

El ascenso jurídico de la penitenciaría. La privación de la libertad en los comienzos de la codificación penal argentina (1865-1921) (1)

LUIS GONZÁLEZ ALVO

CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas)
INIHLEP-UNT (Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto-Universidad Nacional de Tucumán)

RESUMEN

La República Argentina sancionó su código de comercio en 1862 y su código civil en 1869. El código penal, sin embargo, no se concretó sino hasta la década de 1880, cuando el proyecto que trataba el Congreso ya había sido adoptado provisoriamente por once de las catorce provincias que componían el país. Así las cosas, aquel primer momento codificador no implicó, como podría imaginarse, la imposición de un sistema normativo desde el centro sino la convalidación del orden adoptado en las provincias. En aquel orden la privación de la libertad no ocupaba un lugar central sino periférico dentro de un repertorio penal relativamente variado. Para los estudios sobre la reforma penitenciaria argentina, resulta fundamental conocer cómo se llevó a cabo el ascenso jurídico de la privación de la libertad dentro del sistema penal. En este artículo se abordarán las discusiones que tuvieron lugar entre la presentación del primer proyecto de código en 1865 y la sanción del segundo código penal en 1921.

Palabras clave: cárceles; codificación; reforma penitenciaria; código penal; Argentina.

(1) En el presente artículo se emplea parte de dos capítulos que componen mi tesis doctoral inédita, titulada *El tiempo de la prisión. La reforma penitenciaria en Córdoba, Santa Fe y Tucumán (1853-1946)*, realizada en el marco de una Beca Doctoral de CONICET (2014-2019).

ABSTRACT

The history of Argentine codification begins with the sanction of the code of commerce in 1862 and the civil code in 1869. The penal code, however, did not materialize until the 1880s, when the project dealt with by Congress had already been provisionally adopted by eleven of the fourteen provinces. That first codifying moment did not imply, as could be imagined, the imposition of a normative system from the center but the validation of the order adopted in the provinces. In that order the deprivation of liberty did not occupy a central place but peripheral within a relatively varied criminal repertoire. For the studies on the Argentine penitentiary reform, it is fundamental to know how was carried out the legal ascent of the deprivation of liberty within the penal system. This article will analyze the discussions that took place between the presentation of the first code project in 1865 and the sanction of the second penal code in 1921.

Key words: *prisons; codification; prison reform; penal Code; Argentina*

SUMARIO: I. Introducción.–II. De las provincias a la nación. El primer momento codificador (1865-1886). 1. El elenco penal del proyecto de Tejedor. 2. Sanción y puesta en vigor del primer Código Penal.–III. De la crítica a la reforma. El segundo momento codificador (1890-1921). 1. El repertorio de penas de los proyectos de 1891 y 1895. 2. La privación de la libertad en la reforma integral del código.–IV. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

En la década de 1860, el Congreso argentino sancionó los dos primeros códigos de alcance nacional: el de comercio fue sancionado en 1862 y el civil en 1869 (2). En materia penal –a pesar de que el borrador de la parte general fue presentado en 1865 y el de la parte especial en 1867– el código no fue sancionado sino hasta 1886, cuando ya había sido adoptado provisoriamente por once de las catorce provincias que componían el país (3). Así las cosas, aquel

(2) Para un análisis general del proceso codificador argentino puede verse: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor (2008 [1977]), *La Codificación en la Argentina, 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, Editorial Perrot.

(3) Sobre la adopción provincial del proyecto de Tejedor puede verse NILVE, Moisés (1945), «La vigencia del proyecto Tejedor como código penal de las pro-

primer momento codificador no implicó, como podría imaginarse, la imposición de un sistema normativo desde el centro sino, por el contrario, la convalidación de un orden que la mayoría de las provincias ya habían adoptado (4). Orden en el cual la privación de la libertad no aparecía como pena central sino como una más dentro de un repertorio relativamente variado, proveniente de la inveterada tradición jurídica local (5). En el foro nacional, inmediatamente después de su puesta en vigor, el código fue duramente criticado y dio lugar a una suerte de segundo momento codificador, en el que se realizaron importantes modificaciones al texto hasta llegar a su reforma total en 1921.

Para los estudios sobre el nacimiento de la penitenciaría en la Argentina, resulta fundamental conocer cómo se llevó a cabo el ascenso jurídico de la privación de la libertad dentro del sistema penal. Es decir, conocer cómo alcanzó su imposición –al menos en el plano normativo– por sobre otras formas de castigo, aún cuando su efectiva aplicación constituya otro tema de investigación. En este artículo se abordarán las discusiones acerca de las penas privativas de la libertad que tuvieron lugar durante los dos momentos codificadores mencionados y que culminaron con la sanción del código penal que rige hasta la actualidad.

vincias Argentinas», en *Revista Penal y Penitenciaria*, pp. 35-48 y GARCÍA BASALO, J. Carlos (1998), «La codificación penal provincial argentina (1876-1886)», en *Revista de Historia del Derecho Dr. Ricardo Levene*, n. 34, pp. 125-223. Para análisis generales de la historia del derecho penal argentino puede verse LAPLAZA, Francisco (1978), «El proceso histórico de la codificación penal argentina», en *Revista de Historia del Derecho «Ricardo Levene»*, n.º 21, pp. 59-92; LEVAGGI, Abelardo (1978), *Historia del Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Perrot; LEVAGGI, Abelardo (2012), *El derecho Penal Argentino en la Historia*, Buenos Aires, Eudeba.

(4) AGÜERO, Alejandro y Rosso, Matías (2018), «Codifying the Criminal Law in Argentina: Provincial and National Codification in the Genesis of the First Penal Code» en MASFERRER, Aniceto (Editor), *The Western Codification of Criminal Law: The Myth of its Predominant French Influence Revisited*, Springer, Dordrecht, p. 314. Las excepciones fueron las provincias de Córdoba (que adoptó otro proyecto, elaborado por un comisión del Congreso en 1881), Santiago del Estero y Jujuy (que siguieron empleando sus reglamentos de justicia). GARCÍA BASALO, J. Carlos (1998), «La codificación penal provincial argentina (1876-1886)», en *Revista de Historia del Derecho Dr. Ricardo Levene*, n.º 34, Buenos Aires, pp. 125-223.

(5) Sobre las continuidades en el orden jurídico argentino puede verse AGÜERO, Alejandro (2010), «Formas de continuidad del orden jurídico. Algunas reflexiones a partir de la justicia criminal de Córdoba (Argentina), primera mitad del siglo XIX», en *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* [En línea]. Disponible en: <http://journals.openedition.org/nuevomundo/59352>.

II. DE LAS PROVINCIAS A LA NACIÓN. EL PRIMER MOMENTO CODIFICADOR (1865-1886) (6)

Las lecciones de Derecho penal de Carlos Tejedor, primer profesor a cargo de la cátedra que llevó ese nombre en la Universidad de Buenos Aires, se convirtieron en escritos fundacionales del Derecho penal argentino (7). Publicadas en 1860 bajo el título de *Curso de derecho criminal*, fueron la base del proyecto de código publicado entre 1865 y 1867. El *Curso* se dividía en dos partes, la primera trataba las leyes de fondo, una suerte de «código», y la segunda versaba sobre el procedimiento penal (8). En lo que respecta al elenco penal de la primera parte, Tejedor dividió las penas en tres grandes clases: corporales o afflictivas, pecuniarias e infamantes (9). Dado

(6) Aunque no prosperaron, deben mencionarse los primeros intentos codificadores a nivel nacional que fueron realizados por Justo José de Urquiza. Al respecto, J. Carlos García Basalo realizó un estudio que permanece inédito hasta la fecha, titulado «El plan codificador preconstitucional de Urquiza». Un análisis más reciente, focalizado en Buenos Aires, también se detiene en la figura de Urquiza: YANGILEVICH, Melina (2009), «Leyes antiguas para un estado moderno. Prácticas jurídicas en la provincia de Buenos Aires durante el período de la codificación», en BARRIERA, Darío (Compilador), *Justicia y Fronteras. Estudios sobre historia de la justicia en el Río de la Plata. Siglos XVI-XIX*, Ediciones de la Universidad de Murcia, pp. 205-223.

(7) Carlos Tejedor estuvo al frente de la cátedra desde su creación en 1856 hasta 1858, cuando dejó el cargo en manos de Ángel Navarro quien permanecería hasta su regreso en 1861. En esta segunda etapa Tejedor permaneció en el cargo hasta 1864, cuando fue reemplazado por Miguel Esteves Saguí. COLOMBO, Rafael (2008), «Liberalismo penal y poder de castigar en Argentina: exceso y restricción en las voces expertas de la Universidad de Buenos Aires durante el siglo XIX», ponencia presentada en las *V Jornadas de Sociología de la UNLP*, La Plata.

(8) En la efímera Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas de Tucumán (1875-1882), Ángel M. Gordillo, catedrático de derecho penal y mercantil y rector entre 1877 y 1881, había diseñado el programa de su materia basándose exclusivamente el *Curso de Tejedor*. No obstante, sólo incluía la segunda parte de la obra de Tejedor, referida al procedimiento penal. PÁEZ DE LA TORRE, Carlos (1974), «Los cursos libres de Derecho y la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas de Tucumán (1872-1881)», en *Revista de Historia del Derecho*, n. 2, pp. 85-116. Sobre la historia de la codificación del procedimiento penal puede verse: LEVAGGI, Abelardo (1983), «La codificación del procedimiento criminal en la Argentina en la segunda mitad del siglo XIX», en *Revista de Historia del Derecho*, n.º 11, pp. 121-200.

(9) En lo que respecta a las penas pecuniarias, Tejedor desarrolló principalmente la multa, mientras que respecto a las infamantes se limitó a indicar que no deberían existir, puesto que «la conciencia pública condena y juzga la inmoralidad de las acciones mejor que la justicia penal». TEJEDOR, Carlos (1871 [1860]), *Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, Librería de Cl. M. Joly, p. 90.

que las penas debían ser *ejemplares, reformadoras e instructivas*, se proyectó fundamentalmente sobre las penas corporales a las que definió como aquellas que *causan dolor, aflicción, molestia o incomodidad* al cuerpo. La diferencia entre castigos corporales y el aflictivos, según Tejedor, consistía en que unos «más hieren al cuerpo» mientras que la aflicción tenía «por objeto la libertad». La pena de muerte, «la primera y más terrible de las corporales», podía ser «remedio de una sociedad enferma» y que sería una «locura» su abolición, mientras las cárceles argentinas permanecieran en el estado en que entonces se hallaban (10). En su opinión, el país no estaba preparado para prescindir de la pena capital y, menos aún, basar su sistema penal en la privación de la libertad, considerando las cárceles con las que contaba (11).

Las siguientes penas corporales descriptas en el *Curso* fueron las de destierro y la de presidio, a la que definió como una prisión acompañada de trabajos forzosos, a la que solía agregarse –«como mortificación anexa»– las cadenas o los grilletes. En segundo término explicó brevemente la «simple prisión», pena ignorada por las «leyes antiguas» –pero que se había convertido entonces en una de las más usadas en Europa y Estados Unidos– y el servicio de las armas, la pena «más frecuente entre nosotros» por ser el castigo a los delitos más comunes: *vagancia, ebriedad y juego* (12). A la hora de hablar de la ejecución de las penas Tejedor se detuvo especialmente en la pena de muerte, porque las demás, alegó, «no tienen particularidad»: el presidio no era más que una prisión con trabajos públicos y la prisión simple se cumplía en «la cárcel misma estando prohibido destinar los reos a otros lugares» (13). En pocas palabras, en el *Curso*, la privación de la libertad estaba muy lejos de constituir el centro del sistema penal.

(10) TEJEDOR, Carlos (1871 [1860]), *Curso de derecho criminal... op. cit.* pp. 80-82.

(11) LEVAGGI, Abelardo (2002), *Las cárceles argentinas de antaño* (siglos XVIII y XIX). Teoría y realidad, Buenos Aires, Ad-Hoc.

(12) Sobre la aplicación de la «simple prisión» señaló que, cuando iba acompañada de trabajo, era un castigo que presentaba «muchas ventajas». Se trataba efectivamente del «sistema penitenciario», «creado no hace cincuenta años en Estados Unidos, y nuevo todavía en Europa. El fin de este sistema no es propiamente regenerar al culpable, sino impedir las reincidencias, imponiéndole hábitos de orden, e ilustrándole sobre sus verdaderos intereses. Los medios empleados son el trabajo en primer lugar, y en caso necesario el aislamiento». TEJEDOR, Carlos (1871 [1860]), *Curso de derecho criminal... op. cit.* pp. 85-86.

(13) TEJEDOR, Carlos (1866), *Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajado por encargo del Gobierno Nacional*, Buenos Aires, p. 99.

1. El elenco penal del proyecto de Tejedor

En 1864 el presidente Mitre encargó a Tejedor la redacción de un proyecto de código penal para la República. Al cabo de un año, tomando como base su *Curso*, Tejedor presentó un primer volumen – la Parte General del proyecto– en el que justificó la permanencia de la pena de muerte basado en la suposición de que el «sistema penitenciario» no era «aún en el mundo un ensayo bastante acreditado para librarle exclusivamente la abolición o disminución de la pena de muerte, y mucho menos entre nosotros, que tenemos que estudiar la institución, y crear los establecimientos» (14). En consonancia con la clasificación de penas de su *Curso*, el proyecto contemplaba tres tipos de penas: corporales o aflictivas (muerte, presidio, penitenciaría, prisión, arresto, destierro y confinamiento), privativas del honor y humillantes (inhabilitación, destitución, suspensión, retractación, satisfacción, vigilancia de la autoridad y reprensión) y pecuniarias (multa, caución, comiso, costos y gastos) (15). En total, diecinueve subtipos de pena; veinte si se considera el servicio de las armas, pena conmutable con la de prisión. Un repertorio tan amplio y variado como alejado de la simplificación que la codificación, en teoría, debía realizar. Asimismo, en el fundamento teórico del proyecto de Tejedor prevaleció una teoría penal más cercana a la Ilustración tardía que a la teoría del código penal de Feuerbach (16). El proyecto concebía a la sociedad como «un conjunto de seres racionales con libre albedrío, sobre valores éticos absolutos, sobre una moral preexistente y su consecuencia teórica en el concepto de la educación, expresada en teorías de prevención especial» (17). La parte general del proyecto mostró mayor influencia del código bávaro de 1813, mientras que, en la parte

(14) TEJEDOR, Carlos (1866), *Proyecto de Código Penal... op. cit.*, p. III.

(15) El destierro debería cumplirse fuera del país mientras que el confinamiento consistiría en mantener al condenado a una distancia mínima de cincuenta leguas de donde había cometido el delito.

(16) Sobre el concepto ilustrado de código, puede verse CLAVERO, Bartolomé (1979), «La idea de código en la Ilustración jurídica», en *Historia, instituciones, documentos*, n.º 6, pp. 49-88.

(17) Las discusiones jurídicas argentinas inmediatamente posteriores a la aprobación del código demostraron que, mientras que el código padecía un considerable atraso relativo con el debate penal internacional, el debate local había experimentado una transición inmediata del fundamento teórico del absolutismo ilustrado tardío a los modelos intervencionistas liberales. DUVE, Thomas (1999), «¿Del absolutismo ilustrado al liberalismo reformista? La recepción del Código Penal Bávaro de 1813 de Paul J. A. von Feuerbach en Argentina y el debate sobre la reforma del derecho penal hasta 1921», en *Revista de historia del derecho*, n. 27, pp. 125-152.

especial, predominaron las normas del código peruano de 1863 (18). Respecto al empleo del servicio de armas como pena, no se encuentra medida similar en el código bávaro o el peruano, sino en el español de 1848 (19). Según el artículo 107.º de dicho código, los sentenciados a confinamiento –equivalente al confinamiento del proyecto de Tejedor, eliminado del código sancionado en 1886– podrían ser destinados por el Gobierno al servicio militar si «fueran solteros» y «no tuvieran medios con que subsistir», redacción idéntica a la incluida en el proyecto de Tejedor para la conmutación de las penas de prisión (20).

En lo que respecta a las penas corporales o afflictivas, Tejedor realizó una síntesis y suavización de las penas del código bávaro que distinguía entre penas capitales y privativas de la libertad (21). Entre las primeras se contaba la muerte y la cadena perpetua, también incluida en los códigos español de 1848 y peruano de 1863. Tejedor limitó la pena de muerte al homicidio, eliminó la cadena perpetua –*kettenstrafe*– y suavizó las cuatro penas privativas de la libertad del

(18) El primer código penal peruano fue calificado como «serio, elevado y de técnica perfecta» por Víctor M. Maúrtua, autor del código de 1924 que lo reemplazó. IÑESTA PASTOR, Emilia (2005), «La reforma penal del Perú independiente: el Código Penal de 1863» en TORRES AGUILAR, Manuel (Editor), *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Córdoba, Universidad de Córdoba, pp. 1073-1098. Para un análisis comparativo de ambos códigos puede verse: GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1966), «Breve paralelo entre el Código Penal Peruano de 1863 y el de 1924», en *Themis. Revista de Derecho*, año 2 n. 3, pp. 5-12.

(19) Respecto a la relación entre los códigos penales españoles y la codificación latinoamericana, puede verse: RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel y ZAFFARONI, Eugenio (1980), *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*, Valparaíso, EDEVAL. Sobre la relación con el código español de 1848, puede verse: IÑESTA PASTOR, Emilia (2003), «La proyección hispanoamericana del Código Español de 1848» en *Actas del XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del derecho indiano*, Puerto Rico, pp. 493-523.

(20) Al respecto puede verse CORVA, María Angélica (2016), «La facultad de perdonar: conmutación de penas y división de poderes», *Temas de Historia Argentina y Americana*, n.º 24.

(21) El código bávaro de 1813 estipulaba los siguientes tipos de pena: I. *Todesstrafe* (Pena de muerte); II. *Kettenstrafe* (Pena de encadenamiento. Por la perpetuidad que la caracterizaba suele ser traducida como cadena perpetua); III. *Zuchthaus* (Casa de trabajos forzados); IV. *Strafarbeitshaus* (Casa de trabajo penal); V. *Festungsstrafe* (Pena de confinamiento en una fortaleza); VI. *Ehren und demüthig ende Strafen* (Penas contra el honor e infamante); VII. *Körperliche Züchtigung* (Castigos corporales); VIII. *Gefängnis oder Festungs arrest* (Prisión o arresto en confinamiento); IX. *Vermögensstrafen* (Penas patrimonial). Debo agradecer a Agustín Casagrande por sus sugerencias para la traducción del alemán. Thomas Duve afirma que Tejedor no se basó directamente en la ley alemana sino que empleó la traducción francesa por Charles Vattel de 1852. DUVE, Thomas (1999), «¿Del absolutismo ilustrado...» *op. cit.* p. 126.

código alemán. La *zuchthaus*, casa de trabajos forzados, que podía aplicarse de ocho a veinte años, fue denominada presidio por Tejedor; la *strafarbeitshaus*, casa de trabajo penal, aplicable de uno a ocho años, fue denominada penitenciaría y la *Gefängnis oder Festungs arrest*, prisión o arresto en confinamiento, fue dividida en dos tipos de penas: prisión y arresto.

En el proyecto, la pena de presidio consistía en realizar trabajos públicamente, en beneficio del Estado, llevando una cadena al pie, pendiente de la cintura o asida a la de otro penado. Los trabajos debían ser «duros y penosos», tales como construcciones de canales, obras de fortificación o caminos (22). La condena podía aplicarse durante un tiempo determinado o indeterminado pero, en cualquier caso, no podía ser menor a seis ni mayor de quince años. La pena podía agravarse colocando más cadenas, disminuyendo los alimentos o con reclusión solitaria durante un mes en cada aniversario del crimen. Las mujeres que fueran sentenciadas a presidio, los hombres débiles o enfermos, los menores de veinte o mayores de sesenta sufrirían la pena en penitenciarías. La pena de penitenciaría, al igual que la de presidio, podía ser por tiempo determinado o indeterminado, entre seis y quince años. Los sentenciados a esa pena debían cumplirla en penitenciarías –donde las hubiese– o en establecimientos distintos de los presidios, sujetos a trabajos forzosos sin cadenas, exceptuando el caso de temerse la evasión. A diferencia de la pena de presidio, el producto del trabajo se destinaría, en primer lugar, a cubrir los gastos del penado en el establecimiento, luego a satisfacer la responsabilidad civil y por último a formar un ahorro que se le entregaría al penado al cumplir su condena. La pena podía agravarse con disminución de alimentos, reclusión solitaria de día y de noche por un tiempo que no pasara de treinta días en el aniversario del crimen. Tanto la pena de penitenciaría, como la de presidio, incluían la posibilidad de solicitar gracia cuando se hubiese cumplido la mitad del tiempo de condena, uno de los puntos que criticará el jurista Rodolfo Rivarola del código de 1887 (23).

La pena de prisión «se sufriría» en cárceles que no fueran presidios ni penitenciarías entre uno y tres años. Era, tal como en el código español de 1848, conmutable en servicio de las armas por el mismo tiempo, si los condenados fuesen solteros, y no tuviesen medios con que subsistir (24). El trabajo en la prisión sería opcional y su pro-

(22) TEJEDOR, Carlos (1866), *Proyecto de Código Penal...* pp. 98-100.

(23) RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica del Código penal de la República Argentina*, Buenos Aires, F. Lajouane.

(24) TEJEDOR, Carlos (1866), *Proyecto de Código Penal...op. cit.* pp. 115-116.

ducto guardado en beneficio del penado. Por último, la pena de arresto podía cumplirse en «cárcel, policía ó cuerpo de guardia, según los casos» pero siempre en lugar diferente de los procesados, «pudiendo ser arrestados en sus propias casas las mujeres honestas, las personas ancianas o valetudinarias, y las que vivan de algún arte, profesión u oficio doméstico». Esta pena podría aplicarse de quince días a tres meses.

De la observación de las penas propuestas por Tejedor en su proyecto de código, se observa una notable ampliación del papel de la privación de la libertad respecto a las penas presentadas en su *Curso*. Asimismo, aunque la penitenciaría no era la pena principal, sí ocupaba un lugar importante junto a los otros tipos de penas de reclusión. Claramente, Tejedor no confiaba en la aplicabilidad de los ideales de los reformistas penitenciarios en la Argentina, razón por la cual justificó la conservación de la pena de muerte. Este aspecto constituyó una de las principales críticas de Rivarola al código de 1887, como así también el hecho de que la pena de presidio incluyera trabajos denigrantes e innecesarios mientras que las de prisión y de arresto no incluyeran trabajo (25). En una nota al pie de su proyecto, Tejedor replicó la opinión de Adolphe Chauveau sobre las penas de presidios y penitenciaría: sobre la primera sostuvo que, cuando los legisladores se decidían a hacer trabajar en público a un condenado era porque suponían «extinguido en él todo sentimiento de honor, y que ya no hay esperanza de reformarlo». Sobre los condenados a penitenciaría, por el contrario, afirmó que había todavía esperanza de que volviera «al camino del bien». Sin embargo, aunque la reclusión se hubiera convertido en la pena por excelencia de las «sociedades civilizadas» sostuvo –parafraseando a Chauveau– que el sistema penitenciario no era más que un modo de aplicación de esta pena (26). Tanto su novedad como «la diversidad de procedimientos empleados» y hasta «ensayos infructuosos» le habían suscitado muchos adversarios a la penitenciaría:

«Unos han pensado que la regeneración de los condenados no era más que un sueño brillante de una crédula filantropía. Otros después de exagerar los efectos del sistema, lo han desdenado cuando han visto que no podían realizar sus locas esperanzas. No pocos, en fin, han creído que la dulzura del régimen penitenciario no ejerza una represión suficiente, y que los condenados encontrasen en la prisión demasiados agrados. La cuestión estaba mal sentada. El fin del sistema penitenciario no ha sido nunca, ni podía ser el de regenerar radi-

(25) RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.*

(26) TEJEDOR, Carlos (1866), *Proyecto de Código Penal...op. cit.* pp. 107-108.

calmente á los condenados, revestirlos de una pureza primitiva, y hacer de ellos gentes honradas en toda la extensión de la palabra. Su fin es impedir la reincidencia, y si pudiera alcanzarse completamente, sería para la sociedad una gran ventaja» (27).

En noviembre de 1868, un año después de la publicación del segundo tomo del proyecto, el presidente Sarmiento encargó a una comisión formada por tres juristas – José Roque Pérez, Marcelino Ugarte y Manuel Quintana– su revisión en vistas de presentarlo al Congreso. Por diversas razones, el trabajo fue pospuesto por varios años y la comisión terminó siendo integrada por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García. En 1881 se publicó la labor de revisión que modificó casi completamente el proyecto original, basándose en el código español de 1870 (28). En lo que concierne a las penas, fue más severo, ya que elevó los mínimos y máximos de todas las penas de privación de libertad presidio de doce a veinte años, penitenciaría de cinco a veinte, prisión de uno a seis y arresto de un mes a dos años. Si bien redujo las veinte penas del proyecto de Tejedor a doce, en lo que concierne a los tipos de penas privativas de la libertad, agregaron algunos artículos que permitían a las provincias sin penitenciarías conmutar aquella pena por la de prisión –sin trabajo– y el artículo 67.º equiparó el cumplimiento de tres días de prisión por dos de penitenciaría. Respecto a la pena de prisión, mantuvo su conmutación por la de servicio a las armas, previo asentimiento del encausado (artículo 69.º) y, en la pena de arresto, incluyó su cumplimiento en cárceles, policía o cuerpo de guardia según los casos o, en el caso de mujeres y personas valetudinarias, en sus propias casas (artículos 71.º y 72.º).

Si bien el proyecto de Villegas, Ugarriza y García no llegó a ser considerado por el Congreso nacional, la provincia de Córdoba lo adoptó con algunas modificaciones en agosto de 1882 (29). Los cambios consistieron en hacer más rigurosas las penas en los artículos referidos a los intentos de suicidio y complicidad: se incorporó la pena de penitenciaría menor para el cómplice y la reclusión «en lugar seguro» de hasta un año y medio para el que intentara suicidarse. Asimismo, en los artículos referidos al delito de duelo, se adjudicó a due-listas y padrinos penas de arresto mayor, prisión menor y mayor y

(27) TEJEDOR, Carlos (1866), *Proyecto de Código Penal...op. cit.* pp. 107-108.

(28) ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro (2005), *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, p. 249.

(29) Para un análisis del empleo del Código Penal cordobés entre 1883-1886, véase ROSSO, Matías (2012), *La Codificación del Derecho Penal Argentino. La aplicación del primer Código Penal en la Provincia de Córdoba. 1867-1886*, Tesis de Maestría inédita de la Università Degli Studi di Messina.

presidio menor, dependiendo de la gravedad de las heridas o la muerte de uno de los implicados. En la provincia de Buenos Aires, una de las primeras provincias en adoptar el proyecto de Tejedor, el texto complementó la labor de reorganización de la justicia inaugurada con la reforma constitucional de 1873 y de la policía en 1878 (30). Gisella Sedeillán ha demostrado cómo, a partir de la implementación del código, la prisión preventiva se convirtió en la pena por excelencia del sistema penal. Esa sería una de las razones por las cuales el proyecto presentado en 1891 –a sólo cuatro años de la puesta en vigor del primero– introdujera la institución de la libertad condicional en sustitución del denominado «derecho de gracia» del código de 1886 (31).

2. Sanción y puesta en vigor del primer Código Penal

En 1885, cuatro años después de la presentación del proyecto de Villegas, Ugarriza y García, el Congreso retomó el debate sobre la codificación penal. No obstante, fueron precisamente las innovaciones de aquella comisión las que inclinaron a los parlamentarios a no tenerlo en cuenta. Finalmente se decidió descartarlo al considerar que el ensayo de combinar la propuesta de Tejedor con nuevas legislaciones europeas sólo había logrado crear contradicciones. Para congresales como Bernardo Soveyra, resultaba imposible fundir en un sólo código leyes de pueblos de «raza distinta, de tradiciones diferentes y de costumbres distintas» (32). Según la opinión de la comisión encabezada por Soveyra era mejor trabajar sobre el proyecto original de Tejedor, porque el de Villegas, Ugarriza y García carecía de unidad y adolecía de «confusiones grandes, divisiones erradas, que no podían servir de base a la confección de un código» (33). De esa manera la comisión parlamentaria se dedicó a exclusivamente a revisar el proyecto de Tejedor con el fin de quitarle sus «imperfecciones más notables» y proponerlo para su sanción.

En octubre de 1885 la Cámara de Diputados trató el despacho de la Comisión de Códigos, que recomendó la sanción del proyecto de

(30) CORVA, María Angélica (2014), *Constituir el gobierno, afianzar la justicia. El Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires (1853-1881)*, Rosario, Prohistoria.

(31) SEDEILLÁN, Gisela (2012), *La justicia penal en la provincia de Buenos Aires. Instituciones, prácticas y codificación del derecho (1877-1906)*, Buenos Aires, Biblos, p. 145; CESANO, José Daniel (2009), «Notas para la comprensión de una hipótesis interpretativa sobre la libertad condicional», en *Horizontes y convergencias*, s/n, s/p.

(32) DUVE, Thomas (1999), «¿Del absolutismo ilustrado...» *op. cit.*

(33) DUVE, Thomas (1999), «¿Del absolutismo ilustrado...» *op. cit.*

Tejedor, fundado en su vigencia en la mayor parte de la República por sanción de las legislaturas provinciales (34). La intención de la comisión no fue presentar un plan integral de reformas sino sólo algunas propuestas que mejoraran el proyecto. Según el diputado Solveyra, el código se iría modificando paulatinamente a medida que su aplicación fuese exhibiendo sus errores (35). En lo que respecta a las penas privativas de la libertad, la comisión disminuyó los mínimos y máximos propuestos por Tejedor a la vez que introdujo los tiempos indeterminados: presidio de tres a quince años o indeterminado, penitenciaría de tres a quince años o indeterminada, prisión de uno a tres años y arresto de uno a doce meses.

En noviembre de 1886, un año después del despacho de la comisión y luego de casi veinte años de su redacción original por Tejedor, se sancionó la Ley Nacional n.º 1920, que estableció como código penal de la República al proyecto modificado por la Comisión de Códigos. De esta manera entraría en vigor en 1887 un texto redactado casi integralmente en la década de 1860 sobre la base de modelos teóricos provenientes del absolutismo ilustrado tardío. Los enormes cambios materiales y culturales que tuvieron lugar en la Argentina hicieron aún más difícil su aplicación. En el tiempo que pasó desde la redacción del texto original hasta que fue sancionado la población del país creció de un millón y medio de habitantes a más de cuatro millones, una de las mayores tasas de crecimiento del mundo para ese período (36). El aumento, que en buena parte estuvo sustentado por la inmigración masiva, supuso notables cambios culturales y materiales derivados de, entre otros factores, el incremento de la población urbana, la inserción del país en el comercio internacional, la consolidación del mercado interno y la incipiente industrialización en los mayores centros urbanos. Los principales núcleos urbanos se transformaron completamente en los años que separan los dos primeros censos nacionales (1869 y 1895). Las poblaciones de Buenos Aires y Santa Fe se cuadruplicaron, mientras que las de Tucumán y Córdoba se duplicaron, por citar sólo algunos ejemplos. En términos absolutos, la población urbana del país pasó de 600.000 a 1.690.000 habitantes, mientras que la población rural pasó de 1.100.000 a 2.260.000 habitantes. El aumento de la población urbana sobre la rural junto al aporte

(34) Rosso, Matías (2012), *La Codificación del Derecho Penal... op. cit.* La comisión estaba conformada por el ministro de Justicia, Filemón Posse, y por los diputados Isaías Gil, Mariano Demaría, Bernardo Solveyra y Félix Gómez.

(35) Rosso, Matías (2012), *La Codificación del Derecho Penal... op. cit.* p. 43.

(36) *Segundo Censo de la República Argentina. 1895 (1898)*, Buenos Aires, Taller Tipográficos de la Penitenciaría Nacional, p. XXI.

de la inmigración masiva –para 1895 un cuarto de la población eran inmigrantes– trajeron aparejados enormes cambios, a la vez que el número de varones superaba holgadamente al de mujeres. Todo este conjunto de notables transformaciones que experimentó el país en el último tercio del siglo XIX, contribuyó a que el código preparado por Carlos Tejedor resultara inadecuado para la realidad social en la que entró en vigor (37).

En líneas generales, este primer momento codificador mostró señales de continuidad pero también de cambios considerables (38). El solo hecho de iniciarse la codificación penal y procesal penal dio lugar a una ampliación del debate jurídico respecto de conveniencia y factibilidad de la instalación de un sistema normativo basado en la privación de la libertad como pena central (39). Aunque en este primer momento no se concluyó el proceso de unificación legal –al subsistir la Ley Nacional n.º 49–, se dieron pasos importantes en ese sentido (40). De la misma manera, el penitenciarismo, aunque fuese cuestionado por el propio autor del proyecto de código, ya se había instalado en buena parte de la opinión pública como la institución

(37) Sobre la adecuación de los códigos a las diferentes realidades sociales puede verse CARONI, Pio (2013), *Lecciones de historia de la codificación*, Madrid: Universidad Carlos III.

(38) El universo jurídico de este primer momento era eminentemente tradicional. Agüero y Rosso han sugerido que el período transicional en el que las provincias adoptaron el código de Tejedor puede ser un buen observatorio de codificación sin «cultura de código». AGÜERO, Alejandro y Rosso, Matías (2018), «Codifying the Criminal Law...», *op. cit.*, p. 308. Dialogan con GARRIGA, Carlos y SLEMIAN, Andréa (2013), «Em trajes brasileiros»: justiça e constituição na América ibérica (c. 1750-1850) », en *Revista de História São Paulo*, n.º 169, pp. 181-221.

(39) Para fines del siglo XIX, la Argentina tenía un código penal nacional pero no una institución nacional de control de su comprensión y aplicación. A comienzos del siglo XX, la Corte Suprema de la Nación asumió aquella función al ampliar su competencia constitucional de forma casuística cuando comenzó a admitir acciones extraordinarias contra «sentencias arbitrarias», como último recurso para casos que involucrasen violaciones manifiestas a los códigos sustantivos por parte de los tribunales provinciales. AGÜERO, Alejandro y Rosso, Matías (2018), «Codifying the Criminal Law...», *op. cit.*, p. 317. Cit. CARRIÓ, Genaro y CARRIÓ, Alejandro (1995), *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria: en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

(40) La Ley Nacional n.º 49 de «Delitos cuyo juzgamiento compete a los tribunales nacionales (1863)» fue un suerte de «listado de tipos de delitos federales sin parte general. La parte general y los delitos de competencia ordinaria quedaban sometidos a una especie de *common law* regido por las viejas leyes españolas coloniales, en todo lo que no fuera incompatible con la Constitución Nacional, según jurisprudencia de la primera Corte Suprema de Justicia de la Nación». ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro (2005), *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires, Ediar, pp. 248-249.

penal más apropiada para un país *civilizado* (41). Aun con todas sus falencias, el código de 1886-1887, acompañó los primeros pasos de la reforma penitenciaria argentina, y constituyó un soporte legal –a la vez que un aliciente– para las primeras construcciones penitenciarias del país (42).

III. DE LA CRÍTICA A LA REFORMA. EL SEGUNDO MOMENTO CODIFICADOR (1890-1921)

Hacia 1890, «los años de silencio» de la comunidad jurídica sobre los problemas del código penal incomodaban a Rivarola y lamentaba que no se hubiera suscitado una discusión sobre el código aprobado en 1886. En su opinión, la sanción sin debate no había sido más que «el esfuerzo de un ministro de justicia laborioso», Filemón Posse, lo suficientemente inteligente y hábil para convencer a los parlamentarios de que jamás se dictaría la ley penal nacional si pretendían discutirla (43).

Entre los mayores problemas del código, Rivarola señaló que intentaba limitar el delito sin ir más allá de la proporcionalidad de las penas. A su criterio, mientras la acción estatal se ejercitase solamente imponiendo por cada delito el mal que estime necesario en compensación del que se produjo, continuaría aconteciendo aquel fenómeno que hacía creer en la ineficacia de los códigos penales: que la criminalidad aumentaba «a despecho de las más artísticas clasificaciones y de las más proporcionadas penas de los códigos» (44). Asimismo, Rivarola postuló que la acción del Estado también debía dirigirse hacia los fraudes financieros y administrativos ignorados por Tejedor. Era fundamental detener al «miserable» que se enriquecía mediante defraudaciones que estaban «en la conciencia de todo el mundo, pero que nadie puede probar [...] amparado por una sociedad que rinde culto a sus riquezas». Las notables diferencias entre las preocupaciones del Rivarola *fin-de-siècle* y el ilustrado Tejedor. A Rivarola le preocupaba la corrupción: «los límites entre el *negocio* y el robo son cada vez más indefinidos, y muchos hombres roban con la más firme convicción de

(41) CAIMARI, Lila (2004), *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*, Buenos Aires, Siglo XXI, p. 48.

(42) Al respecto puede verse GARCÍA BASALO, Alejo (2017), *Para seguridad y no para castigo. Origen y evolución de la arquitectura penitenciaria provincial argentina (1853-1922)*, Tucumán, INIHLEP.

(43) RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* pp. V-XIX.

(44) RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* pp. V-XIX.

que han *negociado*; el código penal no habla de los negocios, y los jueces están bien convencidos de que sólo deben ocuparse de los robos» (45).

En lo que se refiere específicamente al repertorio de penas, sostuvo que se trataba de la parte más difícil en la preparación de un código. Partidario de la abolición de la pena de muerte, señaló que su inclusión en el código no había hecho más que contribuir al trastorno del sistema penal ya que era «completamente ineficaz a los propósitos que podría procurarse al sancionarla; de manera que, aún sin discutir su legitimidad, aún sin cuestionar su eficacia (teórica) debe tenérsela por inútil y perjudicial y borrársela de la escala penal» (46). Citando a Enrico Ferri, Rivarola sostuvo que la pena de muerte en la Argentina —donde casi no se aplicaba— cumplía la misma función que un espartapájaros: «al principio los pájaros los toman por hombres y se asustan: pero luego, descubierto que, aún comiendo el grano sembrado, los fanchos no se mueven, pierden el miedo y saltan alrededor». Finalmente propuso su reemplazo por la pena de prisión perpetua. Sobre la pena de destierro, señaló que, si bien pudo haber sido —en otras épocas y en otros países— una pena muy grave, ya había perdido completamente ese carácter por las características de la civilización moderna y por la abolición de la confiscación de bienes que le era accesoria. En el mundo moderno, según Rivarola, nadie era extranjero sino «para el ejercicio de derechos políticos, y éstos no consisten en nuestra actualidad, en otra cosa que en gozar de la benevolencia y la amistad de los que mandan, sea que en ello tengan la culpa los gobiernos, sea que la tengan los partidos o los individuos faltos de aspiraciones puras» (47).

Respecto a las penas privativas de la libertad, afirmó que, al dictar un código para toda la Nación, el Estado debía asegurar a las provincias las condiciones para su cumplimiento. Es decir, sin vulnerar la

(45) Las itálicas son del texto original. RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* pp. V-XIX.

(46) RIVAROLA, Rodolfo (1888), *Crítica de la pena de muerte en el Código Penal argentino*. Buenos Aires, Coni.

(47) RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* pp. 373-374. El destierro se empleó en Tucumán al menos hasta 1918: «Tucumán, 21 de septiembre de 1918. En uso de la facultad conferida al P. E. por el artículo 103, inciso 10 de la Constitución; vistos los informes favorables producidos por la Dirección de la Cárcel Penitenciaria en el sentido de la conducta y de los hábitos de trabajo demostrados por los penados que a continuación se nombra; y en ocasión de la Batalla del Campo de las Carreras, el Gobernador de la Provincia decreta: Art. 1.º Indúltase a los penados [14 varones y 3 mujeres]; Art. 2.º Conmútase por destierro por el tiempo que les falta para cumplir sus condenas a [nombra cuatro penados y otorga otras conmutaciones por penas menores]». *BOPT*, 1918, septiembre, p. 2974.

autonomía provincial de juzgar, debía encargarse de la fundación de establecimientos a los que cada provincia pudiera remitir los criminales que había juzgado. Construir prisiones era, entonces, una consecuencia necesaria de la facultad de la Nación de dictar el código penal, ya que a la facultad de imponer a las Provincias el uso de determinadas clases de pena, debía «correr anexo el deber de proveer los medios de hacerlas efectivas. Y este deber entra precisamente en los fines de la unión nacional». Asimismo, Rivarola argumentó a favor de la simplificación del repertorio de penas mediante la unificación de las penas de presidio y penitenciaría en una sola, porque las consideraba casi idénticas, con la diferencia de que la primera estaba supuestamente destinada a «incurables». También cuestionó la contradicción de que hubiera incurables a quienes se devolviera la libertad a los tres años de presidio y «curables» a quienes se tuviera en penitenciaría por tiempo indeterminado. Para tal fin, sugirió estudiar la reincidencia para determinar la «incurabilidad» y, al mismo tiempo, sostuvo que el concepto de reincidencia del código de 1887 era inútil, ya que un delincuente no era reincidente sino cuando cometía delitos de la misma especie o penados con castigo igual o mayor que el último delito (48).

La naturaleza de los trabajos del presidio «duros y penosos», agregó, no era más que una «crueldad inútil y detestable, aún tratándose de hombres fuertes y vigorosos» y una «refinada crueldad» si se hubiera considerado su aplicación a mujeres, ancianos y niños (49). Asimismo, tanto el presidio como la penitenciaría eran susceptibles de agravaciones como la reclusión solitaria en los aniversarios del crimen. La consecuencia lógica era que los reglamentos de las penitenciarías no podrían adoptar como regla general la reclusión solitaria. En líneas generales, consideró que la escala penal del código era manifiestamente viciosa, porque multiplicaba sin sentido el número de establecimientos penales de difícil creación en todas las provincias. Para Rivarola había que observar el código penal uruguayo, ya que ese país, cuyas costumbres y condiciones sociales podían «reputarse los de una provincia argentina», había adoptado un sistema de penas privativas de la libertad mucho más sencillo (50). Las penas privativas de la libertad eran solamente dos: prisión –de tres meses a dos años– y penitenciaría, de dos a treinta años.

A Rivarola lo perturbaba notoriamente lo que a Tejedor le había parecido importante sostener: los elementos jurídicos de raigambre

(48) RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* pp. 335-336.

(49) RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* p. 339.

(50) RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* p. 336.

tradicional. En las penas de presidio y penitenciaría del código de Tejedor, los condenados tenían «derecho a solicitar gracia» si, pasado cierto término, diesen «pruebas de reforma positiva». Aquella pervivencia del derecho indiano fue fuertemente rechazada por Rivarola ya que, en su opinión, carecía de sentido si el *derecho de pedir* no importara la *obligación de otorgar*. La reducción de pena por cumplimiento de condiciones establecidas, sostenía, era un *acto de justicia*, no de *gracia*. Además cuestionó qué debía entenderse por «reforma positiva», ya que la buena conducta durante una parte de la pena no constituía, a su juicio, motivo suficiente para una remisión absoluta o incondicional del resto. En este sentido, propuso sustituir el pedido de gracia por el otorgamiento de libertad condicional y fundamentó su propuesta en la imposibilidad de presumir que la buena conducta anulase el delito cometido: «la buena conducta solo autoriza una mera presunción de seguridad para lo futuro, presunción que debe desaparecer ante la prueba manifiesta de la mala conducta. Será siempre un poderoso freno moral para el delincuente saber que la puerta de la cárcel ha quedado abierta para él, cuando su pena no ha sido totalmente cumplida» (51). Por otra parte, Rivarola observó que la pena de prisión tal como se cumplía por entonces «en las cárceles de detenidos y en la sociedad de los delincuentes de todo género, es una escuela de vicios y de infamia. Detenidos y condenados viven en la más completa holgazanería, y la cárcel es el club social de los criminales de toda especie. La dignidad de los inocentes detenidos, y aún de los autores de delitos leves, exige que se adopte respecto de ellos el régimen de aislamiento, suavizando este rigor que solo tiene por fin su propio beneficio, con facilitarles la sociedad de personas libres» (52). Sobre la pena de arresto sostuvo que, al poder cumplirse en cárcel, constituía una pena exactamente igual a la de prisión. En ese sentido, no habría necesidad de contar con un tipo de pena más, una denominación más en la escala penal, cuando la naturaleza de la pena no difería. Hubiera bastado bajar el mínimo de prisión a un mes y disponer que cuando la prisión fuera menor de un año pudiera cumplirse en «cárcel, policía o cuerpo de guardia, y en sus casas las mujeres honestas y las personas ancianas y valetudinarias». Su última observación

(51) RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* p. 370.

(52) Es notorio el hecho de que Rivarola defendiera la conmutación de la pena de prisión por el servicio de armas: «El Código no ha consignado algunas disposiciones que traía el proyecto Tejedor, y que podían considerarse justas y útiles. La pena de prisión podía conmutarse en servicio a las armas por el término de su duración, si los condenados fuesen solteros y no tuviesen medios con que subsistir». RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* p. 372.

respecto de las penas privativas de la libertad fue que el código de Tejedor no reglamentó su ejecución. En ese sentido, la crítica de Rivarola dio un paso más hacia la afirmación del paradigma penitenciario al señalar la ausencia en el código de la determinación del tipo de régimen penitenciario, la omisión acerca del tipo de reclusión –si sería celular o grupal– o si el trabajo sería individual o en común. Al no determinar los principios del régimen, se dejó a cada establecimiento la potestad de redactar su propia reglamentación, con los problemas que eso podría traer aparejado, y se permitió «el ensayo de sistemas sobre los cuales no está agotada la discusión, y que cambiarán de un punto a otro según las necesidades locales» (53).

La potente y extensa crítica de Rodolfo Rivarola ejemplificó lo que Thomas Duve denominó como el «salto teórico» que sincronizó el debate jurídico argentino con el internacional, hasta entonces desfados (54). A partir de la publicación de la *Exposición y crítica del Código Penal* de Rivarola en 1890, se desarrolló una lenta pero persistente puja por modificar el código penal. Ese mismo año el presidente de la Nación, Miguel Juárez Celman, le encomendó a Rivarola, José Nicolás Matienzo y Norberto Piñero la redacción de un proyecto para reformar el código de Tejedor (55).

1. El repertorio de penas de los proyectos de 1891 y 1895

Rivarola, Matienzo y Piñero elevaron su proyecto de código penal en el año 1891, a tan sólo cuatro años de la entrada en vigor del código de Tejedor. Al elevarlo, expresaron que lo que había ocurrido con el código penal no había sucedido con ninguno de los otros códigos que el Congreso había dictado: no era la única fuente de derecho del país, sino un código para las jurisdicciones provinciales, puesto que seguía en vigor la Ley Nacional n.º 49. Era, en efecto, un código «impuesto» por las provincias a la Nación. A pesar de la férrea oposición de Rivarola, en el repertorio de penas del proyecto de 1891 se mantuvieron

(53) RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* pp. 338-339.

(54) Rivarola publicó sus observaciones sobre el código tan sólo cuatro años después de su sanción RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* Sobre el «salto teórico», puede verse: DUVE, Thomas (1999), «¿Del absolutismo ilustrado...» *op. cit.*

(55) En el decreto firmado por el presidente se afirmó que, «según lo habían comprobado el estudio y la jurisprudencia de los Tribunales», el código penal vigente adolecía de defectos que resultaba «indispensable hacer desaparecer, por los peligros que entrañan para la sociedad y para los que sufren especialmente su aplicación». Decreto del Poder Ejecutivo Nacional del 7 de junio de 1890.

las penas de muerte y de destierro (56). Las penas privativas de la libertad fueron reducidas a dos: presidio, entre diez y veinticinco años o perpetuo, y penitenciaría, entre un día y quince años (57). Para los reincidentes se dispuso la pena de deportación, que consistía en la reclusión por tiempo indeterminado en la Isla de los Estados u otra isla (58).

En lo que refiera a las condiciones de ejecución de las penas privativas de la libertad, se estableció que los condenados a presidio estuvieran sujetos a reclusión celular en las horas destinadas al sueño y a la alimentación, siendo reunidos durante el día para el trabajo, dentro o fuera del establecimiento. Los reglamentos de los presidios podrían imponer, entre las correcciones disciplinarias, la reclusión absoluta por un término que no excediera los treinta días, durante los cuales los reclusos trabajarían en sus celdas. Respecto a la pena de penitenciaría, debería cumplirse en establecimientos especiales con reclusión celular durante las horas que no destinasen al trabajo y a la instrucción (59). Cuando la condena no excediera un año, podría cumplirse en una sección apartada de las «cárceles de detenidos», es decir, de la policía, siempre que el condenado no fuera reincidente. Cuando no excediera de dos años podría sustituirse a petición del condenado por la de multa, a razón de cuatro a diez pesos por cada día de condena, salvo en los casos en que se dispusiera expresamente lo contrario.

La «gracia» del código de Tejedor fue sustituida por la figura de la libertad condicional, que podría solicitarse una vez cumplidos dos tercios del tiempo de condena, siempre y cuando el penado hubiera «observado con regularidad los reglamentos». Reunidos esos requisitos, obtendrían la libertad condicional, toda vez que obrara informe favorable de la dirección de la prisión, con audiencia del ministerio público. Si, en uso de su libertad condicional, el penado cometiese un nuevo delito, intentara evadirse o infringiera cualquiera de las condi-

(56) La ejecución de la pena de muerte sería por electricidad o fusilamiento.

(57) Según los autores del proyecto para establecer las condiciones de las condenas de presidio y penitenciaría se habían basado principalmente en los códigos de Italia y Uruguay. *Proyecto de Código Penal para la República Argentina* (1898 [1891]), Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, p. 8.

(58) La isla de los Estados está ubicada 24 kilómetros al este de la isla Grande de Tierra del Fuego, en el extremo austral del país.

(59) El término «penitenciaría», según los autores del proyecto, no era una pena sino «un régimen penal». La denominación se mantuvo debido a que ya se hallaba «consagrada en nuestros códigos y proyectos y hemos creído útil y aún necesario conservarla en su acepción nacional. La penitenciaría como pena es análoga a la que en el Código de Baviera se llamaba casa de trabajo penal: a la detención en el código italiano, a la reclusión del húngaro, etc.». *Proyecto de Código Penal para la República Argentina* (1898 [1891])... *op. cit.*, p. 36.

ciones establecidas a tal fin, sería remitido inmediatamente a la cárcel para el cumplimiento efectivo de la condena. A diferencia del código de 1886, el proyecto de 1891 hizo expresa la separación edilicia entre hombres y mujeres (60). Asimismo, introdujo la noción de gradualidad en el Derecho penal argentino, con la incorporación de salidas para trabajar en el exterior después de haber cumplido un tercio de la condena. Respecto al producto del trabajo, se unificaron los criterios para todos los condenados a reclusión, a diferencia del código de Tejedor, que distinguía entre los beneficios del trabajo de presidiarios y penitenciarios. El peculio se emplearía para la indemnización de los daños causados por el delito, la prestación de alimentos a la familia del detenido, los gastos del establecimiento y del proceso y a la formación de un fondo propio que se entregaría una vez cumplido el tiempo de la condena.

La introducción de la figura de la deportación en el repertorio de penas significó un endurecimiento respecto al anterior código. Inspirada en la ley francesa de relegación de 1885, sería el castigo para los reincidentes con el fin, según los autores, de sustituir «la gira», medida extrema e ilegal consistente en tomar a los ladrones conocidos y tenerlos por varios días en diferentes comisarías de la ciudad de Buenos Aires con el fin de que fueran conocidos por los agentes policiales (61). Según los autores del proyecto, habría reincidencia siempre que el condenado por sentencia firme –aunque hubiera mediado indulto o conmutación– cometiera un sólo hecho punible de cualquier naturaleza (62). En ese punto se introdujo la única causa de aplicación de la pena de muerte: para el que, habiendo sido condenado a presidio perpetuo, reincidiera en un delito por el que mereciera la misma pena, es decir dos condenas a presidio perpetuo, algo sumamente improbable (63).

En síntesis, los cambios respecto al código sancionado en 1886 fueron notorios y podría concluirse que se observó, aunque de modo

(60) Artículo 31.º del *Proyecto de Código Penal para la República Argentina (1898 [1891])... op. cit.*

(61) Para un análisis de la pena de relegación en México y los «delinquentes natos» puede verse: PULIDO ESTEVA, Diego (2017), *Las Islas Mariás. Historia de una Colonia Penal*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia.

(62) Los tipos de reincidencia castigados con la deportación eran los siguientes: dos condenas a presidio; una condena a presidio y dos a penitenciaría; cuatro condenas a penitenciaría; cuatro condenas de las cuales una sea a presidio; cinco condenas de las cuales dos sean a penitenciaría y siete condenadas inferiores a presidio o penitenciaría.

(63) Los autores ensayaron un sistema que, en sus propias palabras, no había sido empleado en ningún código del mundo. Era prácticamente la abolición de la pena de muerte al hacerla casi inaplicable.

parcial, un considerable acercamiento teórico hacia el paradigma penitenciarista. En ese camino se puede mencionar la simplificación de la escala penal privativa de la libertad, la anulación de la posibilidad de la conmutación de la prisión por el servicio de armas, la reglamentación de la reclusión celular durante la noche, la separación de hombres y mujeres, la disposición de salidas durante el día a quienes cumplan la tercera parte de la condena a penitenciaría y la libertad condicional. Sin embargo, se mantuvo la pena de muerte, el destierro y se agregó la deportación. La cámara de Diputados aprobó el proyecto con modificaciones en septiembre de 1895 (64). Entre las modificaciones, la cámara de diputados agregó una disposición transitoria que permitía a las provincias que no tuvieran penitenciarías mandar sus penados a más de cinco años a cumplir la condena a la Penitenciaría Nacional. Por razones que se desconocen, el proyecto nunca llegó a ser discutido en la cámara de Senadores y no prosperó.

Ese mismo año de 1895, el jurista Lisandro Segovia publicó un proyecto de código penal en el que realizó diversas observaciones críticas al proyecto de 1891 (65). En lo que refiere a las penas de reclusión, Segovia también propuso dos: presidio, de cuatro a quince años e indeterminado, y penitenciaría, de un día a quince años e indeterminada. El resto del elenco penal estaba compuesto por las penas de muerte, destierro, deportación, multa, inhabilitación y suspensión. El proyecto establecía que, cuando la pena no excediera de dos años, podría cumplirse en una sección especial de la cárcel de detenidos, salvo el caso de reincidencia en algunos delitos. Las mujeres y los menores de edad cuyas penas no excedieran los seis meses podrían cumplirlas en sus casas. En caso de transgresión deberían cumplir toda la pena en la penitenciaría. Los condenados a presidio o penitenciaría por tiempo indeterminado que hubiesen observado con toda regularidad los reglamentos del establecimiento o dado pruebas de reforma positiva, después de cumplir quince años de condena, tendrían «derecho a pedir gracia del P. E. del resto de la pena». Para los condenados con tiempo determinado se concedía el mismo derecho una vez cumplidos dos tercios de la condena en el caso de presidio y la mitad en el de penitenciaría. Segovia argumentó el mantenimiento de la gracia en lugar de la libertad condicional porque aunque estuviera «en boga en Europa, creo que entre nosotros se convertiría en la

(64) Los diputados Tomás Luque, R. Carol y M. Demaría votaron en disidencia respecto de la pena de muerte y el aumento de las penas de presidio y penitenciaría.

(65) Debo agradecer especialmente a María Angélica Corva por su colaboración para consultar la documentación en la Biblioteca Central de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

práctica en una libertad pura y simple». No obstante sí decidió incluir la condena condicional en casos de penas privativas de la libertad que no pasasen de un año, de destierro que no excediera los dos años o de multa no mayor de dos mil pesos. A diferencia del proyecto de 1891, éste –que no había sido encargado por el gobierno– no llegó a ser tratado en el congreso.

Con el paso de los años, al no tratarse ningún proyecto integral, algunos miembros del Congreso propusieron reformas parciales. En 1900, el código de 1886 fue reformado mediante la Ley Nacional n.º 3.900 que modificó los artículos sobre las penas por delitos contra la propiedad (66). La segunda reforma, mucho mayor que la primera, se produjo en 1903 e hizo realidad buena parte de las propuestas de Rivarola, Matienzo y Piñero. Mediante la Ley n.º 4.189, sobre un despacho de la comisión integrada por los diputados Argerich, Moreno y Sánchez con las modificaciones recomendadas por la comisión integrada por los senadores Palacio, Mansilla y Pellegrini. Esta ley derogó de la parte general del código los artículos referidos a voluntad criminal, delitos consumados y frustrados, tentativas, reemplazó los artículos sobre complicidad, modificó los artículos sobre las penas en general, las clases de penas, agravantes y prescripción. De la parte especial se modificaron buena parte de los delitos tipificados y se agregó un nuevo título sobre delitos no considerados en el proyecto de 1886 (67).

Si bien la reforma de la parte especial incluyó un uso mucho más extendido de la pena de penitenciaría, revalorizándola respecto al texto original, nos interesa particularmente los cambios introducidos en los artículos 54.º a 75.º, puesto que se modificaron las clases de penas y se agregó la deportación con el fin de castigar la reincidencia.

(66) Artículos 190.º y 191.º REMORINO, Jerónimo (Dir. 1954), *Anales de Legislación Argentina. Complemento años 1889-1919*, Buenos Aires, La Ley, p. 478.

(67) De la parte especial se modificaron los artículos 94.º a 106.º y 119.º a 121.º (homicidio, infanticidio y lesiones), 127.º a 138.º (violación, estupro, corrupción de menores, rapto), 168.º a 172.º (amenazas y coacciones), 178.º a 182.º (calumnias e injurias), 187.º a 195.º (robos y hurtos), 208.º a 212.º (incendios y otros estragos), 245.º y 246.º (prevaricato), 266.º a 268.º (malversación de caudales públicos), 280.º a 282.º (falsificación de documentos), 286.º y 287.º (falso testimonio). En el nuevo título se incluyó: «1.º El obligare a un obrero, con violencia o amenaza a tomar parte en una huelga; 2.º El que impidiere o estorbare la celebración de una función o ceremonia de algún culto; 3.º El que impidiere o turbare una reunión lícita; 4.º El que para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes hiciere señales o diere gritos de alarma o hiciere estallar materias explosivas (si el hecho no importare un delito mayor) o amenazare con un desastre de peligro común; 5.º El que tomare parte en cualquier asociación o banda destinada a cometer delitos». REMORINO, Jerónimo (Dir. 1954), *Anales de Legislación Argentina. Complemento años 1889-1919... op. cit.* p. 603.

Asimismo, se derogaron los trabajos «duros y penosos» para los condenados a presidio y se agregó la obligación del trabajo a los condenados a prisión, equiparando completamente esa pena a la de penitenciaría. En los hechos, presidio, penitenciaría y prisión casi pasaron a constituir un solo tipo de pena mientras que la pena de arresto quedó como el único tipo de reclusión sin trabajo.

2. La privación de la libertad en la reforma integral del código

A pesar de la importante reforma de 1903, la modificación integral del código parecía inminente. En los últimos días de 1904, el presidente Manuel Quintana firmó un decreto junto al ministro de justicia, Joaquín V. González, creando una nueva comisión de reforma (68). En la fundamentación del decreto se afirmó que el sistema penal en vigor carecía de estabilidad y de unidad ya que múltiples leyes regían simultáneamente, mientras que el código debía ser la única fuente en materia penal (69). La comisión fue compuesta por los juristas Francisco Beazley, Rodolfo Rivarola, Diego Saavedra, Cornelio Moyano Gacitúa y Norberto Piñero, el médico José María Ramos Mejía y José Luis Duffy, director de la Cárcel de Encausados de la Capital Federal.

En marzo de 1906, los miembros de la comisión elevaron un proyecto de unificación de las múltiples leyes penales de la república y de adopción de «algunas instituciones modernas, cuya eficiencia para el castigo o la corrección está abonada por la experiencia de las naciones que las han implantado». Asimismo, siguiendo la línea inaugurada por la comisión de 1891, el proyecto propuso una simplificación del sistema penal de modo que pudiera ser aplicado en toda la República «considerando sus elementos actuales» (70). Se incluyó las institucio-

(68) Decreto del PEN 19-12-1904. Las tareas asignadas a la comisión fueron las siguientes: a) revisión del Código Penal; b) revisión de las leyes de organización de la justicia ordinaria en la Capital de la República; c) revisión del Código de Procedimientos en lo Criminal de la Capital; d) revisión y codificación de las leyes de justicia federal, dictadas hasta 1904, comprendida la Capital y Territorios Nacionales y e) bases para una convención en que se establezca la correlación de las leyes de organización y procedimiento judicial de la Nación y de las Provincias en materia civil, comercial y penal.

(69) Se refieren a la inclusión en el código penal de los todos los delitos previstos en diferentes leyes nacionales. No sólo los previstos por la ley n.º 49 (De delitos de competencia federal) sino también por las leyes n.º 3.972 (represión de la falsificación de moneda) y n.º 3975 (marcas de fábrica, comercio y agricultura), entre otras disposiciones, como las relativas a ferrocarriles, correos y telégrafos, régimen electoral, etc.

(70) *Proyecto de Código Penal para la República Argentina* (1906), Buenos Aires, Tip. de la Cárcel de Encausados, p. XIV.

nes de la condenación y libertad condicional, ambas implantadas «con reconocido éxito en Francia y en Bélgica» y consideradas como «verdaderas conquistas del derecho penal moderno» ya que, supuestamente, conseguirían «apartar de la carrera del crimen a muchísimos delincuentes ocasionales» (71). Sobre la libertad condicional, sostuvieron que no había nada más justo –si el objeto principal de la pena era la reforma– que «suspender sus efectos, cuando ella ha dado los resultados buscados». Constituía además un sistema más completo y eficiente que el «derecho a pedir gracia» del código vigente que era prácticamente un oxímoron «porque derecho y gracia, son términos antinómicos» y mientras que la gracia extinguía completamente la pena y el penado quedaba «librado al freno único de su conciencia y de sus sentimientos», en el sistema de la libertad condicional, el condenado estaba «obligado á observar buena conducta durante todo el tiempo de la condena» (72). El mantenimiento de la pena de deportación, sugerida en 1891 e incluida al código por la reforma de 1903, fue justificado por su supuesta eficacia para combatir la reincidencia de quienes debían «considerarse incorregibles, y a quienes la sociedad en uso de su derecho, debe secuestrar por un tiempo indeterminado». También incorporaron la disposición de la Ley Nacional n.º 3.335 según la cual los reincidentes por segunda vez «sufrirían la pena en un paraje de los territorios del sud» (73).

La otra meta del proyecto fue conseguir una simplificación del sistema penal, disminuyendo el número de penas del código vigente, que establecía cuatro tipos de penas privativas de la libertad que requerían cada una de una edificación específica. Por esa razón se disminuyeron las penas, tal como establecían las expresiones «más avanzadas de la ciencia del Derecho Criminal»: los códigos penales de Holanda y Francia. La «tendencia moderna», revelada a los autores mediante esos textos, conducía hacia la unificación de las penas privativas de la libertad. La razón de esa tendencia era fácil de comprender: «la ciencia no respeta lo artificioso, lo que no descansa sobre bases estables, y si hay algo que pueda reputarse mero artificio es esta múltiple división de la misma pena, fundada en detalles sin importancia de su ejecución. La ciencia no ve en el régimen de esta clase de penas, sino lo que es esencial del régimen mismo, esto es, la privación de la

(71) *Proyecto de Código Penal para la República Argentina* (1906)... *op. cit.* pp. XV-XVI.

(72) *Proyecto de Código Penal para la República Argentina* (1906)... *op. cit.* p. XXIII.

(73) Ley nacional n.º 3.335 «Reincidentes: cumplimiento de penas en los territorios del Sur» (1895).

libertad, y la obligación del trabajo». Siguiendo a Oncko Van Swinderen y a Gabriel Tarde, los autores se pronunciaron a favor de la uniformidad de las penas privativas de la libertad en estos términos y sostuvieron que todo sistema penitenciario debía reposar sobre la doble base de la privación de la libertad y de la obligación del trabajo. Parafraseando a Tarde, agregaron que, tal como la dulcificación, la simplificación de las penas era una consecuencia de la civilización: «comparad la extravagante colección, el atroz museo de los antiguos instrumentos de barbarie, de suplicios y de tormentos sin número que llenan los anales del Derecho Penal, con la simplicidad con la uniformidad de nuestros medios represivos, que van siempre simplificándose y uniformándose: la muerte pura y simple, sin agravación, la multa, la prisión, el trabajo» (74). El proyecto de 1906 eliminó las penas de penitenciaría, de arresto y de destierro y estableció como penas privativas de la libertad al presidio con trabajos forzados, la prisión con trabajo obligatorio y reclusión celular y la detención sin obligación de trabajo (75). De esa manera, los autores creyeron dar un paso más hacia la unificación y simplificación, pero respetando «lo que está tradicionalmente arraigado en nuestra legislación, esto es, el trabajo forzado para el presidio, el trabajo común para las penas inferiores» (76). Asimismo, el proyecto distinguió entre delinquentes comunes y políticos ya que los segundos no debían ser tratados como los comunes, ni colocados en los mismos establecimientos o sometidos a la obligación del trabajo. La diferenciación se basaba en que los delitos políticos no necesitaban «ser reformados del punto de vista

(74) VAN SWINDEREN, Oncko (1891), *Esquisse du Droit Penal actuel dans les Pays Bas et al'étranger*, Groningen, Noordhoff y TARDE, Gabriel (1890), *La philosophie pénale*, Paris, Masson. Citados en *Proyecto de Código Penal para la República Argentina* (1906)... *op. cit.* pp. XXX-XXXI.

(75) Sobre el destierro, los autores decidieron su supresión ya que «en la actualidad dados los vínculos de estrecha amistad que nos unen á todos los países, ha perdido completamente su eficacia, y porque aparte de esto, es desigual y de muy difícil cumplimiento». *Proyecto de Código Penal para la República Argentina* (1906)... *op. cit.* p. XXXV.

(76) Sobre el empleo del trabajo forzado en Buenos Aires, puede verse: BARRENECHE, Osvaldo (2001), *Dentro de la ley, TODO. La justicia criminal de Buenos Aires en la etapa formativa del sistema penal moderno*, La Plata, Ediciones al Margen. Para los casos brasileños y chileno puede verse: en NUNES MAIA, Clarissa, SÁ NETO, Flávio, COSTA, Marcos y BRETAS, Marcos Luiz (Comps.), *História das prisões no Brasil...* *op. cit.*, pp. 111-154. y LEÓN LEÓN, Marco Antonio (2003), *Encierro y corrección...* *op. cit.* A nivel global puede acudirse a la obra de Para una exploración global sobre el trabajo penal forzado, puede verse: DE VITO, Christian y LICHTENSTEIN, Alex (Eds.2015), *Global convict labour*, Leiden-Boston, Brill.

moral. La pena no debe, pues, ser igual á la de los demás delincuentes, como no es igual el concepto social que unos y otros inspiran».

Ante el hecho de que algunas provincias no tuvieran o no pudieran crear y sostener los establecimientos penales que se requerían, el proyecto estableció que los condenados a presidio, prisión, deportación o detención, serían admitidos en los respectivos establecimientos nacionales. Finalmente, los autores del proyecto dejaron constancia de que, deliberadamente, no establecerían los principios de la ejecución de las penas. Según argumentaron, no quisieron establecer para el presidio y la prisión, más reglas que los trabajos forzados para el primero y el trabajo obligatorio y la reclusión celular para la segunda, porque entendían que era «de positivas conveniencias, que salvo aquellas reglas fundamentales, la organización y régimen de los presidios y prisiones, sea obra de leyes ó reglamentos especiales». Aquella decisión se basó en el hecho de que el régimen penitenciario era aún objeto de discusión y no había consenso suficiente para establecer la forma de la ejecución en la ley de fondo (77).

Por último, el proyecto incluyó todas las disposiciones de los títulos 1.º y 2.º de la Ley Nacional n.º 49, con algunas variantes de redacción, y agregó algunos preceptos que tendían a completar la materia. Entre ellos, la disposición que castigaba con las penas de la traición los actos de ese carácter ejecutados contra un país aliado, en guerra contra un enemigo común o revelar secretos concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o las relaciones exteriores de la Nación, entre otros (78). Asimismo, las penas para los delitos federales contempladas en el proyecto demostraron un avance mayor del penitenciarismo sobre el paradigma punitivo tradicional. Mientras que la Ley n.º 49 contemplaba pena de muerte, trabajos forzados, inhabilitación para cargos públicos, extrañamiento, multas, satisfacción pública o privada, suspensión de empleo y sueldo o servicio militar de las fron-

(77) Lo expresaron de la siguiente manera: «Si hay alguna cuestión palpitante en la actualidad, en la esfera del Derecho Penal, es indudablemente la que se refiere al régimen penitenciario. Ella preocupa á todos los gobiernos, es objeto de preferente atención de parte de todos los que se dedican al estudio de las ciencias sociales, y frecuentemente es discutida en congresos internacionales, que buscan con anhelo su mejor solución. Bien pues, si este es el estado de la cuestión, ¿para qué incorporar á una ley que debe ser relativamente permanente como el código penal, sistemas que todavía están en tela de juicio? ¿No importaría esto, en cierto modo, impedir ó dificultar la rápida implantación de los progresos que día á día se efectúan?». *Proyecto de Código Penal para la República Argentina* (1906)... *op. cit.* p. XXXIV.

(78) *Proyecto de Código Penal para la República Argentina* (1906)... *op. cit.* p. LXIII.

teras, el proyecto de 1906 sólo establecía penas privativas de la libertad e inhabilitación.

El proyecto ingresó a la Cámara de Diputados el mismo año de 1906 pero, por razones que desconocemos, no fue tratado hasta una década más tarde. En el año del Centenario de la Independencia, el diputado Rodolfo Moreno lo tomó como base para un nuevo proyecto de código penal, que sería aprobado por la cámara al año siguiente (79). Para su análisis se formó una Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados de la Nación y estuvo compuesta por Moreno, presidente, Antonio De Tomaso, secretario, y Carlos Pradere, Gerónimo Del Barco y Delfor Del Valle, vocales. Al igual que lo había hecho Rivarola en su *Exposición y crítica*, la comisión comenzó su trabajo señalando con preocupación el hecho de que la codificación penal se había realizado de manera incompleta en 1886 y que aún subsistían en la legislación nacional elementos dispersos y contradictorios que debían ser unificados en una sola ley. Asimismo, según los miembros de la comisión, la reforma de 1903, lejos de resolver las deficiencias de la legislación penal, las había agravado, ya que había mantenido la pena de muerte y, en líneas generales, aumentado el tiempo de las condenas. Sumamente crítica, la comisión acusó a los legisladores de aquella norma de obrar con un pensamiento simplista que entendía que el crimen podía atenuarse con una mayor severidad del régimen represivo. Si fuera así, argumentaban, bastaría con volver a las leyes de Dracón para resolver el problema penal y, no obstante, la ciencia penal había demostrado «por medio de la experiencia, la estadística y la observación que ese postulado primitivo no es acertado y que el crimen dependiente de factores sociales e individuales no se suprime ni se disminuye aumentando los castigos» (80). Luego de la reforma de 1903, agregaron, el Congreso siguió contribuyendo con la dispersión legal mediante la sanción, por ejemplo, de las leyes n.º 7.029 de «Defensa Social», n.º 9.143 de «Represión de trata de blancas» y n.º 9.077 «Sobre cheques dolosos». Los autores sostuvieron que, si bien los aportes del positivismo italiano al derecho penal eran innegables, «los maestros del positivismo, que indicaban causas

(79) El proyecto de ley de Rodolfo Moreno, basado en el proyecto de código de 1906, ingresó a la Cámara de Diputados en 1916. Luego de ser revisado por una comisión especial presidida por Moreno, el proyecto fue aprobado el 22 de agosto de 1917. Moreno fue el artífice de las negociaciones parlamentarias que, tras cinco años, culminaron con la puesta en vigor del código en 1922. CESANO, José Daniel (2018), *Rodolfo Moreno (h), su mundo parlamentario y el proceso de codificación penal argentino*, Córdoba, Brujas, p. 77.

(80) *Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina (1917)*, Buenos Aires, Rosso y Cia, p. 15.

y remedios, eran exagerados». Sin embargo, agregaron, la tarea científica en Derecho penal no se interrumpió sino que fue proseguida con «estudios hechos con más cuidado, mejor examen y menos ligereza», demostrando que era necesario hacer mucho en materia represiva para defender mejor a la sociedad: «los mismos enamorados del factor antropológico, eminentemente personal, han dado a los elementos sociales importancia decisiva, entendiendo que las eventualidades de esta índole, presionaban a los sujetos, haciéndolos actuar de acuerdo con sus temperamentos. Con todo eso, un código penal no debe embarcarse en escuelas, ni aceptar teorías, por atrayentes que sean, porque ese es el mejor medio de incurrir en sectarismos y por consiguiente en errores» (81).

La comisión concluyó, en primer lugar, que el número de penas debía reducirse, en vista de conseguir la simplificación que un sistema normativo moderno demandaba. En segundo lugar, que debía tenderse a la individualización de la pena, considerando que cada caso era diferente y que debían ser estudiados «el hecho, sus circunstancias y el sujeto» individualmente para apreciar correctamente «el peligro social que representaba el delincuente». Este punto se conecta con otra de las conclusiones de la comisión en la que señalaron que debía autorizarse la reclusión de los individuos absueltos por razones personales cuando «fueran peligrosos» y «hasta que cesase la situación de peligro». Luego subrayaron la conveniencia de consignar penas elásticas, con el fin de dar a los jueces facultades para que pudieran aplicarlas dentro de términos amplios, y de variar el criterio legal de la responsabilidad, «sin engolfarse en los tradicionales problemas del libre albedrío que complican una ley sin necesidad». Finalmente agregaron que la imputabilidad de los menores debía sujetarse a reglas especiales, que la reincidencia debía ser motivo de especial preocupación, que la gracia debía reemplazarse con la libertad condicional y que debía incluirse la condena condicional (82).

En lo que respecta al repertorio de penas de reclusión de 1886, fueron nuevamente blanco de críticas ya que prácticamente no se diferenciaban unas de otras y casi ninguna provincia contaba con los recursos para construir y mantener cuatro diferentes tipos de edificios. Para 1917, denunciaba la comisión, en casi todas las cárceles del país se encontraban juntos los condenados a presidio, penitenciaría, prisión y arresto y, en muchos casos, juntos con procesados y contraventores, mayores, menores y ancianos, mujeres y varones. De esa

(81) *Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina (1917)... op. cit.* p. 22.

(82) *Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina (1917)... op. cit.* pp. 23-24.

manera, la comisión propuso sólo dos penas privativas de la libertad: reclusión y prisión, cuya diferencia radicaba en la clase de trabajo y de disciplina interna que cada una traía aparejada. Los condenados a reclusión podían ser empleados en toda clase de trabajos públicos mientras que los condenados a prisión solo podrían trabajar dentro del establecimiento (83). Tal como el proyecto de 1906, el de 1917 resolvió dejar la ejecución penal para que fuera reglamentada por medio de una ley especial complementaria del código ya que «la penalidad y el sistema para el cumplimiento de la misma» eran «cosas diferentes». Según su argumentación, el código debía prever los delitos y fijar las represiones, mientras que su aplicación debía quedar en manos de los jueces. Asimismo, agregaron que la ley de ejecución debía ser una sola para toda la Nación, ya que, de lo contrario, un mismo delito podría ser castigado de manera diferente según la provincia, lo que resultaba opuesto al sistema de la unidad preconizado por la Constitución. En ese mismo sentido, para uniformar el sistema penal, se previó exigir a las provincias determinados requisitos para los establecimientos carcelarios y autorizarlas, tal como el proyecto de 1906, para que mandasen penados a los establecimientos nacionales. Esto se había discutido en el primer Congreso Penitenciario Nacional de 1914, cuando Julio Herrera propuso que debía obligarse a las provincias a mandar los condenados por sus tribunales a los establecimientos nacionales cuando no los tuvieran, para que el Código Penal se cumpliera por igual en todo el país (84). También a tono con el proyecto de 1906, se estableció que las mujeres y los menores debían cumplir sus condenas en establecimientos especiales y se mantuvieron los preceptos relativos al producto del trabajo de los condenados. Respecto a la gracia, se siguió la misma línea iniciada por Rivarola, al proponer su reemplazo por la libertad condicional, debido a los múltiples inconvenientes que había generado su inclusión en el código de 1887. Entre aquellos problemas, la comisión señaló que sólo se extendía a los condenados a presidio o penitenciaría, lo que implicaba una notoria injusticia: «pues un condenado a tres años de prisión, por ejemplo, no puede solicitar la gracia y debe cumplir los tres años, y un autor de

(83) *Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina* (1917)... *op. cit.* p. 37.

(84) NÚÑEZ, Jorge (2011), «Notas sobre un jurista olvidado: Julio Herrera y su intervención parlamentaria con motivo de la reforma del código penal en la República Argentina (1902-1903)», *Temas de historia argentina y americana*, n.º 18. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/notas-jurista-olvidado-julio-herrera.pdf>.

delito más grave y castigado por igual tiempo de penitenciaría, puede libertarse después de cumplir dos años» (85).

El proyecto, aprobado en la cámara de Diputados en 1917, fue evaluado por el senador Ángel Rojas quien redactó un informe positivo, recomendando su aprobación con algunos cambios. Según Rojas, lo más importante que el nuevo código llevaba a cabo era la unificación de la ley penal, la simplificación del repertorio de penas, la individualización de la pena, la creación de un régimen represivo para mujeres y menores de edad, la inclusión de la condena condicional y de la libertad provisoria (86). La repentina muerte de Rojas en 1918 truncó el proceso y la discusión sólo sería retomada a fines de 1920. El proyecto gozaba de consenso en ambas cámaras, así como en el mundo académico y, según el informe de la Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores, el proyecto había «merecido los más calurosos aplausos tanto en el país como en el extranjero. En una acreditada revista de derecho decía un jurista húngaro, el conocido profesor de legislación penal comparada, doctor [Ladislao] Thot [sostuvo que] el proyecto argentino es una de las obras de codificación más dignas de atención y que si se tradujera al alemán y al francés sería un tesoro común para los criminalistas de todas las naciones» (87). El tono general del informe de la Comisión fue el de aceptación del nuevo código y, haciéndose eco de lo solicitado por el Congreso Penitenciario de 1914, aconsejaron su sanción.

En 1921, a instancias del diputado Leopoldo Melo, se devolvió el proyecto a la Cámara de Diputados con varios cambios, entre los cuales se destacaba la inclusión de la pena de muerte (88). Los diputados aceptaron los cambios menores introducidos por los senadores pero rechazaron la inclusión de la pena de muerte y de la ley de defensa social. En palabras de Melo, los diputados habían rechazaron las modificaciones más importantes, por lo cual, la Cámara Alta decidió

(85) *Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina* (1917)... *op. cit.* pp. 39-42.

(86) Por individualización de la pena, aclara Rojas, se entendía «la eliminación de la enumeración casuista de atenuantes y agravantes, eliminación de la regla según la cual la pena normal se encuentra en el término medio entre máximo y mínimo, determinación de la pena dentro de un mínimo, determinación en la ley del régimen de penas fijando sus elementos esenciales para la enmienda, reforma moral, adelanto intelectual o intimidación de los penados, determinación de penas paralelas». *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 30 de septiembre de 1921, p. 1034.

(87) *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 23 de septiembre de 1920, p. 938.

(88) *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 30 de septiembre de 1921, pp. 749-750.

insistir en la inclusión de la pena de muerte, con algunos votos en contra, y de las demás reformas por unanimidad. Rechazadas nuevamente las propuestas del Senado, el proyecto quedó aprobado con los principales cambios introducidos por Moreno al proyecto de 1906: abolición de la pena de muerte y de la pena de deportación, disminución del mínimo en la penalidad del homicidio y derogación de las ya mencionadas leyes n.º 9.143 y n.º 7.029, entre otras.

Las penas del nuevo código quedaron ordenadas en tres tipos: privativas de la libertad (reclusión y prisión), multas e inhabilitación. El informe del Senado, haciéndose eco de Pedro Dorado Montero, afirmó que «la traducción del fracaso mundial del sistema de penalidad severa se encuentra en las estadísticas de todos los países menos en Inglaterra y Francia, pero no se debe a haber acrecentado el rigor penal sino a la implantación y difusión de las instituciones preventivas y de patronato, que son justamente la antítesis de la pena represiva y las que han de dar con ella en tierra» (89). No obstante, luego agregaron que sería necesario formar personas para poder llevar adelante las nuevas instituciones penales ya que «para hacer ejecutar las penas con el antiguo sentido no era preciso poseer competencia especial de ningún género (y por eso el régimen carcelario era un régimen militar, puramente de fuerza, dirigido por comandantes, cabos y demás, con brigadas, pelotones, números)», sin embargo, para poner en práctica sistemas de tratamiento penal individualizado, se haría imprescindible contar con personal con aptitudes «científica y moral» (90).

Prácticamente desde su sanción en 1921, según Zaffaroni, diferentes instituciones estatales intentaron destruir el nuevo código a través de leyes complementarias impulsadas por la policía y por proyectos de «estado peligroso» (91). Durante la presidencia de Marcelo Torcuato de Alvear se presentaron dos proyectos, uno de estado peligroso sin delito (1924) y uno de estado peligroso posdelictual (1926) que se complementó con otro predelictual en 1928, aunque ninguno obtuvo sanción legislativa. Los proyectos de estado peligroso se repitieron en las décadas de 1930 y 1940, sin mayor éxito (92).

(89) *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 23 de septiembre de 1920, p. 940.

(90) *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 23 de septiembre de 1920, p. 942.

(91) ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro (2005). *Manual de derecho penal... op. cit.* p. 68.

(92) Según Zaffaroni, Alagia y Slokar, hay un Derecho penal que imagina que el delito es síntoma de un estado del autor, considerado inferior a una persona «normal». Esa inferioridad tiene, para unos, naturaleza moral, una versión secularizada de

IV. CONSIDERACIONES FINALES

De lo visto hasta aquí puede decirse que el ascenso de la penitenciaría en el sistema normativo penal argentino fue relativamente lento, aún cuando se la observe sólo desde el plano jurídico. Su aplicación en la práctica fue una tarea mucho más ardua y lenta aún e incompleta en varios sentidos hasta la actualidad. A lo largo de este recorrido por los comienzos de la codificación penal se distinguen dos momentos diferenciados en lo que respecta al lugar que ocuparon las penas privativas de la libertad. En un primer momento, que se extendió entre 1865 y 1886, se produjeron importantes cambios –sanción del primer código, inclusión de la pena de penitenciaría, etc.– pero también fuertes continuidades con el paradigma punitivo tradicional –multiplicidad del elenco penal, variedad de penas, etc.–. A pesar de eso, en aquella etapa se elaboró el marco jurídico en el que se basaron buena parte de las reformas penitenciarias del país, aun con todos sus defectos e incompletitud. No obstante, el debate jurídico que destruyó las bases teóricas del primer código y lo conminó a su modificación integral, ya estaba en marcha. No había prácticamente fisuras en la noción de que debía instalarse un sistema punitivo simple basado en la privación de la libertad como pena central. La tarea llevada adelante por los juristas del segundo momento codificador fue esa: unificar la ley penal y simplificar el repertorio de penas. Asimismo, sentaron las bases de la legislación de la ejecución penal e introdujeron el gradualismo. Agüero y Rosso han sugerido que, tanto la puesta en vigor del primer código penal como sus reformas –incluyendo la de 1921–, no son el final de la historia de la codificación penal sino su inicio (93). Permítasenos sugerir, en vista de lo hasta aquí presentado, que tampoco significaron el definitivo ascenso jurídico de la penitenciaría sino sólo su comienzo.

un «estado de pecado jurídico», mientras que para otros es de naturaleza mecánica y, por lo tanto, se trata de un «estado peligroso». Quienes postulan un Derecho penal de culpabilidad y los que postulan uno de peligrosidad, «no pueden compatibilizar sus puntos de vista, porque se basan en dos antropologías inconciliables. Los culpabilistas siempre se manejan con penas retributivas del uso que el humano hace de su autodeterminación, en tanto que los peligrosistas le cambian el nombre a la pena (medidas o sanciones) y la reducen a una coacción directa administrativa que busca neutralizar (positiva o negativamente) la determinación del humano al delito, o sea, su famosa *peligrosidad*.» ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro (2005). *Manual de derecho penal...* op. cit. p. 68.

(93) AGÜERO, Alejandro y Rosso, Matías (2018), «Codifying the Criminal Law...», op. cit., p. 317.

Delitos	Penas según Ley Nacional n.º 49	Penas según Proyecto de 1906
Traición	Muerte, trabajos forzados, inhabilitación para cargos públicos.	Presidio indeterminado, penitenciaría de 10 a 25 años, prisión de 1 a 8 años, inhabilitación absoluta perpetua
Comprometer la paz y la dignidad de la Nación	Extrañamiento, trabajos forzados, inhabilitación para cargos públicos, multas, satisfacción pública o privada, suspensión de empleo y sueldo, prisión de 6 meses a 2 años.	Prisión de 6 meses a 6 años
Piratería	Muerte y trabajos forzados.	Prisión de 3 a 15 años
Rebelión o sedición	Extrañamiento, multa y servicio militar de las fronteras.	Detención de 1 a 10 años
Desacato	Multa y de 1 mes a 3 años de prisión.	Prisión de 15 días a un año
Resistencia a la autoridad y soltura de presos	Trabajos forzados, multa, prisión de 1 a 18 meses.	Prisión de 15 días a un año, multa
Sustracción de correspondencia pública	Trabajos forzados, multa, inhabilitación para cargos públicos.	Prisión de 1 mes a 4 años
Sustracción de documentos públicos	Trabajos forzados y multa.	Prisión de 1 mes a 4 años
Falsificación de moneda, firmas, marcas, sellos o testimonio	Trabajos forzados y multa.	Prisión de 1 a 15 años
Cohecho	Pérdida del empleo, inhabilitación para cargos públicos, multa, prisión de seis meses a dos años, trabajos forzados y multa.	Prisión de 4 a 12 años, multa, inhabilitación absoluta de 3 a 10 años.
Elaboración propia en base al texto de la Ley 49 y el Proyecto de Código Penal para la República Argentina (1906)... <i>op. cit.</i>		

Cuadro 1. Comparación de las penas previstas según la Ley Nacional n.º 49 y el proyecto de 1906

Texto	Penas privativas de la libertad	Tiempo de condena
Proyecto de Tejedor 1865-18671	Presidio	6 a 15 años o indeterminado
	Penitenciaría	6 a 15 años o indeterminado
	Prisión	1 a 3 años (conmutable por servicio de armas)
	Arresto	15 días a 3 meses
	Otros tipos de penas en la Parte General (14): muerte, destierro (fuera del país), confinamiento (dentro del país a 50 leguas del lugar del delito), inhabilitación, suspensión, destitución, retractación, satisfacción, vigilancia de la autoridad, reprensión, multa, caución, comiso y costos y gastos.	
	Otros tipos de penas en la Parte Especial: Servicio de armas.	
Proyecto de Villegas, Ugarriza y García 1881	Presidio	12 a 20 años
	Penitenciaría	5 a 20 años
	Prisión	1 a 6 años (conmutable por servicio de armas)
	Arresto	1 mes a 2 años
	Otros tipos de penas en la Parte General (7): muerte, destierro, inhabilitación general y especial, destitución, suspensión, vigilancia de la autoridad y multa.	
	Otros tipos de penas en la Parte Especial: ninguno.	
Código Penal de 1887	Presidio	3 a 15 años o indeterminado
	Penitenciaría	3 a 15 años o indeterminado
	Prisión	1 a 3 años
	Arresto	1 a 12 meses
	Otros tipos de penas en la Parte General (6): muerte, destierro, inhabilitación absoluta y especial, vigilancia de la autoridad y multa. La reforma de 1903 incluyó la figura de la deportación (a imitación de la ley francesa de 1885)	
	Otros tipos de penas en la Parte Especial: inhabilitación profesional (Art. 198.º, 199.º, 248.º, 265.º, 266.º, 267.º, 270.º y 297.º), servicio de las armas (art. 233.º); suspensión de empleo (art. 244.º) y destitución (art. 262.º).	
Proyecto de Rivarola, Piñero y Matienzo 1891	1. Presidio	Entre 10 y 25 años o perpetua
	2. Penitenciaría	De 1 día a 15 años
	Otras penas (5): muerte, destierro, deportación, multa e inhabilitación.	
Proyecto de Segovia 1895	1. Presidio	De 4 a 15 años o indeterminado
	2. Penitenciaría	De 1 día a 15 años o indeterminado
	Otras penas (5): Muerte, destierro, deportación, multa, inhabilitación y suspensión.	

Texto	Penas privativas de la libertad	Tiempo de condena
Proyecto de 1906	1. Presidio	Entre 10 y 25 años o indeterminado
	2. Prisión	De 1 día a 15 años o indeterminado
	Detención	De 1 día a 10 años
	Otras penas (4): muerte, deportación, inhabilitación y multa.	
Código Penal de 1922	1. Reclusión	Temporal o perpetua
	2. Prisión	Temporal o perpetua
	Otras penas (2): multa e inhabilitación	
Fuente: Elaboración propia en base a los proyectos y códigos mencionados.		
<p>1 Las provincias de Santa Fe y Tucumán modificaron y pusieron en vigencia el proyecto de Tejedor en 1880 y 1881. Córdoba sancionó el proyecto de Villegas, Ugarriza y García en 1882. Entre las modificaciones santafesinas se incluyó reemplazar, mientras no hubiera edificios apropiados, la pena de penitenciaría por las de trabajos forzados o servicio de las armas. GARCÍA BASALO, J. Carlos (1986), «La Penología en la Codificación Penal Provincial», en <i>Nueva Vida</i>, año XIV, n.37, pp. 5-11.</p>		

Cuadro 2. *Las penas privativas de la libertad en la codificación penal (1865-1941)*