

La facultad de perdonar: conmutación de penas y división de poderes*

MARÍA ANGÉLICA CORVA
IDIHCS – UNLP/INHID
mariacorva@gmail.com

RESUMEN

En la segunda mitad del XIX la aceptación de la división de poderes, la separación de la moral y de la religión del derecho y el absolutismo de la ley, respondían a un proyecto donde lo justo estaba siendo definido por la legislación y la administración de justicia buscaba concebirse como poder independiente. En este contexto, la facultad de perdonar, heredada de la monarquía hispana como atribución del rey, pasó al pueblo, soberano en el sistema democrático, que lo delegó en sus representantes. Pero se generó entonces un conflicto entre la necesidad de modernizar el sistema penal, la abolición de la pena de muerte y la relación entre los poderes del Estado. El objetivo de este artículo es comprender y dimensionar el significado de esta facultad de perdonar que se concedió al gobernador de la provincia de Buenos Aires en 1877, año en que se sancionó la ley reglamentando la atribución del poder ejecutivo de conmutar penas.

PALABRAS CLAVE

Conmutación de penas – pena de muerte – proceso de construcción estatal – provincia de Buenos Aires – historia de la justicia

* Fecha de recepción del artículo: 26/08/2016. Fecha de aceptación: 13/09/2016

TEMAS DE HISTORIA ARGENTINA Y AMERICANA, XXIV (ENERO-DICIEMBRE DE 2016) pp. 11-40

ABSTRACT

In the second half of the 19th century the acceptance of the division of powers, separation of morality and religion of the law and the absolutism of the law, they were answering to a project where the just thing was being defined by the legislation and the administration of justice was seeking to be conceived as independent power. In this context, the power to forgive, inherited from the Spanish monarchy as the king attribution, went to the people, sovereign in the democratic system, which delegated it in its representatives. But a conflict was generated then between the need to modernize the criminal justice system, the abolition of the death penalty and the relationship between the branches of government. The aim of this article is to understand and measure the meaning of this power to forgive that it was granted to the governor of the province of Buenos Aires in 1877, when the law was passed regulating the allocation of executive power to commute sentences.

Key words

Commutation of sentences – death penalti – State-building process – Province of Buenos Aires – Judiciary

INTRODUCCIÓN

Los gobiernos liberales que se sucedieron en la provincia de Buenos Aires después de la era rosista se abocaron a la conformación de un Estado republicano, que implicaba un arduo proceso de reforma institucional y una conflictiva división de las funciones del poder entre los poderes estatales. Con la preocupación centrada en la propiedad y la vida, llegado el momento de tomar decisiones, la teoría seguía diversas interpretaciones y en la práctica política influía la supervivencia de las estructuras coloniales y del derecho indiano, que junto a los modelos foráneos, daban por resultado profundas diferencias de forma y de fondo al diseño de las instituciones.

Unificada definitivamente en 1862 la provincia de Buenos Aires con el resto de las provincias de la Nación Argentina, pasaron muchos años hasta que el texto constitucional que el Estado de Buenos Aires se había dado en 1854, fue reemplazado por la Constitución provincial de 1873. Entre los temas de debate de la Convención Constituyente surgió la facultad de perdonar, que enfrentó a los tres poderes y fue finalmente acordada al poder ejecutivo. Durante la discusión, los convencionales que la defendían hacían referencia indistintamente al derecho de gracia o a la facultad de perdonar, que permitía al soberano suprimir y aplazar o amornar la aplicación de la pena. En estas discusiones el perdón estaba identificado directamente con la pena de muerte, vista como una monstruosidad que requería de clemencia. Pero para quienes estaban en contra, conceder la facultad del perdón significaba frustrar la acción del poder judicial y centraron el debate en si debía concederse y, de ser así, qué poder estatal debía ejercerla.

Esta controversia se había originado muchos años antes en torno a la benignidad de las penas, la supresión de los tormentos y la reforma del régimen criminal y carcelario, inspirado por el pensamiento de Beccaria¹. En Buenos Aires, los argumentos a favor y en contra de la pena de muerte comenzaron a expresarse en la década del '50, a través de la reacción de la opinión pública ante casos resonantes, movilizada contra la pena capital.

Para poder comprender y dimensionar el significado de esta facultad de perdonar que se concedió al gobernador, es necesario definir la finalidad de la pena, que debía ser para castigo y enmienda del reo, para defensa de la víctima, y satisfacción de la vindicta pública y ejemplaridad preventiva, encarnada en los valores del orden social quebrantado por el delito. Esto implicaba que a la hora de perdonar, se actuara a favor del reo pero sin dañar los derechos esenciales y fundamentales de la sociedad.

¹ “Noticia preliminar de Ricardo Levene” en: GURET BELLEMARE, *Plan general de organización judicial para Buenos Aires*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho, Colección de textos y documentos para la Historia del derecho Argentino VIII, Buenos Aires, Facultad de Derecho, UBA, [1829] 1949.

Surgen entonces una serie de preguntas que intentaremos responder, concretamente para la provincia de Buenos Aires entre 1854 y 1877, año en que se sancionó la ley reglamentando la atribución del poder ejecutivo de conmutar penas.

En los primeros años que nos ocupan, para definir las relaciones entre la Confederación y Buenos Aires, la principal oposición se generó en torno a las facultades otorgadas a Urquiza y al carácter *a- porteño* del acuerdo de San Nicolás. La reacción de Urquiza frente a sus críticos le dio pie para que éstos vieran justificados sus temores, ya que desde su cargo de Director Provisorio el caudillo entrerriano disolvió la Legislatura provincial, encarceló a los diputados opositores y nacionalizó la Aduana. El resultado de esa radicalización de sus actos de gobierno fue la revolución del 11 de septiembre de 1852, que terminó con la secesión de Buenos Aires y su ruptura con la Confederación.

Desde 1854 la provincia se dio una Constitución propia, por lo que la tendencia aislacionista quedaba reflejada en su orden institucional, con un Estado que ejercía el pleno derecho soberano en política interior y exterior². El artículo 108 del texto constitucional otorgaba al gobernador la facultad de conmutar la pena capital, previo informe del Tribunal, mediando graves y poderosos motivos, salvo los delitos exceptuados por las leyes.

A partir de allí, quedó abierto un debate sobre la facultad de perdonar. ¿Qué significaba perdonar? ¿Cuál era el fundamento del perdón? ¿Debía existir la facultad de perdonar? ¿Quién debía ejercerla? ¿Qué y a quién se podía perdonar? Buscar respuesta a estas preguntas requerirá estudiar el perdón real, como manifestación de la potestad de gracia en el derecho castellano y en el derecho indiano, para percibir qué influencia tuvo en el proceso legislativo de la facultad del perdón en Buenos Aires. Resuelto esto, intentaremos establecer si la facultad del perdón fue una alternativa ante la imposibilidad de abolir la pena capital, justificada por la falta de un sistema carcelario seguro.

² Para profundizar sobre las relaciones entre la Confederación y Buenos Aires ver HILDA SÁBATO, *Historia de la Argentina, 1852-1890*, Buenos Aires, Siglo XIX Editores, 2012.

Para esto trabajaremos con el debate sobre la facultad del derecho de gracia en la Convención Constituyente de 1870-1873 y dos artículos publicados en la prensa jurídica, como respuesta a causas criminales que repercutieron en la opinión pública. Esta investigación surgió de mi tesis doctoral, dedicada a estudiar la génesis, estructura y funcionamiento del poder judicial de la provincia de Buenos Aires, y este trabajo es una primera respuesta a la inquietud que durante su redacción quedó pendiente sobre la facultad de perdonar.

CLEMENCIA Y PERDÓN

El indulto real era definido en las Partidas como la facultad exclusiva del rey de “perdonar al ome la pena que debe rescebir por el yerro que avía fecho”³ y era una atribución generalmente aceptada por los teólogos y juristas contemporáneos. Junto al indulto real, existían instituciones afines como la clemencia judicial y la conmutación de la pena, que fueron tratadas por autores del siglo XVIII sin establecer una clara distinción conceptual. Los jueces recurrían a diversas atribuciones discrecionales, a través de las cuales imponían al reo penas inferiores a las debidas. El indulto podía ser general o particular, según fuera concedido a varios reos o a uno solo. Los primeros se otorgaban el Viernes Santo o por alguna “alegría” o causa justa, pero ateniéndose siempre a las causas y ocasiones admitidas por la ley o la costumbre. Los indultos particulares eran concedidos siempre que no fueran delitos exceptuados, como los de lesa Majestad divina y humana, contrabando, homicidios alevosos y sacrílegos, incendios, sodomía, blasfemia, hurto, cohecho, falsedad, malversación de fondos públicos, resistencia a la autoridad y desafíos. Sin embargo los casos usuales de imposición de la última pena eran el homicidio y el robo calificado, además del delito de lesa Majestad⁴.

³ Partida VII, 32, 1.

⁴ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta (Siglos XVII-XVIII)*, Madrid, Editorial Tecnos, 1969, pp. 397-405. Sobre los delitos castigados con pena de muerte ver ABELARDO LEVAGGI, “La pena de muerte en el derecho argentino precodificado. Un capítulo de la historia de las ideas penales”, en: *Revista del Instituto de historia del derecho*, núm. 23, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1972, pp. 28-29.

Para Abelardo Levaggi, el Derecho penal indiano tomado de Castilla y adaptado en América, tenía un sutil equilibrio entre la urgencia, por una parte, de vengar las ofensas por el castigo y de prevenir los crímenes por el escarmiento, y por otra de proceder con espíritu de piedad, buscando la enmienda del reo. Era ésta la “cara oculta” del sistema judicial indiano, que oponía a una mirada cruel y terrible, una faz humanitaria de la justicia⁵.

La clemencia judicial y las invocaciones a la misericordia del juez funcionaban en los casos de reos que pertenecían a un estatus de sumisión (naturales, pobres, rústicos), mientras las concordias, perdones de parte y composiciones se aplicaban a los conflictos entre cristianos de fe asentada, vecinos y moradores. Pero en ambos casos, la moderación de la pena basaba su argumentación en las virtudes utilizadas en el discurso de los operadores jurídicos. Piedad y justicia, conmiseración y castigo, constituían un principio rector en el ejercicio de la jurisdicción. Temor y amor formaban parte de la estrategia “destinada a generar obediencia y legitimar el poder”⁶.

Como el rey con sus actos de gracias, las autoridades indianas ejercían la facultad de perdonar como compensación de servicios o para recomponer la relación con los súbditos frente a situaciones de necesidad o de generalizada desobediencia. La tolerancia era ejercida ante la necesidad de contar con hombres para las acciones militares, manifestada en las diversas formas de indulgencia de que podían hacer uso las autoridades. El rigor de la ley no podía ser aplicado cuando existía desproporcionalidad entre el delito y el castigo según la justicia vindicativa. Los manuales jurídicos daban pautas a los jueces gobernantes que les permiti-

⁵ ABELARDO LEVAGGI, “Las instituciones de clemencia en el derecho penal rioplatense”, IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano, en: *Biblioteca Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Nacional de México, Núm. 101-102 Enero – Junio, 1976, p. 243.

⁶ ALEJANDRO AGÜERO, “Clemencia, perdón y disimulo en la justicia criminal de Antiguo régimen. Su praxis en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII”, en *Revista de Historia del Derecho*, núm.32, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2004, pp. 36, 40. Cita a ANTONIO MANUEL HESPANHA, “De Iustitia a Disciplina”, en: ANTONIO MANUEL HESPANHA, *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales –Colección Historia de la Sociedad Política, 1993, p. 232.

tían balancearse entre el terror y la piedad, el castigo o la indulgencia, con relativa independencia del rigor textual de las leyes⁷.

Pero junto con la indulgencia surgida de la cristiana compasión, estaba el *ius puniendo* que daba el derecho regio de castigar a los delinquentes, en función de la doctrina del *mero imperio*, con la misma potestad de hacer la guerra contra los enemigos. Todo delito ofendía a la víctima, pero también al soberano, por quebrantar el orden que éste debía mantener, poniendo al delincuente en la misma condición de enemigo que injustamente alteraba la paz del reino. El castigo asumía entonces una función de vindicativa frente a la trasgresión. La ejemplaridad del castigo tenía una concepción vindicativa de la justicia criminal y en las expectativas pedagógicas con expectativas preventivas⁸.

En el siglo XVI irrumpió en la justicia penal del antiguo régimen el carácter utilitario con notable intensidad, con la conmutación general de penas corporales por las penas de galeras⁹. La Corona intentaba conseguir hombres para las primeras incursiones en América y luego remeros para la Armada; también se destinaban a la explotación de minas y al servicio de arsenales, presidios y fuerza de trabajo en los reales ejércitos. Al principio se excluyeron de la conmutación los delitos castigados con la pena de muerte¹⁰, pero luego también las condenas capitales fueron conmutadas por galeras¹¹. Para Agüero, las necesidades y el criterio de utilidad pública eran la auténtica cara contrastante de la clemencia y el perdón¹². Esta conclusión tan terminante, puede empañar las ideas de estos hombres,

⁷ ALEJANDRO AGÜERO, “Clemencia, perdón y disimulo”, *op.cit.*, pp. 45; 50; 56.

⁸ ALEJANDRO AGÜERO, *Castigar y perdonar cuando conviene a la república. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 162-168.

⁹ *Nueva Recopilación de Castilla*, 1567, 8, 11, 8; 8, 24, 4 y 6 (en adelante N.R., número de libro, título y ley)

¹⁰ Pragmática de los Reyes Católicos, 1502, N.R. 8, 24, 1.

¹¹ “Siempre que se pudiese conmutar la pena de muerte en galeras, se haga y conmute...”, Felipe IV, 1639; N.R. 8, 24, 12 y 8, 11, 8.

¹² ALEJANDRO AGÜERO, *Castigar y perdonar*, *op. cit.*, pp. 176-177. En Córdoba, la pena de presidio servía para satisfacer la necesidad de gente en los fortines de frontera y para proporcionar mano de obra al puerto de Buenos Aires, Montevideo o islas Malvinas.

que por su formación esencialmente católica, unían la virtud de la clemencia con el utilitarismo, sin recurrir a ella con un solo fin utilitario, sino que a partir de la virtud cristiana del perdón, encontraron su móvil utilitario.

En este escenario, la obra de Beccaria abrió una nueva etapa en el desarrollo del derecho penal; su repercusión reflejó no sólo la maduración de un sistema de pensamiento propio, sino también el haber dado cuerpo y forma a ideas ya definidas por otros pensadores, al relacionar los datos empíricos que le suministraban sus amigos juristas con las ideas de autores como Montesquieu, Rousseau y Voltaire, con quienes estaba familiarizado. Con espíritu humanista y capacidad de síntesis enfocó los horrores y los defectos de la legislación y la práctica penal y procesal, observando los excesos para proponer sustituirlos por premisas humanistas, moderadas y respetuosas para el hombre que había en cada delincuente¹³.

El trabajo de Cesare Beccaria Bonesana tuvo una finalidad política coincidente con los objetivos del iluminismo que profesaba, de proveer certeza a los hombres en el goce de la libertad, basado fundamentalmente en la utilidad pública. Su obra, *De los delitos y las penas*, fue fiel a la aplicación del “análisis de la experiencia sensible en el ser real y concreto que es el individuo” y la referencia a la precisión geométrica quedaba en las palabras, “el propio mérito político de su obra hubiera sido imposible sin la aptitud y el acierto con que supo penetrar y comprender las inclinaciones, impulsos y necesidades de los seres humanos”¹⁴.

El Marqués dedicó un capítulo al Perdón, cuya frase inicial establecía que la clemencia y el perdón se volvían innecesarias en la medida que las penas eran más dulces. La clemencia era una virtud que había sido “suplemento de todas las obligaciones del trono”, en un sistema criminal desordenado, en que el perdón era necesario en función de leyes absurdas y penas atroces, convirtiéndose en atributo de la soberanía, pero debía ser excluida en una perfecta legislación. La clemencia debía ser virtud del

¹³ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, “Introducción y notas” en: CESARE BECCARIA, *De los delitos y las penas*, Aguilar, 1969.

¹⁴ CARLOS ACEVEDO, “Beccaria, político y científico”, *JUS, Revista Jurídica de la provincia de Buenos Aires*, Nro. 13-14, La Plata, Editora Platense, 1969, pp. 5-11.

legislador, no del ejecutor de las leyes, presente en los Códigos y no en los juicios particulares. La pena debía ser esencialmente pública, pronta, necesaria, lo más pequeña posible, proporcionada al delito y dictada por las leyes. De esta forma ni clemencia, ni perdón serían necesarios¹⁵.

LA FACULTAD DEL PERDÓN EN LA PRENSA JURÍDICA PORTEÑA

Estos cambios en la concepción de la pena se vieron reflejadas en la incipiente prensa jurídica porteña. La publicación de la revista *El Foro* realizada por el Colegio de Abogados en 1859, inició el tránsito hacia las revistas jurídicas en Argentina. A este esfuerzo le siguió la publicación de un número de la primera *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, publicada en Buenos Aires en 1864 por Juan F. Monguillot. En 1867 apareció la *Gaceta de los Tribunales*, dirigida por Juan Francisco Bustos y Juan Coronado. Su desaparición en 1869 marcó el momento inicial de dos publicaciones de mayor calidad, los *Anales del Foro Argentino*, publicada en Santa Fe, y la segunda *Revista de Legislación y Jurisprudencia*. Ésta comenzó a salir en Buenos Aires dirigida y editada por cuatro juristas, José María Moreno, Ceferino Araujo, Antonio E. Malaver y Juan José Montes de Oca, expresión de un proyecto centrado en estudios académicos de las diversas especialidades, con la participación de reconocidos juristas¹⁶.

En el tomo cuarto de la *Revista* de 1870, fue publicado en la sección “Derecho Constitucional” un artículo de Carlos Keen sobre la facultad de perdonar, dividido en dos partes, una dedicada al homicidio de Jacobo Fiorini y la otra a estudiar si debía existir en los poderes del Estado la facultad de perdonar, anexando la traducción de un artículo de Francis Lieber sobre el tema¹⁷. El disparador que inspiró al autor a escribir la primera

¹⁵ CESARE BECCARIA, *De los delitos y las penas*, edición crítica bilingüe y estudio preliminar, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1955, capítulo XLVI “Del perdón”, pp. 164-165.

¹⁶ ALBERTO DAVID LEIVA, “Del periodismo forense a las revistas jurídicas.” Un aspecto en la evolución de la literatura jurídica argentina (1850-1950)”, en *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, edición al cuidado de VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997.

¹⁷ CARLOS KEEN, “Facultad de perdonar”, Derecho Constitucional, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Imprenta “Buenos Aires”, 1870, tomo cuarto, pp. 1-37/121-148.

parte, fue el caso de Clorinda Sarracán, que movilizó a la opinión pública e instaló en la agenda política de la provincia el debate sobre el indulto de la pena capital y sobre la división de poderes del Estado provincial que se estaba organizando. El brutal asesinato en 1856 de un pintor italiano de la sociedad porteña y la condena a muerte de su esposa Clorinda —que lo planeó— y de sus ejecutores, fue narrado por el autor en tono novelesco, dividiéndolo en una parte material —que daba todos los pormenores del proceso— y en otra moral, dedicada a examinar la responsabilidad que cabía a cada uno de los protagonistas.

El 12 de octubre de 1856, en una chacra en las inmediaciones de Santos Lugares, partido de San Isidro, fue víctima Jacobo Fiorini de un horrible asesinato, planeado por su esposa Clorinda Sarracán de Fiorini de 26 años y ejecutado por los hermanos Crispín y Remigio Gutiérrez, de 24 y 19. Fueron cómplices Claudia Alvarez y Nicolasa Merlo, de 16 y 25, sirvientas de la casa. Los Gutiérrez eran peones contratados por Fiorini para el trabajo y cuidado de la chacra, Crispín era el capataz y amante de Clorinda. Desde el comienzo, Keen presentó a Fiorini como “un anciano indefenso y desarmado, aislado en medio de la soledad del campo, sin nadie a quien pedir protección” y a su esposa como una mujer insensible, con “dominio completo sobre sí misma”. No tenía gran nivel moral e intelectual y la soledad del campo, con la compañía de sirvientas y peones con falta de educación, la llevó a que su espíritu fuera dominado por el deseo de la carne y el odio a su esposo. No tuvo arrepentimiento, pues esa noche, después de intentar borrar los rastros del crimen, “dio como otras veces a Crispín el precio de su dedicación” y siguió en esa senda de

Carlos Keen fue un abogado, político, periodista y militar porteño, que participó de la guerra entre la Confederación Argentina y el Estado de Buenos Aires y en la guerra del Paraguay. Nació en la ciudad de Buenos Aires el 6 de mayo de 1840, de George Keen Pickering terrateniente inglés. Se doctoró en jurisprudencia en la Universidad de Buenos Aires en 1863 con una tesis titulada “El derecho de propiedad es inherente a la naturaleza humana y conforme a la utilidad social.” Fue legislador y redactor en los diarios *La Tribuna* y *El Nacional*. Falleció en su quinta de San José de Flores el 11 de abril de 1871, víctima de la epidemia de fiebre amarilla que afectó la ciudad de Buenos Aires.

manchar el lecho nupcial en la cárcel, “vergüenza del régimen y de la policía de nuestras cárceles”¹⁸.

La esposa escondió la bayoneta de Fiorini debajo del colchón de uno de sus hijos y “luego que consumó este acto de perfidia, salió para avisar a Crispín y Remigio que ya era tiempo, pues Fiorini se encontraba desarmado y a merced de ellos” retirándose de la escena del crimen. Lo golpearon en la cabeza con maza y pistola provocando una “muerte lenta y desesperada”. Crispín confesó, instado por el juez Miguel Navarro Viola y “engañado tal vez por la ambigüedad de esta promesa”, pues prometió hacer lo posible en la esfera de sus atribuciones. Clorinda se traicionó revelando el crimen en un careo, que luego negó.

Para el autor, totalmente ajeno a la trágica historia que unía al matrimonio, las causas morales de los criminales fueron la falta absoluta de educación, tanto moral como intelectual y la familiaridad del gaucho desde que nacía con la sangre y con la muerte. Crispín odiaba a Fiorini por su nacionalidad, porque injuriaba “a los hijos de su país”, pero había sido inducido al crimen por cariño a Clorinda¹⁹. La explicación de Keen se basaba en un punto de partida pasional, movilizado por la falta de educación, de valores morales y de rechazo al inmigrante, que atribuía a los pobladores que agrupaba con el calificativo de gaucho.

El 14 de noviembre, el juez Navarro Viola “cumpliendo con su deber”, a pesar de los esfuerzos del agente fiscal y de los defensores, los condenó a muerte con calidad de alevé y clasificación de parricidas. Nicolasa, a diez años de servicio y Claudia a cinco. La Cámara de Justicia aprobó la sentencia el 27 de noviembre en todas sus partes. Toda la causa pasó con extraordinaria rapidez, según la marcha ordinaria de los tribunales. La ejecución de Clorinda se realizaría en Plaza de Mayo a las 6 el 2 de diciembre y los hermanos en la plaza de San Isidro a las 10²⁰.

¹⁸ CARLOS KEEN, “Facultad de perdonar”, *op.cit.*, pp. 7- 8.

¹⁹ CARLOS KEEN, “Facultad de perdonar”, *op.cit.*, p. 8.

²⁰ El desarrollo de la causa y sus implicancias pueden consultarse en: MARÍA ANGÉLICA CORVA, *Constituir el gobierno, afianzar la justicia. El Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires (1853-1881)*, Rosario, Prohistoria Ediciones; Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014, Capítulo XI, pp. 301-330.

La opinión pública tuvo una rápida reacción, pues con la firma de numerosos vecinos que incluían a las señoras de la Sociedad de Beneficencia, hicieron uso del derecho de petición e imploraron el poder moderador con que la Constitución provincial invistió al poder legislativo. Acataban la rectitud de los tribunales de justicia, que habían cumplido con el deber de aplicar el castigo al crimen con “la severidad de las leyes que no debían templar ni eludir por humanidad”²¹.

En respuesta a este reclamo, la Legislatura en Asamblea Extraordinaria del 29 de noviembre resolvió “en nombre del sentimiento público” suspender los efectos de la sentencia pronunciada contra Clorinda Sarra-cán como también contra Remigio y Crispín Gutiérrez, “hasta la resolución que adopte sobre las peticiones que le han sido dirigidas.” El Tribunal de Justicia, considerando que la medida “menoscababa su jurisdicción” dejó en suspenso todas las causas en que hubiera de imponerse la pena de muerte.”²² No siendo posible reunir las Cámaras, el poder ejecutivo se dirigió al Tribunal manifestándole el inconveniente de la medida adoptada, pero este persistió, en perjuicio de la vindicta pública y los mismos procesados, al estar suspendida multitud de causas. Fue entonces que el gobernador resolvió pasar el proyecto a las Cámaras, comenzando así un largo debate que terminó el 29 de septiembre de 1857, ordenando al

²¹ “Notas elevadas a la Honorable Comisión permanente impresas y firmadas.” Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires.

²² En Buenos Aires, a 6 de diciembre de 1856, reunidos en Acuerdo extraordinario los miembros de la Excma. Cámara de Justicia Juan José Cernadas, Domingo Pica, Francisco de las Carreras, Basilio Salas, con asistencia del señor Fiscal, Eustaquio José Torres y el secretario Pedro Calleja de Prieto, expresaron “Que en este estado de vacilación en que se encuentra el Tribunal, ignorando la extensión y trascendencia que sobre el estado actual de nuestra Legislación penal puede tener la resolución de la Honorable Asamblea, pues no es de su competencia la interpretación de la ley, sino su aplicación a los casos ocurrentes, debía suspender la vista de las enunciadas causas, en que los reos son condenados a muerte en la primera instancia, como las que en adelante entrasen de igual género, hasta tanto resolviese la Honorable Asamblea la duda que motiva este acuerdo.” *Acuerdos y sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Autos acordados desde 1810, acuerdos extraordinarios, resoluciones y noticias referentes a la administración de justicia*. Segunda edición autorizada, realizada por el secretario de la Suprema Corte, Aurelio Prado y Rojas, tomo I, Buenos Aires, Jacobo Peuser, 1892, pp. 233-234.

Tribunal Superior de Justicia que procediera inmediatamente a conocer y fallar las causas pendientes ante él con sentencia de muerte. En *ningún caso* podría suspender el curso ordinario de *ningún género* de causas, sin previo consentimiento del cuerpo legislativo²³.

En estos debates legislativos la discusión superó la ejecución de Clorinda, para instalarse en la pena de muerte, el derecho a conmutar y el papel que jugarían los poderes del Estado en su definición. La preocupación de Keen se centró entonces en demostrar los errores que se habían cometido al suspender la ejecución de Clorinda y de los Gutiérrez. El proyecto de ley —y los debates—, autorizando al Ejecutivo a conmutar la pena de muerte e instando al Tribunal Superior de Justicia a conocer y fallar las causas pendientes ante él con sentencias de muerte, pusieron de manifiesto “la confusión de ideas que reinaba en aquel tiempo respecto de la naturaleza de los tres poderes que constituyen el Gobierno.” Desde su perspectiva, en el momento en que él escribía, se había adelantado y se sabía que el poder ejecutivo no era omnipotente y que sus facultades estaban limitadas y perfectamente definidas por la Constitución que le dio existencia.

Hoy sabemos que todo paso dado fuera de la órbita señalada por las leyes fundamentales de una sociedad es completamente ilegítimo, por alto que sea el poder que lo de, y que convertirá la desobediencia a sus mandatos no sólo en un derecho, sino también en un deber. Ninguna usurpación de facultades puede ni debe ser respetada, y es lícito agotar en este caso los medios de la resistencia. Así pues, si la Constitución de Buenos Aires de 1854 había establecido tres poderes independientes para que funcionasen separadamente en la esfera que es propia de cada uno, no le era lícito a ninguno de ellas invadir el círculo de atribuciones que pertenece al otro, ni conferirle facultades de que él mismo no está mundo por su ley orgánica²⁴.

²³ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires, 1857, pp. 316-329.

²⁴ CARLOS KEEN, “Facultad de perdonar”, *op. cit.*, p. 14.

El poder legislativo no tenía derecho para conmutar toda clase de delitos, sino “simplemente para *perdonar* los delitos políticos que son los que afectan directamente al Estado”, no podía usurpar las facultades del poder judicial, dándole órdenes a un poder declarado de una manera expresa independiente de todo otro poder en el ejercicio de sus funciones. La única explicación que Keen encontraba era la ignorancia en aquella época respecto de la naturaleza de los tres poderes en que estaba dividido el Gobierno que se habían dado; ignorancia que había llevado a decir a uno de los diputados más adelantados que el poder judicial era, una ramificación del Poder Ejecutivo²⁵. Esta reflexión del autor puede explicarse en la teoría sobre la división de poderes, pues la función ejecutiva diferenciada fue relativamente moderna y no se desarrolló completamente hasta finales del siglo XVIII y la primera división de funciones del Estado lo separaba en dos ramas: la legislativa y la ejecutiva, entendida bien como la función de impartir justicia de acuerdo con las leyes, bien como los mecanismos por medio de los cuales se ponían en práctica las leyes.

La judicatura apareció gradualmente como una rama independiente del Estado y la noción de un poder judicial autónomo siguió evolucionando. Si bien no puede atribuírsele a Montesquieu la originalidad de la doctrina de la separación de poderes, cierto es que enriqueció la doctrina haciendo mayor hincapié en la función judicial, encargada de sancionar a los criminales o dirimir las disputas entre los ciudadanos. Este nuevo “poder de juzgar”, lo colocó al mismo nivel analítico de las otras dos funciones estatales, estableciendo la trinidad que caracterizó el pensamiento moderno²⁶.

Retornando al texto, la ejecución fue suspendida y a partir de allí se llegó a borrar de la legislación los delitos exceptuados. La ley sancionada en 1868 por la cual quedaban derogadas las leyes sobre delitos exceptua-

²⁵ Se refería a los argumentos esgrimidos por Manuel García en la sesión en que se trató la ley autorizando al Ejecutivo a conmutar la pena de Clorinda y los Gutiérrez. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires*, 1857, Sesión N° 23 del 24 de julio de 1857, pp. 316-329

²⁶ M. J. C. VILE, *Constitucionalismo y separación de poderes*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, [1967] 2007, pp. 23-31, 97-108, 116.

dos, a los efectos de la facultad acordada al poder ejecutivo por el art. 108 de la Constitución, extendió a veinte años el máximum de la pena de presidio, a que se refiere la ley 13 título 24, libro 8 de la Recopilación Castellana. El proyecto sancionado hacía menos posible la aplicación de la pena de muerte, y ponía “al mismo tiempo en manos del poder un medio más de represión con que antes no contaba, extendiendo a veinte años el tiempo por el que puede ser destinado a presidio la persona que ha cometido un delito”²⁷.

La nueva ley movilizó la causa de Clorinda, que se dirigió al poder ejecutivo solicitando la conmutación de la pena de muerte por los doce años que ya había pasado en prisión. Se dio vista al Fiscal General de Gobierno, José María Moreno, que el 26 de septiembre de 1868 se expidió opinando que el Ejecutivo no dudaría en ejercitar la facultad conferida, “disminuyendo en lo posible la aplicación de una pena tan combatida, tan justamente reprochable como necesaria y como justa, y que subsiste aún en el sistema penal, en nombre de una dura necesidad.” En el caso de Clorinda, su alegato fue una clara manifestación del ejercicio de la justicia por los poderes del Estado y de su posición contra la pena de muerte. El poder ejecutivo no debía atribuirse facultades judiciales, eso hubiera sido contrario al espíritu de la Constitución en general y a la disposición contenida en el art. 108. Por la ley que se invocaba para la conmutación, la pena inmediata a la capital había subido de 10 a 20 años, con el fin de aplicar una pena relativamente proporcionada a los graves delitos que merecían la pena capital. Por esto creía que la conmutación debía hacerse por el máximum de la pena de presidio, contándole a Clorinda Sarracán el tiempo de prisión ya sufrido y previo informe del Superior Tribunal.

Pero el Asesor de Gobierno, Marcelino Ugarte, no coincidía con el Fiscal, porque no eran facultades judiciales las que el Ejecutivo ejercía, sino una atribución constitucionalmente conferida, y se encontraba autorizado para acceder a la solicitud de Clorinda, conmutando la pena de

²⁷ “Ley derogando los delitos exceptuados por el artículo 108 de la Constitución provincial”, *Registro Oficial de la provincia de Buenos Aires de 1868*, Buenos Aires, Imprenta del Mercurio, 1869, p. 225.

muerte por el tiempo de presidio que creyera justo según el informe del Tribunal, el carácter del delito, el grado de arrepentimiento mostrado y las circunstancias que le hicieran más o menor digna de ser tratada con piedad, por quien tenía “la preciosa facultad constitucional de perdonar en nombre de la sociedad.” Después de oír a su asesor, el Poder Ejecutivo pidió al Tribunal el informe²⁸.

El problema residía en si el gobernador podía decidir los años por los que conmutaría la pena de muerte y, de ser así, si esto invadía las atribuciones del poder judicial. Para algunos de los jueces, asignar una pena era una usurpación de su competencia exclusiva, y si bien tenía la atribución de conmutar la pena capital, debía hacerlo por la inmediata, es decir por 20 años. Pero el presidente de la Cámara de Justicia, Andrés Somellera, elevó el informe asegurando que el poder ejecutivo debía ejercer la facultad que le confería el art. 108 de la Constitución, y en caso de existir dudas, le competía fijar su sentido. La única intervención del Tribunal se reducía a expresar en cada caso si había o no inconveniente que obstase el ejercicio de ejercer la facultad de hacer gracia, cosa que debía hacer con Clorinda.

El Gobierno “resuelve conmutar la pena de muerte impuesta a Clorinda Sarracán por la de presidio que ha sufrido en la Cárcel Pública por más de doce años hasta la fecha de esta resolución, y hágase saber que el Gobierno espera que, al volver a la sociedad y a la familia, observará en todo tiempo una conducta irreprochable, que demuestre haber sido merecedora del acto de clemencia que en un momento solemne para ella el pueblo inició primero, y que viene hoy a cumplir durante la autorización que le confiere la ley”²⁹.

Llegado a este punto, Carlos Keen aseguraba que no emitiría juicio, pero afirmaba que la opinión del Fiscal se acercaba más al espíritu de la Constitución y a la verdadera doctrina que consagraba la independencia de poderes. La Constitución al exceptuar ciertos delitos, exigir informe

²⁸ En el texto, Keen transcribe la opinión del Fiscal de la Cámara de Justicia, la contestación que dio al Poder Ejecutivo la mayoría del Tribunal y la opinión de la minoría.

²⁹ CARLOS KEEN, “Facultad de perdonar”, *op.cit.*, p. 35.

del Tribunal y la concurrencia de graves y poderosos motivos, y al hablar de pena capital únicamente y no de toda clase de penas como la Constitución Nacional y otras, quiso disminuir la aplicación de la pena muerte, restringiendo al mismo tiempo la facultad de perdonar. La idea era evitar el absurdo con interpretaciones que llevasen al arbitrio. A pesar de esto, para Keen, la pena de Clorinda no debió ser conmutada y si la Legislatura quería salvar a Clorinda a todo trance debía reformar la Constitución, no debió dictar esa ley y el Gobierno no debió aplicarla.

En función de esta afirmación, en la segunda parte del artículo Keen examinó la cuestión en abstracto, de si debía o no existir la facultad de perdonar en los gobiernos, y tradujo parte de un artículo de Francis Lieber sobre el tema. A partir de la lectura de los Diarios de Sesiones del poder legislativo provincial, el autor sostenía que el caso de Clorinda Sarracán instaló el debate en el Gobierno y en la sociedad. En 1857 el senador José Mármol argumentaba que la clemencia era un atributo de la Divinidad; este atributo debía estar delegado en la sociedad, porque era imposible concebirla despojada de él. Desde que tenía un atributo semejante, su deber era ejercerlo cuando la oportunidad se presentase. Pero como la sociedad no gobernaba sino por los poderes públicos que había establecido, toda la cuestión se reducía a saber en qué poder convenía que residiera la facultad de perdonar³⁰.

Para el jurista, efectivamente Dios era “un ser infinitamente justo, bondadoso, omnipotente y sabio”, y por ello era el único capaz de conciliar la clemencia con la justicia, pues su infalibilidad le permitía saber cuando el perdón era merecido, cuando el culpable había redimido su falta por el arrepentimiento o cuando el hecho criminoso y punible estaba justificado por la inocencia de la intención o por los motivos que impulsaron al delincuente. La clemencia era en definitiva una manifestación de la justicia absoluta de Dios, que no la había delegado en los hombres. Lo cierto era que la sociedad necesitaba de la justicia para conservarse y

³⁰ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires*, 1857, Séptima Sesión del 18 de agosto de 1857, pp. 213-226.

por las nociones de bien y de mal que se revelaban en la conciencia humana. En el alma humana existía la inclinación a la clemencia, pero su límite lo establecían la equidad y la justicia. Entonces, la facultad de perdonar ante de los ojos de la justicia y de la razón era insostenible. Si se ejercía sobre todos los delitos, quitaba a la justicia y a los tribunales su fin, pues sólo tendría el objetivo inútil de definir la culpabilidad del acusado; si se ejercía sobre una parte de los delitos se caía en la desigualdad y la injusticia.

En cuanto a la conveniencia del perdón, el autor tomó como ejemplo los argumentos de Vélez Sarsfield intentando demostrar que el indulto se concedía no a favor del delincuente sino del interés público, según los cuales Robert Fulton, que había cometido un asesinato alevoso, debía ser perdonado por el bien de la humanidad por el descubrimiento del vapor³¹. Era más conveniente que se salvaran la moral y la inviolabilidad de la ley antes que violar los principios de la equidad y la justicia, aunque fuera por el descubrimiento del vapor. La justicia era necesaria y Fulton debía morir, pues otro hombre tomaría la idea del genio y la continuaría. La justicia era más importante para la sociedad que un descubrimiento, hijo de las épocas y del pensamiento colectivo más que de un solo hombre. Los hombres no eran indispensables para la humanidad pero las sociedades no podían existir sin que su organización reposara sobre la base de la justicia y de la igualdad.

Si se quería salvar a Fulton y a la ley al mismo tiempo debía establecerse el perdón para todos o debía suprimirse la pena de muerte de la escala penal, si fuese compatible con el bienestar y la defensa de la sociedad. Cualquiera de las dos alternativas era más conveniente que dejar al arbitrio o capricho individuales el poder de hacer excepciones violando la justicia y la equidad, pues la doctrina del derecho de gracia reposaba sobre la imperfectibilidad humana que impedía que las leyes abarcaran todos los casos. Si los legisladores eran imperfectos, el mal no se reme-

³¹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires*, 1857, Séptima Sesión del 18 de agosto de 1857, pp. 213-226. Robert Fulton (1765-1815) puso en funcionamiento el primer barco a vapor.

diaba librándose al arbitrio de otros seres imperfectos. La sociedad no podía ejercer actos de piedad que violaran los preceptos de la ley, la justicia y la equidad. Por lo tanto tampoco los poderes públicos en que delega su soberanía. Si la ley era buena debía respetarse y observarse, si era mala o defectuosa debía reformarse. Si la convención que revisaba la Constitución provincial no suprimía la facultad de perdonar debía rodearla de muchas precauciones y límites, como las que sugería Lieber colocándola fuera del alcance de la jurisdicción del poder ejecutivo, como de los otros dos poderes³².

La propuesta de Lieber en el texto transcrito era, demostrada la necesidad de la facultad del perdón, formar un tribunal del perdón, con un número adecuado de miembros (propone nueve, según la experiencia de la República de Génova), con uno o dos jueces entre ellos, nombrados por la legislatura, con renovación periódica y parcial de una tercera parte cada tres años. Esta autoridad debía realizar una cuidadosa investigación de cada caso, ser una autoridad fuerte, con profundos conocimientos de la ley, de su sentencia y su objeto, que gozara de la plena confianza de la comunidad.

LOS DEBATES CONSTITUCIONALES

El 31 de mayo de 1869 el gobernador Emilio Castro, a poco de ser electo, se dirigió a la Legislatura instando a la reforma de la Constitución de la provincia³³. El 10 de marzo del año siguiente se convocaron las elecciones de convencionales y finalmente la Convención inició sus sesiones ordinarias el 23 de mayo de 1870, presidida por Manuel Quintana, quien

³² Francis Lieber (Berlin, 1800- Nueva York, 1872) escribió *On civil liberty and self-government* (1853) traducida del inglés al español por Florentino González como *La libertad civil y el gobierno propio*, publicada en 1872. La edición tiene un apéndice con las Constituciones de Inglaterra, Francia, Estados Unidos.

³³ LIA E.M. SANUCCI, "Crónica de la primera Convención Constituyente Bonaerense, 1870-1873", en: *Trabajos y Comunicaciones*, núm.12, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad Nacional de la Plata, 1964.

en su discurso de apertura intentó transmitir que se abría un franco diálogo entre los miembros de la convención³⁴. Sin embargo en los debates fueron claros los enfrentamientos, que si bien respetaban el proyecto liberal que los unía, determinaban modelos de organización judicial muy diferentes. Autonomistas y nacionalistas participaron de las discusiones junto a sus líderes, doblando en número las bancas de los primeros, incluyendo a los hombres principales del partido federal.³⁵ Las tareas de la Comisión reformadora terminaron el 14 de noviembre de 1873, con Mariano Acosta como gobernador, siendo el fruto de un largo y discontinuo trabajo, la Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1873 que fijaba las bases para la descentralización administrativa. La tarea comenzó con la designación de cinco comisiones especiales encargadas de redactar los capítulos referentes a Declaraciones de Derechos y Garantías, Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Municipal y Poder Judicial.

Los proyectos parciales que surgieron de esas comisiones fueron estudiados por una Comisión general, que presentó el texto definitivo de la nueva Constitución, sobre el cual se llevarían adelante los debates. Respecto al tema que nos ocupa, el proyecto presentado por la Comisión Poder Ejecutivo³⁶, establecía en el artículo 25 que el Gobernador era el Jefe Superior de la Administración de la Provincia y entre sus atribuciones, le otorgaba la facultad de conmutar las penas.

El Gobernador podrá conmutar las penas impuestas por delitos sujetos a la jurisdicción provincial, previo informe motivado del Tribunal Superior correspondiente, sobre la oportunidad y conveniencia de la conmutación, y con arreglo a la ley reglamentaria que determinará los

³⁴ *Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires, 1870-1873*. Publicación Oficial hecha bajo la dirección del convencional Luis V. Varela, reimpresión con índice alfabético y cronológico confeccionado por Adrián Becar Varela, La Plata, Taller de Impresiones Oficiales, 1920 (en adelante DCC), p. 11.

³⁵ ADOLFO SALDÍAS, *Un siglo de instituciones*, tomo II, La Plata, Impresiones Oficiales, 1910, t. II, p. 221. Para acceder a las complejas imágenes de la formación del sistema político nacional desde la experiencia de las provincias véase BEATRIZ BRAGONI y EDUARDO MÍGUEZ, *Un nuevo orden político. Provincias y Estado Nacional 1852-1880*, Buenos Aires, Biblos, 2010.

³⁶ La Comisión Poder Ejecutivo estaba integrada por Adolfo Alsina, Manuel Obarrio, Delfín B. Huergo, Manuel H. Langenheim, José M. Moreno.

casos y la forma en que pueda solicitarse, debiendo ponerse en conocimiento de la Asamblea Legislativa las razones que hayan motivado en cada caso la conmutación de la pena.

El Gobernador no podrá ejercer esta atribución cuando se trate de delitos en que el Senado conoce como Juez, y de aquellos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones³⁷.

En el Proyecto de Constitución coordinado por la Comisión Central, firmado por Vicente Fidel López, Sixto Villegas, Octavio Garrigós, Dardo Rocha y Bartolomé Mitre sobre la base del proyecto presentado por la Comisión parcial³⁸. Los debates sobre las atribuciones del poder ejecutivo comenzaron el 22 de octubre de 1872, sesión en la que el tema de discusión fue el encabezado del artículo. El convencional Vicente G. Quesada intervino por su reemplazo, proponiendo que “El Gobernador es el jefe del Departamento Ejecutivo, y ejerce con sus Ministros tales atribuciones”. Según sus palabras, la fórmula no la inventó él, pues ya existía en casi todas las constituciones de los Estados Unidos, que establecían al Gobernador como jefe del poder ejecutivo³⁹. Se ponía así en discusión una cuestión fundamental para la organización provincial y que tendrá relación con nuestro objeto de estudio. La cuestión era definir si el gobernador tenía el poder de decisión sobre toda la provincia o solamente sobre el poder ejecutivo. A esto se sumaba el conflicto presentado por Aristóbulo del Valle en relación al papel de los ministros, que daban autenticidad a los actos del gobernador, único jefe del poder ejecutivo y no de toda la Administración de la provincia⁴⁰. Lo que estaba en juego era el ordena-

³⁷ DCC, p. 98.

³⁸ DCC, p. 118. En la reforma de la Constitución de 1889 se reemplaza Tribunal Superior por Suprema Corte.

³⁹ Vicente G. Quesada, alineado con los *republicanos*, grupo disidente del autonomismo, en los debates sobre el poder judicial estuvo a favor de la amovilidad de los jueces y fue terminante en la defensa de la elección popular de los jueces, afirmando que las otras formas propuestas (inamovilidad y nombramiento por el poder ejecutivo con acuerdo del senado) darían por resultado un poder judicial de origen bastardo. DCC, 26 de marzo de 1873, pp. 1090.

⁴⁰ DCC, 28 de octubre de 1872, p. 968.

miento jurídico del Estado, su legitimidad y la relación que se estableció con la sociedad⁴¹.

El convencional Miguel Navarro Viola⁴² intentó saltar esta definición con una solución más “aséptica”, proponiendo que sólo se dijera “El Poder Ejecutivo tiene las atribuciones tales”, dejando sin definir cual sería su papel en el juego de la división de poderes. Después de un largo debate, la discusión fue aplazada hasta finalmente sancionarse el encabezado del artículo con su texto original⁴³. Establecido el Ejecutivo como jefe de la Administración provincial, en la sesión del 7 de marzo de 1873 comenzó

⁴¹ De todas las teorías del Estado que buscaron controlar el poder estatal y poner límite a su ejercicio, la más significativa fue la doctrina de la separación de poderes, un sistema de conceptos confuso y ambiguo. Esta doctrina nunca fue aplicada por sí sola como base de un sistema político efectivo y estable, sino que se ha combinado con otras ideas políticas como la del estado mixto, la idea de equilibrio o el concepto de frenos y contrapesos. Según la “doctrina pura” de la separación de poderes era esencial para el establecimiento y conservación de la libertad política que el Estado se dividiera en tres ramas o departamentos, llamados legislativo, ejecutivo y judicial. A cada rama le correspondía una función, y debía limitarse a cumplir la que le era propia, sin interferir en la función de las otras dos ramas. Las personas que componían cada una de las tres agencias debían ser diferentes, sin formar más de una simultáneamente. La idea del equilibrio surgió del poder estatal dividido entre el rey y las Cámaras de los Lores y los Comunes, estando dos de las tres instancias habilitadas para evitar los excesos de la tercera en sus atribuciones. Pero la división de instituciones y de funciones no era suficiente, porque cada agencia no contaba con acciones concretas para controlar al resto y hacerlo podía ser una “interferencia” en sus funciones. De allí surgió la teoría del estado mixto, y en su versión posterior la teoría de frenos y contrapesos, que introducían en la doctrina de separación de poderes la noción de controles positivos sobre el ejercicio del poder. Cada rama recibía la potestad de ejercer un cierto grado de poder directo sobre las otras dos, autorizándolas a desempeñar un papel limitado en el ejercicio de las funciones de las demás. M. J. C. VILE, *Constitucionalismo y separación de poderes, op.cit.*, pp. 13-21. Sobre la experiencia argentina ver MARIANO BEN PLOTKIN Y EDUARDO ZIMMERMANN, (compiladores) *Los saberes del Estado*, Buenos Aires, Edhasa, 2012; *Las prácticas del Estado. Política, sociedad y elites estatales en la Argentina del siglo XX*, Buenos Aires, Edhasa, 2012.

⁴² Miguel Navarro Viola fue el juez del crimen que dictó la sentencia de Clorida Sarracán. Político católico, el magistrado quedó entonces tensionado entre la obligación y la convicción de cumplir con la letra de la ley y su rechazo por la pena de muerte, que había manifestado públicamente.

⁴³ Lamentablemente de estas discusiones falta buena parte, pues de los debates de la Convención Constituyente llevada adelante entre 1870 y 1873 se extraviaron los textos tomados por el taquígrafo Camaño, que intentamos cubrir con los resúmenes.

la discusión sobre la facultad de conmutar las penas, dando lectura al inciso que había sido aprobado por la Comisión Central⁴⁴.

Al realizar la lectura del debate, buscamos responder a las preguntas que orientan esta ponencia⁴⁵. ¿Qué significaba perdonar para los convencionales?; si aceptaban el perdón, ¿cuál era el fundamento?, ¿quién debía ejercerlo?, ¿qué y a quién podía perdonar?

En primer lugar, es de destacar que los convencionales hacían referencia permanentemente al derecho de gracia, asimilándolo al perdón, ya sea que estuvieran en contra o a favor de otorgarlo. Así puede verse en la afirmación de Navarro Viola respecto al derecho de gracia, como propia de los procuradores del perdón o en Alsina, líder de los autonomistas, al explicar que no era una cuestión clara. Tomar la decisión de incorporar la atribución del perdón en la Constitución, dando al gobernador “la facultad de hacer gracia en casos determinados” fue materia de grandes dudas en el seno de la Comisión, concluyendo que la atribución convenía muchísimo y no aprobarla era la desviación de los principios generales del derecho común.

Lo más importante sobre el concepto que estos hombres manejaban respecto al perdón, era su relación inseparable de la pena de muerte, “monstruosidad” que obligaba a que “todos los gobiernos se adhieran y conciban la necesidad del ejercicio de la clemencia, en ciertos actos supremos que, desgraciadamente, acontecen con demasiada frecuencia”.

⁴⁴ *DCC*, p. 118.

⁴⁵ Síntesis de la sesión: José Manuel Estrada, deteniéndose en consideraciones sobre el derecho de perdonar, y a quién correspondía su ejercicio, se opuso al artículo, negándole tal facultad al Ejecutivo, e hizo mención del “Tribunal de Equidad”, creado en Inglaterra. Norberto Quirno Costa combatió la opinión del señor Estrada, aceptando la del señor Sáenz Peña, pero que la conmutación fuera en la pena inmediata. Miguel Navarro Viola impugnó detenidamente el artículo, y citó en su apoyo a Beccaria y a Lieber. Adolfo Alsina defendió y sostuvo el inciso, citando a Lieber y a la Constitución de los Estados Unidos, que todas daban al Ejecutivo la facultad de perdonar. Rufino Elizalde defendió el artículo, proponiendo suprimir la segunda parte. José T. Guido de acuerdo con esto, se detuvo en consideraciones filosóficas y reseñas históricas para adoptar el inciso tal cual estaba propuesto. Juan M. Gutiérrez se opuso a conceder tal facultad al gobernador. Bernardo de Irigoyen demostró la necesidad de dar el Ejecutivo tal facultad. Se votó y el artículo fue aceptado 14 por 11. (*DCC*, pp. 1016-1017)

Este juicio de Estrada se fortalecía en la opción que ponía delante de la Convención: o el texto constitucional abolía la pena de muerte, respetando la razón humana y el sentimiento público de la provincia de Buenos Aires, en nombre de las ideas y del espíritu moderno, o se moderaba la pena interponiendo “entre el cadalso y la sociedad, un poder protector que extienda, en un momento dado, un escudo verdaderamente salvador respecto de los desgraciados o respecto de su crimen, sobre todo cuando el crimen no ha conmovido la base misma de la sociedad”⁴⁶.

Esta posición se hizo más profunda en el discurso de Irigoyen que incorporó el concepto de justicia social, no como justicia de explotación sino como una medida de orden, una medida de seguridad social, un elemento de gobierno. La sociedad no perseguía al delincuente por obligación, la sociedad no castigaba porque tuviera el deber de castigar;

La sociedad castiga para defenderse, ajusta los principios de justicia eterna, aplica las leyes que ha establecido con arreglo a esos principios; pero al aplicar esos principios y esas leyes, la sociedad lo hace en los límites de sus intereses, en el límite de su conveniencia. De aquí resulta que si la sociedad llega a comprender que, en casos extraordinarios o en casos especiales, la aplicación de una ley es inconveniente a su bienestar y a su tranquilidad, al sosiego público, tiene la facultad de suprimir y aplazar o de aminorar la aplicación de la pena, y aun de las leyes; porque de lo contrario, sería ponerlo en el caso de aplicarlas muchas veces contra sus propios intereses y conveniencias, o contra las medidas de buen gobierno que se han establecido para defender esos intereses y esas conveniencias.

Sin el derecho de gracia, la justicia social podría ser temeraria, inmoral y hasta inicua. Porque la justicia humana, por buena, por liberal, por bien organizada que fuera, no era infalible y la justicia social estaba sujeta a los errores que estaban sujetos todos los hombres. El ejercicio del derecho de gracia debía existir para el momento en que “los encarga-

⁴⁶ DCC, p. 1022.

dos de administrar justicia incurriesen en un error visible o en una falta de equidad, o extravío”. Allí debía existir un poder moderador, que pudiera remediar esos errores, poco probables, pero posibles en el orden de la humanidad⁴⁷.

Los argumentos de quienes estaban en contra del derecho de gracia, representados por Navarro Viola, apuntaron contra la defensa realizada por Estrada, respaldada en la Constitución americana, porque según el convencional el derecho de gracia se conservaba allí de las costumbres inglesas y Buenos Aires no tenía razón para conservar estas costumbres coloniales, sino que estaba en camino de darse las mejores instituciones, ateniéndose a los principios fundamentales en materia constitucional. La defensa de esos principios la apoyaba citando a Beccaria, cuyas ideas renovadoras fueron guía de los sistemas penales de derechos y garantías, y para quien “a medida que las penas son sabias —la clemencia y el perdón llegan a ser innecesarios”⁴⁸.

En función de las ideas de Beccaria, para Navarro Viola la clemencia era una virtud que pertenecía al legislador y no al ejecutor de las leyes, y que debía estar presente en los códigos y en los jueces. El perdón era entonces un acto que frustraba la justicia común que la ley había establecido como el mejor medio de ejecución. La facultad de perdonar, que según la política moderna pertenecía sólo a la supremacía de la ley, como una condición primaria de libertad, no podía pertenecer a un poder irregular, dependiente de la voluntad individual irresponsable⁴⁹.

El derecho de gracia era representado por una legislación penal que a su entender estaba en estado de adelanto muy notable. Para demostrarlo hacía referencia a una ley “precursora de la abolición de la pena de muerte, ley que es muy posible que se consigne en un artículo especial de esta Constitución, por la cual el último Tribunal que entiende en las causas criminales, y que es compuesto de siete miembros, no puede im-

⁴⁷ DCC, p. 1023.

⁴⁸ CESARE BECCARIA, *De los delitos y las penas*, op.cit., capítulo XLVI “Del perdón”, “A medida que las penas son más dulces, la clemencia y el perdón son menos necesarios”, p. 164.

⁴⁹ DCC, p. 1019.

poner ni confirmar la pena de muerte, sino por la absoluta unanimidad de votos de sus miembros”⁵⁰. Contaba Buenos Aires con:

una especie de derecho de gracia, porque con el espíritu de esa legislación era imposible “que hombres distinguidos, que hombres especiales, como son los que forman ese Tribunal Superior, no encuentren razón plausible, en casos dados, para ejercer esta atribución, casi divina de perdonar la vida a sus semejantes, cuando puede hacerlo, no como capricho, que es lo que viene a dar origen a este derecho de gracia, como se quiere consignar en la Constitución, sino como una interpretación de otras leyes.

Antes de terminar, el convencional criticaba la postura de Estrada, que recurría a Liber para defender la pena de muerte, asegurando que si poderes extraños al poder judicial se interponían, el resultado sería que criminales, asesinos alevos y parricidas salvarían sus vidas, que la justicia podía rescatar, en base a la verdadera doctrina que afirmaba que en caso de duda se estuviera siempre por la absolución. Alsina lo acusó de recurrir al autor alemán solamente en lo que decía en contra de esta facultad y de no leer sobre lo que decía a favor.

Quienes estaban a favor del derecho de gracia, estuvieron representados en el discurso de Estrada, que afirmaba su necesidad no por una cuestión de fisonomía moral, sino en cuanto a la criminalidad, pues el pueblo ofrecía circunstancias especiales que debían ser tenidas en cuenta. Recurrió entonces el orador a su visión de la sociedad porteña, en la que

Altas costumbres de la clase culta y baja de nuestra sociedad, se han preparado para la ejecución de crímenes y actos sangrientos a que parece que estuviese habituada, o por el género de su trabajo, en el desierto, donde se ha conquistado la ignorancia y la pasión, que una índole ardiente y arrebatada los predispone para la venganza, convirtiendo la virtud, porque así los precipitan los sucesos en ilusiones fantásticas.

⁵⁰ Hace referencia a la ley del 21 de junio de 1859, que reglamentan los juicios del Tribunal Superior. *Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires de 1859*, Buenos Aires, Imprenta de Mayo, 1859, p. 67.

Estas causas que existen en nuestro país y que se alejan, no solamente del grado moral, sino del grado político que debe tener, hacen indispensable que alguna de sus autoridades sea depositaria y ejerza un poder tan sagrado⁵¹.

Dadas estas circunstancias, el artículo era altamente moral y necesario para suavizar la legislación penal. No debían ser “tan avaros de un derecho tan precioso, tan natural, tan oportuno y tan inminentemente político”. Según él, en la redacción del artículo, se tomaban todas las precauciones posibles contra el exceso.

Aceptado finalmente el derecho de gracias, el problema fundamental residía en quién debía ejercerlo, dependiendo su definición del modelo de Estado que se estaba gestando. Por ello, Navarro Viola a pesar de estar en contra de su aplicación, dejó sentado que era inadmisibles dejar a la discreción de un solo hombre lo que en las mismas monarquías no descansa en el monarca como Poder Ejecutivo, y no como monarca, es decir, como la suma de todos los Poderes públicos que representa.

Para la Comisión, el derecho de gracia era conviene dárselo a un poder unipersonal, aun cuando ese poder, llamado gobernador, no poseyese aquellos conocimientos especiales de la ciencia jurídica, porque eran los jueces quienes se pronunciaban según la ley. El gobernador no lo haría con arreglo a la ley ni con arreglo a los principios jurídicos, sino atendiendo a otras circunstancias, como por ejemplo, ciertas condiciones extraordinarias, que podían apreciar mejor que ningún otro. El derecho de perdonar venía del soberano y las condenas variaban según fuera el condenado un desvalido o tuviera recursos para recurrir a un buen defensor. En Estados Unidos esta facultad se acordaba al poder ejecutivo y se concedía no sólo para penas aflictivas sino hasta en los casos de multa.

En cuanto a qué se debía perdonar y a quiénes, Estrada hacía referencia a que esta facultad “podía ser aplicada en circunstancias especiales y salvar a todos aquellos que están frente del pueblo, del pueblo conmovido por disensiones internas, o bajo la situación social que produce el

⁵¹ *DCC*, p. 1022.

delito”. Para Irigoyen el derecho de gracia debía sostenerse más aun en causas políticas, que eran grandes crímenes contra el orden público pero no contra la sociedad, que sólo requería la garantía de la plena libertad. Respaldo su discurso con ejemplos de hombres que fueron juzgados en su momento por actuar en revoluciones y después llegaron a ser grandes hombres.

El artículo fue aprobado y la ley reglamentando la conmutación de las penas fue sancionada el 16 de octubre de 1877.

CONCLUSIÓN

En la segunda mitad del XIX la aceptación de la división de poderes, la separación de la moral y de la religión del derecho y el absolutismo de la ley, respondían a un proyecto donde lo justo estaba siendo definido por la legislación y la administración de justicia buscaba concebirse como poder independiente. En este contexto, la facultad de perdonar, heredada de la monarquía hispana como atribución del rey, pasó al pueblo, soberano en el sistema democrático, que lo delegó en sus representantes. Pero se generó entonces un conflicto entre la necesidad de modernizar el sistema penal, la abolición de la pena de muerte y la relación entre los poderes del Estado.

Desde la mirada de Carlos Keen, la sociedad ignoraba la naturaleza de los tres poderes en que estaba dividido el Gobierno que se habían dado y de los cambios que había sufrido la doctrina de separación de poderes en la provincia de Buenos Aires, aceptando la noción de controles positivos sobre el ejercicio del poder. Cada rama recibía la potestad de ejercer un cierto grado de poder directo sobre las otras dos, autorizándolas a desempeñar un papel limitado en el ejercicio de las funciones de las demás y el poder judicial era independiente. He aquí la tensión que se traslucía en los debates convencionales, buscando dar la facultad del perdón sin invadir la independencia del poder judicial. Para esto quedaban dos opciones: o se confiaba en el poder de la ley, dejando —como decía Beccaria— la clemencia a una legislación perfecta, o se conservaba la facultad de perdonar en manos del Ejecutivo, con limitaciones establecidas por la ley.

La decisión se hacía más conflictiva porque en estos años el perdón estaba identificado directamente con la pena de muerte, que no podía ser abolida. El Estado provincial en formación se mostraba incapaz de construir cárceles dignas y seguras, que a un mismo tiempo sirvieran a la recuperación del reo, sin dañar los derechos esenciales y fundamentales de la sociedad. Estrada sintetizó el dilema ante la Convención: o el texto constitucional abolía la pena de muerte, respetando la razón humana y el sentimiento público de la provincia de Buenos Aires, en nombre de las ideas y del espíritu moderno, o se moderaba la pena interponiendo entre el cadalso y la sociedad un poder protector para el criminal. La facultad de perdonar se conservó en manos del gobernador, más allá de la abolición de la pena de muerte, adoptando las características propias de la atribución constitucional de conmutar penas. Perdón, pena de muerte y poderes se entrelazaban ante la disyuntiva más profunda de disponer de la vida de un reo o mantener el orden social.

Lo dificultoso de la elección se hace también visible en el seguimiento de este tema que nos ha permitido observar cómo, a la hora de debatir, los límites entre las agrupaciones políticas eran débiles, generándose pases entre dirigentes y alianzas entre ambos grupos, e incluso el desprendimiento de los republicanos. Puede verse esto con toda claridad en las encarnizadas discusiones entre Navarro Viola y Estrada, amigos y compañeros de lucha, que junto a Pedro Goyena y Tristán Achával Rodríguez expresaron la prédica organizada de los católicos argentinos en el terreno político. Por encima del discurso de los movimientos nacionalista y autonomista, se imponía las convicciones que cada político tenía con respecto a un tema, y así lo expresaban en los debates, en la prensa o en cualquier espacio de la arena política.