

EL PENSAMIENTO Y LAS REFORMAS CRIMINOLÓGICAS DE GENERAL DON JOSÉ DE SAN MARTÍN DURANTE SU PROTECTORADO EN EL PERÚ

Guido Adrian Palacin¹

Resumen

El presente trabajo hace foco en un área específica del pensamiento del General José de San Martín, que es aquella que concierne a su posición criminológica, puesta en juego durante su protectorado en el Alto Perú. Su reforma penal, inspirada en el pensamiento sostenido por la Ilustración. La transformación de la forma de pensar y aplicar el castigo, aunque sin dejar de lado de alguna manera el espectáculo punitivo, dieron lugar a un nuevo paradigma, abriendo el campo a un derecho penal más humano en la región.

Palabras clave: Iluminismo, San Martín, castigo, reforma penal, Alto Perú.

Reformas de pensamento e criminológicas do general Don José de San Martín durante seu protetorado no Peru

Resumo

Este trabalho se concentra em uma área específica do pensamento do general José de San Martín, que diz respeito à sua posição criminológica durante seu protetorado no Alto Peru. Sua reforma do direito penal inspirou-se no pensamento sustentado pelo Iluminismo. A transformação da forma de pensar e aplicar a pena, embora sem deixar de alguma forma de lado o espetáculo punitivo, deu origem a um novo paradigma, abrindo caminho para um direito penal mais humano na região.

¹ Abogado por la Universidad de Palermo, candidato a Magister en Derecho penal por la Universidad de Buenos Aires.

Palavras-chaves: Iluminismo, San Martín, punição, reforma criminológica, protetorado do Alto Peru

Thought and criminological reforms of General Don José de San Martín during his protectorate in Peru

Abstract

This paper focuses on a specific area of General Jose de San Martin's thought, which concerns his criminological position during his protectorate in Alto Peru. His criminal law reform inspired by the thought sustained by the Enlightenment. The transformation of the way of thinking and applying punishment, although without leaving aside in some way the punitive spectacle, gave rise to a new paradigm, opening the field to a more humane criminal law in the region.

Keywords: Enlightenment, San Martín, punishment, criminological reform, Alto Peru protectorate

Los hombres de todos los gobiernos están sujetos a las mismas pasiones y debilidades, pero, en resumen, el mejor gobierno no es el más liberal, sino aquel que hace la felicidad de los que obedecen.
General José de San Martín

Introducción

La exposición de las ideas políticas del general San Martín no ha sido algo muy frecuente de encontrar entre los estudios históricos. Los historiadores nacionales parecieran haberse enfocado más en el sonido de los cañones de las batallas por nuestra independencia, que en analizar las ideologías que se blandían detrás de escena.

Nos interesa analizar en el presente trabajo un área específica del pensamiento de San Martín: aquella que concierne a su posición criminológica puesta en juego durante su protectorado en el Alto Perú (1821-1822) y cómo se evidencia la influencia que tuvieron en él las ideas

del pensamiento ilustrado. Desde esa perspectiva, las penas dejaron de ser utilizadas como ejemplificadoras ante el público para ser transitadas en privado por el criminal. La cárcel, en lugar de ser un espacio transicional previo a la ejecución, se convirtió en un castigo temporal por sí mismo. Según la corriente de pensamiento iluminista se trata de moderar el uso del *ius puniendi* porque, desde esta mirada, el crimen genera dos males: por un lado, el criminal ha roto el pacto social; por otro, el Estado, a través del castigo, puede aumentar el sufrimiento de un ciudadano.

Tomaremos para nuestro análisis los decretos promulgados en 1822: el del 03 de enero de 1822, donde se declara abolida la pena de la horca (aunque se la seguirá utilizando para exponer los cuerpos después de ser fusilados, en el caso de fallos de traición o sedición), y la reforma carcelaria, por parte de Monteagudo del 22 de marzo de 1822. De todas formas, advertimos que durante el protectorado del General San Martín, si bien se realizaron importantes reformas fuertemente influenciadas por estas corrientes ilustradas que marcan una diferencia con las prácticas anteriores, se continuó utilizando la pena de muerte y el espectáculo punitivo como una herramienta para controlar y apagar posibles focos de rebelión o perturbación al orden público.

El cruce de San Martín con la ilustración

Don José de San Martín nace en Yapeyú, provincia de Corrientes, en el año 1778, en pleno siglo de las luces, o mejor conocido como La Ilustración. Como bien sabemos, La Ilustración fue un movimiento intelectual que tuvo su cuna en el continente europeo, abarcó los siglos XVIII y XIX e inspiró profundos cambios sociales, el más importante: la Revolución Francesa de 1789. Este movimiento implicó una reforma total en lo filosófico, económico y político.

Es de interés rescatar, en nuestra perspectiva, las implicancias en lo político y sus consecuencias a través del accionar de San Martín. En el plano político podemos decir que en esa época y en ese trasfondo nace lo que hoy conocemos como Estado Liberal, el cual define y, podríamos decir, limita su razón de ser a la protección de la vida, la libertad y la

propiedad privada. En cuanto al pensamiento penal, es a partir de esta corriente que se comienzan a pensar, de forma más fuerte, las ideas acerca de los límites del poder punitivo, en contraposición al totalitarismo de las monarquías absolutistas. Es con esta corriente de pensamiento que se cuestiona, diríamos por primera vez, el tormento y la pena de muerte que, poco a poco, dejarán de ser la columna vertebral del sistema punitivo, reemplazándose por la prisión. Siguiendo a Zaffaroni, “Foucault señalará en el siglo pasado la importancia de este cambio, que invirtió el espectáculo penal, pues la ejecución de la pena dejó de ser pública y adquirió publicidad el juicio, a diferencia del inquisitorio, en que el juicio era secreto y la ejecución de la pena era pública.” (2012, p. 65)

La idea implícita en el castigo penal es, por un lado, la idea de una redención. Antes el castigo era ejemplar y, desde esa perspectiva, implicaba la muerte. En la concepción de la redención se trata de pagar por el delito cometido, pero considerando que hay oportunidades para reformarse: el castigo será entonces para encauzar. La prisión para ser reformado. Esto implica un cambio en la concepción de la figura humana a través del principio de igualdad, donde todos somos personas con derechos y el más fundamental es el de la vida. Con el principio de igualdad se busca preservar la vida, garantizarla incluso, para quien cometió un crimen. Pero el criminal debe reparar el daño causado con una pena de encierro o trabajo, buscando así que la persona pueda entender el mal que causó. El castigo cumple una función pedagógica. No se le quita la vida, sí su libertad, dado que el cumplimiento de la pena no es público: se da en condiciones de encierro. El otro cambio, de un juicio secreto a uno público, se basa en la premisa del pueblo soberano. Es frente a este que deben llevarse adelante todos los procesos judiciales y condenatorios, pues se busca contar con su aval; mientras que la aplicación del castigo o condena se hace a puertas cerradas en ámbitos destinados expresamente para ello y sin la presencia del público.

Volviendo a San Martín, es a la edad de 8 años que se traslada junto a su familia a España e inicia sus estudios en el Seminario de los Nobles de Madrid. Esta institución era un colegio de tradición aristocrática que Felipe V, nieto de Luis XIV, había incorporado a España. La llegada del pequeño San Martín se da en el auge de un sistema como el del despotismo Ilustrado, en momentos en que las ideas de la escolástica perdían campo y su pensamiento

era motivo de debates entre absolutistas y antiabsolutistas. La educación que recibió en este contexto estaba influenciada por las ideas ilustradas. Como afirma poéticamente Mitre: “las nuevas ideas de la revolución francesa cundían en España, iluminando las almas con súbitos resplandores” (1950, p. 61). Ejemplos de las nuevas ideas que se instalan con fuerza crítica al despotismo son las de los autores como Charles Louis de Secondat, mejor conocido como Montesquieu, y Cesare Bonesana, también conocido como el Marqués de Beccaria. Sus obras más importantes: *El espíritu de las Leyes*² y *De los delitos y las penas*³, respectivamente. La lectura de esta obra de Montesquieu define una clara posición crítica sobre el despotismo para “mostrar sus vicios, sus excesos y abusos, proponiendo como modelo las instituciones inglesas” (Fayt, 2010, p. 233). Junto a Beccaria, ambos pensadores sostienen y promueven, a través de sus escritos, la moderación de las penas, la abolición del uso de la tortura judicial como método para la indagación de la verdad —práctica muy común en los años de funcionamiento de la inquisición—, así como la proporcionalidad de las penas, al manifestar que las penas deben guardar un vínculo con la magnitud del crimen. Esta corriente de pensamiento proponía, además, la división de poderes, la elección de jueces independientes que no funcionen como delegados del príncipe, y un proceso penal regulado. Fueron estos dos autores, junto con Voltaire, quienes comenzaron el movimiento que daría lugar a la reforma del sistema de enjuiciamiento penal.

Las reformas comenzaron en Francia en 1788, en la antesala de la revolución francesa. A la luz de estas nuevas ideas se hicieron cambios como la abolición de la tortura para obtener confesión o información de cómplices, la motivación para generar una sentencia y un margen de tres votos para constituir mayoría e imponer una pena de muerte. De todas formas, la influencia más fuerte que recibe durante su estadía en España es, lógicamente, del entorno: la impronta del despotismo ilustrado y del liberalismo español. Quienes se oponían al absolutismo Borbón comienzan a tomar contacto con las ideas del contractualismo (nos referimos a los pensadores Locke, Hobbes y Rousseau) y con las de Francisco Suarez, teólogo jesuita quien critica “la teoría del origen divino del poder, proclamando que la potestad suprema la confiere Dios solamente al Pueblo, titular de la soberanía; y que éste la

² Montesquieu, B., *El espíritu de las leyes*, París 1748.

³ Beccaria, Césare, *De los delitos y las penas*, Italia 1774.

delega al monarca mediante un pacto.” (López Rosas, 1978, p. 99) En la base de estas ideas, están los conceptos de república, democracia, voluntad popular, libertad, que aparecen en todas las proclamas y declaraciones de independencia.

San Martín no olvidará la fuerza de la ilustración en la construcción de su pensamiento. "Conocerá Usted —dirá por aquellos años— que sin las luces nada hacemos y sólo acabaremos de arruinarnos (...)" (Lopez Rosas, 1978, p. 99).

El cruce de la ilustración y la política criminal de la época, en Latinoamérica

Podemos rastrear los orígenes del derecho penal peruano en la legislación española que rigió hasta un tiempo después de que el general José de San Martín proclamara la independencia del país. Es por esto que el cuerpo penal es referido a las disposiciones de la corona que eran destinadas para sus colonias en América, además de las de gobernadores o de los virreyes. En la región, después de Las Partidas, que eran normas de mero corte eclesiástico donde, por ejemplo, se castigaba severamente el delito de herejía, surgieron leyes de menor importancia: el Ordenamiento de Alcalá (1348), el Ordenamiento de Montalvo (1483), Las Leyes de Toro (1505), hasta la Nueva Recopilación (1567), con las que

(...) no se logró el objeto perseguido, que era el de introducir orden en las dispersas disposiciones del derecho, tratando de que cobraran vigencia. Después de esta pretendida ordenación, el desorden legislativo se mantiene en gran medida, sin que la Novísima Recopilación (1805) remediara este hecho. Las Leyes de Indias, carecen casi de toda significación desde el punto de vista penal, pues no contienen sino aisladas disposiciones, y su valor como instituciones prácticas es más que dudoso. (Soler, 1987, p. 94)

La nueva recopilación fue publicada en 1567 por encargo del rey Felipe I. El propósito fue, de acuerdo con Fontan Balestra:

(...) poner orden en la dispersa legislación ibérica, no pudiéndose afirmar que ese propósito se haya logrado. Se llega así a la Novísima Recopilación, el 15

de julio de 1805. Realmente ésta, no hace otra cosa que compilar el Derecho existente, amontonando un sinfín de disposiciones de todo orden. A pesar de ello, no se logra una real solución. (Fontan Balestra, 1998, p. 50)

Para Zaffaroni (2014), tanto el proyecto de Manuel de Vidaurre para el Perú, al parecer el primer proyecto de código penal de América latina de 1812, y el de la mayor parte de Latinoamérica, reflejan la influencia heterogénea de textos europeos, además de armarse con la vieja forma de las recopiladas u ordenadas coloniales.

Durante los tiempos de la colonia, la legislación penal fue directamente trasplantada desde España hasta sus dominios del otro lado del océano. El derecho penal se basaba en la actividad legislativa de los Reyes Católicos, sus partidas y tratados, utilizando las mismas instituciones (en particular, la Inquisición). En esta época la aplicación de la pena de muerte era una práctica habitual, y la horca el procedimiento más común de ella. Siguiendo los criterios de la región europea, “el soberano personificaba la ley; por tanto, quien la violaba mediante un comportamiento delictivo no solo perjudicaba a la víctima sino también atentaba contra el monarca.” (Hurtado Pozo, 2016, p. 227). El castigo era la reacción punitiva del monarca o de un funcionario designado por éste, destinada a restaurar la autoridad violada, rechazando el delito, reinstalando el orden. Al ser pública la ejecución de la condena daba un mensaje al resto de la sociedad para evitar futuros desafíos a su autoridad. El encierro, en estos tiempos, era una simple medida preventiva que se utilizaba solo para asegurar la presencia del acusado en el juicio y el cumplimiento de su ejecución, pero no constituía un castigo en sí.

Podemos traer como ejemplo una cita tomada del Diario de Lima sobre la condena dictada por la Real Sala del Crimen, del 7 de enero de 1632. En la misma se ordenaba sobre el delincuente que debía «ser llevado por las calles de esta ciudad y a cortarle la mano derecha, en frente a la casa donde cometió el delito y después a ser ahorcado» (Suardo, 1935, p. 210). El terror tenía que ser resaltado en forma de venganza del soberano “que debía presentarse como insuperable e invencible. Por último tenía que haber una intimidación de cualquier crimen futuro” (Foucault & Pons, 2007, p. 84). Con este desequilibrio alrededor del castigo,

que se expresaba a través del horror en su aplicación, se quería lograr que la balanza se inclinara hacia el lado del poder triunfante, el del soberano que reivindicaba así su autoridad contrariada y, al mismo tiempo, mostraba que su poder era invencible.

Durante la segunda mitad del siglo XVIII, en Latinoamérica confluye una serie de procesos revolucionarios, como el de los caciques de Lima en Perú, el de los mayas en Yucatán y, años más tarde, el de Túpac Amaru en Perú. Fue durante esos años donde se difundió la filosofía iluminista en la América de habla castellana a través, principalmente, de penalistas iluministas, como el español Manuel de Lardizabal y Uribe.

Es a partir de 1791 que las ideas de la Ilustración comienzan a circular con más fuerza y alcance en publicaciones masivas como la de *El Mercurio Peruano*, periódico que contaba entre sus escritores con Hipólito Unanue, quien años más tarde sería Ministro del Protectorado a cargo del General San Martín.

Llegada del General San Martín junto a sus ideas iluministas

Antes de su llegada al Perú, siendo por entonces gobernador de Cuyo, le informaron acerca de la situación de los reclusos a los que se les daba una comida diaria, según indica el Oficio al Cabildo de Mendoza del 25 de marzo de 1816. El documento forma parte del Fondo "José de San Martín" del Museo Mitre. Al tanto de la medida, intervino para que se normalizara la situación, ordenando se les sirvieran dos comidas al día. Parafraseando sus ideas sobre los derechos básicos, sostuvo que los reclusos no pierden su condición de personas por haber cometido delitos o por estar acusados de haberlos cometido.

Una vez finalizada la campaña de Chile con la batalla de Maipú, San Martín preparó recursos y personas para afrontar la expedición al Perú con el objetivo de derrocar al Virrey Joaquín de la Pezuela. El Virrey, luego del motín de Aznapuquio, nombró a José de la Serna como nuevo Virrey. Al finalizar las conferencias de Punchauca, de la Serna dejó su función y se fue finalmente de Lima. El 28 de julio de 1821 José de San Martín proclamó la independencia del Perú. Unos días después, el 3 de agosto de 1821, el general asumió, bajo el cargo de Protector, la suma del poder público.

Muestra de las tareas administrativas de su gobierno desde su comienzo hasta el 15 de julio de 1822, y especialmente el modelo judicial, podemos verlo en un informe que le encarga a Monteagudo. De allí se extraen las ideas anteriormente mencionadas sobre la proporcionalidad de las penas acerca de la benignidad del castigo y el interés por el procesos de resocialización: “La justicia criminal se administra igualmente combinando la inexorabilidad que merece el crimen, con la indulgencia á que es acreedor el hombre: se castigan los delitos, sin inventarse delincuentes: se consulta la seguridad de los reos, sin añadir violencias innecesarias, que no son sino actos de opresión.”⁴

Respecto al sistema punitivo, las medidas que tomó el Protector Don José de San Martín en consonancia con las ideas de la segunda mitad del siglo XVIII representaron un cambio sustancial frente a la severidad de las penas. Implementó una reforma que buscaba instalar una administración del poder punitivo más humanitaria. Se adoptaron medidas como la abolición del tormento físico (azotes), la abolición de la horca, manteniendo la pena de muerte solo para algunos casos. Además, se implementó otra medida que puede considerarse entre las primeras garantías de limitación al poder punitivo, como es la prohibición de realizar un allanamiento sin una orden firmada por el Protector o el establecimiento de la pena de muerte en forma previa.

En su decreto del 7 de agosto de 1821 dispuso:

La seguridad individual del ciudadano, y la de su propiedad, deben constituir una de las bases de todo buen gobierno. Con dolor he sabido que aquella base ha sido atacada por algunos malvados que, tomando el nombre respetable del gobierno y otras autoridades han cometido excesos y abusos escandalosos; y deseando poner término a ellos y contener todo desorden. Por tanto, declaro: 1 No podrá ser allanada la casa de ningún vecino sin una orden impresa firmada por mí. 2. Toda persona tiene derecho a hacer resistencia, y no permitir que su casa sea allanada, mientras no se le presente por el comisionado al efecto la referida orden mía. 3. La

⁴ Exposición de las tareas administrativas del gobierno desde su instalación hasta el 15 de julio de 1822”, Lima, Museo Mitre.

persona o personas que sean destinadas por el gobierno para el reconocimiento de alguna casa, no podrán bajo cualquier pretexto, hacer registro ni embargo alguno sino en presencia del interesado, y bajo el correspondiente inventario. 4. Los que tengan que quejarse de la infracción de alguno de los artículos anteriores, interpondrán su recurso ante el presidente de este departamento para que sean castigados los contraventores.

La preocupación de San Martín por los reclusos y la instalación de un sistema más humanitario de penas lo llevó a realizar el 15 de octubre, a unos pocos meses de su asunción como Protector, una visita a la cárcel de Lima, comúnmente llamada “la pescadería”. Sobre su visita, la Gaceta de Gobierno, publicada dos días después, informa:

En conformidad con las ideas filantrópicas de los gobiernos libres. Y para hacer sentir algún alivio a aquella porción desgraciada de la especie humana que ha atraído sobre sí la indignación de las leyes, dispuso el Excmo. Señor Protector hacer una visita general a las cárceles y al efecto ordenó que los juzgados, así civiles, como militares, le presentasen una lista individuales de todos los presos y del estado de sus causas, con esclarecimiento de los delitos que habían ocasionado su separación de la sociedad y sobre las consideraciones que podían influir en su libertad.

A las 9 del lunes 15 del corriente concurrieron a palacio los Señores Ministros de Estado, El Presidente de la alta Cámara de Justicia, los ministros fiscales, abogados, procuradores, los alcaldes de primera y segunda nominación, el auditor de guerra, mayor de plaza y jueces de primera instancia; y acompañados de todos ellos. S.E. dio principio a este acto lleno de humanidad por la visita de la cárcel que llaman La Pescadería, y pasó enseguida a la de la ciudad. Examinando detenidamente el estado de las causas pendientes, y oídas las reclamaciones y exposición de los delincuentes, varios fueron puestos en libertad, otros aliviados de sus prisiones y S.E. ordenó que todas las causas concluyesen dentro del término de 20 días.

Asimismo reconoció al Excmo. Señor Protector a la humanidad con el Perú,

desterrando la ferocidad de los abusos, que introdujo la administración española en la legislación criminal y en las prisiones; aboliendo para siempre toda especie de tormento, y mandando que jamás se hiciera uso de los horribles calabozos, conocidos como “infiernillos”, en donde se sepultaban, se desesperaban y morían los hombres bajo el anterior gobierno. En una palabra S.E. inspirado en el amor de sus semejantes, recorrió todas las prisiones, dio órdenes para que se mejorasen en beneficio de los desgraciados que en ellas sufren por sus atentados contra la sociedad y para que se convirtieran, por medio de un trabajo útil y moderado, de hombres inmorales y viciosos, en ciudadanos laboriosos y honrados.

A la una y media se concluyó el acto, de que quedó la filosofía muy complacida; y regreso S.E. a palacio con su comitiva.

Argañaraz Alcorta sintetizó las órdenes que dio el general, expresadas en La Gaceta del 17 de octubre de 1821, en cinco puntos: 1) estudio y toma de conocimiento de las causas en trámite, además de tomar contacto con los detenidos; 2) escucha de sus reclamos; 3) libertad inmediata de aquellos que considerase detenidos de forma injusta; 4) establecimiento de un plazo de veinte días para resolver las causas aún en trámite; 5) abolición de los tormentos innecesarios y de las celdas infiernillo.

Es después de este recorrido que en octubre de 1821 decreta la eliminación de la pena de los azotes, y declara así que “será considerado como un enemigo de la patria, y castigado severamente el juez, maestro de escuela, o cualquier otro individuo que aplique semejante castigo a una persona libre.”

Siguiendo las investigaciones de Argañaraz Alcorta, los azotes en el derecho penal hispánico “se imponían a personas de baja condición, pero no a los nobles de acuerdo a las leyes (...) producía infamia e impedía ser testigo y tener oficio público”.(2005, p. 15). Además, señala el autor, la práctica de esa pena debía manejarse adecuadamente para que “(...) el reo no quedara lisiado o muerto. Generalmente se ejecutaba paseando al delincuente por las calles y plazas, con las espaldas desnudas, dándole en cada esquina, por mano del verdugo y con

un instrumento de cuero, cierto número de golpes, hasta completar el total de azotes puestos en la sentencia” (2005, p. 15).

La abolición decretada por el General San Martín de la pena de azotes es total, dado que no establece excepciones de edad o género y alcanza también a los miembros de las fuerzas armadas, donde “era común imponer este tipo de sanción (...) como castigo disciplinario” (2005, p. 15).

En su decreto de enero de 1822 queda abolida la pena de la horca, con la salvedad como lo expresa su primer artículo. “Art. 1. Queda abolida en el Perú la pena de horca, y los desgraciados contra quienes pronuncie la justicia el fallo serán fusilados indistintamente.” Resulta especialmente interesante su segundo artículo, donde versa: “Art. 2. Los que sean condenados a muerte por los altos crímenes de traición o sedición serán ejecutados del mismo modo, con la diferencia de ser puestos en la horca sus cadáveres para hacer más impreso su castigo”⁵, castigando con la pena más grave a aquellos delitos que hayan estado destinados a perturbar o destruir la sociedad.

Mantuvo así una función intimidatoria de la pena, utilizando de alguna forma una lógica similar a la del espectáculo punitivo, agregándole además un plus atemorizante al castigo, pero cambiando la idea de la tortura pública en defensa del nombre del monarca por una afrenta a su autoridad, y toma la determinación de exhibir los cuerpos sin vida de aquellas personas condenadas por intentar un levantamiento contra el protectorado, como aviso o amenaza para el resto de las personas que potencialmente pudieran llegar a mostrar comportamientos similares. Al establecer previamente los motivos por los cuales se aplicaría la pena de muerte, se disminuye cierta arbitrariedad en su uso. Además, siguiendo la línea de pensamiento de autores como Lardizabal, que consideraba la pena de muerte como necesaria si esta se aplicaba para intimidar y castigar delitos graves, como se consideraban la sedición o la traición.

⁵ Decreto. Lima 03 de Enero de 2822

Otra de las medidas relevantes tomadas en este período dio por terminada una de las características del antiguo régimen colonial: nos referimos a la confusión de poderes a la hora de administrar justicia, dado que esta era llevada a cabo por el Virrey o alguien designado por él para que siguiera sus instrucciones. Para separar, decide crear un Poder Judicial independiente, suprimiendo la anterior Administración de Justicia. Desde la Gaceta del Gobierno de Lima Independiente del 10 de abril de 1822 se manifestó que: “ninguno de los tres poderes que presiden la organización social es capaz de causar el número de miserias con que los encargados de la autoridad judicial afligen a los pueblos cuando frustran el objeto de su institución.”⁶

El 23 de marzo de 1822, el Ministro Bernardo de Monteagudo redactó el Reglamento Carcelario, por pedido del General San Martín. En este se manifestaba que: “todo crimen que se comete en la sociedad es un doble mal, porque la agresión y la pena a su turno aumentan las miserias que la afligen. Desgraciadamente es necesario que haya delincuentes que sean inmolados en aras de la justicia (...)”⁷, “(...) el rigor que se ejercita en desagravio de las leyes es santo, cuando es proporcionado a su infracción más el menor abuso a este respeto, presenta un nuevo culpado en el mismo que administra el poder contra los que lo son.”⁸ Y “(...) nada prueba tanto los progresos de la civilización, como la moderación de su código criminal.”⁹

Señalaba además al estado de las prisiones y los abusos, por parte de la administración anterior, como un elemento característico de un gobierno despótico. “La idea que se sostenía, con base retributivista, se abre de la lógica del castigo con efectos disuasivos hacia otros, para focalizarse en un modo de castigo acorde a los hechos perpetrados por el criminal, para preservar el equilibrio moral pagando por sus acciones. Si se lograba, además, un efecto disuasorio, este era secundario (Carrithers, 1998, p. 215) .

El texto completo del decreto mencionado es el siguiente:

⁶ Gaceta del Gobierno de Lima Independiente del 10 de abril de 1822

⁷ Decreto del 23 de marzo de 1822.

⁸ Decreto del 23 de marzo de 1822.

⁹ Decreto del 23 de marzo de 1822.

Ministerio de estado:

Las leyes no pueden extinguir la malicia de los hombres, pero puede al menos, reprimir su exceso: todo crimen que se comete en la sociedad es un doble mal, por que la agresión y la pena á su turno aumentan las miserias que la afligen. Desgraciadamente es necesario que hayan delincuentes, y que estos sean inmolados en las haras de la justicia para disminuir su numero. El rigor que se ejercita en desagravio de las leyes es santo, cuando es proporcionado á su infracción: más el menor abuso á este respecto, presenta un nuevo culpado en el mismo que administra el poder contra los que los son. ¡infeliz el hombre que se hace reo á los ojos de la autoridad, pero no menos infeliz el que le oprime más de lo que exige la razón! Estos abusos caracterizan a los gobiernos despóticos, y no podían dejar de ser habituales en la administración que antes regía. Nada prueba tanto los progresos de la civilización de un pueblo, como la moderación de su código criminal: su examen basta para resolver, si él á sido dictado en las selvas ardientes del África, en las fértiles orillas del Ganges, ó en el Norte de la Europa, donde tuvo su origen la sublime invención de juzgar á los hombres por el fallo de sus iguales. El Perú, la América, y el mundo entero, está en marcha a ese grado de civilización que trae consigo las últimas reformas administrativas, que pueden esperarse en la sociedad humana. Para aproximarnos gradualmente a esta época, el gobierno ha mandado construir una nueva cárcel en Guadalupe, que consulte la seguridad y el alivio de los miserables que antes han gemido en lugares impropios por su localidad y falta de desahogo. El reglamento que sigue, unido al de la administración de justicia que está sancionado, harán extensiva la filantropía del gobierno a las demás cárceles del territorio independiente.

El supremo delegado: he acordado y decreto:

Art.1. En todas las cárceles del territorio del Estado habrán cuatro departamentos separados en cuanto lo permitan las circunstancias locales, y la cantidad de fondos aplicables a este fin.

Art.2. El primer departamento se aplicará á los reos de gravedad, el segundo á las mujeres, el tercero á los niños hasta la edad de 15 años y el 4 a los detenidos por

deudas o sospechas que no hayan sido comprobadas

Art.3. Los alcaides no recibirán preso alguno sin orden de juez competente librada por escrito: exceptúanse solamente los reos que fuesen aprehendidos in fraganti ó de noche, á quienes podrán admitir en el departamento de detenidos con la precisa calidad, que en el término de diez horas el aprehensor presente orden por escrito de juez competente. En caso de no verificarse esta circunstancia, el alcaide pondrá en libertad al detenido, dando cuenta al presidente de la Alta-Cámara, ó al primer Magistrado en las demás ciudades y pueblos.

Art.4. Cuando los alcaides reciban algún preso en virtud de orden competente, darán sin embargo cuenta dentro de 24 horas al Presidente de la Alta-Cámara, para que esté á la mira de la causa que se siguiese al reo, y se evite toda demora en su actuación. En las demás ciudades y pueblos del territorio libre, los alcaides pasarán la razón mencionada a los Presidentes de los departamentos, Gobernadores o Tenientes, Gobernadores, según las circunstancias.

Art.5. Los Jueces de cuartel ó comisarios que llevasen algún preso á la cárcel, darán inmediatamente parte al presidente del departamento, Gobernador o, Teniente, Gobernador del pueblo, para que con previa instrucción del delito que se imputa al preso, den la orden por escrito al alcaide en el término de diez horas, según se previene en el artículo tres.

Art.6. Se prohíbe absolutamente que los jueces de cuartel formen sumarios, a menos que reciban una especial comisión del juez a quien corresponda el conocimiento de la causa.

Art.7. En cada cárcel habrá un alcaide y un ayudante de cárcel subordinado al primero, cuyas veces hará cuando no se este presente el alcaide: uno ú otro, asistirá continuamente en la cárcel bajo la más estrecha responsabilidad.

Art.8. Cuidará el alcaide que pasadas 24 horas de detención o prisión de algún reo, sea reconocido por un facultativo para que en caso de hallarse enfermo, pase á la enfermería, con la seguridad de convenga, según la circunstancias del delito

Art.9. El alcaide cuidará de abrir las puertas de todas las prisiones á las 6 de la mañana en verano y á las siete en invierno para que salgan los presos á hacer la limpieza de su respectivo departamento ú ocuparse en las demás obras á que se

destinen con la debida precaución: las puertas volverán á cerrarse al poner el sol

Art.10. los reos que se hallen incomunicados, saldrán una hora en la mañana y otra en la tarde, con el centinela de vista que tengan, á respirar un aire libre fuera de sus calabozos, pero sin alejarse de ellos, si no lo preciso para que tengan este desahogo, siempre con las precauciones convenientes.

Art.11. El preso que en las horas de alivio interrumpiere el orden, con risas o conversaciones inmoderadas, será encerrado por un mes en la sala a que pertenezca

Art.12. El alcaide ó ayudante de cárcel, visitarán los departamentos a horas intempestivas, para que se observe el orden, cuidando muy particularmente del aseo de las camas y cuartos de los presos.

Art.13. No habrá luz en ningún calabozo de noche, sin permiso del alcaide.

Art.14. Los alcaides no podrán tomar para su servicio preso alguno de cualquiera clase que sea.

Art.15. los presos que tengan permiso para escribir á los jueces que conocen de sus causas podrán entregar cerradas sus comunicaciones al Alcaide, y éste tendrá obligación de remitirlas del modo que las reciba.

Art. 16. Los presos que estén comunicables no podrán ser vistos por sus familias u otra persona, sino los jueves y domingos, a menos que obtengan licencia especial del juez de la causa.

Art.17. Todo preso, pasados los tres primeros días de su prisión vestirá un traje particular mientras esté en la cárcel, entregando el suyo al alcaide, quien tendrá un cuarto de depósito para guardar la ropa de todos los que entrasen: el vestuario será todo blanco conforme al modelo que se dará.

Art.18. los alcaides y ayudantes de cárcel, cuidarán que cada preso se mantenga en su departamento, siendo uno de los cargos que los hará mas responsables, en proporción al desorden que puede seguirse de su inobservancia

Art.19. Los detenidos por deuda civil y demás personas puestas en el cuarto departamento de la cárcel, no podrán, ser trasladadas al primero sin expresa orden del juez de la causa

Art.20. El presente reglamento se imprimirá por separado y fijará en las puertas interiores de las cárceles para conocimiento de los presos. La Alta- Cámara de

Justicia, los presidentes de los departamentos y demás jueces inferiores, quedan encargados de su puntual ejecución.¹⁰

Este reglamento penitenciario, entendido como aquellas normas que regulan la ejecución de la pena privativa de la libertad, como podemos observar, tiene como brújula la socialización. Además, podríamos deducir algunos principios que Argañaraz Alcorta resume de la siguiente manera: a) una clasificación de los penados para facilitar su tratamiento; b) un régimen asistencial; c) respeto por los derechos individuales; d) un régimen sanitario, higiénico y alimenticio; e) un régimen disciplinario, si bien firme, respetuoso de la humanidad.

Cabe que agreguemos que en momentos en que en el Alto Perú se daba este tipo de reforma hacia un sistema penal de base más benigno y humanitario, en Buenos Aires se realizaban cambios de otro tenor. Durante el gobierno de Rivadavia y el de Rodríguez se establecieron nuevas disposiciones para combatir los robos. En estas medidas se facultaba al juez para aplicar la pena de azotes a quienes fueran sorprendidos robando *in fraganti*. Esta medida de endurecimiento de las penas fue planteada como necesaria por la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires y buscaba disminuir los delitos.

El comienzo de un nuevo paradigma

El recorrido propuesto nos ha permitido observar que las reformas penales impartidas por el General San Martín en su función de Protector del Perú contienen la inspiración directa de los principios básicos sostenidos por la Ilustración; nos referimos a los valores de libertad e igualdad, por un lado, y a la transformación de los castigos, con la abolición de la pena de muerte, del maltrato, la crueldad y la tortura que se acostumbraba a aplicar en Europa, como en los territorios de sus colonias. Estas nuevas prácticas y pensamientos dieron lugar a un nuevo paradigma, vinculado a la forma de pensar el castigo y de ejecutarlo, que abre el campo

¹⁰ Decreto Lima. 23 de marzo de 1822

a un derecho penal más humano que modera el uso del sufrimiento y elimina cuotas de arbitrariedad.

Bibliografía Consultada

- Alvarado, J. (2022). *Estudios de historia de derecho penal*. Dykinson.
- Argañaraz Alcorta, R. E. (2005). Reforma Carcelaria y Penológica Durante el Protectorado del Gral. San Martín. *Anales de la Academia Sanmartiniana*, 18, 9-25.
- Beccaria, C., & Ed, A. (2014). *De Los Delitos Y De Las Penas* (1.ª ed.). Alianza.
- Carrithers, D. W. (1998). MONTESQUIEU'S PHILOSOPHY OF PUNISHMENT. *History of Political Thought*, 19(2), 213–240. <http://www.jstor.org/stable/26217503>
- Fayt, C. S. (2010). *Historia del Pensamiento Político: tomo 2* (1.ª ed.). La Ley.
- Fontan Balestra, C. (1998). Derecho Penal. Introducción y Parte General. Abeledo Perrot.
- Foucault, M., & Pons, H. (2007). *Los anormales: Curso en el Collège de France (1974–1975)* (1.a ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2010, March 15). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prision*. Siglo XXI.
- Gray, W. H. (1950). The Social Reforms of San Martín. *The Americas*, 7(1), 3–11. <https://doi.org/10.2307/978513>
- Hurtado Pozo, J. (2016). Breves notas sobre la política criminal en los inicios de la República del Perú. *Anuario de Derecho Penal. Problemas Actuales de Política Criminal.*, 2015-2016, 221–252. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc1134723>
- Lardizábal y Uribe, M. (1782). *Discurso sobre las penas*. Don Joachin Ibarra Impresor de Cámara de S.M.
- Levene, R. (1951). San Martín en la Historia del Derecho Argentino y Latinoamericano. *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 3, 11–35.
- Lopez Rosas, J. R. (1978). San Martín y sus Ideas Políticas. *Universidad Nacional del Litoral (Universidad Nacional del Litoral, 1978–08)*, 93–144.
- Maier, J. B. J. (2003). Derecho procesal penal. Eds. Del Puerto.
- Mitre, B. (1950). *Historia de San Martín y De la Emancipación Sudamericana* (Segunda edición). Ediciones Anaconda.

- Piers, B. (2002). Hacia una ciencia del «Homo criminalis»: de los delitos y de las penas, de Cesar Beccaria (1746). *Nueva Doctrina Penal*, A, 3–48.
- Soler, S. (1987). *Derecho Penal Argentino* (10th ed., Vol. 1). Tipográfica Editora Argentina.
- Zaffaroni, E. R. (2012). *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar* (1.^a ed.). Ediar (B.Aires).
- Zaffaroni, E. R. (2014). *Derecho penal: parte general (Spanish Edition)* (2. ed.). EDIAR.