

Orden y revolución en la ley penal colombiana (1819-1837). Un debate historiográfico*

*Order and Revolution in Colombian
Criminal Law (1819-1837).
A Historiographical Debate*

GILBERTO ENRIQUE PARADA GARCÍA**

Universidad Nacional de Colombia

Bogotá, Colombia

* Esta investigación ha sido realizada gracias al apoyo financiero otorgado por la Dirección de Investigación de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá, en el marco de la Convocatoria Nacional de Investigación - 2009 modalidad 5, al proyecto "Ley formal y ley material: el proceso de codificación del derecho penal en la construcción del Estado colombiano, 1819-1848". Código del proyecto: 201010012749-DIB. Fecha de aprobación: 27 de enero de 2009.

** geparadag@unal.edu.co

Artículo de reflexión.

Recepción: 9 de julio de 2009. Aprobación: 30 de septiembre de 2009.

RESUMEN

[178]

El proceso de codificación penal en Colombia se puede entender como un ejercicio de reafirmación elitista, que se desarrolla en un marco de anarquía legal independentista. El presente artículo ofrece esta interpretación, gracias al análisis historiográfico de la legislación penal colombiana redactada a comienzos del siglo XIX. En primer lugar, se cuestiona la idea —imperante en la historiografía del derecho— de que tal proceso de codificación haya sido un esfuerzo revolucionario o un simple reflejo de la ideología liberal europea. Luego de ubicar históricamente y conceptualmente el debate, el artículo presenta —desde una perspectiva historiográfica— los caracteres generales de la relación entre el derecho penal y la revolución. Posteriormente, examina los hechos problemáticos, políticos, sociales e, incluso, filosóficos que circunscriben dicha ley a un marco analítico.

Palabras clave: historiografía del derecho, Independencia, derecho penal, Colombia siglo XIX, Estado, revolución.

ABSTRACT

The process of criminal codification in Colombia can be understood as an exercise of elitist reaffirmation, developed within a framework of independentist legal anarchy. This paper offers this approach based on the historiographical analysis of the Colombian criminal law at the beginning of the nineteenth century. First, we question the idea —prevailing in historiography of law— that such codification process had been a revolutionary effort or a simple reflection of the European liberal ideology. After locating the debate historically and conceptually, this paper presents —from a historiographical approach— the general features of the relation between criminal law and revolution. Finally, it examines the problematic sociopolitical and even philosophical events that circumscribe such law to an analytical framework.

Keywords: *Historiography of Law, Independency, Criminal Law, Colombia Nineteenth Century, State, Revolution.*

ESTE ARTÍCULO EXPLORA la primera codificación penal republicana como campo de debate histórico en Colombia. Como resultado, el tipo de análisis aquí planteado se convierte en un componente necesario para iluminar un mapa historiográfico de la creación del Estado. En principio sobresalen tres asuntos preliminares, relativos a la historicidad de la ley penal colombiana. El primero de ellos es una visión constante acerca de la confrontación de la modernidad con el atavismo en cuanto a un escenario histórico en el cual se dio el primer proceso de codificación penal colombiano. El segundo es que tal proceso fue un ejercicio elitista y arbitrario, que dio pie a la conducción de la realidad social a través de la mediación de fórmulas legalistas.¹ El tercero destaca el empleo político de la ley penal.

[179]

Con este objetivo en mente, el artículo en primera instancia ubica histórica y conceptualmente el debate, y luego presenta, desde una perspectiva historiográfica, los caracteres generales de la relación entre el derecho penal y la revolución. Posteriormente examina críticamente los hechos problemáticos, políticos, sociales e incluso filosóficos que envuelven dicho acercamiento a la ley. Por último, retoma lo analizado y extrae las conclusiones.

Contexto histórico de la Ley penal colombiana

En sus momentos finales, el gobierno colonial incrementó la represión a los desórdenes, que generalmente fueron vistos como perturbaciones morales. Esto era una consecuencia de la exagerada intervención de la Iglesia católica en asuntos políticos.² Precisamente, el imaginario de la represión formaría

-
1. El historiador Marco Palacios ha señalado tal fenómeno como parte de la cultura política que se arraigó con la aparición del republicanismo en Colombia y en el que uno de sus componentes sustantivos ha sido el control de la población a través de la ley penal. Recuerda Palacios cómo la distinción entre lo que el autor designa como país legal y país real ha tornado en una disputa por los valores sociales que deben prevalecer en el ámbito jurídico: “En el plano de los valores, las elites sociales vindican, hoy como ayer, el formalismo de la cultura jurídica y supersticiosamente depositan su fe en los modelos de los economistas. Por el contrario, en las capas populares los valores tienden a expresarse en la justicia de un Dios providente, quizás, ya sea mero residuo de la tradición perdida, y en un deseo de solidaridad comunitaria, una petición de amparo frente a la invasión de las normas enajenantes de la sociedad moderna”. Marco Palacios, *Parábola del liberalismo*. (Bogotá: Norma, 2002) 13-14.
 2. En este lugar se acude a dos interpretaciones de dicho fenómeno. En primer lugar, el historiador español Francisco Tomás y Valiente recalcó que, en el último tercio del siglo XVIII, la sociedad castellana experimentó una relajación

en las conciencias de los liberales del siglo XIX una semblanza duradera y antipática.³ Como secuela, una vez fenecido el proyecto “grancolombiano”, la nueva generación de la élite se alejó de la tradición jurídica hispana.⁴

[180]

Los liberales se complacían con la figura de Jeremy Bentham como la cabeza de una filosofía moderna, tanto por sus postulados utilitaristas como por su reinterpretación científica del derecho. De tal forma que “aunque Bentham no desconociese los elementos contingentes y variantes de la legislación, entendía que tales elementos no destruían la verdad intrínseca de los postulados científicos de la legislación y, por tanto, la posibilidad de un código universal”.⁵ Ante este panorama de renovación del *ius naturalismo*, se cumplía entonces una etapa de la filosofía del derecho penal de *desencantamiento*, que abandonaba la escolástica.⁶ La simpatía que suscitó el benthamismo en algunos neogranadinos se sostuvo en que la obra de Bentham era un ejemplo de los verdaderos elementos del *arte social*.⁷

en la observación de la disciplina moral; las acciones judiciales de carácter privado, que defendieron un complejo social del honor característico del mundo cristiano medieval, tales como la limpieza de sangre, disminuyeron notablemente a la par que lo hicieron los desafíos o duelos. Tomás y Valiente concluyó que “en términos generales los villanos estaban menos obsesionados por las cuestiones del honor”. Este fenómeno responde a un momento de desacralización de las relaciones políticas españolas que, no obstante, en América no tuvo la misma proporción. Francisco Tomás y Valiente, *El derecho penal de la monarquía absoluta, siglos XVI, XVII, XVIII* (Madrid: Tecnos, 1992) 77. De acuerdo con la orientación sociológica de Zoila Gabriel de Domínguez, en el Nuevo Reino de Granada, al finalizar el siglo XVIII, el honor y el buen nombre fueron los bienes jurídicos más defendidos en una espiral de la delincuencia en aumento asociada a dos causas: la primera, a la expansión de la burocracia judicial; y la segunda, al crecimiento de la población mestiza e indígena. Zoila Gabriel de Domínguez, “Delito y sociedad en el Nuevo Reino de Granada. Periodo virreinal (1740-1810)”, *Universitas humanística* 8-9 (1974-1975): 281-398.

3. Germán Colmenares, “La ley y el orden social: fundamento profano y fundamento divino”, *Boletín Bibliográfico* 27.2 (1990): 6.
4. Jaime Jaramillo Uribe, “Bentham y los utilitaristas colombianos del siglo XIX”, *Ideas y Valores* 4.13 (1962): 11.
5. Antonio Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio* (Madrid: Tecnos, 2002) 169.
6. Hespanha 168.
7. Carta del presidente de la Corte Suprema de Justicia, Dr. José Vicente Azuero, al Secretario del Despacho del Interior en la que expone las bondades de la enseñanza de las obras jurídicas de Bentham, fechada en Bogotá el 11 de abril de 1826. Tomado de: Luis Horacio López Domínguez, *La querrela benthamista*

La proyección de un Estado moderno entró en conflicto con los sectores renuentes al cambio. Un temor eclesiástico se basó en el deterioro del poder político y financiero que resultaría de las reformas liberales. En este sentido, en mayo de 1833, el gobierno neogranadino estaba prevenido contra una posible “revolución atizada por el clero de la capital”.⁸ La fuerte reacción del régimen del presidente Francisco de Paula Santander (1832-1837) se puede explicar, pues creía seriamente que el sentimiento religioso impulsaba un ataque para debilitar a su gobierno. El campo del conflicto político entró en sintonía con la discusión sobre los textos obligatorios de Bentham para la enseñanza del derecho.⁹

[181]

La controversia sobre los textos de Bentham tomó un nuevo matiz con la reglamentación de la educación pública en la Ley del 30 de mayo de 1835, que estableció como primer curso de jurisprudencia los “principios de la legislación universal”.¹⁰ En este sentido, la educación pública para Santander, en voz de su Secretario de Estado, Lino de Pombo, apoyaría el proyecto modernizante ajeno a la ley colonial que yacía “sobre los restos de lo que existió cuando éramos colonos de la España; y la inmensa diferencia entre aquella y la presente época produce notables anomalías en las leyes”.¹¹ No obstante, una opinión antagónica se expresó así en la prensa de 1836: “¡Viva Bentham! ¡Loor eterno á sus impertérritos defensores que nos llevan á escape á una descarada inmoralidad!”.¹² Tal discusión se disolvió en la representación del poder del Estado, que a través del código penal de 1837 proyectó las ideas de racionalidad y seguridad jurídica.¹³

1748-1832 (Bogotá: Fundación para la Conmemoración del Bicentenario del Natalicio y Sesquicentenario de la Muerte del general Francisco de Paula Santander, 1993) 35-36.

8. Marco Palacios y Frank Safford, *Colombia. País fragmentado, sociedad dividida* (Bogotá: Norma, 2005) 289.
9. López Domínguez, *La querrela* 291.
10. “Ley que reforma el plan general de enseñanza pública del 30 de mayo de 1835”, *Codificación Nacional*, tomo v: 1833-1835 (Bogotá: Imprenta Nacional, 1925).
11. Luis Horacio López Domínguez, *Administraciones de Santander, 1834-1835* (Bogotá: Fundación para la Conmemoración del Bicentenario del Natalicio y Sesquicentenario de la Muerte del general Francisco de Paula Santander, 1990) 26.
12. *El Astrolabio Bogotano* [Bogotá] 29 ene. 1836: 14.
13. Gilberto Enrique Parada García, “La retórica del miedo en la prensa bogotana de 1834”, *Historia Crítica* 36 (jul.-dic., 2008): 73.

[182]

Las consecuencias de la guerra en la Nueva Granada y el trastorno generado por la independencia alteraron la criminalidad.¹⁴ La venganza y los ataques a la propiedad y a las personas que habían ostentado poder en el pasado caracterizaban la violencia de una sociedad inconforme. De hecho, la prensa bogotana de mediados de la década de 1830 aludía constantemente a los desórdenes públicos, en especial a los robos que ocurrían hasta en las iglesias. Particularmente, el debilitamiento del régimen político se sumó al deterioro de la incipiente producción fabril, especialmente en Bogotá.¹⁵

La sensación de caos se propagó, particularmente, en el año 1834. Esta manipulación de la opinión pública conllevó a la promulgación del código penal de 1837; pero, en este proyecto, las clases marginadas de la sociedad fueron identificadas por las élites como predispuestas al delito. La difusión del miedo en la prensa sirvió como acicate para crear en el público la necesidad de un código,¹⁶ al tiempo que incentivaba el ejercicio legislativo respecto a esta ley penal codificada con motivo de su pronta implementación y así detener los crímenes más detestables para la sociedad.¹⁷

Existían opiniones encontradas sobre el código penal: unos pensaban que era una copia fiel de la legislación colonial; otros sostenían que su naturaleza era moderna y civilizadora, ya que, según los últimos, “no es obra tan fácil el clasificar delitos i culpas, (...) i sobre todo con el carácter del

14. Fundación Misión Colombia, *Historia de Bogotá* (Bogotá: Villegas Editores, 1988) 115.

15. “La fábrica de vidrio se acabó en 1838; la de papel duró hasta 1840, la de algodón prolongó su existencia hasta 1845”. Palacios y Safford 335.

16. El análisis de la prensa bogotana de mediados de 1830 presenta sus resultados. En primer lugar, la retórica fue un instrumento empleado para caracterizar una situación de anarquía. Luego, el mismo aparato discursivo sirvió como nominador de la marginalidad y la delincuencia. Además, la finalidad de esta manipulación redundó en la expedición de nuevas leyes penales y policivas. Parada García 58-81.

17. Un delito que llamó la atención fue el homicidio de un clérigo. Se trató de la muerte del doctor Eloy Valenzuela, párroco de Bucaramanga, por Higinio Breton, quien fue ejecutado “en aquella villa el día 17 de diciembre (de 1838) con el aparato y formalidad necesarias, i sus cómplices condenados á presidio (...). Cometido este horrendo asesinato el día 31 de octubre”. Los perpetradores fueron condenados transcurridos diecinueve días, y se confirmó la sentencia en segunda instancia; finalmente, la ejecución se realizó ocho días después. *La Gaceta de la Nueva Granada* [Bogotá] 11 ene. 1838: 11.

país”.¹⁸ Pero no se puede perder de vista el hecho de que tanto la prensa que defendía al gobierno de Ignacio de Márquez (1837-1841) como la prensa liberal coincidían al considerar loable la empresa del Consejo de Estado y del Congreso en la redacción del código penal.

Un anónimo manifestó, al redactor del periódico *Argos*, su malestar debido a que este insinuó lo inoportuno de las críticas al código penal. Afirmaba que, si bien se sabía que el código se discutía en el Consejo de Estado desde 1833 y en las Cámaras legislativas después, no era cierto que su contenido hubiese sido presentado públicamente, ya que “ni en la *Gaceta* ni en ningún otro periódico se ha publicado el proyecto”.¹⁹ El líbello argüía que los granadinos no admitían las violaciones constitucionales que el código perpetraba.²⁰

[183]

Una carta, las “Observaciones al código penal por un granadino”, presentó críticas significativas; entre otras, señaló la inutilidad del código penal sustantivo sin la expedición del código de instrucción criminal.²¹ Del mismo modo, proponía modificar varios artículos, entre ellos el tercero, porque el contenido no guardaba relación con el principio jurídico de la presunción de inocencia.²² También se criticaban los artículos 41 y 44 por la pena de trabajos públicos que acarreaban.²³ Las críticas precisas y sistemáticas continuaban analizando los tipos y sus penas en cada capítulo del código. Así, el *observador* precisó problemas en algunas penas. En síntesis, era una propuesta que consistía en abolir el código porque sus “principales disposiciones (...) no son adecuadas á nuestra forma de gobierno (republicano)”.²⁴

El *Diario de debates* de la Cámara del Senado registró las discusiones sobre el código penal. Del 10 al 23 de marzo de 1836 se debatió la pena de muerte. En la discusión participó el presidente de la Cámara legislativa, el obispo de Antioquia, José María Gómez Plata. Precisamente, el obispo cre-

18. *La Bandera Nacional* [Bogotá] 4 feb. 1838: 62.

19. “Carta dirigida al redactor del *Argos*” (Bogotá: Imprenta de Nicomedes Lora, 1838. Biblioteca Nacional de Colombia (BNC), Bogotá, Fondo Pineda 719, pieza 6) 64.

20. “Carta dirigida...” 66.

21. Se presume que el autor de las “Observaciones...” fue Francisco de Paula Santander, el mismo autor de la carta al Redactor del *Argos*. “A la legislatura de la Nueva Granada. Observaciones sobre el código penal por un granadino” (Bogotá: Imprenta de Nicomedes Lora, 1838, BNC, Bogotá, Fondo Pineda 719, pieza 6).

22. “Ley 27 de junio de 1837”, *Código Penal* (Bogotá: J. A. Cualla, 1837) 3.

23. “A la legislatura...” 12.

24. “A la legislatura...” 77.

yó inconveniente la aplicación de la última pena ya que, según él, existían delitos más graves que se castigaban con la misma pena.²⁵

[184]

La prensa expresó los asuntos de la política; en ella se elogiaban las facultades del gobierno y de su aparato de justicia para conjurar la conspiración de los antagonistas políticos.²⁶ Los oficialistas pregonaron el poder de la justicia estatal que, según ellos, se impartía sin distingo alguno.²⁷ En adelante sería recurrente acudir a la legislación penal para sancionar a la facción de la oposición política.

Marco conceptual

Una vez sintetizados los elementos recurrentes de la historicidad de la ley penal colombiana de la década de 1830 del siglo XIX, se presentan los conceptos nucleares de este artículo, que son, de una parte, la ley penal —que alude a todo un sistema jurídico o de justicia— y, de otra, la revolución. La perspectiva que se asume respecto a la justicia penal neogranadina considera que esta cumplió las funciones de un mecanismo de control social. El inconveniente de este tipo de análisis es la mitificación que recae en la idea de la autonomía jurídica; de este error se puede llegar a inferir una idea de igualdad y de emancipación, como efectos concomitantes al concepto moderno del sujeto jurídico. En este trabajo histórico se definen las líneas de dicha mitificación, que obedeció a los intereses excluyentes de las clases dominantes. Lo anterior significa que el derecho penal de origen burgués se perfiló como la solución normativa a las tensiones sociales que previó la élite neogranadina. De hecho, el punto de encuentro de las distintas opiniones de dicha clase fue el reconocimiento de un problema mayor en la contención de

25. *Diario de debates de la Honorable Cámara del Senado de la Nueva Granada* (Bogotá: Imprenta de J. Ayarza, 1836) 123.

26. Uno de los casos de conspiración fue el de José Sardá, en julio de 1833. Santander, informado sobre una posible rebelión en su contra, ordenó detener al otrora oficial del ejército y a sus colaboradores. Sardá logró escapar con la complicidad de Manuel Anguiano y José María Serna. Luego de escapar nuevamente, Sarda fue ultimado a finales de 1833; Serna murió fusilado el 24 de abril de 1835 y Anguiano fue sentenciado a muerte, por órdenes de Santander, el 17 de diciembre de 1835 (Parada García 65). Otro caso ocurrió durante la guerra, en 1841, cuando se insistía en que a Vicente Azuero, Florentino González, Valerio Ricaurte, entre otros contradictores del régimen de Márquez, se les aplicara el artículo 231 del código penal, que castigaba a quien rehusase incorporarse al ejército de la República. *El Huzar de Buena Vista* [Bogotá] 3 ene. 1841: 7.

27. *El Cachaco Bogotano* [Bogotá] 10 nov. 1833: 132.

los desórdenes públicos, que fueron concebidos como problemas de orden criminal durante la transición de la Colonia a la República. Teóricamente, tal concepto de la ley o del sistema jurídico se sustenta en varias proposiciones que confluyen en el mismo lugar: el derecho penal es la manifestación legal de la dominación social. Así, la crítica al derecho formal se torna como la tendencia que reúne las distintas teorías que reprochan tanto el universalismo como el dogmatismo, los cuales han sido ideas imperantes en la historia jurídica.

[185]

Uno de los orientadores del marxismo jurídico, Eugeny B. Pasukanis, recalcó en 1926 la condición exigua de la historia del derecho. Como consecuencia, la historiografía jurídica ha tenido que apelar a la teoría del derecho. Entonces aparecen así las objeciones de Pasukanis al positivismo jurídico, especialmente a la figura de Kelsen. Dichas objeciones se respaldan en el hecho de que el liberalismo, como ideología burguesa por antonomasia, no puede interpretar históricamente las formas jurídicas de la modernidad. A tenor de este discurso afirma: “Esta teoría no intenta en absoluto examinar el derecho como forma histórica, pues no trata de estudiar la realidad en forma alguna. Por esto, para emplear una expresión vulgar, no hay gran cosa que se pueda sacar de ahí”.²⁸ Con anticipación, también señaló que la nueva subjetividad jurídica —la burguesa— permite conceptualmente disolver los problemas jurídicos inmanentes a las confrontaciones de clase, que en el Antiguo Régimen eran planteadas como problemas estamentales: “Precisamente por esta razón en la sociedad burguesa (...) la ideología jurídica se convierte en ideología por excelencia y la defensa de los intereses de clase por los explotadores aparece, con éxito creciente, como la defensa de los principios abstractos de la subjetividad jurídica”.²⁹ Siguiendo la anterior lógica, un examen del derecho positivista es el paso previo en la escritura de una historia social y crítica del derecho como la que aquí se plantea.

Paolo Grossi, y la trayectoria que en el derecho se inaugura a partir de su obra, cree que el derecho moderno es instrumentalizado por el poder político. Esta interpretación recoge el mismo temor de Pasukanis con respecto a los sustentos del liberalismo jurídico llevados al terreno de la historia. En efecto, Grossi plantea la suma del reproche así: “Filósofos, politólogos, juristas se han empeñado sin embargo en construir el castillo inexpugnable

28. Eugeny B. Pasukanis, *Teoría general del derecho y el marxismo* (Medellín: Editorial La Pulga, 1976) 60.

29. Pasukanis 47.

de una persuasiva mitología político-jurídica; inexpugnable, ya que respecto a ella se imponía, más que un conocimiento, una creencia; y de creencias hemos estado bebiendo y saciándonos hasta ayer, casi hasta hoy. La propaganda ilustrada y posilustrada dio en el blanco al centrar con precisión su propio objetivo”.³⁰

[186]

En lo que respecta al segundo concepto, la revolución, se puede perfilar un panorama más amplio que concierne a la historia de la justicia penal neogranadina, cuya síntesis factual supone que difícilmente se puede plantear que el cambio en el sistema jurídico de un régimen colonial a otro republicano se explique como una revolución. En este artículo, el modelo analítico apropiado es el de una transición. Queda por ampliar la subordinación que la política ejerce sobre el derecho en este proceso. Por el momento se precisa que la referencia a la transición, citada en estas líneas, es el concepto de Maurice Godelier. Para este autor, la transición es un proceso que caracteriza un momento evolutivo en la sociedad:

[Se trata de] la fase en la que esta [es decir, la sociedad] encuentra cada vez más dificultades, internas o externas, para reproducir las relaciones económicas y sociales sobre las cuales reposa y que le dan una lógica de funcionamiento y de evolución específica y en la que, al mismo tiempo, aparecen nuevas relaciones económicas y sociales que van, con mayor o menor rapidez, con mayor o menor violencia, a generalizarse y convertirse en las condiciones de funcionamiento de una nueva sociedad.³¹

Según Godelier, la transición es una redefinición de las condiciones previas mediante las cuales podría ser identificado un sistema social. Tal reconstitución social aparece como una excepción en la vida colectiva, en los modos en que se orientan las actuaciones grupales y las individuales y que llegan a un punto culminante de confrontación consigo mismos. Este fenómeno corresponde a una fractura del sistema económico, del control social y del ideológico, cuya magnitud dependerá tanto de la intensidad de las fortalezas o las debilidades de los modos relacionales en el propio sistema, como de los modos relacionales exógenos a este. La descomposición de los valores sociales que anteceden a los valores emergentes también dependerá

30. Paolo Grossi, *Mitología jurídica de la modernidad* (Madrid: Trotta, 2003) 43-44.

31. Maurice Godelier, “Introducción: el análisis de los procesos de transición”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales* 114 (dic., 1987): 5.

de los intereses de los grupos sociales que los quieran abolir o reproducir.³² La anterior definición del modelo de transición no excluye la referencia a otros conceptos inmediatos a la revolución. Aquellos que han sido una constante en la historiografía del derecho penal desde la era republicana.³³

Como un recurso conceptual, el historiador Germán Colmenares acudió a la transición en dos estudios de la ley. El modelo radica en la extensión prolongada de los cambios —tiempo histórico— y en que la violencia aparente es menos notoria que en el modelo de la revolución. En efecto, Colmenares escribió un artículo titulado “La ley y el orden social: fundamento profano y fundamento divino”,³⁴ en el cual elaboró un plano general de la naturaleza de la ley desde la Colonia hasta la República. Sus argumentos están sustentados en que el cambio de la “esencia” de la ley republicana se fundamentó en la secularización. Esta ley intentó tomar distancia del catolicismo, sin embargo, siguió defendiendo valores del pasado colonial como el honor. “El manejo ideológico de la ley en un periodo de transición”³⁵ es un segundo artículo en el que Colmenares enfoca el paso de la ley colonial a la legislación republicana. En líneas generales, se trató de una misma ideología que se diferenció en su forma; la ideología cristiana se había difundido durante la Colonia, mas no había profundizado en todas las capas de la sociedad. Así, la transformación llevada a cabo en la ley fue la emergencia de un nuevo discurso; en tanto que la esfera política del Estado no cubría todo el territorio, tampoco lo controlaba plenamente.

El periodo estudiado corresponde a las dos primeras décadas de vida independiente del Estado colombiano. Como momento histórico, presenta algunas continuidades que atañen al inicio de la producción legislativa en materia penal, no solo la colombiana sino en Latinoamérica. Así pues, el jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni señala a 1830 como el punto de

[187]

32. Godelier 5.

33. La perspectiva radical del marxismo acerca de la revolución y el derecho habla de la desaparición de las formas jurídicas, no de la continuidad de las mismas o la renovación de sus contenidos: “Y si estas convicciones teóricas [las del positivismo penal] no han llevado aún a la supresión de los códigos penales y de los tribunales es evidentemente porque la superación de la forma jurídica está ligada no sólo a la supresión del marco de la sociedad burguesa sino también a una emancipación radical de todas sus supervivencias”. Pasukanis 78.

34. Germán Colmenares, “La ley...” 3-19.

35. Germán Colmenares, “El manejo ideológico de la ley en periodo de transición”, *Historia Crítica* 4 (jul.-dic., 1990): 8-31.

[188]

partida en la codificación penal latinoamericana. En ese año se promulgó el código penal de Bolivia, conocido como el código de Santa Cruz, y también el código penal del Imperio del Brasil; dichos textos jurídicos tuvieron relevancia en la estructura de proyectos posteriores en el continente. A pesar de lo dicho, la presentación de códigos puede observarse en años anteriores, como en los proyectos de El Salvador, de 1826, y en el código de Zacatecas, de 1829; otros fueron proyectos contemporáneos o posteriores a 1830, como el caso del proyecto para Nicaragua de 1830 y el del código Livingston de Guatemala de 1836 a 1837. En la península ibérica apareció un proyecto de código en 1822 que entraría en vigencia solo hasta 1848; en Portugal, el código penal data de 1852.³⁶ En Argentina, Chile y México se promulgaron códigos penales en la segunda mitad del siglo XIX.

Las leyes penales contenidas en las constituciones, como la de Cundinamarca de 1811 y de 1812, habían eliminado la tortura, la Inquisición y habían establecido el principio del debido proceso. Entre 1826 y 1827 el proyecto de código penal colombiano fue aprobado por una de las cámaras legislativas, pero fue rechazado por el ejecutivo. En 1833, el Consejo de Estado en su sesión del 21 de marzo eligió, para la preparación de un nuevo proyecto de código penal,³⁷ a los consejeros José Ignacio de Márquez (quien ejerció como presidente del consejo), Vicente Azuero, Manuel Benito Rebollo, Manuel Mosquera, Bernardino Tobar, Salvador Camacho y José Manuel Restrepo; durante julio de 1833 ya se estaba discutiendo el articulado del proyecto que fue sancionado en 1837 y entró en vigencia un año después de la sanción presidencial.

El código de proyecto penal que fue aprobado en 1837, para la Nueva Granada, integró 919 artículos organizados en cuatro libros: el primero estuvo dedicado a los delitos y las penas; el segundo, a los delincuentes, la “graduación” de los delitos y la aplicación de las penas; en el tercero se organizaron los delitos y las culpas contra la sociedad y la aplicación de sus penas; el cuarto incluyó delitos y culpas contra los particulares y sus penas.³⁸

36. Manuel Rivacoba y Rivacoba y Eugenio Raúl Zaffaroni, *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica* (Valparaíso: Edeval, 1980) 13- 43.

37. *Proyecto de código penal para la república de la Nueva Granada, acordado por el Consejo de estado el año de 1833 para presentarlo al congreso en sus próximas sesiones* (Bogotá: Imprenta de Nicomedes Lora, 1833).

38. En cuanto a las fuentes que inspiran esta reflexión historiográfica en Colombia, por supuesto, se deben mencionar las distintas ediciones de la codificación penal neogranadina. En primer lugar, la edición de 1837 impresa por J. A. Cualla en Bogotá. En segundo lugar, también impresa por J. A. Cualla en el mismo

Comparado con el código penal español de 1822, el de la Nueva Granada mantuvo muchos de los tipos penales que el código español prohibía. Luego, comparado con los códigos de los estados granadinos que aparecieron después de 1854, son pocos los cambios que se pueden señalar entre aquellos y el código nacional de 1837. Los estados soberanos de Santander y Bolívar promulgaron sus códigos penales en 1862; en 1867 la Ley 222 aprobó el código penal para el pueblo soberano del Cauca y en ese mismo año fue expedido el código penal del estado soberano de Antioquia.

[189]

La Ley, la revolución y la síntesis

El derecho aparece como un vehículo a través del cual los hombres no solo resuelven sus vidas individuales, sino que también ha sido una forma de regulación de las relaciones humanas. El fundamento jurídico surge a partir de los derechos y las obligaciones entre los sujetos y de las relaciones de estos con la naturaleza. En esta interpretación, la dimensión jurídica de la sociedad occidental, llevada a las categorías de la antropología, la resume Alain Supiot a través del *Homo juridicus*. Para este autor, el hombre es un ser que presenta dos rostros: uno biológico y otro simbólico. De suerte que el derecho integra las dos caras humanas, a la vez que regula y condiciona a los hombres mediante la palabra. Así lo expresa Supiot: “Como cualquier otro sistema normativo, el derecho cumple la función de una prohibición; es una palabra que se impone a todos y que se interpone entre cada hombre

año y en la misma ciudad, la publicación que integró en un libro el proyecto de código presentado al Congreso en 1833 y el código del 37. Luego, la edición de 1840 bajo la dirección de Rafael Ayala y Lozano. Esta contiene un prólogo y un índice por materias impreso en París. Además, Lino de Pombo recopiló las leyes de la República hasta 1845; la obra impresa en Bogotá incluye el código penal concordado con la legislación vigente hasta ese entonces. Finalmente, la serie Codificación Nacional, obra de la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado, agrupa no solo el código penal sino todas las leyes de la República hasta el año 1925. Este artículo emplea otras fuentes como la Constitución Política de la República de la Nueva Granada de 1832 y leyes de la misma época que están estrechamente relacionadas con el derecho penal. Estas son, entre otras, la Ley orgánica de tribunales de 10 de mayo de 1834, la Ley que reformó el plan general de enseñanza pública de 30 de mayo de 1835, el Decreto Ley sobre el edificio de la cárcel de 22 de abril de 1842 y el Decreto que reglamentó la ejecución de la pena de muerte de 1.º de junio de 1838.

[190]

y su representación del mundo”.³⁹ De ahí que, durante un largo periodo histórico, en Occidente el derecho sustrajo de la religión el monopolio de la palabra. “El derecho se convirtió así en una técnica de prohibición”.⁴⁰ Entre tanto, el ser humano fue configurado conceptualmente por el derecho en el *Homo juridicus*, bajo la consigna moderna del ser racional y abstracto. “Es preciso, en efecto, postular que el hombre es un sujeto capaz de razón [*sic*] para que la ciencia sea posible, y dicha demostración del ser humano no deriva de una demostración científica, sino de una afirmación dogmática; es un producto de la historia del derecho y no de la historia de las ciencias”.⁴¹

El historiador Víctor Uribe-Urán ha establecido en el caso colombiano cómo, durante la Colonia y la República temprana, para las élites, y para algunos individuos de clases ascendentes, el derecho les brindaba no solo la posibilidad de integrarse activamente a la política y al Estado sino también la de mantener un estatus privilegiado.⁴² En este mismo plano se mueven los argumentos de Renán Silva, según los cuales el derecho era, de lejos, la ruta para el ascenso social de la élite neogranadina. Aunque Silva registre una crisis en la profesión durante los últimos años del siglo XVIII, puntualmente esta hacía referencia a sujetos como Antonio Nariño o Francisco José de Caldas, quienes se alejaron del derecho para encontrar una vía a las presiones económicas o sociales en las ciencias útiles y en el comercio. No obstante, Silva recuerda cómo el estudio del derecho permitía crear redes y relaciones sociales de carácter excluyente.⁴³

39. Alain Supiot, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2007) 31.

40. Supiot 31.

41. Supiot 45.

42. Señala Uribe-Urán el hecho según el cual los abogados, aún después de la Independencia, se constituyeron en una “clase cultural” capaz de repercutir hondamente en la vida política. El derecho se convirtió así en un instrumento de reproducción de la burocracia estatal y los abogados en sus cultores. Víctor Uribe-Urán, *Vidas Honorables: abogados, familia y política en Colombia 1780-1850* (Medellín: Banco de la República / Eafit, 2008) 260.

43. “[L]a multiplicación de funcionarios menores o intermedios, la sustitución del grupo de los abogados empíricos o aficionados por graduados de la universidad y otros procesos similares, producían la imagen de un futuro estable y de un título de abogado como garantía de supervivencia laboral y social”. Renán Silva, *Los ilustrados de Nueva Granada 1760-1808: genealogía de una comunidad de interpretación* (Medellín: Banco de la República / Eafit, 2002) 160.

Una de las impresiones más recurrentes acerca de la revolución es la destrucción de un orden precedente. Como alternativa a esta tendencia, Alexis de Tocqueville sustenta en su libro *El Antiguo Régimen y la revolución* una tesis que ha hecho curso en filosofía política.⁴⁴ Tocqueville vive los momentos revolucionarios de 1848 en Francia y, años más tarde, escribe sobre la Revolución de 1789. Según él, los fundamentos revolucionarios que expresan un cambio en las formas políticas, las instituciones y el derecho franceses, no son necesariamente hijos de la revolución; en buena medida su naturaleza se halla en el Antiguo Régimen. Este es el sentido de las siguientes líneas:

[191]

Quando se vio que la Revolución derribaba al mismo tiempo todas las instituciones y todos los usos que hasta entonces habían conservado en la sociedad una jerarquía y sometido a los hombres dentro de una reglamentación, cabía creer que su resultado sería destruir no sólo un orden particular de sociedad, sino todo orden; no tal o cual gobierno, sino el propio poder social; y acaso se consideró que su carácter era esencialmente anárquico. Y sin embargo me atrevo a decir que esto no era más que una apariencia.⁴⁵

El complejo de imágenes asociadas que Tocqueville concibe del Antiguo Régimen elude los alcances revolucionarios en el campo de la justicia. De

44. Sobra decir que la influencia de Tocqueville también deja huellas profundas en la historiografía reciente. Tal es el caso de Simon Schama, autor que presenta una reflexión histórica de la Revolución Francesa, quien, empleando una perspectiva “arriba-abajo”, rescata el análisis de la biografía y la secuencia detallada de los acontecimientos. Temáticamente, su propuesta consiste en argumentar que la modernidad, generalmente asociada con la revolución, no es un producto revolucionario; Schama sostiene que los rasgos de la modernidad —especialmente, la relación política entre el individuo y la sociedad conocida como ciudadanía— pueden rastrearse en Francia desde la Guerra de los Siete Años. De este modo, el autor caracteriza al Antiguo Régimen con los elementos propios del cambio en los ámbitos de la economía y la política. Además de ello, integra tres aspectos: el patriotismo y la libertad, la ciudadanía como una nueva forma de expresión de la vida pública y la violencia como hecho sobresaliente de la revolución. Como alternativa historiográfica, esta lectura permite ubicar a la Revolución Francesa en dos espacios, que si bien llegaron a ser antagónicos en varios sentidos conservaron una unidad analítica a través de la dimensión de la violencia aneja a la revolución. Tales espacios fueron París y las provincias del resto de Francia. Ver Simon Schama, *Ciudadanos. Crónica de la Revolución Francesa* (Buenos Aires: Javier Vergara Ed., 1990).

45. Alexis de Tocqueville, *El antiguo régimen y la revolución* (México: FCE, 1996) 93.

[192]

modo que la abolición de las instituciones jurídicas premodernas fue producto de la antipatía que estas causaron en la sociedad francesa antes de la revolución: “La antigüedad de estas instituciones no las ha hecho venerables; por el contrario, con su cotidiano envejecimiento caen en descrédito y, cosa extraña, inspiran más odio en la medida en que, al acentuarse su decadencia, parecen con menor posibilidad de causar daño”.⁴⁶ La revolución, cuanto mucho, presentó la ocasión de extrañarlas definitivamente del panorama político continental. En tal sentido, Tocqueville indicó que la revolución “no tuvo más efecto que abolir aquellas instituciones políticas que, durante varios siglos, habían reinado sin discusión en la mayor parte de los pueblos europeos, (...) para sustituirlas por un orden social y político más uniforme y más simple, basado en la igualdad de condiciones”.⁴⁷ Entonces, por la inercia inexorable del pasado “fue necesaria una terrible convulsión para destruir y extraer de una vez del cuerpo social una parte adherida así a todos sus órganos [pero] por muy radical que haya sido la Revolución, innovó mucho menos de lo que en general se supone”.⁴⁸

Ahora, el asunto a tratar es la manera en que la ley y su proceso de codificación se articulan dentro de la revolución y, por extensión, dentro de la idea del Estado. La noción que sostienen varios autores afirma que la base de la modernidad jurídica —producto de la revolución— reside en la aparición de la *teoría del contrato*, idea reafirmada por la historia y la historia del derecho. Esta teoría supone la universalidad de la ley, el concepto abstracto del sujeto de derecho y la garantía estatal. Específicamente, en el ámbito del derecho penal, la síntesis de los anteriores fenómenos converge en la producción de códigos.

Paolo Grossi expone cómo la burguesía sostuvo la esencia revolucionaria del proyecto de codificación occidental, pero tal acción revolucionaria operó casi exclusivamente en el marco formal de los enunciados jurídicos. Vale la pena contrastar esta reflexión con el caso neogranadino.⁴⁹ En el lapso inicial

46. Tocqueville 102.

47. Tocqueville 104.

48. Tocqueville 105.

49. Al profundizar tal idea sobresalen dos elementos antitéticos. De un lado, la dimensión retórica explícita en la codificación neogranadina: “El código pues, que simplifica las penas y su aplicación, que las sistematiza, que quita á jueces inicuos los medios de evasión deshaciendo el laberinto en el que se hacían fuertes, es un bien, y un bien que merece agradecimiento de la nación a quien se procura”. *Código penal de 1837* (París: Impreso por Rafael Ayala y Lozano,

de la historia republicana, las leyes españolas se erosionaron frente al nuevo sentido del código penal granadino, aunque la velocidad de las reformas jurídicas fue más rápida en el derecho constitucional. Como fuera, el código penal se entronizó en el paroxismo revolucionario de la burguesía neogranadina.⁵⁰ Entonces, en un momento histórico concreto, el código penal hizo su irrupción y, como los códigos europeos coetáneos, especialmente el francés, no entró en la cultura jurídica de su tiempo gratuitamente, sino que lo hizo, como apunta Grossi, “desbaratando los fundamentos consolidados del universo jurídico; precisamente por su carga incisiva, precisamente por ser también una idea, el Código puede experimentar una transposición, y del plano terrestre de las comunes fuentes del derecho llegar a encarnar un mito y un símbolo”.⁵¹ Pero en esta simbología jurídica de la Ilustración importaba más romper con lo antiguo y olvidar las ataduras, pese a que los lazos vinculantes de la tradición y la modernidad del derecho no habían

[193]

1840) x. Y de otro lado, indica la contradicción entre la ley penal codificada y la realidad social neogranadina pues, de acuerdo con Fernando Vélez, el código penal, en sus artículos 870 y 871 (los que tipificaban los atentados contra los monopolios), en realidad castigaba la violación de algún privilegio colonial. Según este autor, los privilegios del código neogranadino eran las mismas prerrogativas que España concedía a ciertos individuos liberándolos de alguna obligación jurídica. Fernando Vélez, *Datos para la historia del derecho nacional* (Medellín: Imprenta del Departamento, 1891) 108.

50. Víctor Uribe-Urán señala la lentitud de las reformas penales durante la Independencia así: “El momento de promulgación de esos códigos civiles y penales sugiere que pasó largo tiempo entre el colapso del Estado colonial y la introducción de un nuevo régimen de regulación de las relaciones contractuales y de propiedad”. Prosigue afirmando: “La especialización del discurso legal, reflejada en el proceso mismo de codificación, fue un factor adicional que contribuyó al surgimiento de una legalidad moderna en la región. Aunque un discurso legal moderno esté lejos de reflejar modernidad en la práctica, su aparición es de todas formas un hecho notable y digno de análisis. Sin la menor duda, un cambio conceptual tan radical tuvo que haber contribuido al abandono gradual del imaginario y la cultura legal del Antiguo Régimen, y a la llegada de nuevas formas de entendimiento no sólo en el mundo legal, sino de la vida social en conjunto”. Víctor Uribe-Urán, “Derecho y cultura durante la ‘Era de la revolución’ en México, Colombia y Brasil, 1750-1850: La Génesis de lo público y lo privado”, *Las revoluciones del Mundo Atlántico*, coords. María Teresa Calderón y Clément Thibaud (Bogotá: Universidad Externado de Colombia / Taurus, 2006) 293.
51. Grossi 69.

sido cortados; “el Código quiere ser un acto de ruptura con el pasado: no se trata de una fuente nueva o de un nuevo modo de concebir y confeccionar con ambición y amplitud la vieja [norma] real; se trata, por el contrario, de un modo nuevo de concebir la producción del derecho”.⁵² También brindaba la posibilidad de reinterpretar el orden jurídico dentro del poder político.

[194]

Harold Laski resumió el éxito de la filosofía liberal en el mundo jurídico en el cambio del *status* por el *contrato* como instancia reguladora de las relaciones humanas.⁵³ Además, como nunca antes, el Estado garante de esa regulación.⁵⁴ Laski confirma la victoria del *Estado contractual* así: “con el triunfo del nuevo régimen en el siglo XIX, la Iglesia había dado a luz al Estado, arbitro institucional de los destinos humanos”.⁵⁵ De modo que, en Europa occidental, en un proceso histórico de larga duración, las fuerzas económicas lograron guiar las políticas del Estado y, en este contexto, los supuestos metafísicos que controlaban la disciplina social se debilitaron. Este es un fenómeno visible de la crisis sistémica del siglo XVIII.⁵⁶

Una figura política del conservadurismo colombiano del siglo XX, Álvaro Gómez Hurtado, señaló en su ensayo de sociología política acerca de la revolución americana que, en Hispanoamérica, la Independencia debía entenderse como una revolución simple e inconsciente que adquiere una

52. Grossi.

53. Tal idea no es necesariamente exclusiva y originaria de Laski. Uno de los exponentes de la antropología social, Max Gluckman, empleó como base de análisis el esquema *status y contrato* al estudiar la ley en las sociedades primitivas. Gluckman retomó la obra de Henry Maine, *Ancient Law* (1883), para indicar que: “El mayor desarrollo de la sociedad tuvo lugar al pasar de un estado cuya ley estaba dominada por el estatus a un estado en el que la ley estaba dominada por el contrato”. En este caso, el estatus hace mención a las relaciones domésticas entre jerarquías parentales; mientras que el contrato se refiere a las relaciones específicas, impersonales y extrañas. En tanto, el ordenamiento social descansa en un sistema de premios y castigos. Max Gluckman, *Política, derecho y ritual en la sociedad tribal* (Madrid: Akal, 1978) 35.

54. Ver Harold Joseph Laski, *El liberalismo europeo* (México: FCE, 2003).

55. Laski 13.

56. Con crisis sistémica se quiere dar a entender un proceso de agotamiento del sistema tanto político y económico como social que mantuvo a Europa bajo lo que la historiografía conoce como Antiguo Régimen. Para efectos de este artículo, la cronología de la crisis sistémica está inscrita en el periodo que va desde la segunda mitad del siglo XVIII hasta la segunda década del siglo XIX, en Europa.

naturaleza mítica.⁵⁷ La idea de Gómez Hurtado advierte que las revoluciones hispanoamericanas no proyectan un sentido de la reivindicación social de las clases oprimidas; contrario a ello, se presenta una reafirmación del orden por vía de la implementación de un sistema jurídico. Para el autor, la revolución es un “movimiento de reajuste” que media entre un pasado americano, en el cual España divulgó una tradición medieval cristiana, y la Independencia. Así, Gómez Hurtado temporiza la revolución en tres estadios, de los cuales el primero incumbe a este artículo. Se trata del estadio de la “revolución institucional”, que nace con la Independencia y en el cual se impone un modelo liberal de organización republicana. No obstante, la inmadurez de los ideales republicanos en la América española alimentó el segundo episodio revolucionario, que duró en el continente hasta bien entrado el siglo xx.⁵⁸

[195]

La historiografía de la ley penal en Colombia

El carácter confuso, disperso y casuístico del sistema jurídico de España aparece en América como una idea constante entre hombres de letras y juristas colombianos en el siglo xix. Esta imagen se proyecta con fuerza, incluso durante buena parte del siglo xx.⁵⁹ Conjuntamente, otro criterio

-
57. Álvaro Gómez Hurtado, *La revolución en América* (Bogotá: Compañía Grancolombiana de Ediciones S. A., s. f.) 93.
58. “De esta suerte, una sociedad cuyos lineamientos seguían siendo en cierto sentido gótico-barrocos, se configuró externamente a través de formas políticas que le eran antagónicas como que pertenecían al neoclasicismo dieciochesco. La semilla de la revolución quedaba así sembrada”. Gómez Hurtado 101.
59. El siguiente punto de vista del fenómeno por parte del historiador Jaime Jaramillo Uribe toma como ejemplo la obra de José María Samper, *Derecho público interno de Colombia. Historia del derecho público constitucional colombiano desde 1810 hasta 1886*: “Para una mentalidad formada en la escuela del racionalismo jurídico y educada en el pensamiento liberal clásico (...) una legislación formada sobre la base de resolver casos concretos, que se apoyaba ora en la costumbre, ora en la doctrina de los canonistas que además formaba un todo desordenado y confuso, (...) la legislación de Indias, no podía ser considerada como derecho público, ni como suficiente para definir un Estado de derecho, por más que su contenido tuviera como objeto definir y delimitar las relaciones entre el individuo y el Estado”. Jaime Jaramillo Uribe, *El pensamiento colombiano en el siglo xix* (Bogotá: Alfaomega, 2001) 187-188. Del mismo modo, Ots Capdequi considera que el sistema judicial colonial en su conjunto pervivió sin mayores cambios que los registrados desde el siglo dieciocho hasta los primeros años del siglo xix y “el procedimiento judicial

orientador de la historiografía jurídica colombiana recalca el fenómeno de la proyección del derecho español en las Indias.⁶⁰ Muy lejos de ser algo anodino, dicho criterio, cuanto más, elabora una representación del mundo jurídico que abandona el aporte indígena en el derecho; cuanto menos, subordina lo indígena y lo equipara con la irracionalidad.

[196]

En efecto, es cierto que la historicidad de la ley penal colombiana está cimentada en el distintivo *ex novo* de la codificación. En 1898, Arturo Quijano, abogado y quizás el primer historiador del derecho penal en Colombia, escribió su *Ensayo sobre la evolución del derecho penal colombiano*,⁶¹ obra considerada por el propio autor como una tesis adamita que develaría el “misterio” en que yacía la historia del derecho penal del país. El *Ensayo* está dotado de un estilo retórico que entroniza la ley positiva como el principio de la legalidad de la patria. De tal forma, Quijano concibió la tercera parte de su ensayo, dedicada al derecho nacional, bajo el título “La era de los inmortales”. El rasgo particular del capítulo indica una correspondencia entre la promulgación del código penal y el nacimiento de la historia de la ley penal colombiana.

Los manuales de derecho penal incluyen apartes de la historia del código penal según las orientaciones historiográficas de Quijano.⁶² De modo que la historiografía que asimila las experiencias cotidianas del derecho, nominándolas como irracionales, premodernas o prejurídicas, simplemente está encajando ese fenómeno en lo que Germán Colmenares entendió como

siguió siendo lento, complicado y costoso”. José María Ots Capdequi, “La administración de justicia”, *Revista trimestral de cultura moderna* 16 (1950): 93-106.

60. José María Marsal y Marce, *Síntesis histórica del derecho español y del indiano* (Bogotá: Bibliográfica Colombiana, 1959) 13.
61. Arturo Quijano, *Evolución histórica del derecho penal colombiano* (Bogotá: Imprenta de Medardo Rivas, 1898).
62. A continuación se mencionan algunos los libros de juristas que han abordado el estudio histórico del código penal de 1837; aunque de manera superficial, se trata, generalmente, de obras de carácter pedagógico como manuales que emulan el ensayo histórico de Arturo Quijano: Antonio José Cancino Moreno, *Las instituciones penales colombianas y su evolución a partir del código de 1837*, 3 vols. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998); Luis Carlos Pérez, *Manual de derecho penal* (Bogotá: Temis, 1962); Alfonso Reyes Echandía, *Derecho penal* (Bogotá: Temis, 1998); Pablo Segura, *Evolución del derecho penal* (Bogotá: Omega / Universidad Nacional, 1924).

una “forma de representación generalizada”⁶³ de la modernidad jurídica. El problema historiográfico que inicia Quijano es la reducción de la realidad porque se imponen “esquemas prefijados”. El ejemplo es la percepción de los historiadores que vieron en la revolución política un evento que les permitió hacer del pasado del Antiguo Régimen un indiscutible pasado muy remoto, de tal forma que el código podía servir como el referente revolucionario jurídico. Pero estos modelos prefijados se difunden en el discurso de la modernidad sobre la base de tres fenómenos: el primero es el método positivista de interpretación de la ley; el segundo hace mención a la propia exégesis jurídica; y el tercero continúa en la pedagogía del derecho apoyándose en la construcción y reconstrucción del mito fundador. El siguiente es un ejemplo del esquema prefijado:

[197]

En esta fecha [27 de junio de 1837], la más memorable de todas cuantas registran los anales de la legislación penal de nuestra Patria, fue sancionado por el Ejecutivo el primer Código Penal de Colombia; él era también el primer conjunto de disposiciones legales que en esta tierra mereció el nombre de Código. (...) Afortunada coincidencia quiso que el doctor Márquez obtuviese la recompensa de firmar ese Código, obra de su inteligente laboriosidad, desde el más alto solio de la República. El doctor Pombo, que como veremos pronto, fue, con Santander, el más grande e infatigable reformador del proyecto Márquez, también gozó de la fortuna al sancionarlo. No así ocurrió con el “Hombre de las Leyes” quien desde los primeros días de la República se desvivió (...) por dotar a su Patria de un Código Penal.⁶⁴

63. En *Las convenciones contra la cultura* el historiador Germán Colmenares sintetizó el problema historiográfico así: “En ausencia de otras formas de representación generalizada —literarias o pictóricas—, la figuración historiográfica debía codificar una materia bruta, hacer encajar los resultados de experiencias complejas dentro de moldes de inteligibilidad. Un autor, por ejemplo, podía presentar la revolución americana como el resultado de la acción consciente de grupos reconocibles en una logia masónica o en clubes urbanos de tipo jacobino, y desdeñar como ‘irracional’ la presencia de grupos reconocibles de mestizos y mulatos en el campo”. Ver Germán Colmenares, *Las convenciones contra la cultura. Ensayos sobre historiografía hispanoamericana del siglo XIX* (Bogotá: Tercer Mundo, 1997) XXI.

64. Quijano 101.

[198]

Recientemente fueron publicados en Colombia trabajos que caracterizan el derecho y la sociedad republicana en sus inicios. Francisco Roberto Barbosa perfila el tono innovador de las instituciones jurídicas de las primeras décadas del siglo XIX como producto, según él, tanto de una evolución sustancial en la política como de las prácticas jurídicas mismas. Las innovaciones provinieron del liberalismo español y se adoptaron con matices propios en la Nueva Granada. En cuanto a la construcción de un proyecto de Estado nacional, Barbosa hace hincapié en que la recepción del derecho liberal magnificó la crisis del Antiguo Régimen, de manera que fue incorporado un nuevo ideario europeo y norteamericano. Dicho ideario fue reinterpretado dentro del trabajo autóctono que excedió con mucho la simple copia. Como resultado de la recepción, el sistema penal fue el correlato de la unificación de la jurisdicción nacional que se llevó a cabo durante un siglo.⁶⁵

A diferencia del texto anterior, Aura Helena Peñas Felizzola estudia el código de 1837 desde un punto de vista sociológico, señalando las causas sociales que originaron las normas jurídicas. De hecho, en su formulación teórica, toma como punto de partida la constatación de la debilidad del sistema jurídico penal colombiano para presentarlo como resultado de la “precariedad de los niveles de la conciencia colectiva”.⁶⁶ Ese juicio sirve para enfocar una pugna analítica entre el poder transformador de las fuerzas sociales y la capacidad de adaptación de los sistemas jurídicos a las tensiones de dichas fuerzas. Peñas Felizzola urge la demostración de la adecuación del derecho como ordenador social. No obstante, su verificación histórica es débil. La tesis alude a que la legalidad republicana se apoyó en un racionalismo jurídico que orientó las decisiones del Estado, pero la sociedad seguía rigiéndose por la religión. Hasta aquí la tesis no presenta ninguna innovación respecto de lo que ya se sabía. La primicia es el sesgo interpretativo, pues la autora piensa que el derecho no obedece a intereses de las clases dominantes ni puede ser entendido como un mecanismo de dominación social. Contrariamente, da a entender que los cimientos morales de la sociedad no estuvieron al servicio de algún tipo de exclusión. En primer lugar, esta posición refleja un sentido hermenéutico y dogmático del derecho, antes que una aproximación crítica

65. Francisco Roberto Barbosa Delgado, *Justicia: rupturas y continuidades. El aparato judicial en el proceso de configuración del Estado-Nación en Colombia 1821-1853* (Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2007) 35.

66. Aura Helena Peñas Felizzola, *Génesis del sistema penal colombiano. Utilitarismo y tradicionalismo en el código penal neogranadino de 1837* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2006) 16.

frente al dogmatismo, y la *Génesis* es su apología. El sentido timorato de la obra se ratifica en la irreductibilidad del positivismo jurídico del cual parten las reflexiones de Peñas. Concretamente, un hecho histórico poco probado a lo largo del texto se convierte quizás en su aspecto más importante: el de atribuirle a Ignacio de Márquez la redacción del código penal y a Francisco de Paula Santander, la corrección. En segundo lugar, la creencia incuestionable en la razón revolucionaria política y su reflejo en el mundo jurídico. Finalmente, enaltece al sujeto jurídico, pues “el hombre moral, industrioso, cristiano y patriota podía, y debía conseguirse por mediación del derecho”.⁶⁷

[199]

Una propuesta más fructífera es el texto de Juan Camilo Escobar Villegas y Adolfo León Maya Salazar: “Los procesos de codificación penal en Nueva Granada: una ruta para la mundialización de las ideas ilustradas”. Este recoge tres aspectos esenciales: el recorrido de las ideas jurídico-penales en la crisis sistémica del siglo XVIII, tanto en Europa, su lugar de origen, como en América, lugar de recepción. En segundo lugar se aprecia el papel de la obra de Gaetano Filangieri, *Ciencia de la legislación*, como una pieza clave para entender las prácticas jurídicas neogranadinas.

León Villegas y Maya Salazar demuestran la circulación de las ideas ius-filosóficas a una gran escala conocida como *mundalización*.⁶⁸ Europa, espacio original de producción de las ideas, promueve la configuración mundial de una cultura jurídica moderna que está estrechamente ligada con la crisis política del último tercio del siglo XVIII y que es percibida como una revolución. En el sitio de recepción de las ideas no existe un acomodo total respecto a ellas. Los autores presentan una medida del debate de la filosofía del derecho europea y las expectativas neogranadinas de la élite que difunde las ideas de Filangieri. Esta tesis resulta original porque destruye la idea común de la historiografía positivista que identifica en América un ejercicio de duplicación de los textos penales europeos. En sentido opuesto, afirma que la proyección de Europa en la Nueva Granada propició un ejercicio de síntesis deliberada por parte de una élite intelectual.

Como ejercicio de síntesis historiográfica acerca de la ley penal en Colombia se pueden observar tres componentes de una tendencia acogida

67. Peñas Felizzola 184.

68. Juan Camilo Escobar Villegas y Adolfo León Maya Salazar, “Los procesos de codificación penal en Nueva Granada: una ruta para la mundialización de las ideas ilustradas”, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* 7 (2007). Recuperado de: <http://nuevomundo.revues.org/document3960.html>.

[200]

por varios autores, muchos de ellos abogados. En efecto, continuando la tesis de Quijano, se ha convertido en un lugar común, menos sensible a la crítica, considerar el código penal de 1837 como origen de la historia de la ley penal colombiana. Al respecto, el autor Jorge Restrepo Fontalvo subraya la anterior tesis, según la cual el código penal fue un acto necesario de naturaleza jurídica que reafirmó la entidad del Estado: “El Código Márquez constituye la primera codificación que en materia penal fue elaborada y puesta en vigencia por la emergente nación colombiana”.⁶⁹ Un segundo componente recalca la autoría del código penal en un solo hombre. Así, la redacción del código penal es disputada tanto por Francisco de Paula Santander como por Ignacio de Márquez. El hecho problemático radica en que es la redacción del código y no el debate legislativo el sustento de tal discusión. Los seguidores de la polémica nombran al código penal de 1837 bien sea como Código Santander o Código Márquez. En este artículo la polémica se supera argumentando que, desde la década de 1830 en Colombia, la autoría del proyecto de código penal fue un ingrediente en la prensa política en la que cada facción, los autocalificados progresistas o seguidores de Santander y los retrógrados (llamados así por los progresistas y conocidos posteriormente como los ministeriales), adjudicaban a su conveniencia la autoría del código a Santander o a Márquez; pero también la negaban de acuerdo con los intereses de la opinión pública. El tercer componente hace eco de la percepción revolucionaria del código penal que ha sobrevivido en la literatura especializada. Esta percepción tiende a realzar la asociación del código colombiano de 1837 con el código penal francés o código de Napoleón, de inspiración benthamista.

Conclusión

El código penal de 1837 significó el giro de la ley penal, la cual se distanció de la legislación criminal del periodo colonial; particularmente, se distanció de la connotación que vinculó al delito con la noción del pecado. Pero el sentido colonial de ley sobrevivió por mucho en los primeros años de la República y, al intentar eliminarlo, suscitó reacciones porque se creía que el país entraría en un caos de orden público. Esto indica las dificultades al plantear una revolución jurídica en el proceso histórico de implementación de la codificación penal. Un grupo heterogéneo de personajes políticos pensó

69. Jorge Restrepo Montalvo, *Codificaciones penales y realidad criminológica en Colombia* (Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2008) 31.

en el código penal como el mejor instrumento de control social y de sujeción política, en tanto que otro sector lanzó duras críticas al texto jurídico, al ver en este un acto de mimesis del panorama europeo. Fue así como esta última percepción fue recogida por la historiografía del derecho penal colombiano. Dicha historiografía, elaborada por juristas, negó algún acto creativo o de discusión en la redacción del texto e insinuó que los legisladores granadinos tan solo copiaron los códigos —el francés y el español de 1822—, ambos fundamentados con las doctrinas de Bentham. El interés en el código se reflejó en los enfrentamientos políticos y legislativos, en los que existió toda suerte de anhelos por su incorporación en el sistema jurídico de la Nueva Granada. Las nociones sobre el delito, la pena o el sujeto de derecho fueron adaptadas siguiendo los principios que, para ese entonces, resultaron innovadores; sin embargo, el código conservó tipos penales que se castigaban en la vigencia del orden legal colonial. En cuanto a la ideología, las ideas del liberalismo jurídico, y en especial del utilitarismo, alternaron sus postulados con una formalidad legal sobre la base de la moral cristiana.

[201]

Toda vez que en la autoría del código penal se hubiese mencionado a Francisco de Paula Santander, Ignacio de Márquez, Vicente Azuero, Lino de Pombo o a los demás consejeros de Estado, queda por sentado que el texto penal levantó disputas que se libraron en el Consejo de Estado y en el Congreso de la Nueva Granada. A pesar de ello, la historiografía se apropió de la noción del héroe fundador en la historicidad de la ley y le adjudicó la “paternidad” del código a Márquez o a Santander.

El texto penal de 1837 mantuvo una afinidad con las ideas del modernismo jurídico. No obstante, las condiciones objetivas del sistema legal granadino no habían sido renovadas y el pluralismo jurídico precedente daba una idea de la heterogénea sociedad granadina. De manera que la élite política construyó su proyecto institucional sirviéndose de instrumentos jurídicos universales de legitimación, como el código penal. Entonces, en sentido amplio, el código fue un discurso revolucionario de la modernidad jurídica, tan solo en sus fórmulas legales, que contrastó con la invariabilidad de los contenidos y con la transición extensa de la transformación del sistema penal.

La suma del debate teórico e historiográfico relativo al primer proceso de codificación penal en Colombia, destaca un fenómeno orientador de la escritura especializada. En primer lugar, la historiografía jurídica adaptó los elementos innovadores, que ocurrieron en el plano discursivo, en la cultura jurídica del siglo XIX y los proyectó como un hecho histórico revolucionario.

La historiografía elaborada en el siglo xx continuó esta tendencia, salvo algunos trabajos elaborados en años recientes que han puesto a dialogar tanto la historia y el derecho como las otras ciencias sociales. De modo que, los productos recientes que proporciona esta nueva historiografía, revelan las fisuras y debilidades del discurso histórico precedente, cuyo sesgo repetitivo y acrítico ha servido como acicate para ocultar las imprints jurídicas —de carácter excluyente— del proyecto estatal neogranadino.

OBRAS CITADAS

I. Fuentes primarias

Periódicos

El Astrolabio Bogotano [Bogotá] 1836.

El Cachaco Bogotano [Bogotá] 1833.

El Huzar de Buena Vista [Bogotá] 1841.

La Bandera Nacional [Bogotá] 1838.

La Gaceta de la Nueva Granada [Bogotá] 1838.

Documentos impresos

“A la legislatura de la Nueva Granada. Observaciones sobre el código penal por un granadino”. Bogotá: Imprenta de Nicomedes Lora, 1838. Biblioteca Nacional de Colombia, Bogotá, Fondo Pineda 719, pieza 6.

“Carta dirigida al redactor del Argos”. Bogotá, Imprenta de Nicomedes Lora, 1938. Biblioteca Nacional de Colombia, Fondo Pineda 719, pieza 6.

Código penal de 1837. París: Impreso por Rafael Ayala y Lozano, 1840.

Diario de debates de la Honorable Cámara del Senado de la Nueva Granada. Bogotá: Imprenta de J. Ayarza, 1836.

“Ley que reforma el plan general de enseñanza pública del 30 de mayo de 1835”. *Codificación Nacional*. Tomo v: 1833-1835. Bogotá: Imprenta Nacional, 1925.

“Ley 27 de junio de 1837”. *Código Penal*. Bogotá: J. A. Cualla, 1837.

Proyecto de código penal para la república de la Nueva Granada, acordado por el Consejo de estado el año de 1833 para presentarlo al congreso en sus próximas sesiones. Bogotá: Imprenta de Nicomedes Lora, 1833.

II. Fuentes secundarias

- Barbosa Delgado, Francisco Roberto. *Justicia: rupturas y continuidades. El aparato judicial en el proceso de configuración del Estado-Nación en Colombia 1821-1853*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- Cancino Moreno, Antonio José. *Las instituciones penales colombianas y su evolución a partir del código de 1837*. 3 vols. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Colmenares, Germán. "El manejo ideológico de la ley en periodo de transición". *Historia Crítica* 4 (jul.-dic., 1990): 8-31.
- Colmenares, Germán. "La ley y el orden social: fundamento profano y fundamento divino". *Boletín Bibliográfico* 27.2 (1990): 3-19.
- Colmenares, Germán. *Las convenciones contra la cultura. Ensayos sobre historiografía hispanoamericana del siglo XIX*. Bogotá: Tercer Mundo, 1997.
- Domínguez, Zoila Gabriel de. "Delito y sociedad en el Nuevo Reino de Granada. Periodo virreinal (1740-1810)". *Universitas humanística* 8-9 (1974-1975): 281-398.
- Escobar Villegas, Juan Camilo y Adolfo León Maya Salazar. "Los procesos de codificación penal en Nueva Granada: una ruta para la mundialización de las ideas ilustradas". *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* 7 (2007). Recuperado de: <http://nuevomundo.revues.org/document3960.html>
- Fundación Misión Colombia. *Historia de Bogotá*. Bogotá: Villegas Editores, 1988.
- Gluckman, Max. *Política, derecho y ritual en la sociedad tribal*. Madrid: Akal, 1978.
- Godelier, Maurice. "Introducción: el análisis de los procesos de transición". *Revista Internacional de Ciencias Sociales* 114 (dic., 1987): 4-16.
- Gómez Hurtado, Álvaro. *La revolución en América*. Bogotá: Compañía Grancolombiana de Ediciones S. A., s. f.
- Grossi, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid: Trotta, 2003.
- Hespanha, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.
- Jaramillo Uribe, Jaime. "Bentham y los utilitaristas colombianos del siglo XIX". *Ideas y Valores* 4.13 (1962): 11-28.
- Jaramillo Uribe, Jaime. *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*. Bogotá: Alfaomega, 2001.
- Laski, Harold Joseph. *El liberalismo europeo*. México: FCE, 2003.
- López Domínguez, Luis Horacio. *Administraciones de Santander, 1834-1835*. Bogotá: Fundación para la Conmemoración del Bicentenario del Natalicio y Sesquicentenario de la Muerte del general de Francisco de Paula Santander, 1990.

- López Domínguez, Luis Horacio. *La Querrela benthamista 1748-1832*. Bogotá: Fundación para la Conmemoración del Bicentenario del Natalicio y Sesquicentenario de la Muerte del general de Francisco de Paula Santander, 1993.
- Marsal y Marce, José María. *Síntesis histórica del derecho español y del indiano*. Bogotá: Bibliográfica Colombiana, 1959.
- Ots Capdequi, José María. “La administración de justicia”. *Revista trimestral de cultura moderna* 16 (1950): 93-106.
- Palacios, Marco. *Parábola del liberalismo*. Bogotá: Norma, 2002.
- Palacios, Marco y Frank Safford. *Colombia. País fragmentado, sociedad dividida*. Bogotá: Norma, 2005.
- Parada García, Gilberto Enrique. “La retórica del miedo en la prensa bogotana de 1834”. *Historia Crítica* 36 (jul.-dic., 2008): 58-81.
- Pasukanis, Eugeny B. *Teoría general del derecho y el marxismo*. Medellín: Editorial La Pulga, 1976.
- Peñas Felizzola, Aura Helena. *Génesis del sistema penal colombiano. Utilitarismo y tradicionalismo en el código penal neogranadino de 1837*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2006.
- Pérez, Luis Carlos. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Temis, 1962.
- Quijano, Arturo. *Evolución histórica del derecho penal colombiano*. Bogotá: Imprenta de Medardo Rivas, 1898.
- Restrepo Fontalvo, Jorge. *Codificaciones penales y realidad criminológica en Colombia*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2008.
- Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1998.
- Rivacoba y Rivacoba, Manuel y Eugenio Raúl Zaffaroni. *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*. Valparaíso: Edeval, 1980.
- Schama, Simon. *Ciudadanos. Crónica de la Revolución Francesa*. Buenos Aires: Javier Vergara Ed., 1990.
- Segura, Pablo. *Evolución del derecho penal*. Bogotá: Omega / Universidad Nacional, 1924.
- Silva, Renán. *Los ilustrados de Nueva Granada 1760-1808: genealogía de una comunidad de interpretación*. Medellín: Banco de la República / Eafit, 2002.
- Supiot, Alain. *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*. Buenos Aires: Siglo XIX, 2007.
- Tocqueville, Alexis de. *El Antiguo Régimen y la Revolución*. México: FCE, 1996.
- Tomás y Valiente, Francisco. *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*. Madrid: Tecnos, 1992.
- Uribe-Urán, Víctor M. “Derecho y cultura durante la ‘Era de la revolución’ en México, Colombia y Brasil, 1750-1850: La Génesis de lo público y lo privado”.

- Las revoluciones del Mundo Atlántico.* Coords. María Teresa Calderón y Clément Thibaud. Bogotá: Universidad Externado de Colombia / Taurus, 2006.
- Uribe-Urán, Víctor M. *Vidas Honorables: abogados, familia y política en Colombia 1780-1850.* Medellín: Banco de la República / Eafit, 2008.
- Vélez, Fernando. *Datos para la historia del derecho nacional.* Medellín: Imprenta del Departamento, 1891.