

"A quien perturbe el orden público le caerá el rigor de las penas, hasta la de muerte": Los eclesiásticos y el tratamiento de la pena de muerte, San Miguel de Tucumán, 1823.

María Cecilia Guerra Orozco.

Cita:

María Cecilia Guerra Orozco (2011). *"A quien perturbe el orden público le caerá el rigor de las penas, hasta la de muerte": Los eclesiásticos y el tratamiento de la pena de muerte, San Miguel de Tucumán, 1823. XIII Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Departamento de Historia de la Facultad de Humanidades, Universidad Nacional de Catamarca, Catamarca.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-071/145>

Número de la mesa: 22

Título de la mesa: *Historia de la Justicia en el Río de la Plata y América Latina (Ss. XVIII-XX)*

Apellido y nombre de las/os coordinadores/as: Darío Barrera y Juan Manuel Palacio

Título de la ponencia: *"A quien perturbe el orden público le caerá el rigor de las penas, hasta la de muerte": Los eclesiásticos y el tratamiento de la pena de muerte, San Miguel de Tucumán, 1823*

Apellido y nombre del/a autor/a: María Cecilia Guerra Orozco

Pertenencia institucional: UNT-UNSTA-CONICET

Documento de identidad: 29.190.315

Correo electrónico: mc_guerra81@hotmail.com

Autorización para publicar: Si deseo publicar la ponencia en el CD de las Jornadas

Introducción

El 21 de marzo de 1824, en la ciudad de Trancas, en la provincia de Tucumán, el otrora “querido y venerado” gobernador Bernabé Aráoz, era fusilado en manos de su más férreo enemigo desde 1820, Javier López.

Mediante una pequeña ceremonia, se le quitaron sus honores y fue degradado. Era ajusticiado por poner en peligro la estabilidad y orden público de Tucumán.

Una comisión de eclesiásticos formada en la Sala de Representantes, con el objeto de pronunciarse sobre la pertinencia o no de aplicar la pena de muerte, fue la que dio el marco de legalidad a la medida. En ella participaron Dr. Don Diego León Villafañe, Jesuita; Dr. Don José Agustín Molina, sobrino del primero; y Dr. Don Pedro Miguel Aráoz, tío de Don Bernabé.

Estos clérigos, voceros de la creencia compartida por toda la sociedad en un orden natural trascendente hacia el cual se abría indefectiblemente cualquier campo normativo; hicieron del derecho penal un discurso en el que no era posible referir a una voluntad legisladora humana, ni al dominio acotado de la jurisprudencia secular. Como se sabe, la teología tuvo una gran influencia en el saber penal, ya que era la voz calificada para determinar lo que podía ser visto como lesivo para el orden y por tanto digno de castigo. Se trataba de una imposición de un discurso y de unas creencias, que están en la base de la cultura y que informan (sin necesidad de reenvíos normativos explícitos) el lenguaje de

jueces y partes¹. Tanto los teólogos como los juristas, reconocían, de forma explícita, la preeminencia de la religión sobre el derecho. Era la religión rectora de la moral y de las buenas costumbres.

Conviene recordar que en la sociedad a la que nos referimos, existía una fuerte preeminencia de la religión, y el derecho sólo podía entenderse como parte de un complejo normativo más vasto e intrincado, que tenía matriz religiosa, e integraba los distintos órdenes que disciplinaban o contribuían a disciplinar la sociedad. El derecho, como la teología moral principalmente, formaban un ordenamiento compuesto, porque siendo distintos participaban de una misma cultura, una cultura preceptiva de carácter tradicional, constituida en sentido propio por la religión. Esta se encontraba omnipresente en el derecho y podía verse con claridad, por ejemplo en el binomio delito-pecado². Esta característica particular se debió a que la identidad religiosa de la sociedad era el catolicismo, en la medida en que tanto Iglesia como sociedad coincidían y las autoridades civiles y las eclesiásticas representaban diferentes aspectos de un mismo poder, más que instituciones separadas. Los sacerdotes eran un cuerpo de especialistas en un contexto donde el porcentaje de analfabetismo era muy elevado.³

Como plantea Justo Donoso, teólogo chileno de referencia en el siglo XIX, en el periodo colonial, el poder espiritual y el temporal, eran dos poderes supremos íntimamente unidos y relacionados entre si

“...el poder espiritual depende indirectamente del temporal para la libre ejecución de sus cánones, para mejor promover en los pueblos el servicio divino, para dilatar (...) la senda del paraíso, para dar (...) un giro más libre al evangelio, una fuerza poderosa a sus cánones, un apoyo más sensible a su disciplina, y viceversa el temporal del espiritual, para dar a sus leyes una sanción mucho más poderosa y eficaz...”.⁴

¹ Agüero, Alejandro, *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 133 y sgtes.

² Garriga, Carlos, “Orden jurídico y Poder político en el Antiguo Régimen”, en *Istor. Revista de historia internacional*, 16 (marzo, 2004) (=Carlos Garriga, coord., *Historia y derecho, historia del derecho*, México DF, 2004), pp. 13-44 (=Istor, www.istor.cide.edu/istor.html).

³ Sobre la educación en San Miguel de Tucumán ver Ben Altabef, Norma, “Educar en Tucumán en la primera mitad del siglo XIX. El modelo pedagógico colonial y el nuevo modelo educativo: permanencias e iniciativas” en Tío Vallejo, Gabriela (coord.), *La República Extraordinaria. Tucumán en la primera mitad del siglo XIX*, Prohistoria Ediciones, Rosario, 2011.

⁴ Justo Donoso fue un religioso chileno, nacido en Santiago quien llevó a cabo una ardua labor como obispo al frente de la diócesis de Ancud. Tuvo que organizarla administrativamente, para lo que realizó una visita pastoral, que dada la naturaleza del Archipiélago, fue dura y agotadora. Creó después un seminario, para la

Los límites o la diferenciación entre Estado, Iglesia y sociedad, entre lo sagrado y profano, lo religioso y lo mundano, eran muy difusos, permeables, casi imperceptibles. Las autoridades religiosas y aquellas que no lo eran, se pensaban a sí mismas como parte de una empresa común en orden a la consecución de unos fines que debían ser coincidentes.⁵ Algunos curas actuaban como jueces informales en casos locales de robos y asaltos que competían a los tribunales reales.⁶

El sistema jurídico castellano fue extenso, complejo y contradictorio, por lo que el conjunto de normas penales utilizadas en el periodo colonial tuvo idénticas características.⁷ Las principales fuente del derecho indiano, fueron el Fuero Real y las Partidas, la Nueva Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias, la Legislación Territorial posterior a estos ordenamientos, y las disposiciones de carácter local, acordados en las audiencias y bandos de buen gobierno promulgados por gobernadores y virreyes⁸.

Nuestro objetivo es ahondar en las herramientas teóricas que la comisión eclesiástica tucumana, conformada en 1823, pudo haber tenido a su alcance para expresarse a favor de la pertinencia de la aplicación de la pena de muerte. De esta manera, vamos a comenzar por dilucidar el complejo contexto político que vivía la provincia de Tucumán,

formación de nuevos sacerdotes y erigió la catedral de Ancud. Más tarde fue instituido como obispo de La Serena. Consultado en [http://www.tubiografia.com.ar/Biografias-V/93366/Vivanco,-Justo-Donoso-\(1800-1868\).htm](http://www.tubiografia.com.ar/Biografias-V/93366/Vivanco,-Justo-Donoso-(1800-1868).htm); Cabe destacar aquí, que si bien Donoso recopila casi a mediados del siglo XIX una serie de normas y leyes que reglaban a la Iglesia, el primer Derecho Canónico organizado en un corpus coherente y completo, fue escrito recién en 1917. Donoso, Justo, *Instituciones de Derecho Canónico Americano, T.I*, Imprenta y Librería del Mercurio, Valparaíso, 1848, pp. 5 y 6

⁵ Agüero, Alejandro, Op. Cit., pp. 133 y sgtes.

⁶ Taylor, William. B., *Ministros de lo Sagrado. Sacerdotes y feligreses en el México del Siglo XVIII, Vol. 1 y 2*, Traducción Óscar Mazín y Paul Kersey, El Colegio de Michoacán, Secretaría de Gobernación, El Colegio de México, 1999. Quien quizá en mayor profundidad haya analizado este rol de jueces de los sacerdotes y su papel de intermediarios en el periodo (fines Siglo XVIII- mediados siglo XIX) en el Río de la Plata, es María Elena Barral. Ver de la autora, “¿Voces vagas e infundadas? Los vecinos de Pilar y el ejercicio del ministerio parroquial, a fines del siglo XVIII” en *Sociedad y Religión*, n° 20/21, 2000, pp. 77-114; *De sotanas por la Pampa. Religión y sociedad en el Buenos Aires rural Tardocolonial*, ed. Prometeo, Buenos Aires, 2007; “Fuera y dentro del confesionario’. Los párrocos rurales de Buenos Aires como jueces eclesiásticos a fines del periodo colonial” en Fradkin, Raúl O. (Comp.), *El poder y la vara: estudios sobre la justicia y la construcción del Estado en el Buenos Aires rural: 1780-1830*, ed. Prometeo, Buenos Aires, 2007; “De mediadores componedores a intermediarios banderizos: El clero rural de Buenos Aires y la *paz común* en las primeras décadas del Siglo XIX” en *Anuario IEHS*, n° 23, Tandil, 2008, pp. 151-174.

⁷ Yangilevich, Melina, “Leyes antiguas para un estado moderno. Prácticas jurídicas en la provincia de Buenos Aires durante el periodo de la codificación”, en Barrera, Darío (comp.), *Justicias y Fronteras. Estudios sobre la historia de la justicia en el Río de la Plata. Siglos XVI-XIX*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Red Columnaria, España, 2009, pp. 205-223

⁸ Levaggi, Abelardo, *Historia del derecho penal argentino*, ed. Perrot, Buenos Aires, 1978, pp. 17 y 18.

que brindó la ocasión para poner en el tapete la consideración de aplicar la pena capital, como el punto de llegada de un contexto de luchas facciosas y revueltas constantes.

Luego, vamos a tomar las normas, reglamentaciones, escritos teóricos y discusiones que versaron sobre el tema de la pena de muerte, refiriéndonos al corpus jurídico que había en el Río de la Plata. Aquí entonces, vamos a hacer hincapié en autores eclesiásticos leídos en el territorio, y en aquellas normas que formaban parte de ese corpus jurídico colonial. Asimismo, vamos a tomar a algunos autores que, a partir del siglo XVIII, pusieron en consideración el tema de las penas, especialmente la de muerte, buscando de alguna manera, suavizar los castigos a los delitos.

Los agitados años '20 en Tucumán: entre las luchas facciosas y los aires de renovación política.

Los nuevos límites territoriales fueron establecidos en 1814, dando lugar a la creación de la provincia de Tucumán, siendo su primer gobernador Bernabé Aráoz, perteneciente a una de las principales familias tucumanas.⁹

En 1819 el clima general que se vivía en las filas del ejército no era bueno, agravado por la disciplina y sacrificios impuestos, comprensibles durante los años de guerra pero que parecían inútiles en ese momento.¹⁰ A raíz de la crítica situación que se vivía en Tucumán, algunos capitanes del ejército se sublevaron e instaron al Cabildo tucumano a asumir el poder ejecutivo hasta tanto se designara el nuevo gobernador. Al órgano gubernamental no le quedó más opción que aceptar la petición. El Cabildo Abierto convocado a raíz de esta situación, eligió gobernador a Bernabé Aráoz, quien aparecía como la persona idónea para salvar la crítica situación provincial¹¹.

⁹ Sobre la biografía de Bernabé Aráoz, CÚTOLO, Vicente *Diccionario Biográfico Argentino. Vol. 1*, Buenos Aires, 1975; Páez de la Torre, Carlos (h), *Historia de Tucumán*, Ed. Plus Ultra, Bs. As., 1987

¹⁰ No es nuestra intención ahondar en estos hechos. Ver Tío Vallejo, Gabriela, "Campanas y fusiles. Una historia política de Tucumán en la primera mitad del siglo XIX" en Tío Vallejo, Gabriela (coord.), *La República Extraordinaria. Tucumán en la primera mitad del siglo XIX*, Prohistoria Ediciones, Rosario, 2011, pp. 21-77

¹¹ Sobre los años '20 en Tucumán y el conflicto con Bernabé Aráoz ver, Jaymes Freyre, Ricardo *Historia de la República de Tucumán*, Coni Hnos., Buenos Aires, 1911; Terán, Juan B., *Tucumán y el Norte Argentino 1820-1840*, UNT, Tucumán, 1948; Groussac, Paul, *Ensayo histórico sobre el Tucumán*, Fundación Banco Comercial del Norte, Tucumán, 1981; Páez de la Torre, Carlos (h), *Historia de Tucumán...* Op. Cit.; Zinny, Antonio, *Historia de los gobernadores de las Provincias Argentinas*, Ed., Hyspamérica, 1987; Leoni Pinto,

En un intento de autonomía regional respecto a Buenos Aires, en marzo de 1820, Aráoz proclamó la creación de la República del Tucumán, cuyo poder ejecutivo quedaba precisamente en sus manos. Este convocó a una elección de representantes de las provincias que integraban la república (Catamarca y Santiago del Estero), para empezar a diagramar los destinos de la misma.

Redactaron una constitución cuyo texto era similar a la creada por el Congreso General unos meses antes, y que había sido rechazada por las provincias por su tinte centralista. La constitución provincial se “adueñaba” de los atributos de la soberanía del estado central. Adaptaba a la esfera provincial lo establecido para las instituciones nacionales. El Congreso funcionaría como cámara legislativa y atendería todos los asuntos de la provincia. La Constitución suprimía los cabildos estableciendo en su lugar la Corte Primera de Justicia en cuya composición aparecían otra vez los cargos capitulares, salvo en el reemplazo del nombre de alcalde por el de ministro. Por encima de esta Corte se establecía una Corte Suprema de Justicia¹².

Sin embargo, este intento de unir bajo su égida a las demás provincias, duró muy poco tiempo y terminó por disolverse. A partir de entonces los conflictos se sucedieron sin dejar paso a la concordia y la negociación. Por el contrario, las diferencias de Bernabé Aráoz con los caudillos de las otras provincias y los caudillos de la misma ciudad de San Miguel opuestos a su persona, se hicieron cada vez mayores, suscitando un verdadero periodo de inestabilidad y luchas facciosas

Ese mismo año que Aráoz creó la República de Tucumán, Santiago del Estero proclamó su autonomía, dejando explícita su oposición al proyecto del gobernador tucumano. Las diferencias entre ambos iban a hacerse cada vez más profundas, al punto que el gobernador santiagueño iba a transformarse en un fiel servidor y colaborador de los enemigos del tucumano.

Pero sus enemigos foráneos no se agotaban en Santiago, sino que en Salta estaba su foco más férreo. Las diferencias entre Aráoz y Güemes existían desde hacía varios años, y a partir de la creación de las autonomías provinciales y el intento de la República tucumana, se hicieron más profundas e irreconciliables.

Ramón A. *Tucumán y la Región Noroeste. 1810-1825*, Academia Nacional de la Historia-UNT, Tucumán, 2007; Tío Vallejo, Gabriela, “Campanas y fusiles...Op. Cit.

¹² Tío Vallejo, Gabriela, “Campanas y fusiles...Op. Cit.

A sus enemigos foráneos, se sumaban aquellos que estaban dentro del mismo Tucumán. Estos se sublevaron, lo depusieron del poder y terminaron con el efímero sueño de la República. En esta revuelta participó un hombre de vital importancia en el periodo, que había sido protegido de Bernabé Aráoz y se había formado en las lides militares de su mano. Este iba a convertirse en su más ferviente opositor dentro de su propia provincia; y aliado, por otra parte, a Diego Aráoz, pariente de don Bernabé. Javier López, quien para estrechar su unión con el primo enemigo de Aráoz, se unió en matrimonio con la hija de éste.

Fueron numerosas las revueltas que se sucedieron entre 1821 y 1822 entre los partidarios de Aráoz y sus opositores, lo que llevó a enfrentamientos sucesivos y a permanentes cambios en el gobierno. Bernabé Aráoz derrotado, huyó hacia Santiago del Estero a refugiarse, donde fue apresado. Logró escapar y presentarse nuevamente en su provincia para hacerse cargo del gobierno de la misma. Pero las tropas de López (ayudadas por las de Santiago del Estero) ingresaron a Tucumán y se enfrentaron con las de Bernabé Aráoz, resultando vencedoras las segundas pero causando terribles saqueos y destrozos. Ante esta situación, nuevamente reinó la inestabilidad y las facciones salieron al paso para intentar quedarse con el poder. Finalmente, un Cabildo Abierto designó gobernador a Bernabé, siendo este su último mandato.

Sus enemigos no se conformaron con la situación actual y comenzaron a preparar la revolución que iba a terminar con el gobierno de Bernabé Aráoz. En agosto de 1823 se enfrentaron por las arma. El resultado: huida de Bernabé hacia Salta, donde pasó los últimos meses de su vida, hasta su trágica muerte.

La Sala de Representantes y una difícil resolución: la aplicación de la pena de muerte.

La Sala de Representantes funcionó por primera vez desde febrero de 1822 hasta mayo del mismo año, en que fue disuelta.¹³ Cuando en 1823 el Gobernador Bernabé Aráoz fue derrotado por la dupla López- Diego Aráoz y huyó a Salta, se creó un clima propicio para la reinstalación de la misma.

¹³. Nanni, Facundo, “Sesiones, interrupciones y debates. La Sala de Representantes de Tucumán en sus inicios (1822-1838)” en Tío Vallejo, Gabriela, *La República...Op. Cit.*

En la sesión del 8 de noviembre de 1823, en el recinto, se hace constar que

“...se sabe de fuentes fidedignas que Bernabé Aráoz desde Salta, lugar donde reside, hacía preparativos para sorprender la ciudad, (...) se le habían remitido (...) elementos de guerra y que había comprado armas todo con el fin de realizar sus miras hostiles, con cuyo motivo, (...) estar a la observación y no permitir que Bernabé continúe en llevar adelante sus aspiraciones dirigidas a turbar la tranquilidad de la provincia...”¹⁴

De esta manera, en el recientemente creado órgano de gobierno, aparecía en escena la figura de Bernabé Aráoz y lo indispensable de mantener el orden y la paz de la provincia, como dos caras de la misma realidad.

Una semana más tarde, la Sala estableció un decreto donde se explicitaba que

“...principio al orden, obediencia, respeto a las autoridades constituidas, o que en adelante se constituyeren por la ley así como a sus resoluciones igual los que atenten contra las autoridades, los que fomentasen la discordia entre los ciudadanos, serán reputados enemigos de la Provincia, perturbadores del orden y tranquilidad pública, y castigados con todo rigor de las *penas hasta la de muerte*, y expatriación. Conforme con la gravedad de su crimen, y parte de acción, o influjo que tomasen. No hay clase, ni persona residente en la Provincia exenta de la observancia, y comprensión de este decreto, ni podrá causa alguna disculpar si infracción, quedando libre el derecho de petición no clamorosa, ni tumultuaria a las autoridades...”¹⁵

Aquí se aludía a la pena de muerte para “cuidar” la estabilidad y el orden público. Pareciera que en el contexto que vivía Tucumán en ese entonces, la única solución a las luchas facciosas, las revueltas y los saqueos, era aplicar la pena capital, como una acción ejemplificadora, cual era la función del castigo en la sociedad colonial. Más de 20 años después de la revolución, se mantenían similares parámetros.

En la sesión del día 19 de noviembre, el Presbítero Moure, presidente de la Sala, pidió que se constituyera una comisión de eclesiásticos para que pudiera publicarse el decreto del 14 del mismo mes, la cual había quedado en suspenso. Esta práctica de convocar a la formación de una comisión de eclesiásticos para que se pronunciara sobre un tema en particular, era costumbre arraigada. Como ya lo mencionamos, para esta tarea

¹⁴ Coviello, Alfredo (ed.), *Documentos tucumanos. Actas de la Sala de Representantes*, Facultad de Filosofía y Letras, UNT, Tucumán, 1939, Vol. I, acta de la sesión del día 8 de noviembre de 1823

¹⁵ Coviello, Alfredo (ed.), *Documentos Tucumanos...Op. Cit.* acta sesión 14 de noviembre de 1823

fueron elegidos el Dr. Don Diego León Villafañe, Jesuita; Dr. Don José Agustín Molina, sobrino del primero; y Dr. Don Pedro Miguel Aráoz, tío de Don Bernabé.¹⁶

En la sesión del día siguiente, el 20 de noviembre de 1823 la comisión, afirmaba que

“...según decisiones del Derecho canónico y doctrina de los autores eclesiásticos los que se hallaban investidos de jurisdicción temporal, como lo es notoriamente la del Presidente de la Sala, podían sin temor de irregularidad concurrir a la formación de las leyes que imponen la pena de muerte, pues que tal imposición no se dirige al homicidio sino a la buena gobernación para que se eviten los delitos, y que la ley decreta tales penas solo generalmente y no contra cierta o determinada persona (...) mandándose publicar la proclama que contenía el decreto en cuestión...”¹⁷

Notamos en este pasaje que se especifica que la aprobación de la pena capital, pero no estaba dirigida hacia nadie en particular. Sin embargo, unos meses más tarde, en la provincia de Salta, la Sala de Representantes local redactó una proclama donde decía que si los emigrados y refugiados en su ciudad continuaban conspirando contra sus provincias natales, iban a tener que levantar el derecho de asilo y ser entregados a sus gobiernos para ser juzgados¹⁸. Esta disposición fue aplicada sobre Aráoz quien fue entregado a Javier López, quien amparado en el decreto de noviembre del '23, el 21 de marzo de 1824 dispuso su fusilamiento.

La muerte de Aráoz se legitimaba por medio del veredicto de tres curas, que hacían a las veces de “palabra de Dios”, de jueces supremos. Esta actitud muestra la existencia o necesidad de aplicar la pena capital en el marco de la “legalidad”, de forma contraria a la barbarie, justificado incluso por el derecho natural y de gentes. La decisión fue tomada con el convencimiento de que era lo correcto y lo mejor para “garantizar la estabilidad del orden público”. Las armas legales sirvieron de argumento para efectivizar su objetivo. Tanto el poder civil como el eclesiástico se valían de un corpus jurídico que les permitía reglar y normar la vida de sus habitantes.

¹⁶ Sobre la biografía de los integrantes de la comisión ver CÚTOLO, Vicente *Diccionario Biográfico...* Op. Cit.; AAVV *El Congreso de Tucumán, actitudes, decisiones, hombres*. Publicaciones del seminario de estudios de historia argentina – S.E.H.A- , Club de Lectores, Buenos Aires, 1966.

¹⁷ Coviello, Alfredo (ed.), *Documentos Tucumanos...* Op. Cit. actas de la sesión del día 20 de noviembre de 1823

¹⁸ Zinny, Antonio, *Historia de los...* Op. Cit. pp. 242 y sgtes.

Los tres sacerdotes que integraron la comisión habían sido activos participantes de la política tucumana, desde la revolución.¹⁹ Villafañe había sido expulsado junto a sus demás compañeros jesuitas en 1767, pero pudo regresar a su ciudad natal, ayudado por sus parientes y por los Funes en Córdoba. Era tío de José Agustín Molina, quien estuvo involucrado en temas políticos y además fue un importante literato.²⁰ El otro integrante de la comisión, Pedro Miguel Aráoz, estaba emparentado directamente con Bernabé y había sido su principal aliado político en tiempos de la República, participando del Congreso provincial que redactó la efímera constitución de 1820, y redactando el periódico aparecido en aquel tiempo.²¹

Un factor que pudo haber influenciado a estos sacerdotes para que tomaran la decisión, fue la presencia y presión ejercida, a través de las armas, por Javier López especialmente, para terminar con la vida de Aráoz y poder hacerse finalmente con el poder. Sus disputas con Diego habían terminado cuando López contrajo matrimonio con su hija. Su único obstáculo para alzarse con el poder, era Bernabé quien contaba aun con bastante apoyo en la provincia de Tucumán. Es por esto que podemos pensar que el contexto de lucha facciosa que se vivía, propició la sentencia de pena capital que cayó sobre Bernabé; y la teoría sirvió de marco legal para dar el golpe final. Quizá el mismo Bernabé era pensado como una “enfermedad” que había que extirpar del cuerpo social. Este pensamiento fue bastante usual en esta época.

“Dos realidades íntimamente unidas, en estrecha relación entre si, a la manera del alma con el cuerpo” El poder espiritual y el Poder civil

¹⁹ Sobre este tema ver Guerra Orozco, María Cecilia, “El clero secular tucumano. Entre la legalidad y la legitimidad monárquica”, en Tío Vallejo, Gabriela (coord.), *La República...* Op. Cit.

²⁰ Sobre los escritos de Molina y su incursión en la literatura ver Guerra Orozco, M. C. y Nanni, Facundo, “No pongáis en confusión el orden establecido”. El obispo Molina como figura rectora del Tucumán del temprano siglo XIX” en Elena Pedicone de Parellada –coordinadora- *Tucumán y España, a propósito de la multiculturalidad*, Facultad de Filosofía y Letras, 2010. Sobre la relación de Molina con Fray Cayetano Rodríguez ver Academia Nacional de la Historia, *Fray Cayetano Rodríguez. Correspondencia con el Doctor José Agustín Molina (1812-1820)*, ed. Dunker, Buenos Aires, 2008

²¹ Nanni, Facundo, “Primeros periódicos, libelos y rumores. Apuntes sobre las formas de expresión del Tucumán de la primera mitad del siglo XIX”, en: *Ramón Leoni Pinto. In Memoriam*. Junta de Estudios Históricos de Tucumán, 2009.

Como lo mencionamos anteriormente, las fuentes del derecho indiano utilizadas en el Río de la Plata, fueron diversas. Las Siete Partidas y las Leyes de Indias fueron, quizá, las que mayor peso tuvieron en la constitución de este corpus jurídico, complejo y extenso, que regía en América. Vamos a examinar cómo se expresaban con respecto a los delitos y las penas.

El libro siete de las Siete Partidas,²² trata los delitos y las penas, tomando diferentes tipos de delitos a los que se denominan “yerros”, y se distingue si éstos fueron cometidos por un imputable o no. Son inimputables los niños menores de 10 años y las personas que no están con sus completas facultades, como aquellos que poseen algún tipo de “locura”. Asimismo, y es lo que aquí nos interesa en mayor medida, establece la pena de muerte como uno de los principales castigos, teniendo en cuenta que la pena tiene un fin retributivo (de castigar el daño ocasionado) pero también es utilizada como prevención general, para evitar que el hecho se repita. Es por esto expresa la importancia del carácter público de las penas.

En este texto también está la noción que en la época se tenía del delito: “malos hechos que se hacen a placer de una parte y a daño y deshonor de 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”.²³

Asimismo, en las Leyes de Indias, que también están divididas en diferentes libros que versan sobre problemáticas específicas para regular la vida en América, el libro séptimo resume los aspectos vinculados con la acción policial y la moralidad pública. En el título ocho del mencionado libro, nos encontramos con el tratamiento que se hace sobre los delitos y las penas. Establece la necesidad de averiguar y proceder al castigo de los delitos, especialmente aquellos que son públicos, atroces y escandalosos, contra los culpables. Deben guardarse las leyes con toda precisión y cuidado sin omisión ni descuido. Con respecto a la pena capital se expresa de la siguiente manera,

“...Habiendo tenido por bien de resolver que los virreyes, presidentes, corregidores, gobernadores (...) no pudiesen ejecutar sentencias de muerte en españoles o indios, sin comunicarlo primero con las audiencias de sus distritos y con acuerdo de ellas, pena de

²² Sánchez- Arcilla Bernal, José, *Las siete partidas (El libro del Fuero de las Leyes)*, ed. Reus, Madrid, 2003

²³ Levaggi, Abelardo, *Historia del derecho penal Argentino*, ed. Perrot, Buenos Aires, 1978, pág. 38

muerte, de que fue nuestra voluntad exceptuar a los virreyes y presidentes, cuyo celo, obligaciones y dignidad nos dieron motivo para exceptuarlos de esta regla: ahora por justas causas y consideraciones sobre los inconvenientes que resultarían de esta resolución, en perjuicio de la vindicta pública, es nuestra voluntad y mandamos a los virreyes, presidentes, jueces y justicias de nuestras Indias Occidentales, Islas y Tierra Firme, que en todas las causas de cualquier calidad que sea (...) observen y guarden lo dispuesto por ordenanzas de las Indias y leyes de estos reinos de Castilla, que tratan de las penas y conminaciones que se deben imponer a los delincuentes, y que se ejecuten sus sentencias aunque sean de muerte...”²⁴

De lo que acabamos de exponer con respecto a las legislaciones para las Indias, se desprende que la pena de muerte era un castigo permitido y aceptado por todos en aquel entonces, como castigo para delitos graves que pusieran en peligro el orden establecido. Después de mayo del '10, la consulta a la Audiencia fue reemplazada por la consulta a los tribunales supremos provinciales, con el agravante de que no existieron cámaras de apelación en la época de las autonomías provinciales. Esto nos da la pauta de que la resolución de los conflictos y la aplicación de las penas, se decidían según cada caso y según las disposiciones de cada provincia. Veremos cómo a partir de 1810, en algunas oportunidades, se decidió aplicar la pena de muerte y en otras se prefirió la aplicación de otras penas, con el fin de rever la muerte como castigo ejemplificador²⁵.

Ahora si, nos gustaría adentrarnos, en las disposiciones que la propia Iglesia tenía con respecto a este tema. Si bien no existía una codificación formal de las normas y leyes católicas en ese momento, Justo Donoso realizó una adecuación del Derecho Canónico a la realidad americana, como lo mencionamos anteriormente. Allí se trata el tema de los delitos y las penas, describiendo al delito como “...toda acción u omisión voluntaria y libre contraria a las leyes, y que, según estas, debe ser castigada con la pena correspondiente en el fuero externo. Todo delito entraña la razón de pecado; cual no es otra cosa que la

²⁴ Disposición de las Leyes de Indias, consultado en <http://books.google.com.ar/books?id=428DAAAAQAAJ&pg=PA331&lpg=PA331&dq=leyes+de+indias%2Bdelitos+y+penas&source=bl&ots=eOBVn944Ap&sig=7j797zTGp6nGscVBXbD33h2Q-nw&hl=es&ei=8litTfXbFJLf> el día 29 de marzo de 2011.

²⁵ Levaggi, Abelardo, “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*, N°23, Buenos Aires, 1972; Barreneche, Osvaldo, *Dentro de la ley, TODO. La justicia criminal de Buenos Aires en la etapa formativa del Sistema Penal Moderno de la Argentina*, Ed. Al Margen, Buenos Aires, 2001

violación de cualquier ley divina o humana: mas no todo pecado es delito, puesto que muchos de aquellos en ningún sentido ofenden a la sociedad humana, ni están sujetos a la coerción de las leyes humanas, sino solo a la divina vindicta. Todo delito, en cuanto es pecado, está sujeto, exclusivamente, a la potestad de las llaves, que ejerce la iglesia, en el tribunal de la penitencia, en el cual se impone al delincuente condigna satisfacción...”²⁶

Esta particularidad en la relación estrecha entre pecado y delito perdurará más allá de la revolución. La presencia de la religión y de los sacerdotes en los diferentes ámbitos de la sociedad, fueron factores de peso en la supervivencia de este binomio en la sociedad poscolonial. Era la forma en la que había sido ordenado el mundo social, la “comunidad de almas”.²⁷ A partir de mayo del '10 se buscarán mecanismos para reemplazar la legislación existente, creando otra.

De acuerdo con lo que se establece en la compilación de Derecho Canónico de Donoso, los delitos se pueden dividir en diferentes categorías, según su condición. Pueden ser *públicos* si se ofende con la acción tanto a la sociedad, a la religión, a una autoridad pública o a un individuo, siempre que cause un grave daño en la sociedad toda. También hay delitos *de orden privado*, que se comenten sobre un individuo en particular, pero no llegan a causar un daño irreparable o lo suficientemente grande para ser considerado por la sociedad toda. Asimismo, de acuerdo al grado de daño que los delitos causan en la sociedad, se pueden dividir en *atrocísimos*, *atroces*, *graves* y *leves*. Hay delitos que son de carácter *ordinario*, que son juzgados por la ley siempre con una pena determinada y específica; y los *extraordinarios*, cuya pena se deja al arbitrio de un juez y no a la ley general. Si tienen un nombre específico, ya sea robo, adulterio, etc., se denominan *nominados*; por el contrario, *innominados* son aquellos que no tienen un nombre especial jurídico.

Asimismo, de acuerdo a esta clasificación de los delitos, existen unas macro categorías, que engloban a las divisiones antes mencionadas. Estas son, delitos *meramente eclesiásticos*, *meramente civiles* o *mixtos*. Los primeros son aquellos que solamente los jueces eclesiásticos conocen y pueden juzgar (apostasía, herejía, cisma, etc.) porque

²⁶ Donoso, Justo, *Instituciones de Derecho Canónico Americano. T. II*, Imprenta y Librería del Mercurio, Valparaíso, 1849, pág. 371

²⁷ Guerra, F. X. y Lemperiere, A. et. al., *Los espacios públicos en Iberoamérica. Ambigüedades y problemas. Siglos XVII- XIX*, FCE, México, 1988

conciernen a la fe y a la religión. En la segunda categoría están aquellos delitos que atentan a la sociedad civil, como el homicidio, el robo, etc. Finalmente, los delitos de carácter mixto, son aquellos que pueden ser juzgados tanto por un juez civil como por uno eclesiástico, ya que la falta afecta tanto a la sociedad civil como a la religión. Estos son: el robo de imágenes sacras, la exhumación de cadáveres, quebrantar los días festivos, la blasfemia, la magia, la adivinación, la hechicería, el incesto, el adulterio, el concubinato, el causar un incendio, la provocación y aceptación del duelo, el asesinato, la usura, el accionar contra el orden público, etc.

A estos delitos corresponden diferentes tipos de penas, que se pueden dividir en *vindicativas*, cuando tienden a la reparación o reconstruyen el orden, *medicinales*, porque tienden a la corrección del delincuente, haciendo que vuelva al orden, y *ejemplares*, cuando tienden a convertir los juicios a la verdad y las voluntades del bien. Por lo tanto el fin mediato o último de la pena, como instrumento de orden en manos de un superior, es la reparación del orden social. Reparación que es de carácter moral más que física.²⁸

Para que una pena sea considerada justa, tiene que ser proporcionada a la gravedad de la culpa y ser impuesta por una autoridad competente en la materia. De esto se desprende que si la pena de muerte es aplicada con estas características, entonces es justa y por lo tanto puede imponerse.²⁹

David Nuñez, analiza que

“...hemos de suponer (...) si la Autoridad tiene el *deber* y el *derecho* de promover, conservar y restaurar el orden público; tiene también todo el poder necesario para ello, esto es, para volver al orden a todos los que no lo perturben; porque sino estaría obligada a lo imposible (...) si para cumplir la Autoridad con *su deber* fuera necesaria en algún caso la pena de muerte; no solo *puede*, sino que *debe* imponerla, so pena de faltar a su obligación...”³⁰

Aquí el autor se refiere tanto a las autoridades eclesiásticas como a las civiles, las que están facultadas y a las que le cabe la responsabilidad de mantener el orden y aplicar el castigo decretado. Es la suprema autoridad de una sociedad legítimamente constituida la

²⁸ Nuñez, David, *La pena de muerte, frente a la Iglesia y al Estado*, ed. Organización San José S.R.L., Buenos Aires, 1969, pág. 26

²⁹ Nuñez, David, *La pena...* Op. Cit., pág. 30

³⁰ Nuñez, David, *La pena...* Op. Cit. pág. 30

que impone el castigo de acuerdo a unas leyes establecidas en nombre de la estricta justicia y del bien común de la sociedad.³¹

Santo Tomás de Aquino y su influencia en el Derecho

“...Siendo todo pecado un acto desordenado, es evidente que todo el que peca obra contra algún orden, y por esto es justo que sea humillado por el mismo orden, la cual humillación es una pena o castigo (...) el que peca, peca contra la razón, contra la ley humana y contra la ley divina; el que lo comete incurre en una triple pena: la primera proviene del pecado mismo, y es el remordimiento de conciencia; la segunda del hombre, y es el suplicio temporal; la tercera de Dios, según lo determina su justicia...”³².

Así se manifiesta Santo Tomás con respecto a los delitos y las penas en su Suma Teológica. Vamos a hacer hincapié en este teólogo puesto que, sus escritos fueron sumamente importantes a la hora de promulgarse frente a diversos temas, ante la falta de un código normativo organizado como tal. Si bien la Iglesia actuó frente a los delitos basándose en la normativa indiana, existía un corpus de autores eclesiásticos que guiaban, en cierta medida, el accionar de los sacerdotes. De hecho, muchas de las disposiciones que existen en la compilación redactada por Donoso, tienen su fundamento y base en la suma Teológica de Santo Tomás de Aquino.

Para Santo Tomás, la función más importante de la virtud era la justicia, ordenar al hombre en las cosas que estaban en relación con el otro, o sea con el prójimo. El bien común de toda la sociedad, valía más que el bien de un individuo en particular. La mala vida de ciertos hombres, impedía el bien común, por lo que se podía quitar la vida a esos hombres, ya que de manera “voluntaria” atentaban contra el bien común. Se desprende entonces que la justicia es virtud ya que “...la virtud humana es la que hace bueno el acto humano y al hombre mismo, lo cual ciertamente, es propio de la justicia; pues el acto humano es bueno si se somete a la regla de la razón, según la cual se rectifican los actos

³¹ Blázquez, Niceto, *Pena de muerte*, ed. San Pablo, Madrid, 1994, pág. 7

³² Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, consultada en <http://hcg.com.ar/sumat/b/c87.html>, Parte I°-II°, c.87, a. 1°

humanos. Y ya que la justicia rectifica las operaciones humanas, es notorio que hace buena la obra del hombre...”.³³

Teniendo en cuenta este sentido que Santo Tomás le da a la justicia como virtud, vamos a adentrarnos en los argumentos que expresa al tratar el tema del homicidio. Primero menciona algunos argumentos que llevan a interpretar que no es lícito matar a los pecadores. Toma una parábola sobre la que reflexiona acerca de que si todo lo que Dios prohíbe es pecado, matar al pecador entonces también lo sería, haciendo hincapié en el hecho de que la justicia humana debía conformarse con la de orden divina. Dios dijo que no quería la muerte del pecador, sino su arrepentimiento y conversión, por lo que sería injusto entonces matarlo. De esta reflexión, aduce que lo que es malo en sí no puede de ninguna manera hacerse con buen fin, por lo que matar a un hombre –hecho que en si mismo es malo, por lo tanto un pecado- es un acto ilícito.

Luego de esta reflexión, Santo Tomás se dispone a fundamentar lo siguiente: “...según se ha expuesto [aquí se refiere a otra de las cuestiones tratadas en la Suma] es lícito matar a los animales brutos en cuanto se ordenan de modo natural al uso de los hombres, como lo imperfecto se ordena a lo perfecto. Pues toda parte se ordena al todo como lo imperfecto se ordena a lo perfecto, y con ello cada parte existe naturalmente para el todo. Y por esto vemos que, si fuera necesaria para la salud de todo el cuerpo humano la amputación de algún miembro, por ejemplo, si está podrido puede infeccionar a los demás, tal amputación sería laudable y saludable. Pues bien: cada persona singular se compara a toda la comunidad como la parte al todo; y por tanto, si un hombre es peligroso para la sociedad y la corrompe por algún pecado, laudable y saludablemente se le quita la vida para la conservación del bien común...”.³⁴

En referencia a la parábola que había analizado, Tomás reflexiona diciendo que si se identifican a aquellos que le hacen mal a la sociedad, no se corre el riesgo de terminar con justos por pecadores, como tampoco de cortar los buenos frutos en lugar de la cizaña. Con esta acción, para el autor de la Suma, se le hace un bien a la sociedad en su conjunto, ya que se la libra de aquello que le hace mal. Como sucede con el trigo y la cizaña, así con los justos y los pecadores.

³³ Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Op. Cit., Parte II^o-IIae, c. 58

³⁴ Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Op. Cit. Parte II-IIae, c. 64

Solamente pueden quitar la vida a los pecadores, aquellos que estén facultados para hacerlo. No está autorizado por ende, que un hombre tome la decisión de quitar la vida a otro por sus propios medios. Siempre deben intervenir los jueces y autoridades para juzgar los delitos que se cometen en la sociedad. El homicidio no puede ser utilizado como forma de hacer justicia, ya que no es un castigo impuesto por las autoridades competentes, sino por la misma sociedad.

En las Siete Partidas también se reglamenta sobre el homicidio, donde se establecía que podía darse de tres maneras. Primero, cuando una persona mataba a otra contra “derecho, razón o justicia”; en segundo lugar, cuando la acción se encuadraba dentro de las circunstancias permitidas; y por último, cuando la muerte hubiera sido provocada de manera involuntaria. Cuando una persona mataba de manera consciente a algún hombre o mujer, fuera libre o siervo, le correspondía la pena de muerte. Si el ataque era realizado en defensa propia no correspondía pena alguna.³⁵ De esta manera, queda claro que aquel que hacía justicia por sus propios medios, cometiendo homicidio, merecía la pena capital, a menos que fuera por defensa propia. Eran las autoridades facultadas las únicas que podían decidir sobre la vida de las personas que delinquían. Vemos como ambos argumentos, el jurídico y el teológico, tenían estrecha relación.

La pena de muerte se practicó con frecuencia de la mano de la promoción de la tesis tomista, por parte de buen número de teólogos y juristas durante los siglos XVI al XVIII. Esto contribuyó a que unos apelaran a la misericordia cristiana y otros a la seguridad del Estado para rever la aplicación de las penas.³⁶

El tratamiento de la pena de muerte en algunos escritos desde mediados del Siglo XVIII

A partir de mediados del siglo XVIII en Europa se produjo una renovación teórica, cuyas repercusiones en el Río de la Plata, fueron diferentes. Estos contribuyeron a despertar el debate sobre la validez o no de la aplicación de la pena de muerte. Esta renovación en las discusiones, se sintió con más fuerza en nuestro territorio, a partir de mayo de 1810 cuando se abrió un proceso político dinámico que iba a cambiar al antiguo Virreinato del Río de la

³⁵ Yangilevich, Melina, “Leyes antiguas para un estado moderno...Op. Cit. pág. 208

³⁶ Blázquez, Niceto, *Pena de muerte...Op. Cit. cap. 4*

Plata. Aparecieron “...múltiples nuevas normas legales durante este periodo [que] indican la intención de la elite criolla de modificar todas aquellas leyes coloniales que entorpecieran el proceso iniciado...”.³⁷

Hasta el establecimiento del código penal en 1886, fue el derecho indiano junto a las nuevas reglamentaciones que se hicieron a partir de 1810, las que regularon sobre todo la organización de la justicia, más que los “criterios” con los que debía aplicarse la misma. Un ejemplo de lo que aquí decimos fue el estatuto de 1817, donde se expresaba que seguían vigentes todos los reglamentos y leyes que no contradijeran la independencia de las Provincias Unidas.³⁸

Los escritos que llegaban al Río de la Plata, fueron los que otorgaron los principales argumentos a la hora de poner en consideración la discusión sobre la pertinencia o no de la aplicación de la pena capital. Uno de los primeros pensadores en pronunciarse sobre el tema fue Montesquieu,³⁹ quien condenaba severamente los castigos, ya que los veía como parte de los gobiernos despóticos, donde el principio con el que se gobernaba era el terror. No así en cambio, de los gobiernos tanto monárquicos como republicanos, ya que en ellos eran importantes la virtud y el honor. Pero no se opuso fervientemente a la pena de muerte, ya que la creía necesaria en algunos casos extremos que se presentaran en la sociedad. Quien estuvo a favor de la aplicación de la pena de muerte y la justificaba, fue Rousseau,⁴⁰ quien lo hacía basándose en la propia naturaleza del contrato social. Sabemos que ambos autores fueron leídos en el Río de la Plata y que sus escritos formaban parte de importantes bibliotecas privadas y universitarias, al igual que los escritos de Santo Tomás de Aquino, los cuales se mezclaban entre lecturas prohibidas y aquellas permitidas. Todas formaban parte del corpus bibliográfico de algunos hombres importantes del Río de la Plata como el Obispo Azamor⁴¹.

³⁷ Barreneche, Osvaldo, *Dentro de la ley, TODO. La justicia criminal de Buenos Aires en la etapa formativa del Sistema Penal Moderno de la Argentina*, Ed. Al Margen, Buenos Aires, 2001, pág. 29

³⁸ Ravignani, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas, Tomo 1, 1813- 1833*, Talleres S.A. Casa Jacobo Peuser, Ltda., Buenos Aires, 1937.

³⁹ Levaggi, Abelardo, “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*, N°23, Buenos Aires, 1972, pp. 17-91

⁴⁰ Ídem

⁴¹ Rípodaz Ardañaz, Nancy, *La biblioteca porteña del Obispo Azamor y Ramírez: 1788-1796*, PRISCO-CONICET, Buenos Aires, 1994. En este libro, la autora hace una introducción a la vida del Obispo e introduce las listas que se elaboraron, a pedido de la corona, sobre los libros que poseía éste en su biblioteca. El libro incluye los listados completos.

Un autor que ha sido ampliamente citado por muchos de los que se pronunciaron sobre la pena capital, tanto a favor como en contra, fue Cesare Bonesano, Marqués de Beccaria, quien llegó a proponer la sustitución de esta pena por la penitencia. A pesar de estos argumentos, no la descartó de forma absoluta ya que decía que había que reservarla para "...quien aun encontrándose privado de la libertad, tenga todavía relaciones y poderes tales que comprometan la seguridad de la nación, es decir, cuando por su existencia pueda producirse una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida (...) y cuando su muerte fuese el único y verdadero freno para impedir que los demás comenten delitos..."⁴². En cierto modo, sus argumentos tenían más que ver con la necesidad de castigar los delitos políticos que pongan en riesgo la "nación".

"De los delitos y las penas" escrito en 1764 por este autor, fue 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. Estableció Beccaria en este escrito, que las penas debían derivar de una absoluta necesidad, siendo su fin no el de atormentar y afligir a quien cometió el delito; sino impedir que el reo ocasionara nuevos daños a sus conciudadanos y disuadir a los demás de hacer lo que éste hizo⁴³.

De acuerdo con la bibliografía consultada, la lectura de este autor habría sido bastante difundida en el territorio rioplatense. De hecho, los escritos de Beccaria llegaron a nuestro territorio en las últimas décadas del siglo XVIII junto con los aires de cambio propuestos por el Rey Carlos III⁴⁴.

Aunque se expresó en algunos momentos de manera más moderada sobre la aplicación de la pena de muerte, lanzó a su vez contra esta, argumentos demoledores. "...Páreceme absurdo que las leyes, expresión de la voluntad pública, que abominan y castigan el homicidio, cometan uno también ellos y ordenen, para apartar a los ciudadanos del asesinato, el asesinato público..."⁴⁵.

⁴² Levaggi, Abelardo, "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*, N°23, Buenos Aires, 1972, pp. 17-91

⁴³ Ídem

⁴⁴ Levaggi, Abelardo, *Historia...* Op. Cit., pág. 99

⁴⁵ Levaggi, Abelardo, *Historia...* Op. Cit., pág. 125

A partir de mayo de 1810 y con más fuerza a partir de la década de 1820, muchos jóvenes estudiantes de las universidades y colegios rioplatenses, realizaron sus tesis de doctorado que versaron sobre el tema de la pena de muerte.⁴⁶ Valentín Alsina, en la Academia de jurisprudencia de Buenos Aires, cuando el espíritu de los estudios y las teorías era la abolición de la pena de muerte, fue uno de los primeros y únicos estudiantes en defenderla públicamente. Estaba en el año 1828. Pero no trata de la justicia de la pena, o sea del derecho que tiene la sociedad para aplicarla; sino que suponiendo la existencia de ese derecho, Alsina investiga la conveniencia o no de ésta para la sociedad.

En su discurso, Alsina decía que muchos habían hablado del tema sin una argumentación válida, por lo que pedía a los demás estudiosos,

“...examinad más de cerca este asunto: examinadle, señores, a la luz de la razón imparcial y tranquila, y quizá convendréis conmigo en que la pena de muerte es útil e indispensable en muchos casos; en que los inconvenientes que pueda tener, son menores que los males que su extinción puede producir; y en que todos los argumentos, todas las razones, que se aducen en contra de la pena de muerte, o nada prueban, o también prueban que debe extinguirse todo el código penal...”⁴⁷

Alsina consideraba que era mejor extirpar de la sociedad a aquel criminal que se había corrompido y hacía daño a todos los que lo rodeaban para evitar, de esta manera, que reincidiera en su delito y alterara a la sociedad entera. O peor aun, que por no quitar la vida a uno, éste decidiera ajusticiar a otros. Porque, sostenía, no hay hombres que nazcan malos, pero éstos se pueden desviar y corromper a medida que pasa el tiempo y eso no tiene corrección. Entonces, el castigo ejemplificador de la cárcel, los azotes, el pago de dinero, etc., eran para él inútiles ya que podían llevar a que se reincidiera en el delito. Para fundamentar su relato, toma a numerosos autores como Rousseau o Filangieri, pero se centra en Beccaria. Esto demuestra con mayor claridad que éste autor era leído en nuestro territorio.

Después de Beccaria, la moderna doctrina recorrió toda la gama de opiniones posibles en torno a la cuestión sobre la aplicación de esta pena. Sin embargo, no cayeron en

⁴⁶ Alguno de los casos más conocidos son los escritos de Valentín Alsina, Marco Avellaneda, Marcos Paz.

⁴⁷ Alsina, Valentín, *Discurso sobre la pena de muerte. Leído en la Academia de Jurisprudencia de Buenos Aires*, Sesión Ordinaria 15 de abril de 1828, Publicado por J. J. Alsina, Imprenta Republicana, Montevideo, Noviembre de 1829, pág. 8

el extremo, ni de su aplicación indiscriminada ni en la abolición definitiva. Las diferencias en los matices variaron entre la sustitución por otras penas, y la cantidad de delitos que podían ser castigados de esta manera.

Un autor tomado en la tesis de Alsina, fue el napolitano Gaetano Filangieri, quien mostró ideas moderadas sobre la aplicación de la pena capital. "...quitar la vida a un hombre; inmolar a la pública tranquilidad la existencia de un individuo; emplear la misma fuerza que defiende nuestra vida, para privar de ella a quienes con sus atentados han perdido el derecho a conservarla: remedio violento es este que no puede ser útil...".⁴⁸ Su propuesta consistía en aplicar la pena de muerte sobre aquel que cometiera un asesinato feroz y para el que fuera traidor a la patria; haciéndolo de manera imponente y pública para que la sociedad entera tomara conocimiento de la misma.

Sin embargo, especificaba que sería conveniente que fuera lo menos dolorosa para el delincuente para evitar su sufrimiento desmedido, proscribiendo los suplicios crueles. El objetivo de la pena era procurar que el delincuente no reincida en el delito y al mismo tiempo, que sea un ejemplo para el conjunto de los ciudadanos, a fin de que estos no cometieran actos ilícitos.

Este autor fue utilizado por los españoles en la península, tanto para redactar la constitución de Cádiz en 1812, como en el Código Penal de 1822. Filangieri proponía el procesamiento penal como garantía de los derechos de los ciudadanos, siendo las leyes criminales, un medio para asegurar la tranquilidad de los ciudadanos. Expresaba que la ley se basaba en el miedo de los hombres a la pena y sobre ese sentimiento es sobre el que debía intervenir la ley penal. En su teoría la ley era la única fuente del derecho penal⁴⁹.

En las sesiones de las cortes convocadas en España en 1821, cuando trataron el tema de la pena de muerte, el diputado Álvarez Sotomayor, se pronunció a favor de la misma, exponiendo un fragmento de los escritos de Filangieri.

"...El hombre en el Estado de naturaleza tiene derecho a su vida, no puede renunciar a este derecho pero puede perderlo por sus crímenes: todos los hombres en este estado tienen derecho a castigar la violación de las leyes naturales, y si esta violación ha hecho al

⁴⁸ Levaggi, Abelardo, "La pena...Op. Cit. pág. 23

⁴⁹ Sobre la importancia de los escritos de Filangieri en la legislación española ver Scandellari, Simonetha, "La difusión de pensamiento criminal de Gaetano Filangieri en España" en *Nuevos Mundos Nuevos*, Coloquios, 2007, en línea <http://nuevomundos.revues.org/index3484.html>.

transgresor digno de muerte, cada hombre tiene derecho a quitarle la vida: es así que este derecho, que cada uno tenía sobre cada uno, ha sido transmitido a la sociedad, luego el derecho que este tiene de imponer la pena de muerte y otra cualquiera, no depende de la cesión de los derechos que cada cual tenía sobre sí mismo, sino de la de los que tenía sobre los demás (...) sin ceder el derecho que tenemos a nuestra vida, estamos expuestos igualmente a perderla, si llegamos a cometer los excesos contra los cuales ha pronunciado el Poder Legislativo la pena de muerte...»⁵⁰

Más moderado en su opinión sobre la aplicación de la pena de muerte fue Manuel Lardizábal y Uribe, quien en el reinado de Carlos III, fue el encargado del proyecto para redactar un código penal que era más bien una recopilación de las leyes penales que existían en el reino hasta entonces.

En su “Discurso sobre las penas” expresa, también remitiendo al estado de naturaleza, que el hombre tenía derecho de quitar la vida al que intentase quitársela: “... ¿Por qué, pues, no podría ceder este derecho, y depositarle en la autoridad pública, para mayor seguridad de su persona (...)? (...) es verdad que la muerte es un espectáculo momentáneo. Pero no es solo este espectáculo momentáneo el que sirve de freno; es también la ciencia cierta que uno tiene, de que si comete tales delitos, perderá el mayor bien, que es la vida (...) hará resonar (...) el eco de esta terrible sentencia: *yo también seré reducido a la mas terrible y miserable condición de perder lo que mas amo, que es la vida, si cometiese tales delitos (...)* la pena capital mirada en sí misma, y según su naturaleza, ni es injusta, ni contra el derecho natural y el bien de la sociedad...”⁵¹

Asimismo, Lardizábal y Uribe, hacía hincapié en la palabra de Dios para demostrar que la pena de muerte era un acto de derecho natural inspirado por la misma naturaleza. “...una pena no solo autorizada sino expresamente mandada por Dios en su ley (...) *Si alguno de propósito deliberado o por asechanzas matare a su prójimo, aunque se refugie en mi altar, le sacarás de él para que muera*, dice en el Éxodo (...) y en el Apocalipsis (...) *el que matare con la espada, con la espada debe morir (...)* Infiérese de todo lo dicho que las supremas Potestades tienen un derecho legítimo para imponer la pena de muerte, siempre que sea conveniente y necesaria al bien de la república; y siéndolo efectivamente

⁵⁰ Diario de Sesiones, 17 de diciembre de 1821 en Scandellari, Simonetha, “La difusión...Op. Cit.

⁵¹ Lardizábal y Uribe, Manuel, *Discurso sobre las penas, contraído a las Leyes Criminales de España para facilitar su reforma*, Imprenta de Repullés, Madrid, 2º Edición 1828, pp. 173-183

en algunos casos, no sería justo ni conveniente proscribirla de la legislación; aunque la humanidad, la razón y el bien mismo de la sociedad piden que se use de ella con la mayor sobriedad, y con toda la circunspección posible...”.⁵²

Sucesivas leyes, después de 1810, ratificaron o ampliaron el uso de la pena de muerte para la represión de la delincuencia, derivada la mayoría de las veces de la guerra de independencia y de las luchas civiles. Sin embargo, si tomamos un periodo amplio de tiempo a partir de la revolución, notamos que su aplicación no fue frecuente y que dependió del caso específico que se tratara y de aquellos que estaban involucrados.

No tenemos constancia de si su aplicación se hizo efectiva o no, pero algunos decretos establecieron la pertinencia de aplicar la pena capital. Sin embargo, a meses de iniciado el estallido revolucionario, en Cabeza de Tigre, Córdoba, fueron fusilados Santiago de Liniers y el coronel Allende, entre otros opositores a la Junta de Gobierno, salvando su vida el Obispo Orellana por su investidura.⁵³

La mayoría de los decretos que establecían aplicar la pena capital tenían un denominador común, ajusticiar a aquellos que pusieran en peligro el orden establecido o ejercieran acciones contra la patria. La Primera Junta de Gobierno a Nombre de Sr. Don Fernando VII, el 31 de julio de 1810, sancionó la pena de muerte para los que fomentasen divisiones contra el nuevo régimen; el 3 de abril de 1812 el Triunvirato establecía la pena de fusilamiento para los corsarios enemigos que cometían depredaciones en las costas rioplatenses; el decreto de la Asamblea el 23 de marzo de 1813 que ordenaba que fuese pasado por las armas todo soldado desertor; el decreto del Director Alvear, del 28 de marzo de 1815 que amenazaba con pasar por las armas a todos los individuos que atacaban al Gobierno, los que divulgaban o inventaban noticias falsas, los que promovían la desertión o seducían a los soldados, los que informaban conspiraciones y los que conociendo su existencia no la delataban⁵⁴.

⁵² Lardizábal y Uribe, Manuel, *Discurso sobre las penas...* Op. Cit. pp. 184-187

⁵³ Sobre el caso del Obispo Orellana, los fusilamientos en Cabeza de Tigre y la revolución, quizá uno de los libros más completos sea el de Tonda. Ver Tonda, Américo A., *El Obispo Orellana y la Revolución*, ed. Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 2009

⁵⁴ Sobre los decretos y legislaciones promulgadas por los órganos de gobierno a partir de 1810 ver Mallié, Augusto E., *La revolución de mayo a través de los impresos de la época: primera serie 1809-1815:1809-1811*, Comisión Nacional Ejecutiva del 150° Aniversario de la Revolución de Mayo, Buenos Aires, 1965 y Ravignani, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas...* Op. Cit.

Sin embargo, un pensamiento de cuño –podíamos decir- más liberal, a favor de la benignidad de las penas, la supresión de los tormentos y la reforma de las disposiciones criminales y carcelarias, fue calando hondo en este periodo. El decreto de seguridad individual de 1811; el reglamento de institución y administración de justicia de 1812; algunas leyes de la Asamblea de 1813, como la de la abolición del tormento; el auto de la Cámara de Apelaciones de 1821 reiterando la necesidad de consultar, previo a la ejecución, las sentencias de primera instancia que establecían penas corporales; son muestra de ello.⁵⁵

A pesar de que algunas nuevas ideas estaban circulando en el Río de la Plata, vemos cómo predominó la herencia jurídica del antiguo régimen y el peso normativo de la religión, utilizándose argumentos provenientes de distintas fuentes.

Conclusión

El contexto en el cual se aplicó la pena de muerte al Gobernador Bernabé Aráoz en Tucumán, era muy complejo. La revolución y la guerra habían dejado su profunda huella en la sociedad tucumana, dando la impronta de excepcionalidad a las instituciones. Los gobiernos se caracterizaron por la constante provisionalidad, y lo que había sido extraordinario en un primer momento, pasó a ser permanente, a lo largo de la primera mitad del siglo XIX.⁵⁶ La religión ligada a las costumbres y a la tradición, de la mano de los sacerdotes, se mostraba entonces como una continuidad necesaria frente a los cambios vertiginosos que se producían.

La iglesia y los sacerdotes, como legitimadores del orden social, a través de la enseñanza y de la predicación, construyeron una imagen de la sociedad basada en las concepciones del iusnaturalismo de raíz escolástica.⁵⁷ En su rol de intermediarios, entre Dios y los fieles, y en diversos aspectos de la vida cotidiana de la sociedad; los sacerdotes, fueron catapultados por la revolución a la arena política, el periodismo, la literatura, los ejércitos, las legislaturas provinciales y los congresos constituyentes. En un contexto donde

⁵⁵ Levaggi, Abelardo, “La pena...Op. Cit. pág. 38. Las penas corporales siempre eran consultadas antes de ser aplicadas y había un límite, por ejemplo, en el número de azotes que se podían aplicar localmente, sin la venia de la Audiencia.

⁵⁶ Tío Vallejo, Gabriela, “Campanas y fusiles...Op. Cit.

⁵⁷ Ayrolo, Valentina, “Representaciones sociales de los eclesiásticos cordobeses de principios del Siglo XIX”, en *Andes*, N° 11, CEPIHA, Salta, 2000, pp. 161- 176

la mayoría de la población era analfabeta, los sacerdotes seculares, se erigieron como los letrados capaces de ejercer los nuevos roles de representación política.

Desde las más antiguas leyes que rigieron para América dictadas por el poder civil, y en los escritos de los más conocidos y leídos teólogos, como Santo Tomás; la pena de muerte fue aceptada como uno de los posibles castigos a ser aplicados en caso de que las penas afectaran seriamente a la sociedad en su conjunto.

Si bien no estamos en condiciones de asegurar que la comisión eclesiástica formada en la Sala de Representantes de Tucumán hubiera leído a todos estos los autores y leyes que hemos abordado en este trabajo; si podemos asegurar, sin temor a equivocarnos, que en las universidades a las que concurrieron, estos sacerdotes tuvieron acceso a algunas de estas lecturas, cuando menos a Santo Tomás.

A pesar de no contar con fuentes que nos permitan abordar en profundidad los argumentos esgrimidos por la Comisión de la Sala, sabemos que basándose en la necesidad de conservar el orden público, decidieron terminar con la vida del Gobernador Aráoz. Y este argumento está presente en todos los escritos, leyes y reglamentos abordados en este trabajo. Asimismo, teniendo en cuenta que tanto Pedro Miguel Aráoz como Agustín Molina, concurrieron a la Universidad de Córdoba, creemos que tuvieron acceso a numerosas lecturas que permitieron brindar un argumento válido a una decisión tomada, que parecía entonces ser la única salida frente al orden de cosas vigente.

Otro autor de gran significancia en la discusión sobre la pertinencia o no de aplicar la pena de muerte fue Beccaria. Quien fue leído y discutido en el Río de la Plata como lo mencionamos en el trabajo. Es el caso de Alsina, quien destaca que si bien Beccaria aduce argumentos en contra de la pena de muerte y parece estar completamente en contra de la misma, hace la salvación de que es pasible de ser aplicada frente a dos delitos. A saber, en los momentos de agitación en que una nación aspirara a libertarse, y en los tiempos de anarquía, en que guardando silencio las leyes, las substituye el desorden y la confusión. Si alguna persona podía llegar a comprometer la seguridad de su patria por su crédito y relaciones y su existencia misma podía causar en el gobierno una revolución peligrosa, sin duda era indispensable quitarle la vida.⁵⁸

⁵⁸ Alsina, Valentín, *Discurso sobre...* Op. Cit. pág. 14

Desde las Siete Partidas, los más ilustrados juristas, pasando también por los teólogos, y los intentos de legislación propia rioplatense a partir de mayo del '10; no solo se aceptó la pena de muerte en diferentes casos, sino que todos coincidieron en un punto. A pesar de que algunos de los autores y leyes que hemos analizado en este trabajo hayan bregado por la abolición de la misma mostrándose como sus más fervientes detractores, justificaron su aplicación en un caso: si se ponía en peligro la estabilidad y el orden público de la patria o se ponía en riesgo a la "nación". No decimos que el argumento sobre la necesidad de salvar "patria en peligro", de la mano con la revolución y la guerra, sea apodíctico, sino que es un tema para profundizar en sucesivas investigaciones.

Es interesante pensar cómo la pena de muerte unida a lo político, como es el caso aquí analizado, aparece como un recurso de protección del estado en todos los autores aquí tratados. Siempre en un marco donde la religión sigue siendo quien legitima, a través de sus representantes, en un contexto donde la sociedad lo acepta y está preparada para ello.

Inferimos entonces, que en 1823, en la pequeña ciudad de Tucumán, el fusilamiento de Bernabé Aráoz respondió a la necesidad de conservar el orden y estabilidad pública, siendo legitimado el acto, con el visto bueno de la comisión eclesiástica.