

ABELARDO LEVAGGI PENA DE MUERTE

I. Período Indiano.

Con el regreso en la Baja Edad Media a un derecho penal público que perseguía un fin disuasivo y ejemplar fue natural que reapareciese la pena de muerte. No cabe duda de que el último suplicio presidió el catálogo de las penas del Antiguo Régimen así en el plano teórico como en el práctico. Sin embargo se impone analizar con cuidado la oportunidad, el ambiente y las circunstancias de su uso para sacar conclusiones ciertas y no caer en generalizaciones erradas. No hay que creer que se haya hecho un uso generalizado de esta pena y que la vida humana, aun la de los mayores criminales fuera despreciada ni careciera de valor.¹

La doctrina: aceptó pacíficamente la pena capital su justificación teórica no fue un problema para teólogos y juristas debido a la influencia del derecho romano, el sentido absoluto de la monarquía, la legislación heredada de la Baja Edad Media y el magisterio de Santo Tomás (S. XIV) favorable a su licitud. Enseñaba el Aquinatense que “si un hombre es peligroso a la sociedad y la corrompe por algún pecado, laudable y saludablemente se le quita la vida por la conservación del bien común” pero “cuando no pueden ser muertos los malos sin que al mismo tiempo lo sean los buenos [...] vale más dejar vivir a los malos”². Teólogos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII sostuvieron antes que los ilustrados la necesidad de castigos moderados y proporcionados pero sin cuestionar por eso, la legitimidad de la pena de muerte.

Para De la Peña (circa 1570) “la muerte es el último suplicio y pena que ha de dar [el juez], 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”. Veía que algunos jueces con pocas “letras y experiencia” se gloriaban con el derramamiento de la sangre en las sentencias de muerte y los llamó “carniceros y verdugos y homicidas”.

Expuso las siguientes conclusiones: “la 1ª, que para que justamente por el homicidio cometido se haya de dar pena de muerte se requiere que intervenga dolo y ánimo de matar. Lo 2º que real y verdaderamente el herido sea muerto. Lo 3º, que ante todas las cosas, conste el delito cometido por información a más de la confesión del delincuente, de manera que conste el hombre muerto. [...] Si uno matase a otro, pretendiendo que fue el agresor, pero no se sabe ni se puede saber cuál de los dos lo fuera, se presume haber sido el agresor quien quedó vivo y está obligado a probar que mató al otro en su defensa pues se presume dolo en quien mató si no prueba lo contrario”.³

Representativo del pensamiento ilustrado Lardizábal opinó en 1782 que “negar a las potestades supremas la facultad de imponer la pena de muerte, sería arrancar temerariamente a la justicia y a la soberanía uno de sus más principales atributos”. Mas no se detuvo allí. Añadió que “imponerla sin discernimiento y con profusión, sería

¹ Levaggi, nota 256: Carbasse, Jean-Marie. Histoire du Droit pénal et de la justice criminelle. Paris, PUF, 2000 (Collection Droit Fondamental), pp. 260.

² Levaggi, nota 257: Tomás de Aquino, Summa teológica, parte II, sección II, cuestión LXIV, art. 11. Cita de la edición de Buenos Aires, Club de Lectores, 1993, XI, p. 195.

³ Levaggi, nota 258: López-Rcy y Arrojo, Manuel. Un práctico castellano del siglo XVI (Antonio de la Peña) [c. 1570]. Madrid, Tipografía de Archivos, 1935, pp. 48-49 y 123-125.

crueledad y tiranía. Abolirla enteramente en un Estado sería acaso abrir la puerta a ciertos delitos más atroces y peligrosos, que casi no pueden expiarse sino con sangre”⁴.

No deja de ser significativa la decisión de Carlos III, pese a que no tuvo consecuencias prácticas, de encomendar a su Consejo en 1776 que reflexionara sobre la posibilidad de abolir la pena capital, objeto cada vez más de críticas y que se iba desterrando en algunos países cultos⁵.

Legislación y aplicación: Las leyes prevenían la pena de muerte para varios delitos caracterizados de atroces: lesa majestad divina y humana, parricidio, infanticidio, homicidio. Robo con violencia, sodomía, adulterio, violación, incendio doloso, etc. Aunque estaba prevista en las leyes eso no quería decir que se la aplicara indiscriminadamente. Es cierto que no faltaron jueces inclinados a ella pero a menudo el arbitrio judicial permitió que se aminorara la pena.

El fiscal de la Audiencia de Lima Licenciado Juan Fernández se quejó en 1555 al Consejo de Indias que servía muy poco que las leyes prohibieran ciertos delitos con penas graves si luego no se ejecutaban⁶. Y el fiscal de la de Charcas, entre 1561 y 1579, Licenciado Ravalnal coincidió en que se hacía poca justicia en las causas criminales: “a nadie hasta hoy han castigado con rigor conforme a derecho”⁷. En el Río de la Plata la casi totalidad de las penas de muerte se impusieron por homicidio. Por excepción se aplicaron a ladrones y nefandistas.

El respeto a las penas legales incluía el debido a los recaudos establecidos por las leyes para que fuera posible aplicarlas. El propio Felipe II, el 30 de diciembre de 1571, aumentó las exigencias: sin embargo de lo que estaba dispuesto acerca de las penas corporal, de muerte o mutilación en el sentido de que hacían sentencia dos jueces de tres que formaban el tribunal se necesitarían los tres votos conformes y no menos (Rec. Ind., II.17.8).

En respuesta a las quejas por la lenidad de las penas que aplicaban los jueces Felipe II dispuso el 17 de julio de 1572 y nuevamente el 25 de septiembre de 1591, que a las justicias no les pertenecía el arbitrio en las penas y mandó “que no las moderen, y guarden, y ejecuten” según las leyes (Rec. Ind., VII.8.15).

Carlos III, en 1771, insistió que a los reos a quienes por las leyes les correspondía la pena capital “se les imponga ésta con toda exactitud y escrupulosidad, sin declinar al extremo de una nimia indulgencia ni de una remisión arbitraria”⁸.

Al tiempo de su instalación, la Audiencia de Buenos Aires ordenó a los alcaldes que no ejecutasen las sentencias que contenían pena de muerte, corporal aflictiva o de vergüenza sin antes darle cuenta y obtener su aprobación. Más tarde resolvió en acuerdo que en discordia de votos, tres a tres, debía prevalecer la opinión más benigna⁹.

⁴ Levaggi, nota 259: Lardizábal, Discurso sobre las penas contrahído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma. Madrid, 1782 por Don Joachin Ibarra, Impresor de... Su Majestad... , p. 165: <http://books.google.com.ar/books?id=4RgeAAAAMAAJ&printsec=frontcover&dq=Manuel+Lardizabal+Discurso+sobre+las+penas&hl=es&sa=X&ei=VZ0qUr-IC6WtigL7iYCWcw&ved=0CC4Q6AEwAA#v=onepage&q=Manuel%20Lardizabal%20Discurso%20sobre%20las%20penas&f=false>

⁵ Antonio Ferrer del Río, Historia del reinado de Carlos III en España, IV. Madrid, 1856, p. 452: <http://books.google.com.ar/books?id=KwQuP873G4AC&printsec=frontcover&dq=Historia+del+Reinado+de+Carlos+III&hl=es-419&sa=X&ei=payBUqKyDMHdsATCo4GACw&ved=0CDkQ6AEwAA#v=onepage&q=Historia%20del%20Reinado%20de%20Carlos%20III&f=false>

⁶ Levaggi, nota 261: 8/12/1555. Levillier, Roberto. Audiencia de Lima..., tomo 1, p. 53.

⁷ Levaggi, nota 262: Levillier, Roberto. La Audiencia de Charcas..., tomo 1, p. 255.

⁸ Levaggi, nota 263: Real cédula del 12/3/1771.

⁹ Levaggi, nota 264: 4/9/1795 Levene, Historia..., II, p. 138.

Conmutación y suspensión. A quien era “gran maestro y excelente en su arte, y muy útil y necesario a la república” aunque por el delito cometido mereciera la pena de muerte se le debía perdonar y conmutar por otra pena.

Según las Partidas “si alguna mujer preñada hiciere porque debe morir, que no la deben matar hasta que sea parida. Porque, si el hijo que es nacido, no debe recibir pena por el delito del padre, mucho menos la merece el que está en el vientre, por el delito de su madre” (VII.31.11). Una vez parida se ejecutaba la sentencia. Procedía lo dicho aunque la mujer se preñase en la cárcel porque el privilegio no se daba para favor de ella sino “por su causa y favor del parto”. Además si no se hallaba ama que criase a la criatura de gracia o por dineros se debía suspender la ejecución para que lo criase la madre¹⁰.

Estaba pues, en uso la conmutación de la pena de muerte cuando el reo era perito en algún arte y por la de servicio de verdugo o de galeras y lo mismo la suspensión por preñez o para rendir cuentas. En cambio había caído en desuso el perdón por rotura de la horca o por casamiento con meretriz mencionado por algunos autores.

Leyes castellanas conmutaron en vergüenza pública y galeras las penas correspondientes a hurtos calificados, robos, salteamiento en caminos y otros delitos similares o mayores (Rec. Cast., VIII. 24.12 y 11.8)¹¹. Aunque al principio se excluyeron de la conmutación los delitos castigados con la pena de muerte (Nov. Rec., VIII. 24.1) luego se los admitió. Felipe IV insistió: “siempre que se pudiera conmutar la pena de muerte en galeras, se haga” (Nov. Rec., XII.40.6).

Procedimiento. En los días previos a la ejecución un confesor preparaba al reo para bien morir. A ese efecto éste era encerrado “en la capilla” de la cárcel. El sacerdote lo asistía hasta el cadalso. La conducción se hacía montado en un asno, mula o caballo de silla, nunca de casca, o arrastrado en una petaca o pellejo acompañado por el escribano, el alguacil, el pregonero y la tropa.

La forma de ejecutar varió con el tiempo, con el delito y la condición social del reo. Según las Partidas podía ser “cortándole la cabeza con espada, o con cuchillo, y no con segur, ni con hoz de segar; otrosí, puédenlo quemar, o ahorcar, o echar a las bestias bravas, que lo maten; pero los jueces no deben mandar apedrear ningún hombre, ni crucificarlo, ni despeñarlo de peña, ni de torre, ni de puente, ni de otro lugar” (VII.31.6).

Gregorio López consignó en la glosa de las Partidas (1555) que “si alguno debe ser ahorcado, no podrá el juez mandar que le corten la cabeza; bien que si la ley no señala el género de muerte, entonces podrá el juez escoger entre ellas, adoptando la que le parezca más conveniente y menos atroz, según lo aconsejare la equidad, la edad y condición del reo y los méritos de su vida anterior” siéndole prohibido un género de muerte desacostumbrado.

Al hidalgo, u otro hombre que fuese honrado por su ciencia, o por otra bondad que hubiese en él, [que] 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” (VII.31.8).

Los métodos habituales en América fueron la muerte en la horca, después el garrote y para los hidalgos al principio la decapitación. El instrumento más usado fue la horca, considerada un signo de “la ignominia y la infamia” y reservada por lo tanto para los villanos fueran españoles, indios o de casta. Hay datos del uso del garrote desde el siglo XVI pero fue en el XVIII que reemplazó cada vez más a la horca.

¹⁰ Levaggi, nota 265:

¹¹ Don Felipe IV el Grande en Madrid, 13 de Octubre de 1639. Edición de 1777, tomo 5º, página 793.

De acuerdo con el Diccionario de La Real Academia de la Lengua el garrote consiste en “un aro de hierro con que se sujeta, contra un pie derecho, la garganta del sentenciado, oprimiéndola enseguida por medio de un tornillo de paso muy largo hasta conseguir la estrangulación”. Era menos oprobioso que la horca porque evitaba el espectáculo de las contorsiones del reo. Hubo casos en que se diera garrote al pie de la horca y el cadáver fuera colgado de ella para que la ejecución tuviera el fin afrentoso buscando a la vez, que se evitaban al reo sufrimientos innecesarios.

La pena del parricidio, tomada del derecho romano (pena del culeum = saco), consistía en azotar al reo y meterlo en “un saco de cuero, y que encierren con él un can, y un gallo, y una culebra, y un simio; y después que fuere en el saco con estas cuatro bestias, cosan la boca del saco, y lánzenlos en la mar, o en el río” (Partidas, VII. 8. 12).

Covarrubias explicó, citando muchas y opuestas opiniones, que según Teófilo la inclusión del gallo se debía a que “parecen tener también algo de parricidas. Algunos de ellos matan a sus padres, otros no pueden contenerse de luchar con ellos”; la del perro porque “es el animal más fiel al hombre, y por eso, para que resalte más la infidelidad del parricida, se ha establecido que se meta con él al perro”; el mono porque “son muy semejantes a los hombres; en ocasiones, terribles como los parricidas, que pareciendo hombres llevan entrañas de fiera” y la víbora “porque cae en delito semejante cuando para nacer rompe el útero y mata a su misma madre”¹².

Gregorio López testimonió que los reos se introducían en el saco previamente muertos. Cuando se aplicó en el Río de la Plata en el siglo XVIII los animales vivos fueron reemplazados por figuras de papel. Otras veces se pintaron.

Jurisprudencia: Así como la pena de muerte, decíamos más arriba, presidió el catálogo de las penas del Antiguo Régimen, podríamos decir lo mismo de la traición regia en relación a los delitos. Los más famosos casos del delito de traición en el virreinato del Perú y el Río de la Plata, sin duda fueron por los que se procesó, condenó y ejecutó, en el siglo XVI a Gonzalo Pizarro y a los homicidas del General Juan de Garay, como en el siglo XVII a Pedro Chamijo –cuyo verdadero nombre era-, más conocido como “Pedro Bohorquez, el falso Inca”, y en el XVIII a José Gabriel Condorcanqui (a) “Tupac Amaru”, a su familia y sus compañeros.

En Xaquixaguana, el 19 de abril de 1548 los oidores delegados por el Presidente Pedro La Gasca, Alonso de Albarado y el Licenciado Cianca, dictaron sentencia por el delito de traición contra Gonzalo Pizarro¹³.

En Santa Fe, 1º de agosto de 1580 se dictó sentencia condenando “por bien muertos” a Lázaro de Venialvo, Pedro Gallego, Diego de Leyva, Domingo Romero y Diego Ruiz; a Pedro de Villalta en destierro perpetuo de estas provincias para las de Chile, y a Bartolomé Figueredo en destierro perpetuo (al) Paraguay; adonde sirvan a Su Majestad en lo que les mandaren los que allí gobernaren y que (ambos) no puedan traer ni tener armas ofensivas ni defensivas en ningún tiempo de su vida –inhabilitación perpetua para portar o tener armas-, privación de indios y de oficios que hasta hoy han tenido y que por todas sus vidas no puedan tener ni tengan encomienda de indios, y más en perdimiento de todos sus bienes raíces y muebles, los cuales se aplicaron para la cámara de Su Majestad.

El caso de los rebeldes altoperuanos de 1780 y 1781 Túpac Amaru y Túpac Catari y sus compañeros, fue excepcional y no juzgado por la justicia civil sino por la militar. Pesaron sobre ellos las más graves acusaciones: los delitos de lesa majestad divina y humana, rebelión, usurpación de títulos y dignidades, homicidios y latrocinios. Las

¹² Levaggi, nota 266: Pereda, Covarrubias..., pp. 214-215.

¹³ Prescott, William. Historia de la Conquista del Perú, Madrid, 1848, Tomo II, pág. 480. (No verificada): Páez, José Roberto. Cronistas Coloniales, primera parte. Quito, 1960.

Partidas preveían para el que mataba al rey o lo intentaba “morir por ello, lo más cruelmente, y lo más vilmente que puedan pensar; y aun deben perder toda lo que tuvieren, también mueble como raíz” (II.13.6).

La sentencia del visitador José Antonio de Areche recaída en la causa por la sublevación de Túpac Amaru y dada en el Cuzco el 15 de mayo de 1781 lo condenó “a que sea sacado a la plaza principal y pública de esa ciudad, arrastrado hasta el lugar del suplicio, donde presencie la ejecución de las sentencias que se dieron” a su mujer, hijos y unos cabecillas. Acto seguido “se le cortará por el verdugo la lengua, y después amarrado o atado por cada uno de los brazos y pies con cuerdas fuertes, y de modo que cada una de éstas se pueda atar, o prender con facilidad a otras que prendan de las cinchas de cuatro caballos; para que, puesto de este modo, o de suerte que cada uno de éstos tire de su lado, mirando a otras cuatro esquinas, o puntas de la plaza, marchen, partan o arranquen a una voz los caballos, de forma que quede dividido su cuerpo”¹⁴. Luego sería quemado y dispersadas las cenizas. Al haber resistido sus músculos el intento de descuartizamiento fue ejecutado.

Una referencia de las penas que las leyes reservaban a los autores del delito de lesa majestad es la que se aplicó en Francia a Damiens en 1757 por haber agredido al rey Luis XV. Fueron, en realidad, ocho penas las que recibió: multa; corte de la mano; atezamiento del pecho, brazos, piernas y derramamiento en las heridas de plomo fundido, aceite hirviendo, resina, cera y azufre derretidos; descuartizamiento e incineración de los miembros; confiscación total de los bienes; demolición de la casa con prohibición perpetua de construir en el lugar; destierro perpetuo de los padres e hijos y prohibición a los demás parientes de llevar su apellido”¹⁵.

Dos esclavos menores de edad, de alrededor de veinte y dieciséis años, que en 1770 mataron alevosamente al amo fueron condenados a “muerte afrentosa de horca: la que se les dará sacándolos de la prisión, arrastrados a la cola de un caballo y conduciéndolos así por las calles públicas de esta ciudad hasta el lugar de la horca donde por el verdugo serán ahorcados y colgados [...] los cuartos de sus cuerpos que después de muertos deberá dividirlos el verdugo para que se repartan por los caminos que conducen al paraje donde cometieron el delito”¹⁶.

Cuando el delito era arroz la vindicta no se consideraba satisfecha con la muerte y se añadían penas post mortem. Suspensión del cadáver, división en cuartos y exposición, incineración, fueron otras tantas maneras de prolongar el fin ejemplar del castigo.

Para un mozo acusado de sodomía (homosexualidad) el fiscal pidió en 1772 que fuera quemado “en llamas”. La sentencia del alcalde de primer voto de Buenos Aires fue que muriera en la horca y que el cadáver fuera quemado en una hoguera y esparcidas las cenizas al viento, sentencia confirmada por el gobernador interino. El defensor interpuso recurso ante la Audiencia de Charcas con resultado desconocido.¹⁷

¹⁴ Documentos para la historia de la sublevación de Jose Gabriel de Tupac-Amaru, cacique de la provincia de tinta en el Perú. Primera edición. Buenos Aires, 1836. La sentencia contra Condorcaqui en pp. 44 a 51 y contra su mujer, hijos y confidentes, pp. 52 a 53:

<http://books.google.com.ar/books?id=TYVDAAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=editions:LaOqQSbDdp8C&hl=es-419&sa=X&ei=1biCUpOtN7Sw4AOjzYHIBQ&ved=0CCwQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false>

¹⁵ Levaggi, nota 267: Carbasse, Jean-Marie. Histoire du Droit pénal et de la justice criminelle. Paris, PUF, 2000 (Collection Droit Fondamental), pp. 299-300.

¹⁶ Levaggi, nota 268: Sentencia del gobernador de Montevideo, José Joaquín de Viana, 28/11/1771. Ferrés, Época colonial..., pp. 269-270.

¹⁷ Levaggi, nota 269: Sentencia de primera instancia del 18/3/1774 y auto concediendo la apelación a la Audiencia del 8/5/1775. AGN. Criminales leg. 7. exp. 9. IX.32.1.4.

En 1777 un carpintero de ribera cometió homicidio y se hizo acreedor a la pena capital pero el virrey Pedro de Cevallos consideró en su sentencia 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" y se la conmutó por la de servicio en su oficio durante seis años. También dijo que era "mucho más sensible la pérdida de este carpintero, pues es uno de los mejores oficiales"¹⁸.

En 1807 un esclavo homicida fue condenado a muerte. Es interesante lo resuelto por el virrey Liniers a la vista de las invasiones inglesas. A causa de "la mucha parte que tuvieron los negros así libres, como esclavos, en la gloriosa resistencia del último ataque de esta capital, y la que, subsistiendo contentos y satisfechos, es de esperar tengan en otro que es probable intente el enemigo" y para "alejarles todo motivo que aunque en realidad agradable a todo hombre cristiano y sensato, pudiera producir disgusto a los referidos" decidió suspender el auxilio necesario para la ejecución de la sentencia esperando que "ofreciéndose el caso de hacer sufrir igual pena a algún blanco, no tuviesen los negros motivo de pensar que sólo se ejercitaba en los de su clase el rigor de la justicia, lo que les haría desmayar en el ardor, y entusiasmo militar que conservan"¹⁹.

II. Período patrio.

Doctrina: Antes de los ilustrados, los utópicos del siglo XVI y principio del XVII Thomas More y Tommaso Campanella preconizaron la adopción de la pena privativa de la libertad en lugar de la pena de muerte para los delitos que no eran atroces.

Beccaria propuso la sustitución de la pena de muerte por la de penitenciaria. "No es el espectáculo terrible, pero pasajero, de la muerte de un malvado, 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 [...]. La pena de muerte se convierte en espectáculo para la mayoría, y para otros en objeto de compasión mezclada de desdén, sentimientos ambos que en el ánimo de los espectadores ocupan más lugar que el saludable temor que la ley pretende inspirar".

No es que hubiera prescindido totalmente de la pena de muerte. La reservó para quien "aun encontrándose privado de la libertad, tenga todavía relaciones y poderes tales que comprometan la seguridad de la Nación" y "cuando su muerte fuese el único y verdadero freno para impedir que los demás cometan delitos"²⁰.

Entre los autores que se ocuparon del tema siguiendo a Beccaria estuvieron Charles Pastoret y Jeremy Bentham, partidarios del reemplazo de la pena de muerte por la de prisión prolongada o perpetua y de su aplicación a sólo pocos delitos. Otros escritores fueron más prudentes. Afirmaron la necesidad de reformar las costumbres antes que las leyes y se manifestaron escépticos acerca de las bondades atribuidas al sistema penitenciario. Así pensaron, entre otros, Gaetano Filangieri, Gabriel Mably, Lardizábal y Giandomenico Romagnosi.

En el Buenos Aires de la década de 1820 se polemizó sobre esta pena. Florencio Varela sostuvo que "la pena de muerte es hoy universalmente proscripta por la filosofía,

¹⁸ Levaggi, nota 270: Buenos Aires. [5/1778. AGN. Criminales. leg. 12. exp. 4. IX.32.2. 1. Levaggi. "Las penas...".

¹⁹ Levaggi, nota 271: AHPBA, 5.5.80.58. Informe sobre la pena de muerte en este período: Servicio Penitenciario Bonaerense. Historia... 1. pp. 105-111.

²⁰ Levaggi, nota 450: Beccaria, De los delitos..., capítulo XXVIII pp. 143-144:
<http://books.google.com.ar/books?id=Re56M6nYyVEC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>

la gran cuestión debe ser únicamente si es posible, si es ventajoso, o no, el abolirla; y esta cuestión no puede tratarse sino de un modo enteramente práctico, y con relación a cada pueblo en particular. Sólo el estado de las costumbres y de la civilización las masas puede decidir en ella”. Ponderados estos factores concluyó así: “aunque mi opinión desapruere esta pena, creo que será imposible suprimirla en mucho tiempo, con especialidad en nuestro país. Para ello es menester remover inconvenientes muy grandes; crear instituciones costosas, capaces de disponer las masas a obrar por resortes menos crueles; y sobre todo, trabajar mucho en la elección de la pena que debería sustituirse a la capital”. (Véase parte 1, cap. 11.1, y Antología, VI)

Un año después el juez José Manuel Pacheco leyó una disertación abolicionista en la Academia Teórico Práctica de Jurisprudencia. Un Valentín Alsina joven le contestó defendiendo la pena capital. Reconoció que su opinión se oponía a la tendencia general, pero creyó ser imparcial al afirmar que la pena de muerte era “útil e indispensable en muchos casos; ya que los inconvenientes que pueda tener, son menores que los males que su extinción puede producir”. Todos los argumentos que se aducían “nada prueban, o también prueban que debe extinguirse todo el Código Penal”. A la objeción de la irremisibilidad le opuso la cuestión de si se habría de renunciar a “todos los medios de seguridad y de conservación, que sanciona la ley y la naturaleza, tan sólo porque a pesar de los arbitrios de la prudencia, estamos siempre sujetos a los errores de aplicación”²¹.

Se sabe que le replicó Bellemare mas no se conocen los términos que empleó. En los años siguientes varias tesis doctorales trataron el tema, unas a favor de la pena de muerte y otras en contra²².

Legislación nacional: Sucesivas leyes patrias ratificaron o ampliaron el uso de la pena capital, generalmente ante situaciones de emergencia debidas a las luchas civiles y los enemigos externos. Veamos dos ejemplos. Uno es el bando de la Primera Junta del 31 de julio de 1810 que dispuso: “todo aquel a quien se sorprendiera correspondencia con individuos de otros pueblos, sembrando divisiones, desconfianzas, o partidos contra el actual gobierno, será arcabuceado sin otro proceso que el esclarecimiento sumario del hecho”, y el otro el bando del Primer Triunvirato del 4 de octubre de 1811 por el cual: “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.

Legislación provincial: Se sucedieron las disposiciones de ese tenor. Otro ejemplo entre varios correspondientes a las provincias del interior es una ley sanjuanina de 1827 según la cual sería reo de muerte quien “quitase a otro la vida, no estando autorizado para ello por la ley” (art. 1), “si alguna persona asaltase o robase a otra en las calles del poblado, o en los campos y caminos [...] sea cual fuese la suma, cantidad, o valor del robo, haya” o no intervenido muerte, herida, golpe, etc.” (art. 7), y “el que excavase, o forase [horadase], para robar cualesquiera especie y cantidad, la habitación de otro” (art. 8)²³.

Una ley mendocina de 1863, que condenaba a pena de muerte, en juicio sumario, a los que robaban desde veinticinco pesos, mereció la reprobación del periódico de Sarmiento, El Zonda, por considerar que semejantes leyes “faltan a la justicia, y porque

²¹ Levaggi, nota 453: Bellemare, Plan general..., s/pp., in fine. Cernadas de Bulnes, Valentín Alsina..., pp. 242-247.

²² Levaggi, nota 454: Álvarez Cora, “La génesis...”, pp. 37-51.

²³ Levaggi, nota 451: 13/8/1827. Registro oficial de la Provincia de San Juan, n° 23, 11/10/1827.

perturban todo el sistema legal, alterando la graduación de los delitos entre sí, y subvirtiendo la penalidad", además de que la experiencia había demostrado su ineficacia²⁴.

En sentido contrario a ese rigorismo el decreto del director provisorio Justo José de Urquiza del 7 de agosto de 1852 proscribió "en toda la República la pena de muerte por delitos políticos", prohibición que los constituyentes de 1853 llevaron a la Constitución.

Jurisprudencia: En 1835, con motivo de un asesinato ocurrido en Arrecifes fueron condenados a la pena ordinaria de muerte cuatro esclavos y sirvientes. Una vez ejecutada la sentencia en la plaza del pueblo los cadáveres penderían de la horca por espacio de ocho horas. Otros cinco reos fueron condenados a presenciar la muerte de los primeros, debiendo tres de ellos sufrir el castigo de azotes en número de cincuenta, cien y doscientos respectivamente. Tras ello serían conducidos al fuerte Federación para servir en sus trabajos por el término de cuatro años²⁵.

Una de las condenas que tuvo mayor repercusión en la época de Rosas fue la dictada por el propio gobernador contra Camila O'Gorman, que aparentemente estaba encinta, por el delito de amancebamiento con un clérigo, hecho por el cual el propio padre de Camila pidió un castigo ejemplar. Por las leyes de entonces la pena que correspondía era de destierro temporal y pecuniaria (Rec. Cast. VIII.19.2); no de muerte. Sin embargo, ambos reos fueron fusilados.

En 1853, en Buenos Aires, varios mazorqueros fueron procesados y condenados: Silverio Badía, Manuel Troncoso, Fermín Suárez, Floro Vásquez, Antonino Reyes, Ciriaco Cuitiño, Leandro Alem, etc. Badía y Troncoso encabezaron la lista de condenados a muerte con la calidad de aleve. Después de fusilados serían colgados en la horca. Reyes logró evadirse y más tarde fue absuelto. El gobierno promovió y siguió con atención los procesos, atención que compartió la opinión pública²⁶.

El defensor, Marcelino Ugarte, se preguntó si la pena de muerte pedida para ellos satisfacía las dos "condiciones filosóficas de la penalidad". La obvia respuesta fue negativa: "no da tiempo al arrepentimiento del culpado" y "es superflua para impedir la repetición de hechos semejantes". Por lo tanto no era legítima.

Antes de la sentencia el Superior Tribunal de Justicia, por acuerdo del 23 de diciembre de 1853 ratificado por decreto del día siguiente, resolvió:

1° que la pena capital, según el espíritu de la mejor filosofía, no tiene por objeto único y exclusivo vengar las ofensas con que el delincuente ha herido a la sociedad, sino también y muy especialmente, el escarmiento para los demás a fin de retraerlos de cometer hechos semejantes.

2° Que con este fin las leyes acompañan la imposición de esta pena de la publicidad y de imponentes solemnidades hasta sobre el cadáver yerto del condenado, para que los espectadores, viendo con sus propios ojos aquel espectáculo, aprendan con tan materiales ejemplos a detestar el crimen que lo ha producido.

3° Que consecuentes con este objeto, nuestros mayores tenían la práctica de que un sacerdote a presencia del mismo patíbulo e inmediatamente después de la ejecución exhortase al pueblo desde la cátedra de la verdad para que se aprovechara de aquel ejemplo palpitante, valiéndose el orador en estas ocasiones de todos los resortes que la religión y sana moral le suministran para el desempeño de su ministerio.

4° Que si esta práctica saludable no podía dejar de producir buenos resultados en tiempos normales, hoy los produciría con mayor ventaja y sería más conveniente si se

²⁴ Levaggi, nota 452: "Leyes draconianas", 18/3/1863.

²⁵ Levaggi, nota 461: Cansanello, "Sujeciones...", p. 74.

²⁶ Levaggi, nota 455: García, "El proceso..."

practicase en las ejecuciones a que diesen lugar los procesos judiciales que se están siguiendo por los hechos criminosos de los años 40 y 42”.

Acordó, por lo tanto, “restablecer para los casos notables la mencionada práctica”.

En 1853 el juez de Mendoza Juan Palma consideró que la pena de muerte prevista para la mujer que instigaba un homicidio era “demasiadamente excesiva e inusitada”. Creyó que sería “arreglado a equidad y justicia” conmutarla en cualquiera otra que guardase “conformidad con su sexo y condición”. La mujer en cuestión era una dama de la sociedad mendocina. Benigna la Cámara, sólo la multó en doscientos pesos²⁷.

En una causa por hurto calificado tramitada en Buenos Aires a partir de 1854 el juez de primera instancia impuso la pena de muerte a tres reos. A ninguno se la mantuvo la Cámara de Justicia: a uno porque gracias a sus revelaciones, hechas bajo la promesa de conmutación o atenuación, se pudo esclarecer el caso; al segundo por haber desempeñado un papel secundario y al tercero por conmutación en diez años de trabajos públicos.²⁸

Tanta sangre derramada hizo reaccionar a la opinión pública. La constitución bonaerense de 1854 facultaba al Poder Ejecutivo a “conmutar la pena capital, previo informe del tribunal, mediando graves y poderosos motivos, salvo los delitos exceptuados por las leyes”, o sea los que llevaban la calidad de aleve. En un caso particular la Legislatura autorizó al gobernador a conmutar aun cuando el delito era uno de los exceptuados. Aunque la autorización fue sólo para ese caso sentó el precedente.

En 1856 ocurrió en Santos Lugares un asesinato atroz en el que estaba implicada la mujer de la víctima: Clorinda Sarracán de Fiorini. Tanto ella como sus dos cómplices, con uno de los cuales mantenía una relación ilícita, fueron condenados a muerte con la calidad de aleve. Carlos Tejedor asumió la defensa de Clorinda. La opinión pública se dividió entre quienes apoyaban la sentencia y quienes, asociando a Clorinda con Camila O’Gorman, intentaban salvarla del patíbulo mediante una campaña destinada a atraer el apoyo popular. Abocadas las Cámaras legislativas a la consideración del pedido de conmutación de la pena resolvieron “que se suspendan los efectos de la sentencia”. Por consiguiente no se llevaría a cabo la ejecución mientras no se dictase la resolución definitiva.

Ante lo dispuesto por las Cámaras el Tribunal de Justicia acordó suspender la vista de todas las causas en las que la sentencia de primera instancia condenaba a muerte. El Poder Ejecutivo envió un proyecto que le permitía conmutar la pena de muerte con calidad de aleve impuesta a los tres reos por la de diez años de reclusión o presidio. El proyecto fue aprobado. Otra ley abolió la antigua distinción entre delitos apelables y no apelables, declarando a todos apelables y conmutables.

Una nueva iniciativa tendiente a acotar la aplicación de la pena de muerte obtuvo sanción el 20 de junio de 1859. Por ella, cuando las sentencias de primera y segunda instancia no estaban conformes en imponerla sólo podría serlo por unanimidad de votos de la sala que conociera en último grado, integrada con todos sus miembros. Además, impuesta en primera instancia una pena corporal la sala no podría agravarla. Prohibió, asimismo, la suspensión en la horca de los cadáveres de los ajusticiados. Siempre en Buenos Aires, en 1868 fueron derogadas las leyes sobre delitos exceptuados y el máximo de la pena de presidio se extendió desde los diez años vigentes a veinte.

Abolición de la pena de muerte: Por entonces se presentaron los primeros proyectos de abolición lisa y llana de la pena de muerte. José Barros Pazos lo hizo en la Cámara de Diputados de Buenos Aires en 1855, Nicasio Oroño en el Senado nacional en 1868 y Pedro Goyena, Bernardo de Irigoyen, Ramón J. Muñiz, Leopoldo

²⁷ Levaggi, nota 462: Acevedo, “Sonados juicios...”, pp. 129-130.

²⁸ Levaggi, nota 463: Fallos de cámara del 24/3 y 18/5/1855. El Judicial. Buenos Aires, 5-23/6/1855

Basavilbaso, José T. Baca y Cristóbal Aguirre en la Cámara de Diputados bonaerense en 1870.²⁹

Oroño presentó su proyecto el 6 de agosto de 1868. Prescribía lo siguiente:

“Queda abolida la pena de muerte tanto para los delitos ordinarios como para los delitos militares” (art. 1). “Los delitos que se castigan actualmente con la pena de muerte con arreglo a los códigos vigentes en la República, se castigarán en lo sucesivo con la pena de deportación y trabajos por diez años a un punto del litoral patagónico” (art. 2).

Entre los considerandos, decía que respondía a "una necesidad política" porque colocados esos hombres en el territorio cuestionado con la República de Chile dejarían restablecido el derecho argentino a esa propiedad. Además, reportaría el indisputable beneficio de que tales hombres irían allí "por la influencia del trabajo y del ejemplo a dar vida a una nueva sociedad, e incorporados a ella con gran provecho de la moral y de los mismos individuos que antes habían sido separados de ella".

El proyecto pasó a comisión pero no fue tratado. Luego lo desplazó el proyecto de Código Penal.³⁰

Mientras que se sucedían las leyes restrictivas de la pena de muerte Tejedor enseñaba en la Universidad, con la autoridad de Montesquieu, "que la pena de muerte puede ser remedio de una sociedad enferma, y que habría locura en su abolición, mientras las cárceles permanezcan en el estado que hoy se hallan [1860]; reconociendo sin embargo con sus enemigos que está prodigada espantosamente en nuestra legislación, y tiene el gran defecto de ser irreparable."³¹

En vísperas de la sanción del Código Penal de 1886, pero vigente el proyecto de Tejedor en casi todas las provincias, se presentaba el panorama siguiente. El Código castigaba con la pena de muerte los siguientes delitos:

“el asesinato, considerado como tal al homicidio cometido con premeditación o alevosía; la práctica de nuestros tribunales era exigir para que la pena de muerte se aplicara las dos condiciones de la premeditación y de la alevosía [...]. Considera el código como asesinato, igualmente, al homicidio cometido por precio, con ensañamiento o por medio de inundación, incendio o veneno.

2° el parricidio,

3° el incendio, cuando causa muerte a alguna persona. [...]

Ahora la ley nacional del 63 [n° 49] por su parte castiga igualmente con la misma pena a los autores principales en el delito de traición y en el de piratería cuando se hallan reunidas las circunstancias agravantes que la misma ley prevé en uno de sus artículos.

Éste es pues el estado de esta cuestión entre nosotros: abolida la pena de muerte para los delitos políticos por la Constitución Nacional. Reducida a los casos anteriores 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”.³²

Unos años después, en 1902, Obarrio volvió a exponer cuál era el estado de la pena de muerte. “Para los derechos políticos –abolida. Para los crímenes ordinarios, con excepción del parricidio y del asesinato –abolida. Para los crímenes cometidos por mujeres, aun tratándose de los más graves y atroces –abolida. Para los crímenes

²⁹ Levaggi, nota 456: “La pena de muerte...”

³⁰ Levaggi, nota 457:

³¹ Levaggi, nota 458:

³² Levaggi, nota 459: Gándara, “La pena...”, pp. 505-506.

cometidos por varios copartícipes –abolida también respecto de la mayoría, debiendo sufrirla sólo uno de los condenados”.

Esto en cuanto a la abolición. Además, la tendencia a dificultar su aplicación se abrió paso con distintas disposiciones legales. Así: 1° Las presunciones, por vehementes que fueran, no podían dar lugar a la pena de muerte; 2° sólo podía aplicarse por el tribunal de última instancia íntegro, por unanimidad de votos y siempre que el juez inferior la hubiera impuesto; 3° el presidente de la República podía conmutarla por delitos sujetos a la jurisdicción federal sin limitación alguna. Concluía que el pueblo argentino no estaba entre los últimos que abrieron una campaña contra el “último resto de la barbarie”.³³

³³ Levaggi, nota 460: Obarrio, Curso..., pp. 219-220. Se extiende en combatir la pena de muerte en pp. 196-221. Sierra, Fusilados...