

EL DERECHO PENAL EN TIEMPO DE ROSAS (*)
UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA OBRA
DE ESTEBAN ECHEVERRÍA
JUAN IGNACIO CARMONA
CLAUDIO ENRIQUE FERNÁNDEZ

EL INFANTE. - [...]Otra cosa aguardaban mis méritos y mis esperanzas! "Quien me elija, alcanzará lo que merece." ¿Y no merezco más? [...]
PORCIA. - El juicio no es ofensa: son dos actos distintos.

WILLIAM SHAKESPEARE
EL MERCADER DE VENECIA

Este trabajo pretende ser un ensayo sobre la libertad. Ahora bien, por tratarse de un concepto abstracto, debemos referirnos a un marco histórico determinado, de manera tal que el contexto político, social, económico y cultural permita materializarlo en una realidad concreta. Dicha realidad tuvo lugar en la República Argentina durante el período transcurrido entre 1829 y 1852.

Se dice comúnmente que la historia la escriben los triunfadores, pero del relato de nuestros sucesos pasados sólo se observan perdedores, pues si bien hubo algunos avances institucionales, éstos fueron la excepción que confirma la regla de la ausencia de tan necesaria actualización en materia institucional.

La exposición de la manifestación de dicha actividad, es decir, de la relación de nuestros acontecimientos públicos y políticos, demuestra que todos fuimos derrotados.

(*) Trabajo presentado en la clase de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, cátedra Dr. Hendler, Adjunto Tedesco, primer cuatrimestre, 1999.

Están quienes reprochan lo hecho y quienes lo justifican, es por eso que nos proponemos ser objetivos al asegurar que lo importante es el cuento y no quien lo cuenta.

Por ello es que decidimos analizar la sociedad en tiempo de Rosas a partir de la narración de Echeverría en su obra *El Matadero*.

Es en la figura del Juez que tiene lugar el representante “legal” del gobierno en el matadero: “personaje importante, caudillo de los carniceros y que ejerce la suma del poder público en aquella pequeña república, por delegación del Restaurador” (1), con una actuación fría, calculada, supuestamente conciliadora. Es quien legaliza la barbarie.

El imputado identificado como tal, no a través de un proceso de verificación e investigación de los hechos o actos que haya cometido sino por sus características físicas que se supone responden a una tipología de delincuente (patillas en forma de U, correspondiente a los unitarios), no es sujeto de derecho, sino un mero objeto de investigación, es decir, que no goza de derechos de ningún tipo ya que no puede defenderse en el campo procesal porque no cuenta con ninguna protección legal.

A través de los hechos expuestos en el relato objeto de análisis, se aprecia con claridad que el juez establece los mecanismos tendientes a obtener la verdad en forma discrecional sin tener que atenerse a figuras legales preestablecidas, asimismo se observa exactamente lo mismo con relación a la aplicación de la pena.

También advertimos en el evento objeto de estudio, la prueba de la aplicación del sistema de enjuiciamiento inquisitivo ya que uno de sus aspectos tiene que ver con la persecución pública de los delitos, situación que se ve claramente y surge del relato debido a que la aprehensión del imputado fue realizada por orden del juez.

Asimismo, el autor del Dogma Socialista reconoce en *El Matadero* que la sociedad argentina se encuentra dividida en dos partidos, siendo mayoría el federal, que favorecía las autonomías provinciales e identificándose con los caudillos (rosistas), mientras que el unitario conformaría la minoría, seguidores de la tendencia política que se manifiesta a favor de un gobierno centralizado e influen-

(1) Echeverría, Esteban; *La cautiva y El Matadero*. Buenos Aires, Ediciones Colihue, p. 131.

ciados por las ideas europeas contemporáneas (antirrosistas); que el primero se apoya en las masas populares, por su parte, el segundo no tiene bases locales de criterio socialista, y es algo antipático por sus arranques soberbios de exclusivismo y supremacía. Entre uno y otro se criaba la llamada Juventud Argentina. Claro está que los términos precedentes no se corresponden con la realidad de una manera absoluta.

Rosas tomaría en sus manos la causa nacional de la federación cancelando “las libertades públicas e individuales identificando la voluntad de Rosas con el destino nacional...” (2), sin embargo, en su fuero interno, sería unitario por convencimiento y métodos adoptados. Su temperamento hizo que gobernase con un sentido personal, patrimonial.

El ejercicio de su poder no tenía límite, pues el opositor era instantáneamente, por ese solo hecho, un enemigo, y servía para enardecer; su uso de las omnímodas “Facultades Extraordinarias”, sin control de nadie, se descendía a cada instante en la escala del gobierno regular y orgánico hasta llegar al paroxismo del poder personal, es decir, que se identificaban así la causa pública y la pasión íntima.

En el período transcurrido entre 1829 y 1832, Juan Manuel de Rosas gobernaría con facultades excepcionales otorgadas por la Legislatura al Poder Ejecutivo durante la guerra civil promovida por Lavalle, por ley del 6 de diciembre de 1829. Este régimen es consecuencia de la deslegitimación de las instituciones políticas provocada por una severa crisis.

Al concluir su período la Legislatura porteña no quiso renovar las facultades extraordinarias de Rosas y éste renunció.

En la etapa que sucede de 1835 a 1852, la dictadura de Rosas se explica porque llegó después del agotamiento de la política ilustrada de los unitarios y junto con los aires renovadores de la restauración europea; resultado de los agitados días de incertidumbre e inseguridad que vivió la provincia de Buenos Aires en los años 1833 y 1834, y que amagó a extenderse a otras provincias.

Por la ley del 7 de marzo de 1835 se le confiere la Suma del Poder Público por 5 años; esta ley fue plebiscitada en los días 26 a

(2) Romero, José Luis, *Breve Historia de la Argentina (1965)*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 80.

28 del mismo mes y obtuvo 9320 votos (la casi unanimidad de los sufragantes). La Legislatura declara en 1840 (vencido los 5 años) y 1845, que continua en vigor la ley de 1835.

En marzo de 1850 es reelecto gobernador con las mismas “Facultades Extraordinarias”.

La concentración del poder parecería ser el precio a pagar para obtener la seguridad social, poniendo fin al período de conmoción. Esta concepción coincide con la sostenida por Hobbes (1588-1679) que concebía al Estado como un producto del miedo generado por el “estado natural de guerra de todos contra todos”; donde el poder concentrado significaba la pérdida del poder anárquico (3). Thomas Hobbes al referirse a la distinción entre el dominio de los derechos de los soberanos por institución y el dominio paternal (4), sostiene que el segundo difiere del primero, en que los hombres que escogen su soberano lo hacen por temor mutuo, y no por temor a aquel a quien instituyen (5). “Porque han de saber los lectores que en aquel tiempo la Federación estaba en todas partes, hasta entre las inmundicias del Matadero, y no había fiesta sin Restaurador como no hay sermón sin San Agustín...” (6).

Su gobierno de “fuerza” fue creciendo por etapas (tal como ocurre en los casos de despotismo) al ritmo del aumento de la potestad judicial del Poder Ejecutivo. Al decir de Cháneton: “El avasallamiento del poder judicial fue paulatina y metódicamente consumado: unas veces por acuerdos de gobierno, y otras por actos de prepotencia sin ambages” (7).

La independencia de los Poderes Políticos es una de las bases primordiales del sistema representativo republicano, por lo que

(3) Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Manual de Derecho Penal*, Parte general, Buenos Aires, EDIAR, 5ª edición, 1986, p. 208.

(4) Hobbes, Thomas; *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Parte II, Del Estado, Capítulo XX: “Del Dominio Paternal y del Despótico”*. México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2ª edición en español, 1980, p. 162.

(5) Debemos recordar lo mencionado anteriormente respecto a que la deslegitimación de las instituciones políticas era la fundamentación del régimen de gobierno rosista.

(6) Echeverría, Esteban; *El Matadero*, p. 129

(7) Cháneton, Abel; *Historia de Vélez Sársfield*, t. I. Buenos Aires, Biblioteca de la Sociedad de Historia Argentina, 1937, p. 144.

reunir el ejercicio de ellos en un solo individuo o poder es lo que constituye el despotismo.

Rosas desempeñó los tres poderes del Estado, pues si bien los legisladores y magistrados continuaron en sus funciones existía una sumisión completa, salvo excepciones, a su autoridad.

La Junta se ocupaba únicamente de los proyectos que Rosas le sometía. En varias oportunidades el propio gobernador se abocó al conocimiento de causas judiciales, hizo cambiar el régimen procesal o quitó los autos a los jueces competentes. En el conglomerado funcional se hablaba del gobernador como si él fuera la suma y epicentro de todo el mundo institucional.

Las resoluciones tendrían entonces carácter normativo, puesto que toda la densidad doctrinaria y jurídica son “Leyes”.

Parecería, entonces, que el alcance de la política criminal no tuviese límites, dado que el hecho de subordinar los principios de igualdad y libertad al de autoridad es una de sus fundamentales características. Sin embargo, como tan acertadamente indica Binder, ésta no es absolutamente ilimitada, pues aunque sean meramente formales, se establecen límites que permitan sostener la credibilidad del modelo (8).

La concepción del orden rosista suponía el imperio de la ley, tal como se aprecia en el discurso público de su régimen, así el gobernador era llamado el “Restaurador de las Leyes”; pero lo que se restauraba era la obediencia a las mismas, su implementación, y no las leyes propiamente dichas, es decir, su naturaleza.

Es claro que, más allá de su doble discurso, se quería establecer un modo correccional del delito que subyace en el fin de la pena, preventivo general (9) (Feuerbach) (10), dirigida en la influencia que de ella derive hacia la comunidad. Que se manifiesta en dos aspectos: el primero, negativo, describe el concepto de la intimidación

(8) Binder, Alberto M.; *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 33.

(9) Roxin, Claus; *Derecho Penal. Parte general*. t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* Cap. 3: *Fin y justificación de las medidas de seguridad*. Roxin apoya la concepción de Feuerbach sobre el sentido de la prevención general, p. 89.

(10) Feuerbach, Paul Johan Anselm (1775-1833), considerado como el fundador de la moderna ciencia del Derecho penal alemán.

ción de otros que potencialmente corren el peligro de cometer delitos semejantes, y cuya crítica es la no limitación de las penas con respecto a la culpabilidad, pues, la idea de que las penas más altas y más duras tengan un mayor efecto intimidatorio ha sido históricamente (como la pena de muerte para los robos o heridas aunque fueran leves) la razón más frecuente de las penas “sin medida”.

En cuanto al segundo aspecto, el positivo, con el que se busca la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico, esto es, demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo. De tal manera que se logra así legitimar el poder de mando, encubriendo un modelo autoritario, a través del consenso social. La coerción sería simultáneamente el producto y el productor de este último.

La identificación del orden con el imperio de las leyes no coincidía con una concepción articulada en torno a la noción de derechos individuales imprescriptibles, puesto que su imposición en la sociedad se lograría principalmente por medios coercitivos.

En resumen, el derecho de Rosas de ejercer coerción se apoyaría sobre un consenso previo del pueblo mientras que el imperio de la ley provendría del accionar coercitivo del poder rosista.

Se trata, entonces, de una concepción que recepta al derecho como un medio que posibilita el accionar estatal, en lugar de concebirlo como la libertad de los individuos que restrinja el poder de su autoridad.

Las leyes sólo podían ser consideradas válidas si gozaban de un consenso social previo, sin embargo, este último no podía ser el fruto de una reunión de voluntades individuales, así es que se invocaba a la situación política y social anterior al advenimiento del rosismo para justificar la recepción de las facultades extraordinarias (11).

La federación formaba parte de la propia nacionalidad, de la esencia y ser del país, ya no sólo pertenecía a un partido político sino al sistema nacional.

En poder de las Facultades Extraordinarias inicia una cruzada implacable contra los unitarios, de persecución y exterminio, a

(11) Myers, Jorge; *Orden y Virtud. El discurso republicano en el régimen rosista*. Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 1995, pp. 76/77.

quienes sindica como una logia de criminales y asesinos. Se puso así, en movimiento el engranaje gubernamental, utilizando a los funcionarios centralizados al gobierno (Jueces de Paz, Comisarios de Policía, Comandantes Militares), así como el sistema de filiaciones y clasificaciones en la individualización y reconocimiento de las personas, adoptando distintivos y lemas para la federación y contra los “salvajes unitarios”.

El 3 de febrero de 1832 tuvo lugar la realización del decreto que ordena el uso del distintivo denominado cinta punzó colocado visiblemente en el lado izquierdo sobre el pecho, divisa que identifica a los “Defensores de las Leyes” (innecesario debido a la concreción en toda la república de la causa). Es con este espíritu que el Gobierno decretó su uso para todos los empleados civiles y militares, los seculares y eclesiásticos que por cualquier título gocen de sueldo, pensión o asignación del tesoro público; todos los que aun cuando no reciban sueldo del Estado se consideren como empleados públicos, bien por la naturaleza de su ejercicio o profesión, bien por haber obtenido nombramiento del Gobierno. Llevarán en la divisa la inscripción FEDERACION O MUERTE los empleados militares, mientras que todos los restantes llevarán la inscripción FEDERACION. Otra particularidad puede notarse con la prensa a través de un decreto de febrero de 1832 que disponía: “nadie podrá establecer imprenta [...] sin expreso permiso del gobernador” (12), restringiendo de esta forma “el derecho de publicar de palabra o por escrito sus opiniones” (13) al ser éste un atributo inherente al de la libertad individual.

El día 27 de mayo de 1835 se produjo el acuerdo mandando cargar dicho distintivo a los preceptores y demás empleados de escuelas, propendiendo a que los discípulos lo hiciesen, persuadidos de que los ciudadanos deben ser educados según las miras políticas que el Gobierno se proponga en beneficios del Estado (14).

Este distintivo federal, al igual que los colores nacionales constituían una señal de fidelidad a la causa del orden, y de paz y unión entre sus hijos bajo el sistema federal, para afianzar así los princi-

(12) Myers, Jorge; *op. cit.*, p. 133; fuente: *Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires*, t. 2, vol. 1832, Bs. As, 1874.

(13) Echeverría, Esteban; *Dogma Socialista. Crítica y documentada. Prólogo de Alberto Palcos*. La Plata (República Argentina), Biblioteca de autores nacionales y extranjeros, volumen II, 1940, pp. 165-166.

(14) Myers, Jorge; *op. cit.*, pp. 128/129.

pios y poder sostenerlos en adelante con tanto empeño como la misma independencia nacional. Situación que permitiría un mayor control de los individuos, en una suerte de panóptico social (15), en donde la vigilancia se apoyaría en los mismos integrantes de la sociedad.

Las cuatro o cinco generaciones que se han sucedido desde entonces han sido educadas, por la tradición oral transmitida en los hogares y por la enseñanza escolar, en el santo horror de aquel sistema de gobierno y de sus métodos siniestros.

Por un Aviso Oficial de la Policía, del 10 de noviembre de 1837, se trató de reprimir la acción de los malvivientes en pulperías o cualquier otro sitio: "... a todo individuo a quien se le oyere por las calles, pulperías o en cualquier otra parte, hablar o proferir alguna palabra o palabras obscenas, o descortesas: los jóvenes o muchachos serán destinados a tambores y trompas en los cuerpos de línea [...] a fin de que sean corregidos en un vicio tan perjudicial a la sociedad..." (16).

En esta perspectiva puede equipararse con el positivismo criminológico peligrosista y esa idea de persecución ideológica que se funda en el consenso alrededor de los valores e intereses asumidos como generales; significa proponer a la sociedad como un bien y a la desviación criminal como un mal y por lo tanto a la política criminal como legítima y necesaria reacción de la sociedad para la tutela y afirmación de los valores sobre los que se funda el consenso de la mayoría.

Dicha desviación criminal tiene fundamento en un atributo de peligrosidad dado por un tipo de hombre determinado, esto significa que el individuo debe ser considerado por la sociedad al nivel de sus virtualidades y no de sus actos; no al nivel de las infracciones efectivas a una ley también efectiva sino de las virtualidades de comportamiento que ellas representan. Así deviniendo en un derecho penal de autor (17), en contraposición con el de acto.

Un hecho que ilustra lo dicho es la discusión, ruidosa por cierto, del artículo 7º del Tratado del Litoral celebrado el día 4 de enero

(15) Bentham, Jeremías; *Panóptico*. Puebla, México, Premià, 1989, pp. 71, 79/80.

(16) Díaz, Benito; *Rosas, Buenos Aires y la organización nacional*. Buenos Aires, El Coloquio, colección nº 2, 1974, p. 232.

(17) Zaffaroni, Eugenio Raúl; *op. cit.*, p. 72.

de 1831 entre las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos (invitando, por artículo adicional, a Corrientes a adherirse), acontecimiento que tiene íntima conexión con las garantías procesales. Según dicho artículo los gobiernos de aquellas provincias se comprometían a no dar asilo a ningún criminal que se acogiese a una de ellas, huyendo de las otras, por delito, cualesquiera que sea, y ponerlo a disposición del Gobierno respectivo que lo reclamase como tal. Esta medida permitiría perseguir a los simples enemigos políticos, aunque no hubieran cometido crimen alguno, por lo que representa un arma terrible (18). A finales de 1832 eran pocas las personalidades que se atrevían a cuestionar la autoridad del Poder Ejecutivo.

Podemos agregar en cuanto a los límites de intervención del Estado, que por lo visto, nos referimos a un modelo perfeccionista (19) que no puede permanecer neutral respecto de concepciones de lo bueno en la vida y debe adoptar las medidas educativas, punitivas, etc., que sean necesarias para que los individuos ajusten su vida a los verdaderos ideales de virtud y del bien. Esto es justamente una contradicción en cuanto a lo que es bueno ya que: el derecho es moral, precisamente porque es la posibilidad de lo inmoral (Radbruch) (20).

El perfeccionismo, como base en el Estado con relación a la intervención, deriva en un modelo de derecho y de proceso penal llamado inquisitivo o antigarantista (21). Según el primer aspecto, definición normativa, sustancialista, el objeto de conocimiento y de tratamiento penal no es tanto ni sólo el delito en cuanto formalmente previsto como tal por la ley, sino la desviación criminal en cuanto en sí misma inmoral o antisocial, y más allá de ella, la persona del delincuente, de cuya maldad o antisocialidad el delito es visto como una manifestación contingente, suficiente pero no siempre necesaria para justificar el castigo.

(18) El 27 de enero de 1831, en la sesión siguiente —luego de cuatro anteriores— se consiguió la mayoría y el artículo quedó ratificado.

(19) Nino, Carlos S.; *Ética y Derechos Humanos*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989; pp. 413-420.

(20) Cavallero, Ricardo J.; *¿El principio de respeto a la autonomía ética del art. 19 constitucional recorta el poder punitivo estatal en relación a la tenencia de estupefacientes para uso personal?* en *Justicia Criminal. Debates en la Corte Suprema*, 2ª ed., Buenos Aires, Universidad, 1997, p. 65.

(21) Ferrajoli, Luigi; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995. Cap. 1 (a. 1), pp. 41/42.

Por otro lado, las medidas de defensa social —de las medidas de prevención a las de seguridad, hasta las medidas cautelares de policía—, son todas irrogables a los supuestos variadamente subjetivos, como la mera sospecha de haber cometido delitos o, peor, la peligrosidad social del sujeto legalmente presumida conforme a condiciones personales o de status. Perseguir no tanto por lo que se ha hecho sino, sobre todo, por lo que se es.

Existe una confusión entre derecho y moral (idea propia de un Estado perfeccionista) o entre derecho y naturaleza, permitiendo discriminaciones subjetivas e invasiones incontroladas en la esfera de la libertad de los ciudadanos, de este modo, lo que se fundamenta es la relevancia penal que en el modelo sustancialista es directamente cualquier pretendida verdad y no ya la sola autoridad de la ley.

En cuanto a las prácticas procesales, segundo aspecto, es distinguible el decisionismo procesal (22), que es el efecto de la falta de anclajes empíricos precisos y de la consiguiente subjetividad de los presupuestos de la sanción en las aproximaciones sustancialistas y en las técnicas conexas de prevención y de defensa social. Subjetividad que se manifiesta, por un lado, en el carácter subjetivo del tema procesal, consistente más que en hechos determinados en condiciones o cualidades personales, como la pertenencia del reo a “tipos normativos de autor” o su congénita naturaleza criminal o peligrosidad social; por el otro, en el carácter subjetivo del juicio, que, en ausencia de referencias fácticas exactamente determinadas, resulta basado en valoraciones, diagnósticos o sospechas subjetivas antes que en pruebas de hecho, degradando así, la verdad procesal de verdad empírica, pública e intersubjetivamente controlable, a convencimiento íntimamente subjetivo y, por tanto, irrefutable del juzgador (23).

A la atenuación de la estricta legalidad (que se verá posteriormente) se une la de la estricta jurisdiccionalidad, esto es, una acentuación, hasta los límites de arbitrariedad, del poder de etiquetamiento y de la inquisición del juez, que viene a configurarse según la ocasión como confesor, psicoanalista o terapeuta social, en todos los casos desvinculado de criterios rígidos y ciertos de calificación penal. De esta manera, se llega a un tipo de verdad sustancial o material, es decir, una verdad absoluta y omnicomprensiva en orden a las personas investigadas, carente de límites y de confines

(22) Ferrajoli, Luigi; op. cit., pp. 42-43.

(23) La Ley del 6/12/38: obliga a fundar la sentencia.

legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales.

La existencia de las facultades extraordinarias no implicaba la desaparición de los instrumentos habituales de la judicatura, representaba sí, una función judicial ejercida con timidez, con cargos amovibles, cuya permanencia en los puestos dependía de la simpatía del gobernante. La jurisdicción de los magistrados era cercenada a diario, declarándose que los delitos debían juzgarse a estilo militar, para eludir las fórmulas pausadas del procedimiento corriente. Es así como surgen, bajo los más variados nombres, los denominados “Tribunales Especiales”; y los funcionarios observaban, sin garantías para protestar, cómo el Poder Ejecutivo se erigía en dispensador de la justicia, dictando fallos o notificando los que le elevaban, por la vía de “consulta”, los órganos adventicios. Es ejemplificador el hecho de que un gobernante daba órdenes directas a los Jueces de Paz de Campaña, que obraban cual sumisos empleados administrativos, encargándoles decretar arrestos, trabar embargos, practicar secuestros, “[...] su seguridad, su vida y sus bienes, están a merced del capricho de un mandatario” (24).

Medidas como impartir órdenes directas de “embargo”, “confiscación” y “desembargo” (por solicitud directa), a cargo del Gobernador eran la antítesis de un poder judicial orgánico.

Una de las características del poder monárquico absoluto era la no necesidad de dar explicaciones a los súbditos sobre cualquier acto de autoridad que se efectuase, así las decisiones judiciales, al emanar por delegación o mandato de la autoridad del poder soberano, personal e indiscutible, tampoco requería de mayores fundamentos. Fundar una sentencia es razonarla, y el arte suasorio no ha sido nunca grato al poder absoluto. Además, esto representaría una garantía contra lo arbitrario.

La monarquía española tenía prohibido fundar las sentencias por temor a las “cavilaciones” de los litigantes, y éstas no eran otra cosa que la crítica, que hubiera sido perfectamente legítima, de los fundamentos.

La concepción absolutista del autoritarismo real sostenía que de la discusión de las ideas se tiende a pasar al análisis de la persona del Magistrado, y discutida la autoridad, ésta queda desme-

(24) Echeverría, Esteban; *El Dogma Socialista...*, p. 166.

drada (25). Es en función de esto que el primer aliento del régimen republicano argentino ha sido exigir que los pronunciamientos judiciales estuviesen fundados en ley, comenzando por la materia penal.

No obstante lo dicho, el 6 de diciembre de 1838, se ordenó por ley fundar ampliamente las sentencias que dictaba el Tribunal Superior de Recursos Extraordinarios, lo cual produjo un progreso innegable del organismo jurisdiccional, al igual que el comienzo de la publicidad de los fallos. Pero tales sentencias sólo tenían fuerza ejecutiva mediante un “Cúmplase” del Gobernador, lo que importaba negar que existiese una potestad judicial autónoma.

Las garantías procesales no contaron con un progreso venido por vía de reforma jurídica procesal, sino netamente de carácter político, nacidas como consecuencia de la estructura de las nuevas instituciones libres.

El Decreto de Seguridad Individual del 23 de noviembre de 1811, facilita un punto de origen al establecer: “Nadie puede ser penado sin sentencia legal”; en la Constitución de 1819 en su art. 118 decía “ningún habitante del Estado puede ser penado, ni confinado, sin que preceda forma de proceso y sentencia legal”; la Constitución de 1826 en su art. 159 decía “todos los habitantes del Estado deben ser protegidos en el goce de su vida, reputación, libertad, seguridad propiedad. Nadie puede ser privado de ellos sino conforme a las leyes” y según el art. 171 tampoco “[...] puede ser penado, ni confinado, sin que preceda juicio y sentencia legal”; fue en época de Rosas que se obligó a fundar las sentencias. Pero esta garantía se concreta a lo penal, ya que no se establece explícitamente para todas las jurisdicciones. Esta última modalidad ha de influir en todos los ulteriores ensayos constitucionales, e incluso en la Constitución de 1853. “No hay libertad [...] donde sin haber violado la ley sin juicio previo ni forma de proceso alguno, puede ser encarcelado o privado del uso de sus facultades físicas o intelectuales” (26).

Ni el “Reglamento para la Administración de Justicia de las Provincias Unidas del Río de la Plata” (sancionado por el Triunvirato el 23 de enero de 1812, donde en una importante ley se suprime la “Real Audiencia” y se crea la “Cámara de Apelación”), ni el “Regla-

(25) Méndez Calzada, Luis; *La función judicial en las primeras épocas de la independencia (estudio sobre la formación evolutiva del Poder judicial Argentino)*. Buenos Aires, Losada, 1994, p. 427.

(26) Echeverría, Esteban; *El Dogma Socialista...*, p. 166.

mento para la Administración de Justicia” (dictado el 6 de septiembre por la Asamblea del año 13, que dejó en gran parte subsistentes los principios establecidos por el Triunvirato), que tenían en vista el propósito especial de organizar el Poder Judicial consignaron la obligación de que todo fallo, cualquiera que fuese su naturaleza, civil o penal, debiese ser fundado.

Sin embargo, la fórmula general (fallos de toda índole) la encontramos por primera vez en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1854. Cabe recordar que el período de gobierno de Rosas finalizó en 1852.

La intención legislativa era establecer garantías para los casos “penales”. No puede haber duda del espíritu de los redactores del cuerpo legal, ante lo intergiversable de las palabras: “[...] toda sentencia en causa criminal [...] ha de ser pronunciada por el texto expreso de la ley” (27).

Dichas garantías anteriormente expuestas son claramente vulneradas en la crónica descrita por Echeverría en *El Matadero*, en cuanto a la inexistencia de un juicio previo al castigo recibido. Otro caso fue el de José María Paz, quien en los momentos de su máximo poder, fue llevado a prisión por el término de ocho años, sin proceso, ni leyes que lo justificaran, salvo los caprichos del mandamás o del Restaurador de las leyes, como le gustaba que lo llamaran a Rosas; igualmente hallamos el caso de Monteros que fue llamado por Rosas sin sospechar que fuese conocida su connivencia en la conspiración desviada, Rosas lo recibió y lo mandó a fusilar sin darle tiempo para cosa alguna.

El 31 de octubre de 1840, Rosas, invocando en un decreto la necesidad de garantizar el orden y la tranquilidad de los ciudadanos, restableció un decreto de abril de 1812: las causas (penales) se substanciarán sumariamente y en el menor término posible, procediendo en este estado a juzgar, sentenciar y ejecutar sin demora, y de un modo que sea capaz de contener y escarmentar a los facinerosos, y agregó más tarde que no se diera al reo más audiencia que la de formarle culpa y cargo en su confesión, y que la sentencia fuera ejecutada inmediatamente; y Rosas agregó la pena de muerte contra todo autor de robos o heridas aunque fueran leves.

La época y la educación debían consentir este aspecto de la justicia represiva, esa indiferencia por la vida y por el peligro de

(27) Méndez Calzada, Luis; *op. cit.*, p. 429.

condenar a un inocente. “El caso es reducir al hombre a una máquina cuyo móvil principal no sea su voluntad sino la de la iglesia y el gobierno” (28).

El remedio ante la conmoción residía en demostrar el carácter inevitable del castigo, y en ejercer su aplicación con toda celeridad; se trataría de la necesidad de acelerar el curso de los juicios criminales ante la indulgencia e impunidad.

El mismo Gobernador Rosas, el día de hacerse cargo del mando expresó en una Proclama su exigencia de “un poder sin límites”, que a pesar de toda su odiosidad lo ha considerado necesario. “El remedio de los males (la impiedad, el desorden) no puede sujetarse a formas...”. La sanción debía ser [...] “pronta y expedita” (29).

Esta es la característica fundamental del enjuiciamiento inquisitivo (30), se trata de la concentración del poder procesal en una única mano: perseguir y decidir.

La administración de justicia se organiza, así, jerárquicamente, por delegación de la atribución de juzgar en funcionarios de mayor y menor jerarquía, y a la inversa, regresa (efecto devolutivo) hacia el gobernador de la misma manera, cuando se torna necesario revisar los fallos de los funcionarios inferiores (recurso de apelación restablecido por Rosas).

El acusado representa un objeto de persecución, en lugar de un sujeto de derechos, de allí que era obligado a incriminarse él mismo, mediante métodos crueles para quebrar su voluntad y obtener su confesión (averiguación de la verdad histórica). “La sala de la casilla tenía en su centro una grande y fornida mesa [...] para dar lugar a las ejecuciones y torturas de los sayones federales del matadero” (31).

El papel de la defensa resulta irrelevante o se considera un obstáculo para la buena marcha del juicio; el objeto privilegiado del proceso no es el hecho-delito sino la personalidad criminal del reo.

(28) Echeverría, Esteban; *El Matadero...*, p. 129.

(29) Méndez Calzada, Luis; *op. cit.*, p. 386.

(30) Maier, Julio B. J.; *Derecho procesal penal*, t. I. *Fundamentos*, 2º ed., Buenos Aires, Del Puerto, 1996; pp. 446-454.

(31) Echeverría, Esteban; *El Matadero...* p. 140.

El procedimiento consistía en una investigación secreta, cuyos resultados constan por escrito (actas), que es el material sobre el cual se dicta el fallo. El secreto responde a la necesidad de una investigación sin debate (característica, aún hoy, conservada en el sistema de enjuiciamiento mixto de Argentina).

Investigación, secreto, escritura, discontinuidad, falta de debate y delegación son, en realidad, caras diferentes de un mismo método para alcanzar fines políticos claramente definidos, y por ello resultan características interdependientes del procedimiento.

El nexo entre sistemas de garantías penales y sistemas de garantías procesales (antigarantista o sustancialista) se manifiesta en la perfecta correspondencia con un modelo procesal sustancialista o de mera jurisdiccionalidad, que puede llamarse decisionista, es decir, el dirigido al descubrimiento de una verdad sustancial y global fundada esencialmente sobre valoraciones (32). Con un criterio predeterminado de lo que es delito y/o de quien sea el reo. Un criterio sustancialista de definición del delito —expresados con fórmulas del tipo “es reo aquel que es enemigo del pueblo” o “es delito cualquier acto hostil contra el estado”— no puede sino fundar en modelos decisionistas de proceso penal orientados a la averiguación de las verdades éticas o políticas que van más allá de la prueba. Ejemplo claro son preguntas tales como “—¿Por qué no llevas luto en el sombrero por la heroína? —¿No sabes que así lo dispuso el Restaurador?” (33).

El carácter valorativo del juicio depende sobre todo del defecto de estricta legalidad (que propone excluir por arbitrarias o discriminatorias, las convenciones penales referidas no a hechos sino directamente a personas) del derecho sustancial, a causa de la cual la actividad instructora no puede ser cognoscitiva sino sólo valorativa del hecho, al no ser re-cognoscitiva sino valorativa en derecho.

Claramente puede apreciarse que se debe a una desvalorización del papel de la ley como criterio exclusivo y exhaustivo de definición de los hechos desviados; esto es, la previsión de figuras de delito indeterminadas, es decir, idóneas para connotar en términos vagos o valorativos modelos globales de desviación —como, por ejemplo, lo es aquí la desobediencia a la autoridad pública, enemigo del pue-

(32) Ferrajoli, Luigi; *op. cit.*, pp. 41-44.

(33) Echeverría, Esteban; *El Matadero...* p. 142.

blo— en vez de denotar unívocamente supuestos típicos criminosos empíricamente determinables.

Del texto que precede se deriva un claro retroceso institucional, consecuencia directa de una gestión macabra. La historia argentina no fue una historia rosa, fue un período histórico de involución, cuyas consecuencias aún repercuten en nuestros días.

Al mismo tiempo, ésta es una de las hojas de esa rama que junto con otras características prácticas tales como tener un líder absoluto, delegados, símbolo propio, distintivos, uniformes, causa única, autocontrol entre sus miembros, forman la estructura de una sociedad cómplice de ese dominio. Y por encima de dichos rasgos existen el orden, la disciplina y el sentimiento de comunidad, creando así, como resultado emergente producto de ese modelo un notorio desequilibrio en que se hallaban algunos individuos para poder disponer realmente de sus derechos en un pie de razonable igualdad y libertad. Esta última sólo consagrada sin límites en la mente de aquellas personas, ya que la culpa era pensar y el delito expresarse. “[...] Qué delito cometí contra vosotros naciendo [...] ¿No nacieron los demás? [...]” (34).

Con respecto a la comunidad y esa ficticia idea de igualdad, someten a la libertad y al principio de reserva, problema que históricamente se ha tratado, en la medida que se prevalece la seguridad como control de la sociedad por sobre la libertad individual. “Quizá llegue el día en que sea prohibido respirar aire libre, pasearse y hasta conversar con un amigo, sin permiso de autoridad competente” (35).

El control social concretado por un gobierno político con respaldo en un poder con base en la generalidad del interés público, no tiene justificación en la razón cuando es en desmedro de las libertades individuales que dicho poder se erige, pues, ante el detrimento de los derechos inalterables no podría hablarse ni de interés ni de público.

Aunque pequemos de repetitivos y poco originales creemos que es valioso insistir y defender principios semejantes al de igualdad, libertad, legalidad, reserva y culpabilidad como bases de una sociedad democrática.

(34) Calderón de la Barca, Pedro; *La vida es sueño*. Monólogo primero de Segismundo. España, Salvat Editores, 1970, p. 20.

(35) Echeverría, Esteban; *El matadero...*, p. 129.

“Por la ley de Dios y de la humanidad todos los hombres son libres” (36).

BIBLIOGRAFIA

— Bidart Campos, Germán J.; *Historia e ideología de la Constitución Argentina*. Buenos Aires, EDIAR, 1969.

— Binder, Alberto M.; *Política Criminal, de la formación a la praxis*. Buenos Aires, 1997.

— Binder, Alberto M.; *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, 1993, Cap. II.

— Calderón de la Barca, Pedro; *La vida es sueño*. Monólogo primero de Segismundo. Navarra, España, Salvat Editores, 1970.

— Cavallero, Ricardo J.; *Justicia Criminal. Debates de la Corte Suprema*. 2^o edición, Buenos Aires, Universidad, 1997.

— Cháneton, Abel; *Historia de Vélez Sársfield*, t. I. Buenos Aires, Biblioteca de la Sociedad de Historia Argentina, 1937.

— Díaz, Benito; *Rosas, Buenos Aires y la organización nacional*. Buenos Aires. El Coloquio, colección ensayos n^o 2, 1974.

— Echeverría, Esteban; *Dogma Socialista. Crítica y documentada. Prólogo de Alberto Palcos*. La Plata (República Argentina), Biblioteca de autores nacionales y extranjeros, volumen II, 1940.

— Echeverría, Esteban; *El Matadero*, en *La cautiva y El Matadero*. Buenos Aires, Ediciones Colihue,

— Ferrajoli, Luigi; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995; Caps. 1, 5, 7, 9.

— Ferrajoli, Luigi; *El derecho penal mínimo*, en *Revista Poder y Control*, N^o 0, 1986.

— Foucault, Michel; *El castigo generalizado*, en *Vigilar y Castigar*, México, Siglo XXI, 1976, Cap. I de la segunda parte (Castigo).

(36) Echeverría, Esteban; *El Dogma Socialista...*, p. 166.

- Foucault, Michel; *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1991.
- Giménez Bonet, A.; *La Constitución de 1826*. Buenos Aires, 1947.
- Hobbes, Thomas; *Leviatan o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2ª edición en español, 1980.
- Levene, Ricardo; *Historia del Derecho Argentino*, ts. VII, VIII, IX, X. Buenos Aires, C. Kraft, 1945 a 1958.
- Maier, Julio B. J.; *Derecho procesal penal*, t. 1: *Fundamentos*, 2º ed., Buenos Aires, del Puerto, 1996.
- Méndez Calzada, Luis; *La función judicial en las primeras épocas de la independencia (estudio sobre la formación evolutiva del Poder judicial Argentino)*. Buenos Aires, Losada, 1994.
- Mill, John Stuart; *Ensayo sobre "La Libertad" (1859)*, Materiales de cultura y divulgación política clásica 5, Partido Revolucionario institucional /CEN.
- Myers, Jorge; *Orden y virtud: el discurso republicano en el régimen rosista*. Universidad Nacional de Quilmes, 1995.
- Nino, Carlos S.; *Ética y Derechos Humanos*, 2º ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.
- Pavarini, Massimo; *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, Primera Parte: Criminología y orden burgués*. México, Siglo XXI, 1993
- Pereira Pinto, Juan Carlos; *Los antecedentes Constitucionales Argentinos. (Historia de la Constitución)*. Buenos Aires, Ed. El Coloquio de Económicas, 1968.
- Rivarola, Rodolfo; *Orígenes y evolución del derecho penal argentino (conferencia leída en el "Centro Jurídico y de Ciencias Sociales")*. Buenos Aires, Revista Jurídica, tomo 4, 1900.
- Roxin; *Derecho Penal. Parte general. T. 1, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997, cap. 3.
- Saravi, Mario Guillermo; *La suma del poder: 1835-1840*. Memorial de la patria, director Félix Luna. Ediciones La Bastilla, 1976.

— Scheverry, Sara María; *Acontecimientos Históricos de la Constitución Nacional*. 1915.

— Tau Anzoátegui, Víctor; *La Codificación en la Argentina (1810-1870) Mentalidad social e ideas jurídicas*. Buenos Aires 1977.

— Tau Anzoátegui, Víctor; *Formación del Estado Federal Argentino (1820-1852). La intervención del gobierno de Buenos Aires en los asuntos nacionales*. Editorial Perrot, 1965.

— Taylor I., Walton P. y Young J.; *La nueva criminología, contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Ed. Amorrortu, noviembre de 1990.

— Vélez Mariconde, Alfredo; *Derecho Procesal Penal*, T. 1, 3º ed., Córdoba, Marcos Lerner, 1982, cap. III.

— Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Manual de Derecho Penal*, Parte general, Buenos Aires, 1987, 5º edición, 1986, Cap. II; Cap. V.

— Zorraquín Becú, Ricardo; *Historia del Derecho Argentino*, tomo II (1810-1960). Editorial Perrot, 1986 1ª edición.