que el proyecto consulte las necesidades del país y las aspiraciones generales, hemos iniciado y terminado este trabajo, tomando como norma las bases fundamentales siguientes: 19 iLa unificación, de acuerdo con los términos del decreto de 19 de diciembre de 1904, de las múltiples leyes penales existentes en la República; 2º La adopción de algunas instituciones modernas, cuya eficiencia para el castigo o la corrección está abonada por la experiencia de las naciones que las han implantado, y la mejora de otras ya incorporadas a nuestra legislación; 3º La simplificación del sistema penal, de modo que pueda ser fácilmente aplicado en la República, dados sus elementos actuales; 4º La inserción de algunas disposiciones tendientes a suplir vacíos y deficiencias que se notan en el Código tanto en la parte general como en la relativa a los delitos y sus penas, y 5º La ordenación en forma más lóqica de las distintas materias que comprenden dicho Código".

El proyecto de la Comisión, inspirado en el de 1891, fue —como lo reconoce Juan P. Ramos— muy bien recibido, en general, por la opinión pública. Los magistrados judiciales, los profesores universitarios, los autores de fama, la prensa, se manifestaron favorables a su inmediata sanción. Pero Ramos, consultado por la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados, respondió el 25 de enero de 1917, mediante una extensa nota, dando el siguiente juicio:

"El proyecto de 1906 está muy lejos de constituir una obra homogénea y armónica de derecho penal. Tiene el defecto capital de haberse adaptado al molde inaceptable del código en vigencia, a pesar de las grandes diferencias —más aparentes que reales— que de él lo separan. Ese ajustamiento al código; esa tendencia a seguir viviendo con la vista vuelta innecesariamente hacia la redacción primitiva de 1887; ese afán de pretender edificar el nuevo monumento de la ciencia penal argentina con los materiales de la vieja construcción que el tiempo mismo —no los hombres— derrumbó; ese olvido sistemático de códigos como el noruego de 1902 y de los proyectos suizos de Stooss que ya eran conocidos en 1906; ese prejuicio constante del eclecticismo... como si fuera posible, actualmente, hablar, todavía, de

clásicos y de positivistas en materia de *derecho penal actual...*; ese casuismo inmotivado de sus disposiciones y que demuestra que se ha preferido el sistema de poner en la ley lo que no es de ninguna manera posible; todo eso y mucho más, que omito, hacen de este proyecto una obra que si bien, jurídicamente, es muy superior a nuestras leyes penales en vigencia, no está llamada a ser el código que nuestro país necesita" <sup>24</sup>.

El Congreso recibió el Proyecto, pero por varios años no se ocupó de él, a pesar de que eran cada vez mayores las quejas contra el Código en uso.

## EL CÓDIGO PENAL DE 1922.

- 108. Tras varios años de inacción codificadora, aunque habiendo dictado en el ínterin algunas leyes penales aisladas (7099 sobre seguridad social, 9077 sobre cheque dolosos y 9143 sobre trata de blancas), en 1916 el diputado Rodolfo Moreno (hijo) presentó un proyecto por el cual se adoptaría como Código Penal de la Nación el redactado en 1906, con una serie de modificaciones. Estas modificaciones las concretaba en las siguientes:
- 1? Supresión del libro sobre faltas y de las palabras que al mismo se refieran;
- 2<sup>9</sup> Supresión de la pena de muerte, eliminando los preceptos que la consagran y sustituyendo esa pena por otra en los casos en que se impone;
- 3' Mantenimiento de la mitad de las pensiones de ciertos condenados, cuando tuvieren familia y a beneficio de ésta;

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> La codificación penal argentina. El proyecto de 1906 ante las nuevas tendencias del derecho penal en formación, p. 6. Separata de la Revista de la Universidad de Buenos Aires, t. XXXV, Buenos Aires, 1917.

- 4\* Disminución del mínimum en la penalidad del homicidio para dar mayor margen a los jueces;
- 5' Mantenimiento de la pena del Código vigente en el delito de disparo de arma de fuego;
- 6' Penalidad de la agresión de toda arma, y no solamente con arma blanca;
- 7' Limitación de la pena, en los casos de alteración del estado civil, la que deberá aplicarse solamente cuando hubo el propósito de causar un perjuicio;
- 8' Aumento de la penalidad en los delitos contra la honestidad, para concordarla con el criterio de las leyes vigentes;
- 99 Derogación de la ley número 9143, que reprime la trata de blancas, e incorporación al Código de los preceptos que encierran previsiones no contenidas en aquél, a los efectos de la unificación y concordancia;
- 10<sup>9</sup> Derogación de la ley número 7029, llamada de seguridad social, e incorporación al Código de los hechos que aquélla incrimina y omite el proyecto;
- 11\* Derogación de la ley número 9077, sobre cheques dolosos, e incorporación en su lugar de dos preceptos del proyecto sobre el mismo asunto del diputado Delfor del Valle;
- 12<sup>?</sup> Derogación de las leyes anteriores, tanto federales como ordinarias, sobre materia represiva.

"No tuve jamás el pensamiento —refiere Moreno—de que ese proyecto fuera una expresión definitiva... Mi propósito era que sirviese de antecedente para la preparación del articulado a sancionarse por las Cámaras una vez oídas las opiniones de las personas (consultadas)".

Mientras tanto propuso y obtuvo que la Cámara de Diputados nombrase una comisión especial de cinco miembros para el estudio de los proyectos sobre legislación represiva, social y penitenciaria. Fueron elegidos, además de Moreno, que la presidió, Jerónimo del Barco, Delfor del Valle, Antonio de Tomaso y Carlos Pradére. La Comisión fue recibiendo los resultados de la encuesta. La casi unanimidad de los consultados se expidió por la aprobación del proyecto tal cual estaba redactado o con algunas modificaciones de detalle. La excepción fue Juan P. Ramos, que se inclinó por un trabajo totalmente nuevo, acorde con las últimas tendencias de la disciplina.

"La redacción del proyecto definitivo y de la larga exposición de motivos —relata Moreno— fue muy laboriosa. Se redactó primero el texto del proyecto, el que fue antes de ser sometido a la comisión, cuidadosamente examinado con el doctor de Tomaso, con quien tuvimos reuniones diarias durante más de quince días. Consulté especialmente al doctor Julio Herrera (opositor en el Senado a la sanción de la ley 4189 y autor del libro La reforma penal, crítica del Proyecto de 1906)... El doctor Herrera trabajó conmigo y me hizo atinadas observaciones. Consulté también con el doctor Octavio González Roura, camarista del crimen; con el doctor Tomás Jofré y otros, y tuvimos en cuenta las contestaciones recogidas con motivo de la encuesta. Hecha la revisación final con el doctor de Tomaso, redacté la exnosición de motivos y una vez realizado todo ese trabaio lo sometí a la comisión, la cual, después de madurado estudio, lo aceptó en todas sus partes. Tal ha sido la gestación de la reforma".

Al cabo de esta reflexiva labor resultó un proyecto nuevo que, al decir de Ramos, "introduce varias e importantes modificaciones en el presentado por el doctor Moreno en las sesiones de 1916... señala un progreso evidente si lo comparamos con los proyectos anteriores que le sirvieron de base. Destruye algunas perjudiciales

instituciones de nuestro viejo sistema penal; modifica otras; se asienta en nuevos principios científicos y organiza un conjunto de reglas tutelares que, si bien no alcanzan los límites a que han llegado en otras naciones, permitirán que la república se incorpore a las corrientes del Derecho penal en formación" <sup>25</sup>.

Los criterios generales que informan al Proyecto están explicitados en su exposición de motivos y son los siguientes:

- I<sup>9</sup> Que el número de penas debe reducirse, porque es innecesario colocar en la ley enunciados que no serán cumplidos;
- 2º Que debe tenderse a la individualización de la pena, en vista de que cada caso es diferente, debiendo estudiarse el hecho, sus circunstancias y el sujeto, para apreciar el peligro social que representa el delincuente;
- 3° Que conviene consignar penas elásticas y dar a los jueces amplias facultades para que puedan aplicar-las dentro de términos extensos;
- 4<sup>9</sup> Que debe variarse el criterio de la responsabilidad, sin engolfarse en los criterios tradicionales del libre albedrío;
- 5° Que debe autorizarse la reclusión de los individuos absueltos por razones personales cuando sean peligrosos y hasta que cese la situación de peligro;
- 6° Que la imputabilidad de los menores debe sujetarse a reglas especiales, teniendo en cuenta el porvenir de los mismos;
- 7<sup>9</sup> Que la reincidencia debe ser motivo de especial preocupación, a fin de impedir en cuanto sea posible, la repetición del delito por el mismo sujeto;

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Concordancias del Proyecto de Código Penal de 1917. Trabajos del curso de seminario del derecho penal de los años 1919 y 1920, t. I. Buenos Aires (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales) p. XI-XII.

- 8' Que la gracia otorgada a los penados, irrevocablemente, después que cumplieron con buena conducta una parte de la pena, debe reemplazarse con la libertad condicional revocable:
- 9' Que la condena condicional es una institución de todo punto necesaria;
- 10' Que la tentativa y la participación criminal deben legislarse con espíritu nuevo, abandonando conceptos vetustos que dificultan la aplicación de la ley.

El Proyecto fue aprobado por la Cámara de Diputados a libro cerrado. Pasado a estudio de la Comisión de Códigos del Senado, produjo despacho dos años después, con la firma de Joaquín V. González, Enrique del Valle Iberlucea y Pedro A. Garro. Aprobado en general por la Cámara a fines de 1920, al tratarse en particular en 1921 le introdujo algunas modificaciones, restableciendo la pena de muerte e incorporándole algunos preceptos de la ley 7029 de seguridad social. Después de insistir una y otra Cámara en sus respectivas sanciones, prevaleció la de Diputados por su carácter de Cámara iniciadora (sólo aceptó alguna ligera reforma del Senado). Aprobado el 30 de setiembre de 1921 el nuevo Código Penal, entró en vigencia el 29 de abril de 1922. El 21 de setiembre de 1923 debió dictarse una ley de fe de erratas (11.221) para corregir los errores gramaticales y oscuridades que padecía el texto.

La sanción de este Código marcó el punto culminante del proceso de integración de las normas penales en un solo cuerpo orgánico. Pero el ideal alcanzado en 1922 no perduró. Pocos años después, y cada vez más a medida que transcurría el tiempo, no sólo sufrió modificaciones el Código, sino que aparecieron a su vera numerosas leyes que han puesto al derecho penal en un estado de disgregación normativa, reñida con el concepto de codificación.

# CAPÍTULO XV

# LA ESCUELA POSITIVA

#### LOS FUNDADORES Y LA DOCTRINA.

HO. "La escuela clásica —escribió José Peco en 1920, usando de precisos conceptos— terminó su misión al lograr la igualdad, la humanidad y la claridad de las leyes penales. Malgrado sus esfuerzos no pudo granjear la disminución de la delincuencia. El Código Penal es un catálogo de delitos, el derecho penal una cadena de silogismos, el juez un esclavo, el delincuente una abstracción, el fundamento de la responsabilidad estriba en el libre albedrio, la defensa social queda abandonada al régimen represivo. Pero la responsabilidad psicológica es tan frágil en sus fundamentos como peligrosa en sus consecuencias, la pena impotente para defender la sociedad, los delincuentes difieren entre sí, los delitos aumentan, los delincuentes reinciden. Fuerza es orientar en nuevos rumbos la defensa contra el crimen."

El nacimiento de la nueva Escuela ocurrió, también como aquélla, en Italia, y fue el resultado del progreso experimentado a mediados del siglo XIX por las ciencias del hombre: la antropología, la psicología, la medicina, la sociología, todas ellas a favor de la revolución ideológica desatada por la filosofía positivista de Augusto Comte, seguida por Carlos Darwin, Gabriel Tarde y Heriberto Spencer, entre otros.

Al atacar a la metafísica racionalista, sobre la que estaba construido el derecho penal clásico, y exaltar en cambio la investigación del mundo físico, mediante el método de la observación y la experimentación, encontraron campo propicio para su desarrollo las ciencias que servirían de nuevo soporte al derecho penal, no ya centrado —como antes— en el axioma del libre albedrío (que hacía innecesario el estudio de las causas no morales del delito), sino centrado ahora en el sujeto delincuente, en cuanto susceptible de ser determinado al crimen por factores innatos, ambientales y sociales en general. El mismo método experimental o positivo de las ciencias físico-naturales, sería el del nuevo derecho penal.

Elocuentemente decía el catedrático argentino Osvaldo M. Pinero, en 1899: "Las creencias generales, los principios abstractos, las ideas absolutas, tan propias todas ellas del genio de la Francia, amante siempre de lo inmenso, de lo universal en las ideas y en las cosas, habían montado la Filosofía sobre las bases del Ideal y de la Metafísica; y el Derecho Criminal, reflejo fiel de las ideas culminantes de su época, reproducía honradamente en su estructura primordial los fundamentos mismos de la filosofía entonces imperante en los espíritus. La filosofía espiritualista había engendrado el indiferentismo intelectual; había creado una voluntad separada del juicio, segregada del hombre de razón, especie de obra de arte de la conciencia reflexiva; algo así como una impulsión gratuita, un poder inatacable, causa absoluta y quimérica, introducida en el orden de la reflexión y de la deliberación. Y el Derecho Criminal, a su vez, basaba toda la economía de su edificio maravilloso y soberbio, sobre el fundamento metafísico de esa fuerza extraña que dirige al yo; que encamina la dirección del movimiento humano; que inclina o puede inclinar a la acción o ía inacción, en cada acto del hombre: la voluntad).. .. He ahí porqué llamaba al Derecho Penal el hijo legítimo del Siglo!... Jamás ramo alguno

del derecho ha reflejado de una manera tan directa, tan de inmediato, las sinuosidades varias de nuestras creencias fundamentales..."

Y añadía más adelante: "toda evolución, que experimenten nuestras ideas esenciales en las ciencias que estudian al hombre y a la sociedad, habrá de trascender inequívoca e ineludiblemente a la ciencia que se aplica al estudio de los Delitos y de las Penas... iLa evolución se ha producido en las alturas de la filosofía, orgánica, intensa, fecunda!... Ella ha trascendido fatalmente al Derecho Penal, que, hoy, no es sólo ya la ciencia de los Delitos y de las Penas, como en los buenos tiempos de Beccaria; es ahora la ciencia del Delincuente, del Delito v de la Preservación Social... Esta es la obra fecunda de la aplicación del método experimental a las ciencias sociales, de la misma manera que ya se venía aplicando a las ciencias físico-naturales; es el resultado prodigioso de la correlación genial de estas últimas ciencias con las sociales, tan arbitrariamente divorciadas entre sí por el ortodoxismo espiritualista; es, en fin, el coeficiente magnífico del caudal de nuestras percepciones, inmensamente enriquecido por las mil corrientes de irradiación luminosa de nuestro gran siglo expirante" ae.

111. César Lombroso (1835-1909), médico, dio origen a la Escuela Positiva con la publicación en 1876 del Tratado antropológico experimental del hombre delin-'cuente, que adoptó en ediciones posteriores el título de El hombre delincuente en relación a la jurisprudencia, a la antropología ya las disciplinas carcelarias. Su tesis fundamental fue la de la existencia del delincuente nato, un ser atávico, degenerado, en el cual se había operado un proceso regresivo hacia especies inferiores

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Curso de ciencia criminal y derecho penal argentino por el DR. CORNELIO MOYANP GACTTÚA. Con una introducción del DR. OS-VALDO M, PINERO, Buenos Aires (Lajouane) 1899.

de la escala zoológica, fenómeno éste constatable en sus caracteres físicos (conformación craneana) y psíquicos (conducta).

Pero quien le dio base filosófica a la nueva doctrina penal fue otro italiano, Enrique Ferri (1856-1929), quien junto con Lombroso y el tercer miembro destacado del grupo, Rafael Garófalo (1851-1934), fundó "La Escuela positiva en la jurisprudencia civil y penal y en la vida social". En 1892 publicó su obra principal: Sociología criminal, disciplina que lo reconoce como su fundador. Ferri fue quien dotó a la nueva Escuela del método positivo y lo aplicó no sólo al delincuente (como Lombroso) sino además a la pena (clases y condiciones de aplicación). Entre las diversas causas del delito asignó preponderancia a las sociales y recomendó prevenir (empleo de los "sustitutivos penales") antes que reprimir con las penas. El fundamento del derecho de castigar estaba en la necesidad de defensa que tiene la sociedad frente a los elementos que envuelven un peligro para su existencia.

En resumen, las principales proposiciones de la Escuela Positiva pueden reducirse a las siguientes:

- —el método de la ciencia penal debe ser el experimental o positivo;
- —al estudio del delincuente debe darse la mayor importancia. La dualidad clásica "delito-pena" es reemplazada por la trilogía "delincuente-delito-pena";
- —no existe el libre albedrío de los clásicos. El delito es el resultado de factores complejos que predisponen a su autor a perpetrarlo;
- —hay factores del delito antropológicos, ambientales y sociales;
- —necesidad de individualizar la justicia penal logrando la adaptación de la pena a la personalidad más o

menos temible o peligrosa del delincuente (sistema de la individualización o adaptación judicial de la pena);

—la lucha contra el delito, antes que represiva, debe ser preventiva, mediante la eliminación de las causas de la delincuencia y la policía de seguridad (sustitutivos penales).

Las exageraciones en las que incurrió la Escuela Positiva dieron lugar a la formación de una tercera escuela, llamada Escuela Crítica, que procuró la síntesis clasicopositiva, con el reconocimiento, no de la fatalidad, sino de la causalidad del delito, y cuyo principal representante fue otro italiano, Manuel Carnevale.

## LA ESCUELA POSITIVA EN LA ARGENTINA.

112. En 1887, el nuevo profesor de derecho penal de la Universidad de Buenos Aires, Norberto Pinero, reemplazante del último de los clásicos, Manuel Obarrio, inició desde la cátedra la difusión de la doctrina positiva, exponiéndola —según Juan P. Ramos— "con una amplitud desconocida hasta entonces en ninguna cátedra universitaria de Italia". Esta doctrina, con diferencias de matiz, siguió prevaleciendo en la Universidad de Buenos Aires a través de la enseñanza de Osvaldo M. Pinero, Juan P. Ramos, Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez, por espacio de medio siglo: en la Universidad de la Plata, con José Peco, y en parte en la Universidad de Córdoba, con Cornelio Moyano Gacitúa, adepto a la Escuela Crítica y autor del primer Curso de Ciencia Criminal y Derecho penal argentino (1899). Pero el positivismo argentino, surgido contemporáneamente al italiano, en vez de ser una mera copia, tuvo rasgos de verdadera originalidad.

La cátedra universitaria creó el clima intelectual para que las ideas positivistas se fueran encarnando en realidades. En 1888, Francisco y José María Ramos Mejía, Norberto Pinero, Luis María Drago, Rodolfo Rivarola, José Nicolás Matienzo y otros, fundaron la "Sociedad de antropología jurídica", para difundir los principios de esta Escuela. Fue la primera sociedad científica del mundo que se ocupó del estudio del delincuente, como lo reconoció Lombroso. En el mismo año se leyeron tres trabajos, que respondían a esa orientación: *Principios fundamentales de la escuela positiva de derecho penal*, pór Francisco Ramos Mejía, presidente de la Sociedad; Los *hombres de presa*, por Luis María Drago, y *Crítica de la pena de muerte en el Código penal argentino*, por Rodolfo Rivarola. El predicamento de la entidad se puso de manifiesto en el hecho de que tres de sus miembros, Pinero, RivaroJa y Matienzo, fueran designados en 1890 por el Poder Ejecutivo para preparar el proyecto de reformas al Código Penal (§ 105).

"La cátedra de Pinero, por una parte, la Sociedad de antropología, por otra —decía Ramos en 1929—, difundieron de tal manera los nuevos principios, que en poco tiempo la juventud argentina se orientó decididamente en el sentido doctrinario señalado al derecho penal por los libros de Lombroso, Ferri, Garófalo, etc. Pocas personas permanecieron fieles a los principios clásicos. Desde entonces, con una persistencia que no ha existido en ninquna otra nación del mundo, nuestra cátedra universitaria se inspiró siempre en los principios de la escuela positiva".

113. La influencia del positivismo en el campo de la criminología fue asimismo notable. En 1898 el positivista italiano Pedro Gori fundó la revista *Criminología moderna*, a la que siguieron desde 1902 los *Archivos de Psiquiatría y Criminología aplicadas a las Ciencias Afines*, publicados y dirigidos por José Ingenieros, figura relevante en esa disciplina, heredero de la tradición

intelectual de Florentino Ameghino, Francisco P. Moreno y José María Ramos Mejía. El mismo Ingenieros fundó en 1907 el Instituto de Criminología de la Penitenciaría Nacional (§ 84), al que estuvieron adscriptos Eusebio Gómez, Horacio P. Areco y otros, institución—según Francisco P. Laplaza— acaso la primera del mundo que se propuso estudiar científicamente a los condenados con la triple ayuda de la etiología, la clínica y la terapéutica criminales. Al visitar la Argentina en 1908, para dictar una serie de conferencias, Enrique Ferri destacó la labor^que se venía cumpliendo en la Penitenciaría, donde encontraban la más fecunda utilización las teorías de Lombroso, con la aplicación de los modernos criterios de clasificación biosociológica de los delincuentes, y los méritos de su director Antonio Ballvé.

Paralela y aun anterior a la labor de Ballvé fue la de José Luis Duffy como director de la Cárcel de Encausados de Buenos Aires, en la que propició la instalación de la Oficina de estudios médico-legales para hacer realidad el principio de la individualización de la pena. Además, Duffy fundó y dirigió la *Revista Penitenciaria* (1905), en la que aparecieron abundantes estudios médico-legales, sobre cuestiones carcelarias y de derecho penal en general.

Un párrafo aparte merece la obra de Juan Vucetich al frente de la Oficina de identificación de La Plata (1891), con la invención y aplicación del método dactiloscópico, al decir de Rodolfo Rivarola en 1910 "la mayor contribución efectiva que el pensamiento argentino haya aportado hasta ahora al estudio positivo de la delincuencia".

Por lo demás, la influencia del positivismo se advierte, así sea parcialmente, en los proyectos de código y de ley que siguieron al de 1891, hasta el Código Penal de 1922 (§ 109).

Finalmente, cabe señalar que, además de la crítica hecha a la Escuela desde su propio seno, y que llevó a la fundación del "criticismo", el positivismo penal recibió entre nosotros tempranos ataques, desde el campo espiritualista, por Manuel Obarrio y por parte de Godofredo Lozano, en su libro La Escuela antropológica y sociológica criminal ante la sana filosofía (1889), donde la combatió por su base determinista. "Prescindir en lo absoluto de la moral individual —sostenía—, pretendiendo la existencia de hombres que han nacido inevitablemente para la carrera^del crimen, sin que a ellos mismos les sea dado evitarlo o contrariarlo, sin que acaso este estado importe, uno anormal o de demencia total o parcial, es pretender una absurda quimera, que la ciencia social rechaza, y que por respeto a la personalidad humana debe desterrarse de las conciencias".

El balance de la Escuela lo hizo precozmente Moyano Gacitúa en su *Curso de Ciencia Criminal:* "el positivismo, a pesar de sus errores, ha prestado servicios a la ciencia de los delitos y las penas. Ha fundado quizá para siempre el método de observación en esta ciencia. Ha llamado la atención sobre los factores del delito a fin de extirparlos o minorarlos. Ha vinculado la ciencia penal a las ciencias naturales. Ha sugerido por fin la necesidad de clasificar los criminales y de racionalizar las penas, y esto es bastante para que su sabio fundador como sus ilustres discípulos merezcan un lugar distinguido en la historia de esta ciencia".

# BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL

La historia del derecho penal nacional no ha sido investigada en toda su extensión, de modo que faltan, en absoluto, estudios generales sobre la misma. Y la bibliografía especial existente es notablemente escasa. Todo lo cual configura un cuadro de sensibles carencias. En la *Historia del Derecho Argentino*, limitado es el espacio que le dedicó RICARDO LEVENE; aspectos aislados figuran en los tomos IV, V, VI, VIII, IX y X (edición citada).

Una parte de la bibliografía disponible fue citada en las notas de pie de página y a ellas nos remitimos. Otros títulos dignos de mención son los siguientes: de FRANCISCO P. LAPLAZA, Las ideas penales de Alberdi en el "Fragmento preliminar al estudio del Derecho" (Buenos Aires, 1954) y Los estudios penales en la Argentina (Boletín del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, números 67-68. Buenos Aires. 1938): de ALFREDO J. MOLINARIO. La retractación en los delitos contra el honor. Un ensavo de historia interna en derecho penal (Buenos Aires, 1949), monografía que partiendo de la antigüedad incursiona en el periodo patrio argentino; de JUAN SILVA RIESTRA, SUS dos trabajos dedicados al desarrollo de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires: Evolución de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, 1943) y la continuación, La enseñanza del derecho penal (Revista del Instituto de Historia del Derecho, n° VIII, Buenos Aires, 1957), y aun cuando encarado con excesivo dogmatismo y mucho más limitado que lo que denota su título, de Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, ENRIQUE BACI-GALUPO y otros, Evolución del Derecho Penal Argentino. Su desarrollo histórico-dogmático (Buenos Aires, 1969).

El proceso de la codificación, aunque no siempre con criterio histórico, está tratado en RODOLFO RIVAROLA, Derecho penal argentino. Parte general (Buenos Aires, 1910); José PECO, La reforma penal argentina de 1917-Q.O ante la ciencia penal contemporánea y tos antecedentes nacionales y extranjeros (Buenos Aires, 1921), y RODOLFO MORENO (H.), El Código Penal y sus antecedentes (Buenos Aires, 1923). De la doctrina del movimiento codificador se ocupa VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI en La codificación en la Argentina 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas (Buenos Aires,

1977). Párrafo aparte merece la conferencia de JUAN P. RAMOS, La evolución de las ideas penales en la Argentina (Conferencias sobre el derecho penal argentino), Buenos Aires, 1929.

Para el tema relativo a las cárceles pueden consultarse, de ADOLFO S. CARRANZA, Régimen carcelario argentino (Buenos Aires, 1909) y de EUSEBIO GÓMEZ, Doctrina penal y penitenciaria (Buenos Aires, 1929). Un panorama general de la producción penal argentina en el siglo XIX y primera mitad del XX se encuentra en FRANCISCO P. LAPLAZA, Derecho penal y criminología (Asociación Argentina de amigos de la Universidad Hebrea de Jerusalén, Balance de la Bibliografía Jurídica Argentina hasta 1950, Buenos Aires. 1953).

ÍNDICE

Advertencia	pág. 13
Primera Parte. DERECHO PENAL INDIANO.	13
	17
Capítulo I. <i>Fuentes</i> Ley. Costumbre. Jurisprudencia.	1 /
Capitulo II. Caracteres generales.	. 25
Publicista. Inquisitivo. El tormento. Arbitrio	. 23
judicial. Grados de responsabilidad.	
Capitulo III. Los delitos	. 37
Concepto y caracteres. Tentativa y formas de	31
participación criminal. Principales figuras de-	
lictivas. Homicidio. Heridas, Injurias, Hurto.	
. Abigeato. Ilícita amistad. Sodomía. Traición.	
Capítulo IV. Las penas	53
Concepto y caracteres. Clases. Penas capita-	
les. Penas corporales. Mutilación. Azotes.	
Presidio. Destierro. Prisión. Penas infaman-	
tes. Penas pecuniarias.	
Capítulo V. Las instituciones de clemencia	.79
Concepto. El perdón real. El perdón de la	
parte ofendida. La visita de cárcel. El asilo	
en sagrado.	
Bibliografía principal.	89
Segunda Parte. DERECHO PENAL NACIONAL.	
Capítulo VI. Las nuevas ideas penales	93
Los ilustrados. La Escuela Clásica.	
Capítulo VII. Primeras manifestaciones del pensa-	
miento penal argentino	99
Las ideas penales. Las normas penales.	
Capítulo VIII. Las ideas penales entre 1820 y 1850	107
Guret Bellemare. Pedro Somellera. Antonio	
Sáenz. Juan Bautista Alberdi.	

Capitulo 1A. El derecho pendi provincial entre	
1820 y 1853	115
Constituciones y proyectos. Leyes ordinarias	
y proyectos.	
Capítulo X. Normas penales de la Constitución	
Nacional	.121
Capítulo XI. <i>La pena de muerte.</i> • .	125
Antecedentes doctrinarios. La doctrina nacio-	
nal hasta 1853. Las leyes sancionadas hasta	
1853. La práctica judicial. La Constitución	
Nacional y las constituciones provinciales.	
El proceso abolicionista en la provincia de	
Buenos Aires. Los Códigos Penales.	
Capítulo XII. El sistema carcelario	143
Antecedentes doctrinarios. El problema carce-	
lario entre 1810 y 1853. El período de la	
organización nacional. Los Códigos Penales.	
La Penitenciaría Nacional.	
Capítulo XIII. El juicio por jurados	161
La doctrina hasta 1852. Los textos constitu-	
cionales hasta 1852. La legislación nacional	
y provincial hasta 1852. La Constitución Na-	
cional. La doctrina posterior a 1853. Las	
constituciones posteriores a 1853. Las leyes	
procesales posteriores a 1853. La doctrina po- sitiva.	
Capítulo XIV. La codificación penal	.179
Los primeros antecedentes. Período de la or-	
ganización nacional. El Proyecto de Carlos	
Tejedor. El Proyecto de Villegas, Ugarriza	
y García. El Código Penal de 1887. Los pro-	
yectos de reforma de 1891 y 1906. El Código Penal de 1922.	
	205
Capítulo XV. <i>La Escuela Positiva</i> Los fundadores y la doctrina. La Escuela	.205
Positiva en la Argentina.	
Bibliografía principal	212
Dibliografia principal	413

La impresión de este libro fue terminada el día 13 de lebrero de 1978 en los talleres gráficos A. Baiocco y Ga. s.r.l.. Centenera 461, Buenos Aires.