

# Solo una guerra de policía

## Las características de la construcción del Estado nacional y el rol del derecho penal en la República Argentina



**Víctor Hugo García**

Universidad de Buenos Aires, Argentina

ORCID: 0000-0002-3423-226X | VictorHugo.DP@usal.es



**Palabras clave:**

**Construcción del Estado | derecho penal | neocolonialismo | codificación | Estado de derecho y de policía**

---

Recibido: 17 de marzo de 2021. Aceptado: 15 de abril de 2021.

### RESUMEN

El ensayo tiene como objetivo el abordaje del rol del derecho penal en la construcción del Estado argentino. En la primera parte, se pretende delinear los principales aspectos del proceso de construcción del Estado en Europa y cómo el mismo trató de implementarse a nivel nacional. En la segunda parte se describe el proceso de codificación penal en la República Argentina; se hace referencia al modelo que tuvo Carlos Tejedor y, finalmente, se exponen tanto el proyecto de 1866 como sus resultados. Asimismo, se analizan distintos debates tanto por la forma en que se sucedieron en Alemania como por la que adoptaron en Argentina y cuáles eran las implicancias de la asunción de determinadas posiciones. Se espera, así, aproximarse a los procesos de construcción del Estado en Latinoamérica y al análisis histórico de las problemáticas que aún enfrenta el Derecho penal; tratando de mostrar cómo su ausencia representó un avance *sobre* el Estado de derecho.

### ABSTRACT

The purpose of this essay is to address the role of Criminal law on the state building process in Argentina. Thus, the first section attempts a description of the state building process in Europe and how Argentinean

---

politicians tried to implement it. Right after, the second section attempts a description of the process of codification in Argentina through the model followed by lawmaker Carlos Tejedor. Finally, the aims of the Project of Criminal Code of 1866 and its results are presented. Different debates are analyzed both in the way they have occurred in Germany and for the way in which they have taken place in Argentina. Hence, the aim is to make an approach to the state building process in Latin America and an analysis of the problems still faced by Criminal Law in order to show the way by which the absence of criminal legislation represented an advance against the Rule of Law.

## KEYWORDS

state building | neo-colonialism | criminal law | codification | rule of law and police State

## INTRODUCCIÓN

Una de las causas del advenimiento del iluminismo en Europa, puede decirse, fue la incertidumbre jurídica creada por la proliferación de posturas doctrinales discordantes y sentencias contradictorias. El llamado *proceso de codificación* que le siguió vio a juristas y legisladores oponer a dicha incertidumbre la opinión de que los códigos (esos “monumentos legislativos”) estaban científicamente respaldados, democráticamente legitimados y eran, por esto, políticamente convenientes (Hespanha, 2018: 400).

Las luchas políticas contra los sectores más reaccionarios e identificados, por esto, con el Antiguo Régimen, y los consecuentes desarrollos doctrinales que se dieron en el marco de estos procesos fueron abordados por autores como Peter van del Berg. En este sentido, su descripción de la centralización legislativa en países como Austria, Prusia y Francia provee un excelente ejemplo del modelo que se seguirá en Latinoamérica (van den Berg, 2017).

Cerca de la primera mitad del siglo diecinueve, las naciones hispanoamericanas recientemente independizadas comenzaron sus procesos de unificación. La extensión de sus territorios, entre otros factores, obstaba al éxito del establecimiento de sus propios estados unitarios modernos con una administración centralizada que permitiera, a su vez, el desarrollo de la codificación (Tilly, 1975).

En Argentina, este proceso comenzó durante la prolongada pausa en las guerras civiles que sobrevino a la batalla de Pavón (1862). Así, una característica saliente de los años posteriores fue la intención del presidente Bartolomé Mitre (1821-1906) de *domesticar al gaucho* reprimiendo su supuesta *indolencia*. Por esto, tras la entrada en vigor de la nueva Constitución (1859) y la incorporación a la nación del, hasta entonces, “Estado” de Buenos Aires (1860), el primer proyecto de Código Penal nacional fue presentado en 1866 por Carlos Tejedor (1817-1903) (Levaggi, 1978), dejando atrás intentos como el de Guret Bellemare (1822) (Piccirilli, 1942). Argentina buscaba, así, retomar los intentos desarrollados en Europa, según Schmidt, en busca de la *secularización, individualización, racionalización y humanización* de su derecho penal (Schmidt, 1958: 341).

Las facetas del desenvolvimiento de estos procesos legislativos generan una serie de interrogantes cuya respuesta, por ende, admite una multiplicidad de enfoques. Es por esto que, si bien el presente trabajo se

referirá a los procesos de codificación tendientes a asegurar el monopolio de la violencia dentro del proceso de *state building*, lo hará tratando de llevar a cabo una aproximación a su análisis que puede sintetizarse en la siguiente pregunta: ¿cuál fue el rol de la codificación penal en el establecimiento del monopolio de la violencia en el proceso de construcción del Estado argentino durante el período 1865-1886?

Para responderla se expondrán, primero, las características *generales* de los procesos de construcción del Estado, descriptas por Charles Tilly. Luego, se resumirá la opinión de Miguel A. Centeno y Agustín Ferraro, así como la de Guillermo O'Donnell y Manuel Alcántara Sáez, a fin de evaluar las características *específicas* del proceso en América Latina. En la segunda parte se desarrollarán las estrategias del Estado argentino para asegurar el monopolio de la violencia a través de la legislación penal; o bien, como se verá, a través de su ausencia. Finalmente, la conclusión tratará de responder a la pregunta planteada recapitulando lo expuesto en ambas secciones.

## PRIMERA PARTE. EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO Y LOS “LEVIATANES DE PAPEL” LATINOAMERICANOS

Entre los conceptos centrales a emplearse en el presente trabajo puede encontrarse el de *state building* o de construcción del Estado.

Charles Tilly se refirió a este proceso en la Europa del siglo XVI señalando cuatro de sus características:

1. El control de un territorio definido;
2. Una relativa centralización;
3. La diferencia con otros modelos organizacionales;
4. El sostenimiento de sus reivindicaciones a través de una manifiesta tendencia hacia la adquisición del monopolio sobre los medios de coerción física dentro de dicho territorio. (Tilly, 1975: 27)

Seguidamente, al profundizar sobre esta última, agrega la creación de un ejército como *materialización de la voluntad estatal ante la resistencia a su más alto nivel*; creación sobrevenida, en muchos casos, luego de una victoria en una batalla o guerra (Tilly, 1975: 42). Por último, el autor infiere que el proceso de *state building* está compuesto por tres aspectos: uno *extractivo* (administración de recursos), otro *coercitivo* (monopolio de la violencia) y, finalmente, uno *coordinativo* (Tilly, 1975: 47).

Como resultado de los avances en la construcción del Estado que tuvieron lugar en el marco del Iluminismo, el monopolio de la violencia y la represión gubernamental conllevaron la modernización sistemática de la legislación y de los órganos encargados de su aplicación. Así, para alcanzar la centralización y dar certeza a la ciudadanía sobre las conductas criminalizadas, los reinos y principados europeos comenzaron a redactar y sancionar códigos penales que prevenían, ante la comisión de una conducta criminalizada (delito), la imposición de sanciones estatales (penas) a través de un juicio que contemplara las garantías del derecho penal y procesal penal. Esto redundó también en la adaptación de *estructuras judiciales*, como se dijo, a cargo de su determinación y aplicación. La manifestación de la necesidad de dichos instrumentos y los trabajos preparatorios que se llevan a cabo para su posterior tratamiento reciben el nombre genérico de *proceso de codificación*.

Otras herramientas para el abordaje de este proceso pueden encontrarse en la obra de Centeno y Ferraro. Dichos autores proponen, así, cuatro diferentes categorías de análisis de la “capacidad estatal” o *state*

*capacity*: primero, la capacidad territorial o *territorialidad* (*territoriality*) y la capacidad *económica* (*economic capacity*). Luego, agregan al *poder infraestructural* (*infrastructural power*) a fin de evaluar la capacidad de, entre otras cosas, construir estructuras organizacionales (por ejemplo, las judiciales). Por último, se refieren a la *legitimidad* (*legitimacy*) (Centeno y Ferraro, 2013).

Su conclusión destaca el hecho de que las dos primeras categorías fueron las más estudiadas; mientras que la capacidad o *poder estructural* lejos estuvo de serlo en la misma medida (Centeno y Ferraro, 2013: 9).

Pasando al comentario del proceso en Latinoamérica, Centeno y Ferraro explican que las entonces recientemente independizadas repúblicas intentaron desarrollar regímenes políticos estables y organizaciones estatales más fuertes mediante la adopción de instituciones modernas ya establecidas en otros lugares. Asimismo, señalan que, a pesar del progreso económico logrado en la región, la codificación, los sistemas judiciales y las regulaciones comerciales (así como las más básicas estructuras estatales) se mantuvieron totalmente atrofiados. Por todo esto concluyen en que los estados permanecieron inmersos en una fragilidad de “Leviatanes de Papel” (*Paper Leviathans*) que se extendió durante todo el siglo diecinueve y tiene consecuencias que llegan a la actualidad (Centeno y Ferraro, 2013).

Lo expuesto lleva a autores como Guillermo O’Donnell a la consideración de que la negligencia en el establecimiento de estructuras organizativas (Argentina fue el último país de la región en sancionar un Código Penal) (Zaffaroni y Arnedo, 2017) y en el robustecimiento de las instituciones devino una de las causas de la debilidad o de la severa (in)completitud (*severe incompleteness*) estatal mencionadas (O’Donnell, 2004). Su argumento central sobre la importancia del Estado de derecho es que la existencia en la región de *brown areas* fuera del mismo se debe a que los Estados latinoamericanos son incapaces de aplicar la legislación y regulaciones en todo su territorio. Dichas áreas se caracterizan por consistir en sistemas subnacionales con una base territorial y con un *informal* pero efectivo sistema de aplicación de la ley, el cual no le impide coexistir con un régimen que, al menos en el centro del poder político, tiene las características de uno *formal*, democrático. Asimismo, otra de sus características está constituida por un alto nivel de criminalidad; lo que lleva al autor a concluir que esta incapacidad es otra de las razones por las que incluso las intervenciones policiales se llevan a cabo mediante procedimientos, en sí mismos, totalmente ilegales y sin los límites impuestos por la legislación penal y procesal penal necesaria en un Estado de derecho (O’Donnell, 2004: 41).

Es así que, en este punto, el desarrollo de las categorías de análisis y de algunos aspectos del proceso de construcción del Estado permite dar el siguiente paso en el abordaje, el cual consistirá en una somera delimitación del período sobre el que serán aplicadas.

Como se adelantó, el éxito de los procesos de *state building* en Europa llamó la atención de los líderes políticos argentinos desde el inicio mismo de la independencia nacional. En este sentido, es interesante abordar la opinión de Manuel Alcántara Sáez, autor para el cual el período posterior a dicho proceso emancipatorio (1810-1820) tuvo, primero,

un caos político [...] de desunión y enfrentamiento entre las provincias [...] y posteriormente, un período (1835-1852) en el que la Federación fue impuesta por los caudillos conservadores del interior por la fuerza de las armas y al frente de los que se situaba Juan Manuel de Rosas... (Alcántara Sáez, 2013)

Su argumento capital es que los intentos más acabados por comenzar a desarrollar la institucionalización llegaron tras la caída de este último, en 1852:

La Constitución de 1853 fue obra de la Generación de 1837, cuyos representantes más significativos fueron Juan Bautista Alberdi, Domingo Faustino Sarmiento y Bartolomé Mitre. De los tres, solo Alberdi no ocupó la Presidencia de la República. Pero su influyente pensamiento político, 'Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina', era el reflejo de una obsesión por encontrar un equilibrio entre el federalismo y el unitarismo sobre la base de un poder Ejecutivo muy fuerte que pudiera intervenir en las provincias.

Finalmente, en 1859 "se firmó el Pacto de San José de Flores por el que cristalizaría en una fórmula transaccional consistente en un texto constitucional que aportaba un federalismo adecuado a las formas institucionales de democracia representativa" (Alcántara Sáez, 2013: 29).

Este estado de cosas comenzó a cambiar luego de la batalla de Pavón (1862), la cual dio completa hegemonía al partido unitario y su proyecto de país centralizado en torno a la provincia de Buenos Aires; proyecto que puede ser considerado como *neocolonial* en la medida en la que se caracterizó, según Daniel Hellinger, por la intensificación de la explotación de recursos humanos y naturales (Hellinger, 2015: 101) y la represión militar de toda oposición a dicho modelo.

Dicho proyecto explica el rol específico de la codificación penal en el proceso de *state building* a desarrollarse en la segunda parte.

## SEGUNDA PARTE. EL ROL DEL DERECHO PENAL Y SU POSTERGACIÓN

Eugenio Zaffaroni postula que, luego de la batalla de Pavón, las funciones de las instituciones y la legislación devinieron principalmente en dar fundamento a la mencionada represión militar. Así, se efectuó una instrumentalización de las mismas en el sentido de

legitimar las represiones de las últimas rebeliones 'bárbaras' protagonizadas por los habitantes de las regiones definitivamente arruinadas por el nuevo programa económico, [...] el principal cometido de la legislación no penal fue garantizar el libre comercio (o sea, las condiciones para la inversión externa), favorecer ésta con beneficios especiales y consolidar al fisco nacional y las aduanas. (Zaffaroni y Arnedo, 2017: 15)

En este contexto, el derecho penal centralizado comenzó a desarrollarse, a su turno, mediante dos cuerpos legislativos.

El primero surgió con la sanción de la Ley N° 49 de 18631 que establecía los delitos cuyo juzgamiento era competencia de los tribunales federales y determinaba sus penas, reconociendo también a las provincias la facultad de dictar sus propios códigos penales en virtud del artículo 108 de la CN (que así lo permitía hasta tanto el Congreso Nacional sancionare el Código Penal) (Zaffaroni, 1998). El segundo tuvo lugar atendiendo a esto último mediante el *Proyecto de Código Penal* nacional redactado por Carlos Tejedor (Tejedor, 1866).

Refiriéndose específicamente al aspecto de los lineamientos fundamentales recogidos por los legisladores nacionales, es también Zaffaroni quien afirma que los pensadores de un país pueden influir sobre los de otro bien en forma *directa* (cuando un autor o corriente son adoptados expresamente), o bien en forma *indirecta*, cuando su pensamiento se recibe a través de su contribución a la cultura general (Zaffaroni, 2014). Con excepción de lo que se dio en el derecho constitucional, la tradición argentina de pensamiento jurídico es casi exclusivamente europea continental. Puede decirse, entonces, que la recepción específica de la influencia alemana se dio por la vía *indirecta*, a través de los aportes a la cultura jurídica europea y, en especial, a la de vertiente iluminista y liberal representada por Immanuel Kant (1724-1804), Justus Thibaut (1772-1840) y quien es considerado el más importante doctrinario del derecho penal alemán: Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833) (Vormbaum, 2011: 37-39).

Así, mientras Alemania se unificaba y adoptaba el código penal prusiano como base del Código Penal Imperial (*Reichstrafgesetzbuch*) de 1871, en la Argentina se debatía y sancionaba el *Proyecto* de Tejedor; una traducción de la versión en francés<sup>2</sup> del código penal más avanzado de la época: El *Código Penal para el Reino de Baviera* de 1813, obra de von Feuerbach (Zaffaroni, 2014: 193).

Es también útil para el presente trabajo agregar el hecho de que se debe a Franz Birnbaum (1792-1877) el comienzo del desarrollo del concepto de *bien jurídico* (*Rechtsgut*) (Birnbaum, 2010 [1834]). Desde entonces, ha sido y es objeto de numerosos debates, llegando Hans Welzel (1904-1977) a denominarlo como “el auténtico Proteo, que en las propias manos de quienes creen sujetarlo se transforma enseguida en algo distinto” (Welzel, 1939). La teoría de la *protección* de dichos bienes (*Rechtsgutslehre*), por su parte, consiste en el intento de definir los intereses que una sociedad debe resguardar a través del uso coactivo del poder estatal, para facilitar la coexistencia de las personas en comunidad (por ejemplo, el art. 164 del Código Penal argentino busca la protección del bien jurídico de la *propiedad*, frente a apropiaciones ilegítimas de bienes muebles mediante fuerza en las cosas o violencia física en las personas).

Los debates en torno a la definición y disponibilidad de estos, puede decirse, son inabarcables y exceden en mucho el objeto de este trabajo. Por esto, es dable aquí efectuar una delimitación al aclarar que este se concentrará en el aspecto del bien jurídico como *criterio para la exposición de los delitos* en la parte especial del Código Penal (Kierszenbaum, 2009).

1 Ley N° 49 de Organización de la Justicia. Tribunales Nacionales. Promulgada el 14 de septiembre de 1863.

2 En el *Prefacio* de dicha traducción, Charles Vattel la justifica agregando que se trata del “modelo de código penal por excelencia que ha triunfado ulteriormente en los Estados alemanes” (1852: X). A su vez, una de las críticas que cita es digna de mención en la medida en la que apunta a que el *Código* de 1813 “es muy científico, y parece más un Tratado que una ley viviente” (Vattel, 1852: XXII).

Una muestra de la extraordinariamente avanzada configuración del código bávaro radica en el hecho de que, justamente, en su parte especial (es decir, en aquella donde se exponen las conductas criminalizadas o *delitos*), el principal bien jurídico protegido era la *vida* de las personas (entendidas estas como ciudadanos portadores de derechos) y no la protección del Estado. Se trataba, por esto, de un Código Penal *liberal* (o, de hacer referencia a los términos del debate sobre filosofía del derecho entre Max Ernst Mayer [1875-1923] y Gustav Radbruch [1878-1949], *personalista*) (Mayer, 2015). Otros códigos penales de aquel momento histórico, o incluso anteriores, como el proyecto de 1780 Jean Paul Marat llamado “Plan de Legislación Criminal” (Marat, 2000), daban prioridad a la paz y seguridad del Estado como bien jurídico a proteger: eran códigos *imperiales* o, en los términos del mismo debate, *transpersonalistas*.

Buen ejemplo de estos últimos tuvo lugar con el Código Penal francés de 1810. Uno de los aspectos por los que Marc Ancel (1902-1990) le confiere el carácter “casi totalitario del régimen en el que surgieron” (Ancel, 1958) es debido a que su parte especial concede prioridad a los crímenes contra el Estado por encima de los crímenes contra la persona. Dicho cuerpo legal sirvió de base al citado Código Penal del Imperio Alemán que, a su vez, da su estructura al actual Código Penal de la República Federal Alemana (*Strafgesetzbuch für Bundesrepublik Deutschland*) (Ancel, 1958: 341).

Lo expuesto permite proponer la conclusión parcial de que el Código Penal para el Reino de Baviera, al considerar a los delitos contra la vida de las personas como los más graves, ponía al ciudadano en el centro del ordenamiento jurídico, y no al Estado (Feuerbach, Gönner, 1813). A esto se refiere también su traductor francés destacando dos aspectos relativos a la clasificación de las conductas punibles y a la selección de las penas aplicables.

Por un lado, señala como algo positivo el hecho de que la división tripartita vigente en Francia hubiera sido adoptada por Feuerbach mediante la clasificación en *crímenes*, *delitos* y *contravenciones*. Por el otro, si bien no ignora las críticas por el “rigor extremo” de sus penas (a las cuales Wolfgang Naucke atribuirá una “dureza inhumana”) (Naucke, 1989), agregará que, con respecto a la *selección* de estas, el código bávaro era muy superior al francés de 1810, en la medida en la que excluía la confiscación y las penas infamantes (Vatel, 1852: XXXIII).<sup>3</sup>

Tras el desarrollo de los principales ejemplos de codificación en Europa, un primer acercamiento al desarrollo del derecho penal en Argentina permite afirmar que, al haber utilizado la traducción del Código Penal para el Reino de Baviera, el también miembro de la Generación del 37 Carlos Tejedor ensayó tanto una centralización del poder coercitivo del Estado como una limitación a su ejercicio.

Así, este *Proyecto* nacional fue un intento de sistematizar las garantías *liberales* de los artículos 18 y 19 de la Constitución de 1853 a través de dos aspectos: por un lado, tratando de asegurar que ningún habitante de la nación pudiera ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (Duve, 2005). Por el otro, plasmando la mencionada jerarquía *liberal* de bienes jurídicos fijada por el legislador

---

3 Al cierre de este prefacio, Vatel continúa destacando la labor de Feuerbach al resaltar que más allá de “las imperfecciones que contienen trabajos de esta naturaleza”, lo que lo motiva es el deseo de llevar a cabo una empresa susceptible de ser utilizada “para el estudio fructífero de la legislación comparada”, el cual, concluye, dará resultados “mutuamente beneficiosos para las naciones” (Vatel, 1852: XL).

bávaro, la cual surge también de la elección del citado *personalismo* del artículo 19 que considera a la persona, y no el Estado, como centro del ordenamiento (Zaffaroni, 2010). En este último sentido, su *parte especial* se dividió en dos libros, el primero de los cuales se refería a los “crímenes y delitos privados” para enunciar, en su primer título, los conductas y penas correspondiente a los “crímenes y delitos contra la vida” (Tejedor, 1867).

No obstante su brillantez y oportunidad, el *Proyecto* fue posteriormente enviado a diversas comisiones del Congreso Nacional que no hicieron sino darle un tratamiento dilatorio. Aun así, en virtud de que las provincias estaban facultadas para hacerlo por la citada Ley N° 49,

el proyecto de Tejedor se fue convirtiendo en Código Penal de casi todo el país por medios de sucesivas sanciones provinciales [...]: La primera provincia que lo sancionó fue La Rioja el 14 de agosto de 1876, siguiendo Buenos Aires el 25 de octubre de 1877, Entre Ríos 29 de marzo de 1878, San Juan el 26 de marzo de 1878, Corrientes el 15 de noviembre de 1878, Catamarca el 6 de diciembre de 1878; Mendoza el 14 de abril de 1879; Santa Fe el 1 de septiembre de 1880; Salta el 10 de noviembre de 1880; y Tucumán el 28 de mayo de 1881. (Zaffaroni y Arnedo, 2007: 20)

Este proceso legislativo provincial, puede decirse, tuvo dos objetivos: por un lado, la regulación de las conductas punibles (delitos y contravenciones); por el otro, la estructuración de los órganos estatales a cargo del castigo de dichas conductas. Tales objetivos son visibles en la legislación de la Ciudad de Buenos Aires: así, mientras la Ley N° 1144 sistematizó las partes *general* y *especial* en el Código Penal de Buenos Aires de 1877,<sup>4</sup> los debates por las estructuras judiciales competentes concluyeron con su establecimiento por Ley N° 1140 de 1880.<sup>5</sup>

Pero mientras se llevaba a cabo la aplicación de las leyes provinciales citadas y tras dos décadas de tratamiento (tiempo durante el cual siguió rigiendo la legislación española del medioevo), el Congreso Nacional sancionó el Código Penal nacional de 1886 (Zaffaroni y Arnedo, 2007: 22). Al mismo le siguió, en solo dos años, la sanción del Código de Procedimiento Penal para los tribunales nacionales de la República Argentina el cual regulaba un procedimiento penal escrito, en parte secreto y sin juicio oral y público. A su vez, dicho proceso se desarrollaba en el marco de una organización judicial estatal vertical con jueces que reunían todas las funciones (investigar la verdad y juzgar) y cuyas decisiones eran recurribles sobre la base del legajo escrito ante tribunales superiores. Su modelo, cabe por último destacar, fue la Ley de Enjuiciamiento Penal, derogada en España en 1882 en razón de su contenido altamente inquisitivo (Maier y Struensee, 2000).

Las numerosas contradicciones que se trató de exponer dan cuenta de la pugna de diferentes posiciones en el proceso de codificación. El rol de las mismas y las consecuencias de la negligencia en la legislación fueron resumidos por Eugenio Zaffaroni al señalar que

4 Ley N° 1140, *Código Penal*, Buenos Aires, 29 de octubre de 1877.

5 Ley N° 1144, *Organización de la Justicia de la Capital Federal, del Registro de la Propiedad y del Archivo de los Tribunales*, 1880 (R.N. 1878/81, p. 579).

Una de las preguntas más inquietantes que cualquier penalista argentino debería hacerse es acerca de la causa que motivó la demora en la sanción de un código penal, pero no para oponerle una respuesta política coyuntural, sino para profundizar en el tema de que esta demora no parecía molestar mucho a nadie. (Zaffaroni y Arnedo, 2007: 22)

El siguiente apartado tratará de aproximarse a esta interrogante, proponiendo, primero, una respuesta para la pregunta de la introducción.

## CONCLUSIÓN

Para comenzar, puede decirse, siguiendo a Tilly, que luego de la batalla de Pavón, el Estado argentino comenzó el proceso de *state building* en sus aspectos *extractivo*, *coercitivo* y *coordinativo*. Y si bien el segundo fue desarrollado en 1866 con el *Proyecto de Código Penal*, redactado por Carlos Tejedor, su carácter *liberal* no era funcional a las intenciones de gobernantes, los cuales buscaban una legislación que no limitara su capacidad de imponer un modelo económico *neocolonial* por la fuerza mediante procedimientos represivos que les permitieran considerar criminales a los opositores y aplicarles penas sin límite alguno. En el *Proyecto* de Tejedor el ciudadano era el centro del ordenamiento, pero para el proceso de institucionalización, el Estado debía imponer su voluntad bien a través del ejército en sucesivas batallas, o bien a través de violentos procedimientos ejemplificadores basados en la ausencia de legislación que los limitara.

De acuerdo con Centeno y Ferraro, puede también agregarse que si el Estado argentino buscaba asegurarse la capacidad estatal *territorial* relativa al ejercicio del monopolio de la violencia, lo hacía sin robustecer el *poder infraestructural* que hubiera permitido, mediante un Código Penal y una ley orgánica sobre los tribunales, coherente con la Constitución, el desarrollo de *estructuras organizacionales* de aplicación de sanciones ante la comisión de delitos (por ejemplo, mediante los tribunales de jurados). Esta carencia de poder infraestructural llega hasta nuestros días y concluye en lo que O'Donnell define como *brown areas*.

En este punto es posible efectuar una aproximación a la pregunta formulada al inicio afirmando que el rol concreto que tuvo la codificación penal en las provincias mediante la sanción del *Proyecto* de Tejedor fue el de dar comienzo a la homogeneización de dicha legislación, la cual llegó en 1887, como se dijo, con la promulgación del Código Penal nacional.

Seguidamente, y ya proponiendo una respuesta definitiva, es también posible agregar que, luego de que el ejército cumpliera su función de terminar con las rebeliones “*bárbaras*”, el rol del derecho penal no radicó en establecer un límite a la violencia de las intervenciones estatales. Muy por el contrario, mientras que por un lado consistió (en combinación con un código procesal que utilizaba métodos inquisitivos) en la continuación de una violenta represión que centralizó el aspecto coercitivo del Estado, por el otro su objetivo radicó también en el sometimiento de los habitantes de las regiones periféricas (que pueden ser vistas como *brown areas*) al modelo *neocolonial*. Tenía lugar entonces una paradoja según la cual el artículo 18 de la Constitución proporcionaba una serie de derechos ante los tribunales; derechos los cuales eran posteriormente negados por legislación inferior que admitía la celebración de procesos penales con altos niveles de violencia inquisitorial.

Lo expuesto es especialmente visible al abordarse la cuestión planteada por Zaffaroni en el final de la segunda parte; cuestión que permitirá recapitular las diversas posiciones sobre el período bajo análisis e inferir así una respuesta.

Para comenzar el abordaje, puede decirse que, durante el período de *state building*, la ausencia de legislación penal no molestó mucho a nadie debido a que representó un “necesario” retroceso del Estado de derecho frente al Estado de policía (Zaffaroni, 2010: 33) con el fin de afianzar las “ideas civilizadoras” de la dirigencia política argentina. En este sentido, el general Bartolomé Mitre fue particularmente claro cuando, refiriéndose a la lucha contra los habitantes de las regiones en conflicto por el modelo económico que comenzaba a implantarse, escribe a Domingo Faustino Sarmiento (1811-1888):

no quiero dar a ninguna operación sobre La Rioja el carácter de guerra civil. Mi idea se resume en dos palabras: quiero hacer una guerra de policía. La Rioja es una cueva de ladrones que amenaza a todos los vecinos y donde no hay gobierno que haga la policía. Declarando ladrones a los montoneros sin hacerles el honor de considerarlos como partidarios políticos ni elevar sus depredaciones al rango de reacciones, lo que hay que hacer es muy sencillo... (Ruiz Moreno, 2012: 167)

Algo parecido puede inferirse de las palabras del propio Sarmiento cuando celebró, precisamente por su forma, el haber estado a cargo de esta célebre “guerra” en virtud de la cual se ordenó el asesinato a lanzazos y la decapitación del “inveterado pícaro” de Ángel Vicente Peñaloza (1798-1863). La exhibición de su cabeza en una pica, justamente, en una plaza de La Rioja (1863) se presenta, entonces, como la *necesaria* eliminación del “Otro” iletrado opositor a una idea de “civilización” que, paradójicamente, prescindía de los límites del derecho penal (Fontana, 2011).

Lo explícito de estos testimonios confirma entonces que el desempeño de funciones policiales por parte del Ejército representó un avance sobre el Estado de derecho que la Constitución declamaba desde hacía una década (1853). Pero, no obstante el grado de violencia desplegado, dicho avance llamó la atención de un sector de la historiografía, el cual trató de justificarlo como algo no solo “necesario”, sino también *temporal*. Así, las *guerras de policía* representaban un paso previo a la administración dentro de los límites de la ley:

Si el monopolio de la fuerza correspondía al estado nacional, era legítimo responder a cualquier desafío a ese poder utilizando la institución diseñada para ello, es decir, el Ejército. La violencia era el medio, el instrumento para terminar con toda violencia que no se originara en el aparato del estado y amenazara el orden. [...] La política debía dar paso a la sana administración, garantía del orden y de la libertad de los hombres para perseguir sus intereses particulares... (Sábato, 2008: 300)

Previsiblemente, la violencia institucional extrema no fue seguida por una “sana administración”. Por el contrario, ni siquiera la fundación de la Penitenciaría Nacional en 1877 representó un nuevo paradigma de actuación dentro de los límites de la Constitución. La opinión de Caimari en este sentido es contundente: la construcción y el uso de instituciones como esta respondió más bien al hecho de que la pena penitenciaria representaba otro aspecto de la reforma “desde arriba” de la sociedad. Dicha reforma *continuaba* extendiendo sus instrumentos modeladores hacia las clases bajas hasta hacerlas parte del grueso de la población carcelaria (Caimari, 2004: 48).

Por esto, aunque puede conjeturarse que las *guerras de policía* llevadas a cabo sin límite alguno hubieran sido algo meramente temporario, el grado de violencia que, por ejemplo, continúa caracterizando los procedimientos de las fuerzas de seguridad nacionales y provinciales contra opositores políticos o personas directamente afectadas por modelos económicos cada vez más extremos (García, 2021) permite afirmar que, tras el transcurso de más de ciento cincuenta años, sus consecuencias siguen presentes y sin dar indicador alguno de que dejarán de estarlo en un futuro cercano.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcántara Sáez, M. (2013). *Sistemas políticos de América Latina. Volumen I. América del Sur*. Madrid: Tecnos.
- Ancel, M. (1958). The Collection of European Penal Codes and the study of Comparative Law. *University of Pennsylvania Law Review*, 106(3), 329-384. Recuperado de <https://www.jstor.org/stable/i273257>
- Birnbaum, J. M. F. (2010 [1834]). *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito* (José Guzmán Dalbora, trad.). Valparaíso: Edeval.
- Caimari, L. (2004). *Apenas un delincuente: crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Centeno, M. A. y Ferraro, A. E. (2013). Republics of the Possible: State Building in Latin America and Spain. En M. A. Centeno y A. E. Ferraro (eds.), *State and Nation Making in Latin America and Spain. Republics of the Possible* (pp. 3-23). Nueva York: Cambridge University Press.
- Centeno, M. A. y Ferraro, A. E. (2013). Paper Leviathans: Historical Legacies and State Strength in Contemporary Latin America and Spain. En M. Centeno y E. Ferraro (eds.), *State and Nation Making in Latin America and Spain. Republics of the Possible* (pp. 399-416). Nueva York: Cambridge University Press.
- Duve, T. (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. *Revista de Historia del Derecho*, 27, 125-152.
- Fontana, P. (2011). Una tanatografía del bandido: Sarmiento y el 'Chacho' Peñaloza. *Iberoamericana. América Latina-España-Portugal*, 11(23), 29-40. [fecha de consulta: 15/1/2021]. Recuperado de <https://journals.iai.spk-berlin.de/index.php/iberoamericana/article/view/513>
- García, V.-H. (junio de 2021). Derecho penal y legado autoritario: Una aproximación desde Hellinger. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 6, 3-9.
- Hellinger, D. (2015). *Comparative politics of Latin America: democracy at last?* Nueva York: Routledge.

- Hespanha, A. M. (2018). *A Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milenio*. Coimbra: Almedina.
- Kierszenbaum, M. (2009). El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. *Lecciones y Ensayos*, 86, 187-211 [fecha de consulta: 5/7/2021]. Recuperado de [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub\\_lye\\_numeros\\_86.php](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub_lye_numeros_86.php)
- Levaggi, A. (1978). *Historia del Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Perrot.
- Marat, J. P. (2000 [1780]). *Plan de Legislación Criminal, Estudio Preliminar por Manuel de Rivacoba y Rivacoba*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Mayer, M. E. (2015). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: B de F.
- Naucke, W. (1989). Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria. *Kriminologischen Schriftenreihe der Deutschen Kriminologischen Gesellschaft*, 100, 37-39.
- O'Donnell, G. (2004). Why the Rule of Law matters. *Journal of Democracy*, 15, 32-47 [fecha de consulta: 8/2/2021]. Recuperado de <https://muse.jhu.edu/article/175988>
- Piccirilli, R. (1942). Guret Bellemare, Los trabajos de un juriconsulto francés en Buenos Aires. *Instituto de Historia del Derecho*, 3.
- Ruiz Moreno, I. (2012). *Campañas militares argentinas. Rebeliones y crisis internacional (1854-1865)* (Tomo 3). Buenos Aires: Claridad.
- Sábato, H. (2008). *Buenos Aires en armas. La revolución de 1880*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Schmidt, E. (1958). Die geistesgeschichtliche Bedeutung der Aufklärung für die Entwicklung der Strafjustiz aus der Sicht des 20. Jahrhunderts. *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 73, 177-199.
- Struensee, E. y Maier, J. (2000). Introducción. En J. B. J. Maier, K. Ambos y J. Woischnik (coords.), *Las reformas procesales penales en América Latina* (pp. 17-34). Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer / Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht / Ad Hoc.
- Tejedor, C. (1866). *Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajado por encargo del Gobierno Nacional, Parte Primera*. Buenos Aires: Imprenta del Comercio del Plata.
- Tejedor, C. (1867). *Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajado por encargo del Gobierno Nacional, Parte Segunda*. Buenos Aires: Imprenta del Comercio del Plata.
- Tilly, C. (1975). Reflections on the history of European state-making. En C. Tilly (ed.) (1975), *The formation of national states in Western Europe* (pp. 3-83). Princeton: Princeton University Press.

- Van Den Berg, P. A. (2007). *The Politics of European Codification. A History of the Unification of Law in France, Prussia, the Austrian Monarchy and the Netherlands*. Groningen: Europa Law Publishing.
- Vatel, C. (1852). *Code Pénal du Royaume de Bavière traduit dell allemande avec des explication tirées du commentaire official*. París: August Durant Libraire-Éditeur.
- Vormbaum, T. (2011). *A Modern History of German Criminal Law*. Berlín, Heidelberg: Springer Verlag.
- Welzel, H. (1939). Studien zum System des Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 58, 491-509.
- Zaffaroni, E. R. y Croxatto, G. (2014). El pensamiento alemán en el derecho penal argentino. *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, 22, 192-212 [fecha de consulta: 3/7/2021]. Recuperado de <http://rg.rg.mpg.de/en/Rg22>
- Zaffaroni, E. R. (2010). Introducción. En A. von Feuerbach (2010), *Anti-Hobbes o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano* (Introducción y revisión de Eugenio Raúl Zaffaroni, Traducción de Leonardo G. Brond) (pp. 11-54). Buenos Aires: Hammurabi.
- Zaffaroni, E. R. y Arnedo, M. A. (2007). *Digesto de Codificación Penal Argentina* (Tomo I). Buenos Aires: AZ.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Tomo I). Buenos Aires: Ediar.

## LEGISLACIÓN

### Alemania

*Strafgesetzbuch mit Einführungsgesetz, Völkerstrafgesetzbuch, Wehrstrafgesetz, Wirtschaft Strafgesetz, Be-täubungsmittelgesetz, Versammlungsgesetz, Auszügen ans dem Jugendgerichtgesetz und dem Ord-nungswidrigkeitengesetz sowie anderen Vorschriften des Nebenstrafrechts. Textausgabe mit ausführli-chem Sachregister und einer Einführung von Professor Dr. jur. Thomas Weigend*, München: Deutschen Taschenbuch Verlag, 2009.

### Argentina

*Leyes nacionales:*

Ley Nº 49 de *Organización de la Justicia. Tribunales Nacionales*. Promulgada el 14 de septiembre de 1863.

*Buenos Aires:*

Ley Nº 1140, *Código Penal*, Buenos Aires, 29 de octubre de 1877.

Ley Nº 1144, *Organización de la Justicia de la Capital Federal, del Registro de la Propiedad y del Archivo de los Tribunales*, 1880 (R.N. 1878/81, p. 579).

### ***Reino de Baviera***

von Feuerbach, P.A. y Gönner, N.T. (1813). *Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern*. München.