

# Cultura jurídica, ley y constitución en el proceso penal en Bogotá y Popayán, 1819-1830. Aspectos de la transición jurídica en la República de Colombia\*

## Legal Culture, Law and Constitution in Criminal Proceedings in Bogotá and Popayán, 1819-1830. Aspects of the Legal Transition in the Republic of Colombia

*Carlos Alberto Toro Silva\*\**

---

Fecha de recepción: 19 de enero de 2022

Fecha de aprobación: 13 de junio de 2022

---

### RESUMEN

Este artículo estudia los procesos penales por hurtos en Bogotá y Popayán, en Cortes de segunda instancia de la justicia ordinaria en la República de Colombia. Lo anterior se lleva a cabo con el fin de aportar elementos para comprender el problema de la transición jurídica después de la ruptura política con España. Inicialmente, se examina la estructura de la justicia criminal ordinaria y sus limitaciones materiales e institucionales. En segundo lugar, se evidencia que los juicios penales seguían teniendo una estructura mixta, propia de la cultura jurídica castellana del virreinato de la Nueva Granada. En tercer lugar, se hace

referencia a las innovaciones normativas penales republicanas, que comenzaron a usarse en la práctica procesal. Igualmente, se muestra el uso judicial de la doctrina, y las diferencias que existieron entre ambas ciudades en tales sentidos. Lo previamente expuesto permite hablar de una “cultura jurídica de transición” para este contexto, caracterizada por continuidades y cambios asimilados de forma irregular en términos funcionales y territoriales. La investigación señala que, en Bogotá, antiguo centro político y jurídico del Nuevo Reino de Granada, pesó más la continuidad de la tradición vigente en los juicios, mientras que, en Popayán, hubo una mayor apertura a las innovaciones jurídicas republicanas.

---

\* La investigación para este artículo fue financiada con el estímulo recibido al ser uno de los proyectos ganadores en la “Convocatoria a la investigación histórica en el marco de la conmemoración del Bicentenario de la Independencia Nacional – Fomento a la Investigación: Independencia y República. Bicentenario 2019” (línea historia del Derecho y de las instituciones) del Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH.

\*\* Abogado de la Universidad del Cauca, Magíster y Doctor en Historia de la Universidad de los Andes. Investigador independiente. Mi principal área de investigación es la historia del Derecho. carlosalbert.toro@tutanota.com

**Palabras clave:** proceso penal, cultura jurídica, Ley, Constitución, doctrina.

## ABSTRACT

This article studies the criminal procedures for theft in Bogotá and Popayán, in appellate courts of ordinary justice in the Republic of Colombia, in order to provide elements for understanding the problem of legal transition after the political separation from Spain. The work begins by examining the structure of ordinary criminal justice, and its material and institutional limitations. Second, it shows that criminal trials continued to have a mixed structure typical of the Castilian legal culture of the Viceroyalty of New Granada. Thirdly, it refers to the repu-

blican penal normative innovations that began to be used in procedural practice, to the judicial use of the doctrine, and the differences that existed between both cities in such senses. This allows us to speak of a “transitional legal culture” for this context, characterized by continuities and irregularly assimilated changes in functional and territorial terms. The research shows that, in Bogotá, the former political and legal center of the New Kingdom of Granada, the continuity of the current tradition in the trials weighed more, while in Popayán there was a greater openness to republican legal innovations.

**Keywords:** *criminal process, legal culture, Law, Constitution, Doctrine.*

## INTRODUCCIÓN

Este artículo trata sobre la transición jurídica de comienzos del siglo XIX, en Colombia. Se enfoca en la estructura y cambios en el proceso penal. Específicamente, se busca comprender en qué medida las innovaciones constitucionales y legales de la década de 1820 comenzaron a incorporarse y adquirieron fuerza jurídica en los procesos penales. La estructura y desarrollo de estos se basaba todavía en la cultura jurídica castellano-indiana. Asimismo, se pretende encontrar las diferencias que hubo, en ese sentido, entre Bogotá y Popayán, dos ciudades que, además de su importancia política desde el periodo colonial, formaban parte del centro del primer aparato judicial republicano. Se mostrará que, en Popayán, la observación de las innovaciones normativas republicanas fue más estricta que en Bogotá, ciudad que había sido el centro jurídico y político del antiguo virreinato.

El artículo parte de la línea de investigación de Germán Colmenares sobre la transición jurídico-penal en Colombia<sup>1</sup>. Presenta una interpretación diferente sobre la forma en que comenzó el cambio del orden jurídico colonial al republicano en su aspecto penal. De acuerdo con el trabajo de Colmenares, la continuidad estaba en la aplicación de las leyes castellanas, en medio de la recepción de las ideas penales ilustradas y liberales, por parte de los operadores judiciales, a través de las cuales interpretaban las primeras. Por el contrario, en este texto, se muestra que el elemento de continuidad correspondía a la práctica procesal basada en

1 Germán Colmenares, “El manejo ideológico de la ley penal en un periodo de transición”, en *Varia*. Selección de textos, Bogotá: TM Editores, Universidad del Valle, Banco de la República, Colciencias, 1998, pp. 232-264.

la cultura jurídica castellana, mientras que la legislación republicana, y algunas garantías constitucionales, coexistieron con las leyes castellanas en los procesos. Además, en ellos, la doctrina penal liberal-ilustrada tuvo poca relevancia práctica.

El anterior problema se enmarca en la historia del Derecho. Esto determina el enfoque de la investigación. Por consiguiente, en los párrafos siguientes, luego de plantear mi posición frente a la literatura existente en Colombia, explicaré con mayor detalle el sentido del enfoque. Igualmente, detallaré las fuentes y el método. Posteriormente, el artículo desarrollará cuatro aspectos del problema principal de investigación: (i) la estructura y limitaciones de la justicia ordinaria de primera y segunda instancia que constituía el ámbito institucional, donde se desarrollaban los procesos penales; (ii) la cultura jurídica vigente que seguía estructurando el proceso penal a comienzos de la República; (iii) las formas en que las innovaciones normativas republicanas comenzaron a observarse en los procedimientos penales; y (iv) los usos procesales de la doctrina penal. El texto termina con unas breves conclusiones y reflexiones a partir de lo anterior.

Las instituciones judiciales colombianas, en general, y el proceso penal, en especial, en el siglo XIX, han recibido escasa atención como objeto de análisis histórico<sup>2</sup>. Por lo general, cuando los investigadores se han referido a sus transformaciones históricas, lo han hecho desde el paradigma del progreso. Un ejemplo de esta última aproximación es la tesis doctoral de Alejandro Londoño Tamayo sobre el juicio por jurados. En ella, argumenta que dicha institución contribuyó a “modernizar” el sistema jurídico e implicó una mayor participación ciudadana en el ámbito de la justicia, lo que, a su vez, constituyó un “aporte” a la “democratización” del país<sup>3</sup>. La idea de progreso aparece, de forma aún más explícita, en las obras de algunos juristas colombianos que se han ocupado de aspectos históricos de su disciplina, quienes basan su recuento en lo que Paolo Grossi ha llamado la “mitología jurídica de la modernidad”<sup>4</sup>, que ve la “tradicción penal demoliberal” como el destino *necesario* del progreso jurídico<sup>5</sup>. Olvidan la diferencia entre la labor dogmática de reproducción del sistema jurídico del que

- 2 De todos modos, sobre la primera organización judicial republicana en sus instancias superiores una referencia ineludible es el libro de Armando Martínez Garnica, *La Agenda de Colombia* tomo I, Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, 2008.
- 3 Alejandro Londoño Tamayo, “El juicio por jurado en Colombia (1821-1863). Participación ciudadana y justicia penal”, Memoria para optar al grado de doctor Programa de Doctorado Estado y Sociedad en la Historia de América Universidad Complutense de Madrid Facultad de Geografía e Historia, Depto. de Historia de América I, Madrid, 2014. Por su parte, Juan Carlos Vélez Rendón señala que el establecimiento de los jueces en Antioquia forma parte de un proceso de “modernización” que encontró resistencias locales. “El establecimiento local de la administración de justicia en Antioquia, 1821-1853. El difícil cumplimiento de una promesa republicana”, *Anuario colombiano de historia social y de la cultura* 40: 1, ene.-jun. 2013, pp. 113-143.
- 4 Paolo Grossi, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid: Trotta, 2003, p. 43.
- 5 Por ejemplo, Diego Eduardo López Medina y Astrid Liliana Sánchez Mejía, *La defensa de la libertad. Análisis de las relaciones entre ley, derechos fundamentales y derechos humanos en el sistema penal colombiano*, Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2007.

forman parte y la de la investigación histórica propiamente dicha. Esto da lugar a panoramas históricos demasiado simples<sup>6</sup>. Por el contrario, a diferencia de los anteriores, Germán Colmenares se aproximó de una forma más compleja al tema de la transición jurídica. Observó la interacción entre la tradición y la innovación en los procesos penales de comienzos del siglo XIX<sup>7</sup>. Para esta investigación, se adoptó un enfoque similar.

La transformación del derecho, en el tiempo, no implica que progrese, sino que evoluciona a partir de sí mismo como consecuencia de impulsos casuales del entorno social. Estos, de acuerdo con Niklas Luhmann, “provocan las variaciones y selecciones eventualmente innovadoras”<sup>8</sup>, que a su vez modifican tanto su propia estructura como su relación con ese entorno. Así pues, la evolución del derecho no es teleológica sino, como afirma Gunther Teubner, es “teleonómica”. Es decir, “continúa construyéndose sobre el sistema establecido [...]. Recombina programas exitosos y elimina los no exitosos. Aunque este desarrollo es irreversible, no lleva a un estado que sea ‘mejor’ o ‘peor’ que su predecesor”<sup>9</sup>. En consecuencia, se puede afirmar que la evolución del Derecho no es lineal. Es un proceso en el que la innovación debe interactuar con la tradición en las prácticas, interpretaciones y decisiones de los operadores jurídicos, cuyos resultados no están determinados de antemano. Éste es uno de los principales motivos de por qué los procesos judiciales son el punto focal del presente Artículo, que se refiere a un periodo temprano del Derecho nacional.

El problema, objeto y enfoque anteriores determinaron el método de la investigación. Se enfatizó más en el análisis de las formas que en el de los contenidos de las fuentes judiciales. La investigación se basó en las causas por hurto conocidas en primera instancia por los alcaldes ordinarios (hasta 1825) y los alcaldes municipales (desde ese año hasta 1830) en primera instancia, y por las Cortes de los Distritos del Centro y del Sur en segunda instancia. Estos juicios reposan, respectivamente, en el Archivo General de la Nación (en adelante AGN) y en el Archivo Central del Cauca (en adelante ACC). También se revisaron los cuerpos de legislación castellana y las leyes republicanas con una relevancia procesal que se irá mencionando más adelante. Aunque no se trató de una investigación con

6 Como por ejemplo el de Francisco Barbosa Delgado *Justicia: rupturas y continuidades. El aparato judicial en el proceso de configuración del Estado-nación en Colombia*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2007, que parece asimilar los cambios en las leyes al progreso jurídico. Otro ejemplo de un panorama simplificador es el de García Arboleda, Felipe, *Regeneración o catástrofe. Derecho penal mesiánico durante el siglo XIX en Colombia*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009. Este autor parece creer, además, que la evolución del sistema penal en Colombia en ese siglo fue igual a como la describe Michel Foucault para el caso de Francia en *Vigilar y castigar*.

7 Colmenares, op. cit.

8 Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford: Oxford University Press, 2004 [1993], p. 200.

9 Gunther Teubner, *El Derecho como sistema autopoiético*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017 [1989], p. 79.

metodología cuantitativa, fue necesario revisar todas las causas existentes con el fin de encontrar las formas de reconocimiento de esa legislación y de la doctrina por parte de los operadores jurídicos, así como las continuidades y cambios en la estructura judicial y procesal en este periodo.

## 1. Estructura judicial en Bogotá y Popayán a comienzos de la República

Esta primera sección, se enfocará en las principales transformaciones en la estructura de la organización de la justicia ordinaria de primera y segunda instancia en Bogotá y Popayán, puesto que ésta era el ámbito institucional en que se desarrollaban los procesos penales. Igualmente, se hablará de algunas de las limitaciones de este incipiente aparato judicial.

Después de la Independencia, el gobierno de Francisco de Paula Santander pretendió reestructurar la administración de justicia a partir del principio de división de poderes consagrado en la Constitución de 1821 (art. 10). No obstante, como veremos, inicialmente conservó el aparato judicial existente en primera instancia. Dicho principio sobre el poder político constituía una novedad radical en un territorio en el que, hasta entonces, el ejercicio de la autoridad se entendía, ante todo, como la potestad de juzgar. Es decir, se concebía como una *jurisdicción*<sup>10</sup>. Por tanto, su implementación fue lenta y compleja, en las primeras décadas republicanas, sobre todo en las instancias inferiores. Por ejemplo, durante la década de 1820 algunos empleados del Ejecutivo, como los intendentes o los jefes políticos, en ocasiones, llegaron a asumir funciones jurisdiccionales, lo que podía dar lugar a conflictos de competencia con los jueces ordinarios.

La posición central, a comienzos de la República, de ambas ciudades se remontaba al periodo colonial. Al estar dotadas de jurisdicción ordinaria, se contaban entre los pocos espacios con presencia más o menos efectiva de la autoridad secular que, como se indicó, consistía sobre todo en administrar justicia. Como señala Germán Colmenares: “solo dentro del perímetro urbano existía un sistema efectivo de jerarquías sociales, de atribuciones políticas repartidas entre los notables y de símbolos externos que fundaban un orden en el cual pudiera proyectarse el Estado [sic]”<sup>11</sup>. Esto era particularmente visible en Santa Fe. Dicha ciudad había sido la sede de la Real Audiencia desde el siglo XVI y de la

10 Sobre el significado de la jurisdicción en la cultura jurídica de Antiguo Régimen, entre otros: Jesús Vallejo, “Acerca del fruto de árbol de los jueces. Escenarios de la justicia en la cultura del *Ius Commune*”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2 (1998): 19-46.

11 Colmenares, op. cit., p. 250.

institución del virrey desde el siglo XVIII. Allí se encontraban las universidades donde se enseñaba la jurisprudencia. Su jurisdicción ordinaria civil y criminal de primera instancia se encontraba en cabeza de los alcaldes ordinarios y en los oidores de la Real Audiencia, como alcaldes de corte<sup>12</sup>, mientras que la segunda instancia estaba en ese mismo tribunal. Popayán era la capital de la provincia de ese mismo nombre desde el siglo XVI. Una de sus principales diferencias socioeconómicas con Santa Fe era la importancia que tenía la mano de obra esclava en la prosperidad material de la región. Esto había permitido a un creciente número de individuos estudiar jurisprudencia en la capital a finales del periodo colonial<sup>13</sup>. En esta ciudad, la jurisdicción de primera instancia estaba en los alcaldes ordinarios, y la segunda instancia podía recaer en el Gobernador de la provincia o en la Real Audiencia de Quito<sup>14</sup>. Fuera de estos ámbitos urbanos, añade Colmenares: “la aplicación de la justicia [...] era muy problemática”, pues incluso dentro de los términos de cada ciudad “había áreas enteras que escapaban a la jurisdicción efectiva de sus autoridades”<sup>15</sup>. Solo, en la segunda mitad del siglo XVIII, habría un aumento de esta presencia gracias a la creación los alcaldes pedáneos para los pueblos, y de los alcaldes de barrio, que operaban dentro del perímetro urbano.

Después de la Independencia, ambas ciudades conservaron su centralidad en el nuevo orden político y jurídico. Santa Fe (que pasó a llamarse Bogotá), se convirtió en la capital de la nueva República de Colombia. Además, se convirtió en el asiento de la Alta Corte de Justicia y de la Corte de Justicia del Centro, que conocía en segunda instancia de las causas de las provincias de Bogotá, Antioquia, Mariquita y Neiva. En 1821, Popayán se convirtió en la capital del departamento del Cauca (que incluía las provincias de Popayán y del Chocó). Más adelante, sería sede de la Corte de Justicia del Sur. Entre 1819 y 1825, la jurisdicción ordinaria de primera instancia, en ambas ciudades, continuó en cabeza de los alcaldes ordinarios, reconocidos por el Artículo 149 de la Constitución de 1821 y la ley de 14 de octubre de 1821 “sobre la organización de tribunales y juzgados” (art. 100). Esta ley también reconoció a los alcaldes pedáneos, que en materia criminal conservaban la jurisdicción limitada al sumario (art. 126)<sup>16</sup>, que tenían desde mediados del siglo XVIII.

De esta manera, ambas ciudades contaban, a comienzos de la década de 1820, con dos alcaldes ordinarios del cabildo (jueces legos) para conocer de las causas

12 Los corregidores tenían jurisdicción ordinaria en sus corregimientos, aunque estaban en decadencia desde finales del siglo XVIII como jueces ordinarios.

13 Renan Silva, *Los Ilustrados de la Nueva Granada, Genealogía de la comunidad de interpretación*, Medellín: Banco de la República, Universidad Eafit, 2002, p. 36.

14 Colmenares, op. cit., p. 242.

15 Colmenares, op. cit., p. 250.

16 Todas las leyes citadas aparecen en la *Codificación nacional de todas las leyes de Colombia desde el año de 1821, hecha conforme a la ley 13 de 1912*, vols. 1-3, Bogotá: Imprenta Nacional, 1924-1953.

civiles y criminales. Dichos casos se decidían con asesoría de un *letrado*; es decir, un abogado. La posición de juez ordinario de las causas criminales implicaba la potestad de sentenciar y conocer sus dos fases previas: el *sumario*, es decir, la pesquisa, y el *plenario*, el juicio en sí. La jurisdicción territorial de estos alcaldes incluía a los *partidos* de los alrededores de cada ciudad. En consecuencia, si un alcalde pedáneo —o *partidario* según el lenguaje usual de las causas— abría un sumario contra un vecino de dichos pueblos, la causa debía trasladarse hasta la ciudad para que pudiera dictarse sentencia. Los alcaldes partidarios o pedáneos, y los alcaldes comisarios de barrio, eran jueces con *jurisdicción limitada*, lo que quiere decir que no podían sentenciar, sino que sus actividades estaban concentradas en la instrucción el sumario, cuando esto no lo hacía directamente el juez ordinario.

Dicha estructura del aparato judicial comenzó a cambiar, sobre todo, a partir de la ley de 11 de mayo de 1825. En ella, se estableció que el conocimiento de las causas en primera instancia estaría en los nuevos *jueces letrados* (arts. 95-98), mientras que encargaba los sumarios y algunos castigos correccionales leves a los *alcaldes municipales* de los cantones (arts. 153 y 154), y a los *alcaldes parroquiales*. Estos últimos tendrían esas mismas funciones de forma subsidiaria (arts. 155 y 157). De este modo, en principio, la jurisdicción de primera instancia pasaba a unas nuevas figuras de jueces republicanos, unos (los letrados), nombrados y pagados por el gobierno, y los municipales —jueces legos al igual que los alcaldes ordinarios—, sostenidos por su respectivo cantón y de menor jerarquía que los primeros. Las dificultades financieras del nuevo Estado y las resistencias de las localidades impidieron el establecimiento de los jueces letrados en casi todas las ciudades. Por tanto, en la práctica, la justicia de primera instancia estuvo en manos de los alcaldes municipales. En general, ellos conocían de los procesos de la misma forma en que lo venían haciendo los alcaldes ordinarios. Al igual que estos, los alcaldes municipales no recibían sueldo del Estado, sino que dependían de las rentas de cada cantón. En este aspecto, una diferencia entre Bogotá y las demás ciudades es que, allí, sí llegó a nombrarse un juez letrado en este periodo. De hecho, algunas de las causas fueron conocidas y falladas por él, entre 1826 y 1828, aunque luego los alcaldes municipales volvieron a asumir esa responsabilidad hasta 1832<sup>17</sup>. En cuanto a los parroquiales, asumieron las cargas que antes eran propias de los alcaldes pedáneos y los comisarios de barrio. Igualmente, en la práctica procesal, se mantuvo la figura de las *comisiones* para que los jueces inferiores instruyeran los sumarios por orden de los jueces ordinarios; es decir, los alcaldes municipales en este contexto.

17 Más adelante, en 1832, se ve de nuevo la figura del juez letrado en las causas criminales ordinarias.

Lo anterior significa que, en primera instancia, el ajuste de las decisiones judiciales al Derecho se llevó a cabo, ante todo, a través de una “justicia letrada mediata”<sup>18</sup>. Como se señaló, las sentencias de los alcaldes ordinarios y, desde la reforma de 1825, de los alcaldes municipales, debían contar con asesoría letrada, de acuerdo con una tradición del *ius commune* que, para estos territorios, se observaba desde el periodo colonial<sup>19</sup>. Estos asesores eran nombrados por los jueces. No obstante, al igual que sucedía con los defensores, eran frecuentes las excusas, por parte de los abogados de la ciudad, para evitar asumir esa función. A esto se sumaba la escasez de abogados, sobre todo en el caso de Popayán. En 1826, por ejemplo, según un alcalde municipal, en la ciudad había solamente tres abogados que podían dar concepto sobre la causa<sup>20</sup>. De todos modos, el rol de los asesores en primera instancia era fundamental, pues la valoración de las pruebas, la interpretación del derecho aplicable y la decisión final estaban en sus manos. Si a esto añadimos el hecho de que la mayoría de los sumarios (donde se recogía el material probatorio más relevante) eran desarrollados por los jueces inferiores, se observa que, en últimas, el rol de los jueces ordinarios —en la justicia letrada mediata de primera instancia durante estos años— era secundario con respecto al de los dos anteriores, y al de los fiscales, con respecto al destino de cada reo individual<sup>21</sup>.

En materia judicial, este periodo republicano temprano también se caracterizó por la continuidad de la práctica, propia de la cultura jurídica castellano-indiana, de la *consulta* obligatoria para las sentencias de primera instancia por delitos con pena corporal. Tal era el caso de los hurtos u homicidios. Es decir, los procesos por tales delitos siempre tenían dos instancias, hubiera apelación o no; lo segundo era de hecho lo más frecuente, puesto que solo en algunos casos los defensores se comprometían con los reos hasta el punto de apelar un fallo adverso. La segunda instancia también sufrió transformaciones en la década de 1820. En el caso de la capital, luego de la salida de la Real Audiencia en 1819, la Alta Corte de Justicia llegó a conocer algunas apelaciones y consultas en 1820. Esto ocurrió hasta que se creó la Corte de Justicia del centro para la segunda instancia y la Alta Corte pasó a ser tribunal de tercera instancia. El Artículo 9, de la ley sobre juzgados y tribunales de 14 de octubre de 1821, dividió el territorio en tres grandes distritos judiciales en su Artículo 8. Adicionalmente, dicha disposición estableció que

18 Tomo esta noción de Pedro Ortego Gil, quien, para el caso español, argumenta sobre la conveniencia de hablar de una justicia letrada inmediata, ejercida por jueces letrados, y otra mediata, ejercida por abogados letrados cuyos juicios eran pronunciados por jueces legos. Esto construye a su juicio a matizar la tradicional distinción entre justicia letrada y no letrada, lo que en mi opinión también debe tenerse en cuenta para el caso colombiano. “La justicia letrada mediata: los asesores letrados”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* 22, 2010, pp. 483 y 484 [438-484].

19 Ortego Gil, op. cit., pp. 438-445.

20 ACC, *Independencia*, serie Criminal, signatura 4364.

21 Esto amerita investigaciones adicionales.



habría tres cortes superiores de justicia: la del distrito del norte, con sede en Caracas; la del distrito del sur, con sede en Quito; y la del distrito del centro, con sede en Santa Fe (art. 9). La ley de 11 de mayo de 1825, a su vez, ordenaba que en cada “departamento” hubiera una corte superior de justicia (art. 8). La Corte de Justicia del distrito del centro fue la primera en establecerse en 1821, junto con la del norte. En cambio, fue necesario esperar a que el territorio del sur quedara libre en 1822 para que pudiera instalarse la del sur<sup>22</sup>. Por este motivo, la segunda instancia de las causas de Popayán, entre 1819 y 1822, estuvo en la Corte del centro. Luego, pasó a la del sur.

De acuerdo con la ley de 11 de mayo de 1825, estas cortes estaban compuestas por seis ministros: cuatro jueces y dos fiscales (art. 9). El sueldo de estos empleados dependía de las rentas nacionales, cuyo deplorable estado se reflejaba en el frecuente atraso en el pago de sus sueldos. Dicha situación, junto con el exceso de trabajo por lo frecuente de las consultas, hacía que estos cargos fueran poco apetecidos<sup>23</sup>. En Popayán, por ejemplo, en ocasiones había solo dos o tres ministros. Tal escasez obligaba a buscar, entre los abogados de la ciudad, el número de conjuces necesario para completar la exigencia de la ley de 17 de mayo de 1826. Según dicha disposición, en las causas criminales, la sentencia de segunda instancia debía pronunciarse por las Cortes de justicia, “compuesto el tribunal de cinco individuos ministros o conjuces” (art. 28). Al igual que sucedía con los letrados, en ocasiones, los nombrados conjuces se excusaban por diferentes razones. Incluso mencionaban haber sido nombrados para otra causa, como por ejemplo este en 1827 en Popayán:

Pasado mañana 7 del corriente tengo precisión de ir a mi hacienda y no me es posible venir antes del día 10 para el cual he admitido el nombramiento de conjuce en otra causa postergando mis negocios particulares, con perjuicio mío pues los daños del terremoto y las cuentas de principio de año exigían mi presencia por algún tiempo<sup>24</sup>.

Lo anterior indica la precariedad del medio institucional en que se desarrollaban los procedimientos en el periodo republicano temprano<sup>25</sup>. Sin duda, había algo más que una motivación económica o de prestigio social para que algunos individuos buscaran ocupar la posición de jueces, lo que debía de resultar de la creencia en

22 *Gaceta de Colombia* n. 44, Domingo 18 de agosto de 1822.

23 AGN, Sección República, *Juzgados y tribunales*, Legajo 23, ff. 118r. 281r.-357r.

24 ACC, *Independencia*, serie Criminal, signatura 6077.

25 Como indica André-Noel Roth, refiriéndose al caso de Popayán, a comienzos de la República la “administración pública” se caracterizaba por la falta de funcionarios competentes, las dificultades presupuestales para pagarles, y la “débil difusión de la filosofía ilustrada”. “La génesis del Estado republicano en Colombia: Elementos para una historia social de la administración pública”, *Cuadernos de Historia del Derecho* 13, 2006, pp. 281-296.

la legitimidad del Derecho como medio de control social desde la Colonia. La práctica judicial era una continuidad en medio de los cambios en los discursos políticos. Su influencia en el orden jurídico existente fue lenta y desigual. Otro motivo era la fidelidad a la causa política republicana, visible sobre todo entre los ministros de las cortes que aceptaban asumir esos cargos —con las dificultades antes mencionadas— a costa de sus propios intereses<sup>26</sup>.

## 2. Cultura jurídica y legislación castellana en los procesos penales

El gobierno de Santander reconoció la fuerza jurídica de la legislación castellana que se observaba en los juicios. La Constitución de 1821 declaró, en su Artículo 188, “en su fuerza y vigor las leyes que, hasta aquí, han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y las leyes que expidiere el Congreso”. Más adelante, la ley de 13 de mayo de 1825, recogiendo la tradición jurídica castellana, estableció un *orden de prelación*<sup>27</sup> sobre las leyes que debían observarse en los juicios: 1) las que en lo sucesivo decretara el Legislativo; 2) las disposiciones del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808 que hubieran tenido observancia en el territorio de la nueva República; 3) las leyes de Indias; 4) la Nueva Recopilación de Castilla, y 5) las Siete Partidas. En la práctica de los juicios, desarrollados según la tradición castellana, esta expectativa normativa se cumplió de otra manera. Por ejemplo, las *Siete Partidas* fueron de hecho la principal disposición sobre reglas de procedimiento; la *Novísima recopilación* de 1805, que ni siquiera se menciona en dicha ley, fue observada por algunos jueces en Bogotá; mientras que el reconocimiento de las nuevas leyes penales republicanas fue desigual, como veremos.

La cultura jurídica visible en los juicios no varió en lo esencial. En primer lugar, la práctica que estructuraba los procesos penales, durante la República de

26 Sobre la participación de los juristas neogranadinos en el inicio de la formación estatal republicana, Víctor Manuel Uribe-Urán. “Juristas, sociedad, independencia y Estado en la Nueva Granada, 1790-1830”, en *Juristas de la independencia*, editado por José María Pérez Collados y Samuel Rodríguez Barbosa, Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 159-204.

27 “En sentido estricto, se entiende por “orden de prelación” a la declaración legislativa que establece la jerarquía de las leyes en un sistema jurídico preestablecido. En sentido amplio, a la jerarquización de todos los elementos que componen dicho sistema. El apogeo de los órdenes de prelación se dio en las postrimerías de la edad Media y en los albores de la Edad Moderna. Causas de este apogeo fueron los sucesivos casos de “caos legislativo” que se produjeron en dichos periodos a consecuencia de la proliferación de normas que se dedicaban, y a la falta de un sistema que las organizara”. Beatriz Bernal Gómez, “El Derecho indiano, concepto, clasificación y características”, *Ciencia Jurídica* 4:7 (2015): 186.

Colombia, era la misma que en el virreinato de la Nueva Granada. Incluso una reforma procesal, como la ley de 3 de mayo de 1826, era una adaptación del “orden simplificado” del procedimiento ordinario castellano al contexto posbélico, en el que se habían multiplicado los hurtos en la nueva República. Los acontecimientos políticos y militares de la década de 1810 pudieron detener la actividad judicial en algunas regiones o alterar el desarrollo de juicios individuales. Sin embargo, estos sucesos, por sí mismos, no podían transformar esa estructura en un periodo tan temprano de la formación del Estado colombiano. Fue solo después de la Constitución de 1821 cuando comenzaron a ocurrir los primeros cambios visibles en el ámbito de los procedimientos. Como se mostrará, particularmente en la sección que sigue, estos comenzaron a influir en la práctica judicial sin llegar a transformar la estructura procesal. Teniendo en cuenta lo anterior, es referirse, brevemente, al derecho en el virreinato, y hacer énfasis en la estructura procesal de origen castellano, para luego examinar la continuidad de la cultura jurídica y de la legislación castellana en la década de 1820.

Durante el siglo XVIII, luego de dos siglos en que fue muy limitada, el ordenamiento jurídico castellano-indiano aumentó su presencia en el virreinato de la Nueva Granada. Además del creciente número de graduados en jurisprudencia en la capital, la práctica procesal comenzó a tener una mayor formalización, es decir, un mayor ajuste a las solemnidades legales. La Real Audiencia promovió lo anterior en sus decisiones interesada en que los demás jueces ordinarios siguieran también de forma más estricta la legislación de la Corona española en sus actuaciones. Este Derecho castellano-indiano, ya parcialmente autónomo (con una legislación y unas instituciones legítimas, así como una doctrina que conocían y citaban jueces), tenía una influencia que se limitaba a las jurisdicciones de las principales ciudades del virreinato, como Santa Fe y Popayán. Por el contrario, el derecho seguía siendo, ante todo, socialmente difuso en las grandes zonas alejadas de la influencia directa de la autoridad jurisdiccional. En dichos lugares, el ordenamiento castellano-indiano podía adoptar formas de “Derecho vulgar”<sup>28</sup> ante la falta de abogados y de control por parte de la Real Audiencia, y la normatividad religiosa, los usos y costumbres eran los principales criterios para resolver los conflictos.

Esta situación no cambió sustancialmente después de la Independencia. El “imperio de la ley”, tan mencionado por los gobernantes, era más un ideal político que una realidad materializada en el vasto territorio nacional. La ya mencionada escasez de letrados para asesorar a los jueces municipales —aun mayor en los cantones que no habían sido centros jurisdiccionales durante el periodo colonial— fue

28 Según Charles Cutter, el proceso de vulgarización, en el que interactuaban el Derecho del rey y las sensibilidades populares, fue fundamental en el “sistema penal colonial”. “The Legal Culture on the Eve of Independence”, en *Judicial Institutions in Nineteenth-Century Latin America*, editado por Eduardo A. Zimmerman, Londres: University of London, 1999, p. 24 [8-24].

un problema mencionado con frecuencia en estos años por los operadores jurídicos; tal como se ve en los juicios de Popayán. A su vez, en las zonas con mayor presencia de la justicia ordinaria, su funcionamiento tampoco sufrió cambios de fondo a pesar de las innovaciones jurídicas y de las frecuentes las críticas al Derecho castellano en los discursos políticos de las décadas de 1810 y 1820. Sin embargo, a pesar de lo relativamente reducido del ámbito espacial de la justicia ordinaria, comparado con el tamaño de la naciente República, su importancia histórica radicó en que ahí se encuentran las bases del ordenamiento jurídico republicano, que siguió evolucionando en adelante hasta hoy.

A pesar de las diferencias entre cada jurisdicción, las antiguas colonias españolas, en América, desarrollaron una cultura jurídica que tenía algunos rasgos compartidos. Esta tenía su base en la tradición castellana e incorporaba la legislación creada para los reinos de Indias desde el siglo XVI, así como la doctrina y las costumbres desarrolladas en esos territorios. Dado lo anterior, es posible denominarla “cultura jurídica castellano-indiana”. Sus rasgos esenciales provenían de la gran cultura jurídica del *ius commune*. Ésta se extendió, en Europa, desde la Alta Edad Media hasta el siglo XVIII, periodo final del Antiguo Régimen. Algunos de estos rasgos eran: la concepción del poder político como jurisdicción; el peso de la idea tradicional de justicia (“la constante y perpetua voluntad de mantener a cada uno en su derecho”) en las decisiones judiciales; y la importancia que debían tener las cualidades personales de los jueces. Estos últimos tenían un amplio margen de discrecionalidad, llamado arbitrio judicial<sup>29</sup>. En el caso de las Indias, como ha señalado Charles Cutter, este arbitrio permitía adaptar el derecho a las circunstancias locales<sup>30</sup>. No obstante, el modelo procesal que seguían los jueces era el mismo que en Castilla.

Este modelo procesal castellano se adecuaba al del *ius commune*, “arrastrado desde la Baja Edad Media”, como señala María Paz Alonso<sup>31</sup>. En el caso de los juicios penales, incorporaron la *inquisitio* romano-canónica al juicio acusatorio. De esta manera, se originó el “procedimiento mixto”, compuesto por dos fases: el *sumario*, en el que tenía lugar la pesquisa desarrollada por el juez, y el *plenario*, donde tenía lugar el juicio acusatorio<sup>32</sup>. Estos juicios eran complejos, lentos y costosos. A causa de ello, como señala la misma autora, en el nivel de los alcaldes de Casa y Corte en Castilla, desde el siglo XVII, comenzó la práctica de obviar algunas formalidades. De este modo, se dio origen a un “orden simplificado”, que

29 Sobre esta cultura jurídica existe una amplia bibliografía que es imposible citar aquí.

30 Cutter, “The Legal Culture”, 14, 24.

31 María Paz Alonso Romero, *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 32.

32 Sobre el proceso penal en las Indias ver, asimismo, el texto de Marquard, Bernd, “Historia del derecho penal en los virreinos americanos de la Monarquía de las Españas e Indias (1519-1825)”, *Pensamiento jurídico* 49, 2019, pp.13-79.

entró a coexistir con el “orden complejo” en los juicios ordinarios<sup>33</sup>. Una de las principales razones de lo extenso de los juicios ordinarios, en el orden complejo, eran las posibilidades defensivas que otorgaba en el juicio plenario. A raíz de lo anterior, la simplificación del proceso ocurría en esa fase, que se reducía sin dar posibilidad de traslado ni debate entre las partes. Esto implicaba que el sumario se constituía en la fase más importante, mientras que el reo perdía posibilidades de defensa debido a que las pruebas no se publicaban; y, “por tanto, no se le permitiría alegar contra los nuevos testimonios presentados en el plenario”<sup>34</sup>. Al igual que en la Castilla de Antiguo Régimen, en el virreinato de la Nueva Granada y en la República de Colombia, el sumario era también, en últimas, la fase más importante del juicio penal. En ella se obtenía la información más relevante a favor, o, como sucedía con mayor frecuencia, en contra de los reos, que era tenida en cuenta en la sentencia por el asesor o el juez de segunda instancia.

En este orden de ideas, el trámite de los juicios por hurtos, a comienzos de la República, seguía el “orden simplificado” castellano. De hecho, esta práctica venía desde el XVIII. En esta época fue introducido por la Real Audiencia, en sus funciones de justicia criminal, en primera instancia como alcaldes de corte. Este orden les permitía juzgar los delitos más comunes, como los hurtos, con mayor rapidez que los alcaldes ordinarios. Además del plenario reducido, otra característica del orden simplificado era que la confesión ya no era parte del sumario sino del plenario. Es precisamente eso lo que sucedía en Bogotá y Popayán. Como se mencionó anteriormente, aunque los alcaldes ordinarios eran los encargados de instruir los sumarios, desde el siglo XVIII, también comenzó la práctica de comisionar su seguimiento a los jueces inferiores. Dichos operadores judiciales devolvían los autos antes de la confesión. Si, por algún motivo, la tomaban por sí mismos, el ordinario la declaraba nula por haber sido realizada sin cumplir con las formalidades de la ley (lo que además significaba una afrenta a su propia autoridad jurisdiccional).

La práctica de las comisiones para el sumario continuó a comienzos de la República, incluso después de la aparición de la figura de los alcaldes municipales en 1825. Estos comisionaban con frecuencia a los alcaldes de barrio —parroquiales desde 1825— con ese objeto tanto en Bogotá como en Popayán. En otras ocasiones, las denuncias podían recibirlas los alcaldes pedáneos —asimismo parroquiales, desde 1825— de los pueblos cercanos a Bogotá o Popayán. En tal caso, instruían, por su cuenta, el sumario, capturaban al reo, ordenaban y recibían las declaraciones de testigos que pudieran saber del hecho. La mayor parte de procesos penales, en Bogotá y Popayán, comenzaban por *denuncia*, algunos de oficio, mientras que eran muy raros los que iniciaban por *acusación*. En este caso, el que acusaba

33 Alonso Romero, op. cit., p. 50.

34 Alonso Romero, op. cit., p. 50.

debía constituirse en parte del proceso. Lo anterior significa que, casi siempre, el acusador era un *fiscal* nombrado por el juez y solo muy raras veces aparece un acusador particular en los procesos.

En el sumario, el juez recogía la información para encontrar el cuerpo del delito, recibía las declaraciones de los testigos y hacía las demás diligencias para el hallazgo de los presuntos autores. Si había indicios de culpabilidad contra alguien, ordenaba su captura. Luego de la denuncia o acusación, el juez emitía un *auto cabeza de proceso*. En él, relataba el modo en que había conocido el delito. También, daba cuenta de las acciones realizadas para dar con el cuerpo del delito y capturar al reo. Igualmente, ordenaba recibir la sumaria información. En general, esa sumaria información estaba compuesta por las declaraciones de los testigos, los cuales podía buscar el propio juez; incluso con ayuda del denunciante u otros interesados. En esta fase ocurría la práctica de la *declaración indagatoria* o *instructiva* para interrogar al reo. Ésta había sido introducida en la capital desde finales del virreinato. Dicha declaración fue reconocida como válida y comenzó a practicarse, en ambas ciudades, en virtud de la ley de 3 de mayo de 1826 con la cual hubo, por primera vez, una regla procesal al respecto.

Luego del terminar el sumario, el juez inferior remitía la causa al juez ordinario, junto con el reo, para que procediera a su confesión, la que recibía con presencia del escribano, y del curador, si el reo era menor de edad. Luego, el juez pasaba los autos al fiscal, que procedía a acusar, y nombraba al defensor, que respondía a esta acusación. Al igual que sucedía con los asesores, las excusas de los defensores nombrados por los jueces eran frecuentes.

La causa se abría a prueba para que cada parte pidiera las suyas. Luego de practicadas, se publicaban para conocimiento de la parte contraria, lo que era la práctica predominante en Bogotá. Por el contrario, esto no sucedía en Popayán. Por ello, en los juicios de esa ciudad, en principio, no había posibilidades de defensa ante las nuevas pruebas que hubieran podido pedir los fiscales. Sin embargo, en la práctica, estos se contentaban con pedir las ratificaciones de los testigos del sumario (que por lo general eran en contra del reo). Éstas eran obligatorias para que las declaraciones tuvieran valor probatorio en el juicio. Los defensores podían, a su vez, pedir sus propios testigos para demostrar la inocencia del reo, lo que podía alargar considerablemente el periodo probatorio si había dificultad para encontrarlos.

Una vez concluido el término probatorio, el fiscal presentaba su alegato, que solía ser una reproducción de la acusación inicial, se enfatizaba en la pena que consideraba justa. Luego el defensor hacía lo propio. Asimismo, éste último podía reproducir, en su alegato, su primera defensa. También era frecuente que el defensor realizara una alegación más elaborada, en la que se refiriera, por ejemplo, a los nuevos

testimonios a favor de la inocencia reo (si los había), a su buena conducta anterior, a las razones jurídicas que había para liberar al reo, o, por lo menos, para minorar la pena. Incluso, en ocasiones, apelaban a la clemencia del juez.

El juicio terminaba con la sentencia. Ésta estaba compuesta, en primer lugar, por el dictamen del asesor letrado, que por lo general tendía a referirse a si estaba demostrada o no la culpabilidad del reo según los autos, y a las leyes e incluso la doctrina aplicable al caso. A partir de lo anterior, pedía la pena correspondiente si encontraba culpable al reo. En caso contrario, solicitaba su liberación en caso contrario. La segunda parte era el auto firmado por el juez. En dicha providencia, se limitaba a declarar que se conformaba con él (lo que sucedía siempre que declaraba la culpabilidad de reo), o que no lo hacía. En este caso, se pedía un nuevo dictamen. Los dictámenes tendieron a simplificarse después de la ley de 3 de mayo de 1826, aunque los asesores siguieron acudiendo a las disposiciones de la legislación castellana e, incluso, a la doctrina para apoyar sus argumentos de Derecho. A manera de ejemplo, se observa este dictamen de diciembre 20 de ese año en Bogotá:

La ley 26 Tit. 31 Partida 7 prohíbe expresamente condenar por sospechas ni por señales ni por presunciones, y aunque la ley de 3 de mayo del año 16 admite condenar por indicios, es preciso que con ellos concurra un testigo idóneo, lo que no sucede en el presente caso. Cuando los autores criminalistas admiten la prueba de indicios como bastante para la imposición de la pena es cuando los indicios son necesarios como lo es el parto de la copula, o cuando concurren tres de ellos independientes unos de otros que concurren a probar el hecho principal, y cada uno de ellos está probado por dos testigos, a lo menos [...] ha probado en el plenario su anterior buena conducta y la misma ley de partida citada dispone que cuando las pruebas que obran en contra del proceso no manifiestan claramente el hecho de que es acusado y este además es de buena fama se debe absolver por sentencia [pedía absolver al reo]<sup>35</sup>.

Los primeros pasos, hacia una justicia letrada inmediata en primera instancia, se ven en las causas que llegaron a manos del juez letrado José María Hinestrosa, entre 1826 y 1828, en Bogotá<sup>36</sup>. En este caso, era el propio juez quien debía valorar las pruebas y aplicar la ley correspondiente al delito. De este modo, asumía un rol más activo que el de los jueces municipales. Sus fallos tenían una estructura similar a los de segunda instancia, como por ejemplo este de 2 de noviembre de 1827:

35 AGN, Sección República, *Asuntos criminales*, Legajo 7 ff. 388-513.

36 Entre otros, AGN, Sección República, *Asuntos criminales*, Legajo 60 ff. 973-1014; Legajo 34 ff. 799-846; Legajo 6 ff. 349-369; Legajo 55 ff. 649-763. A partir de 1832 se ve nuevamente un juez letrado para la Capital.

Vistos estos autos. 1. Que los bueyes estaban en poder de los acusados. 2. Que [...] los acreditó como suyos mostrando el hierro quemador. 3. Que es el hierro es igual a la marca. 4. Que eran los mismos bueyes que llevaban los reos. 5. Que no probaron haberlos comprado 6. que los reos incurrieron en contradicciones.

Considerando. 1. que son cómplices convictos y confesos [...] que conforme a la ley 8a tit. 31 partida 7a al menor de 17 años debe menguarse la pena que se daría a los otros mayor por tal yerro. Administrando justicia a nombre de la República y por autoridad de la ley, en virtud de lo que dispone la ley de 3 de mayo del año 16 en su Artículo 28 se condena a [...] a los trabajos del presidio urbano de la ciudad [...]»<sup>37</sup>.

La sentencia de primera instancia podía apelarse o, lo que sucedía con mayor frecuencia, debía consultarse ante la Corte de segunda instancia. Una vez recibida la causa, la respectiva Corte nombraba el defensor, que podía ser el mismo de primera instancia. Luego, el fiscal procedía a alegar pidiendo que se confirmara, reformara o revocara la sentencia. Después de que el defensor hiciera lo propio, los jueces dictaban su sentencia en uno de los sentidos pedidos por el fiscal. Aunque el juicio de segunda instancia era más simple que en primera instancia, en ocasiones podía demorarse mucho más debido a la cantidad de causas que las cortes recibían. Dichas causas provenían de las provincias de su respectiva jurisdicción en consulta o apelación. Eso se debía a que, durante la República de Colombia (1819-1830), se multiplicaron los juicios criminales. Ello se debió a la creación de los jueces municipales —que amplió la esfera de la justicia penal, antes concentrada en los alcaldes ordinarios—, al aumento de la delincuencia, y al interés gubernamental por una persecución más efectiva de aquella.

Además de la práctica procesal arriba examinada, otra continuidad visible en Bogotá y Popayán era el reconocimiento y uso de la legislación castellana. En primer lugar, estaban las *Siete Partidas*, de las que aparecen en los procesos penales sobre todo disposiciones de la Partida Tercera, referida a los juicios, y de la Partida Séptima, sobre los delitos y las penas. Al establecer un orden solemne para la justicia, sus disposiciones podían servir tanto para la acusación como para defensa de los reos. En este cuerpo normativo, por ejemplo, aparece el principio, frecuentemente citado en los juicios, según el cual era preferible dejar libre a un culpable que condenar a un inocente<sup>38</sup>. De igual forma, entre las disposiciones usadas tanto por fiscales como defensores, estaba aquella que requería “pruebas claras como la luz”, e impedía condenar con base en sospechas, señales, o pre-

37 AGN, Sección República, *Asuntos criminales*, Legajo 34 ff. 799-846.

38 Ley 12 título 14 Partida 3 y Ley 7 título 31 Partida 7.



sunciones<sup>39</sup>. El uso de las Siete Partidas continuó, incluso, luego de la expedición de la ley de procedimiento contra ladrones de 3 de mayo de 1826. Esto se debió a que incluía disposiciones mucho más detalladas sobre aspectos concretos del orden procesal. Tal fue el caso de los testigos y otras pruebas y solemnidades, en las que se apoyaban por igual defensores, fiscales y asesores desde décadas atrás. En consecuencia, a pesar de lo establecido por el gobierno sobre la prelación de leyes, las *Siete Partidas* siguieron ocupando el primer lugar en cuanto a su uso, puesto que en ellas estaban los criterios, con profundas raíces históricas, que estructuraban los procesos penales.

El uso procesal de la *Nueva Recopilación de las leyes de Castilla* de 1567 era también frecuente, e incluso, para el caso de Bogotá, el de la *Novísima Recopilación* de 1805. La primera de ellas, que había regido tanto en la península como en América, incluía reglas sobre las formalidades de los juicios en el título cuarto, y sobre los delitos y los castigos en su título octavo. Éstos últimos, eran los dos más citados en los juicios criminales. El reconocimiento judicial de esta ley no desapareció con la Independencia. De hecho, era la ley citada con mayor frecuencia en las sentencias penales antes de la ley de 3 de mayo de 1826 para calcular la pena contra los ladrones. Por ejemplo, los asesores calculaban en sus dictámenes el tiempo de presidio a partir de las disposiciones del título octavo que señalaban tiempo de trabajos en galeras. A partir de 1827, aunque continuó citándose por fiscales y asesores para hacer precisiones sobre algunos casos, el uso de esta ley se hizo menos frecuente ante la creciente influencia la mencionada ley de 3 de mayo de 1826.

En cuanto a la *Novísima Recopilación* de 1805, algunas de sus disposiciones del título 14 del libro 12, referido a los hurtos, eran citadas por los asesores y fiscales para sustentar las penas que pedían. Lo anterior, no implicaba, siempre, una interpretación literal de su contenido por parte de los jueces. Por ejemplo, aunque hubo fiscales que pedían la pena capital para el reo en virtud de la ley 3 de dicho título, esto no llegó a ejecutarse en ningún caso. El uso judicial de esta recopilación decayó desde 1826 en mayor medida que el de la *Nueva Recopilación*, lo que sin duda se debe a que las principales reglas sobre los juicios estaban en dicho cuerpo de leyes y en las Siete Partidas. El uso de estas normas venía de mucho tiempo atrás. También, vale la pena mencionar que la *Novísima Recopilación* no aparece en los juicios por hurto de Bogotá anteriores a 1819. No obstante, aunque más adelante, en la década de 1820, sí se observa su uso y citación. Con ello, se constata la legitimidad como fuente de Derecho que seguía teniendo la legislación castellana recopilada más recientemente entre los operadores judiciales de la capital incluso después de la ruptura política.

39 Ley 12 título 14 Partida 3 y Ley 9 título 31 Partida 7.

### 3. Reconocimiento de las innovaciones jurídicas republicanas (legislación penal y garantías constitucionales) en los procesos penales

De acuerdo con Germán Colmenares, el cambio más radical entre la época colonial y el primer periodo republicano pesó, ante todo, en el discurso político<sup>40</sup>. Este nuevo lenguaje vino acompañado, sobre todo a partir de 1819, de una “explosión” de normas jurídicas con pretensiones de alcance nacional y sobre los más diversos asuntos. Dichas disposiciones fueron promovidas por las nuevas autoridades organizadas en el poder Ejecutivo. Este esfuerzo reformista a través de la ley no debe verse solo como una particularidad del “legalismo” de Francisco de Paula Santander<sup>41</sup>. En realidad, a todas las grandes revoluciones de Occidente<sup>42</sup> siguió un esfuerzo de variación de los sistemas jurídicos existentes, como señala Harold Berman<sup>43</sup>. En el caso de la República de Colombia, desde el punto de vista del sistema jurídico, se puede calificar como un “periodo interino”, utilizando la expresión de Berman. Dicho momento histórico, se caracterizó por la expedición de leyes y decretos, que no necesariamente eran coherentes entre sí, frecuentemente modificados o reemplazados. Todas estas normas, empezando por la Constitución de 1821, tenían el fin básico de imponer un orden basado en la ley en un territorio soberano. Sin embargo, no todas las nuevas leyes terminarían siendo reconocidas dentro de la estructura procesal vigente. Algunas de estas normas se referían a asuntos penales como la ley de 3 de mayo de 1826. Esta sí llegó a observarse en Popayán, a diferencia de lo que había dicho Germán Colmenares al respecto.

En ese primer esfuerzo de “ingeniería política” republicana a través de la ley, la Constitución de 1821 ocupó un lugar central al ser “la primera que puede ser calificada de nacional y republicana, a la vez completa y permanente”<sup>44</sup>. Esto significa que la Constitución de Cúcuta fue el punto en el que la legitimación política de la nueva República se convirtió en legitimación jurídica. Esto se logró

40 Colmenares, op. cit., pp. 258 y 259.

41 Como argumenta Hernando Valencia Villa, *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano*, Bogotá: Panamericana, 2010 [1987], pp. 118-124.

42 Que son según Berman la revolución papal de 1075, la Reforma protestante en Alemania, y las Revoluciones inglesa, estadounidense y rusa. Harold J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge y Londres: Harvard University Press, 1983.

43 “Each of the great revolutions experienced an interim period in which new laws, decrees, regulations, and orders were enacted in rapid succession and as rapidly amended, repealed, or replaced. Eventually, however, each of the great revolutions made its peace with the pre-revolutionary law and restored many of its elements by including them in a new system that reflected the major goals, values, and beliefs for which the revolution had been fought. Thus the new systems of law established by the great revolutions transformed the legal tradition while remaining within it”. Harold Berman, *Law and Revolution*, 29.

44 Valencia Villa, op. cit, p. 137.

al “fijar”, en su articulado, el nuevo orden político derivado de la Independencia en un orden jurídico<sup>45</sup>. Según lo expresado por José María Portillo, el constitucionalismo latinoamericano posterior a la Independencia recibió el mensaje de la cultura constitucional de finales del siglo XVIII. En dicha cultura, por Constitución se hacía referencia a un orden público que, necesariamente, debía cumplir con dos requisitos: garantizar los derechos de los individuos y definir la separación de poderes<sup>46</sup>. Estas Constituciones, como la de Cúcuta, comenzaban debatiendo la nación y carecían de una declaración expresa de derechos<sup>47</sup>. Por esta razón, las referencias a derechos y libertades aparecían en dos lugares distintos: por un lado, las que hacían referencia a garantías del individuo, ante el proceso judicial, se consignaban en el título que trataba de ese poder. Por otro lado, las libertades civiles venían habitualmente consignadas al final del texto bajo un epígrafe titulado “disposiciones generales” o “garantías”<sup>48</sup>. En el caso de la Constitución de 1821, el título XVIII sobre “disposiciones generales” incorporó todas esas libertades civiles y garantías procesales. Estas incluían: la presunción de inocencia (art. 158), la prohibición de apresar a alguien sin sumario previo (art. 159), la obligación de una orden de arresto motivada para ese efecto (art. 161 y 162), la limitación de la incomunicación del reo a un máximo de tres días (art. 163), la responsabilidad de quienes arrestaran sin los requisitos (art. 164), la obligación de liberar al reo una vez desvanecidos los motivos de su prisión (art. 165), la prohibición de las jurisdicciones especiales (art. 166), la irretroactividad de la ley penal y la prohibición de dar testimonio contra sí y ciertos parientes (art. 167), la prohibición de tratamientos agravantes de la pena (art. 168), los límites legales a los allanamientos (art. 169), la inviolabilidad de correspondencia (art. 170), la obligación de que los jueces motivaran sus sentencias (art. 171), el máximo de tres instancias judiciales (art. 172), la no trasmisión de la infamia (art. 173), y la prohibición de ser castigado por leyes militares (art. 174). Cómo puede observarse, la lista de garantías que habrían tenido que orientar los juicios penales para la naciente República parece bastante amplia.

Ahora bien, una pregunta que solo muy recientemente se ha planteado en la historiografía colombiana, para el caso de la Constitución de Cúcuta, se refiere a la trascendencia de las garantías mencionadas arriba<sup>49</sup>. En este punto, es

45 Sobre esta idea de la constitución como punto de partida de la juridificación de la soberanía: Ulrike Müßig, “Juridification by Constitution. National Sovereignty in Eighteenth and Nineteenth Century Europe”, en *Reconsidering Constitutional Formation I National Sovereignty. A Comparative Analysis of the Juridification by Constitution*, editado por Ulrike Müßig, Basel: Springer, 2018, pp. 1-92.

46 José María Portillo, *Historia mínima del constitucionalismo en América Latina*, México D. F.: El Colegio de México, 2016, pp. 91-93.

47 Por ejemplo, el Artículo 3 de la Constitución de Cúcuta.

48 Portillo, op. cit., p. 92.

49 Un trabajo al respecto es el de Toro Silva, Carlos Alberto, “Interpretaciones de las garantías constitucionales ante el proceso penal. Un estudio sobre el reconocimiento de la Constitución de Cúcuta (República de Colombia, 1821-1830)”, en Marquardt, Bernd, Llinás, David y Romero, Juan F. (eds.), *La Constitución de Cúcuta*

necesario recordar el planteamiento de Ulrike Müßig sobre la “normatividad” como la meta del concepto moderno de constitución que emergió de las revoluciones al final del siglo XVIII<sup>50</sup>. En este espacio, no es posible profundizar en la pregunta de cómo los constituyentes de Cúcuta podían entender las implicaciones de tener una la Constitución como norma jurídica, más allá de ser un texto programático y, en ese sentido, aplicable a situaciones concretas. Sin embargo, al menos algunos de dichos constituyentes preveían que la observación de las garantías penales en los procedimientos habría podido tener consecuencias no necesariamente coherentes con el deseo gubernamental de imponer su orden normativo a través de la justicia ordinaria. Por ejemplo, uno de ellos objetaba los Artículos del título VIII argumentando que eran

[...] puerta abierta para dejar impunes los delitos; porque seguro el reo de que no se le ha de prender hasta que no se forme la sumaria, aprovechará este tiempo para escaparse. La dificultad de encontrar los testigos no permite hacer tan pronto la sumaria, que por consiguiente ordénese el arresto del delincuente y procedase a formar la sumaria<sup>51</sup>.

De todos modos, los legisladores colombianos buscaron, en alguna medida, que esas garantías constitucionales tuvieran fuerza normativa en los procesos, dado que la ley de 3 de mayo de 1826 incluía las de los Artículos 161 y 165. No obstante, al mismo tiempo esta ley otorgaba pocas posibilidades de defensa a los reos. Ellos, con frecuencia, se fugaban debido a la precariedad del aparato coactivo en un periodo anterior a la existencia de un sistema penal. Por consiguiente, a pesar de la aparente amplitud del listado de garantías, no se debería sobredimensionar su influencia en los procesos como punto de partida.

En el caso de Bogotá, desde un momento tan temprano como noviembre de 1821, algunos defensores ya utilizaban la Constitución de Cúcuta en sus alegaciones. Algunos pedían la libertad de sus defendidos citando el Artículo 165. También se referían al 167 para argumentar que nadie podía ser condenado por su propia confesión. Tales apelaciones a ese “código sagrado” no daban ningún resultado. Esto se debía a la costumbre de que los procesados se mantuvieran en prisión a lo largo de todo el proceso. Además, la confesión seguía siendo el medio de prueba por excelencia, sobre todo si el reo aceptaba los cargos. Aun así, estas disposiciones siguieron siendo frecuentemente citadas en las defensas, a lo largo

*en su contexto. Transformación del sistema y nacimiento de la familia constitucional hispanoamericana. Anuario X de constitucionalismo comparado*, editado por Bernd Marquardt, David Llinás y Juan F. Romero, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2021, pp. 525-557.

50 Müßig, op. cit, p. 6.

51 “Acta 73. Sesión del día 11 de julio”, en *Actas del Congreso de Cúcuta, 1821*. [http://www.bdigital.unal.edu.co/4546/1116/ACTAS\\_DEL\\_CONGRESO\\_DE\\_C%3%9ACUTA%2C\\_1821.html](http://www.bdigital.unal.edu.co/4546/1116/ACTAS_DEL_CONGRESO_DE_C%3%9ACUTA%2C_1821.html) (consultado en enero 20 de 2020).

de la década, así como los Artículos 159, el 161 y el 173 de la *carta*. El Artículo 158, sobre presunción de inocencia, uno de los pilares del discurso penal liberal de estos años, solo aparece citado una vez por un defensor, que en un juicio 1823 pedía al juez que:

[...] no debe padecer por más tiempo este infeliz por quien hablo. En su favor reclamo de la recta justificación de V. el cumplimiento exacto del art. 165 de la Constitución de Colombia por el que se previene que en cualquier tiempo en que parecen desvanecidos los motivos para el arresto detención o prisión, el arrestado será puesto en libertad ¿y de qué modo mejor se han de desvanecer los motivos que hubo para la prisión de porras que haciendo constar que se halla inocente? Tal debe suponerse todo hombre, según el art. 158 de la misma constitución hasta que se les haya probado culpabilidad o crimen, y a porras no se la ha probado pero ni se la probara jamás [...]<sup>52</sup>.

Además de los defensores, también los propios fiscales, asesores y jueces bogotanos comenzaron a incorporar la Constitución a sus decisiones o vistas. Los primeros, por ejemplo, podían pedir que la prisión se arreglara al Artículo 161, o referirse al 163 para pedir que la confesión se hiciera dentro de los tres días posteriores al arresto, mientras que los asesores podían pedir la libertad del reo si observaban que se cumplían las condiciones del Artículo 165. En 1825 un alcalde ordinario, luego de darse cuenta de que el alcalde de barrio se había apropiado del dinero aprehendido a los ladrones, ordenaba:

[...] por estas razones, con arreglo al art. 159 de la constitución y 61 de la misma, para que semejante clase de jueces corrompidos no abusen de su ministerio prostituyendo y desatendiendo una de sus primeras obligaciones, que es el castigo de los delincuentes, redúzcase a prisión a Miguel Posada<sup>53</sup>.

A diferencia de la del sur, la Corte del centro tendía a una mayor flexibilidad con respecto al cumplimiento de la Constitución y de las formalidades legales. Sus sentencias por consultas tendían a enfocarse en la sentencia anterior, pasando por alto los detalles de los autos previos, por lo que su decisión era generalmente solo con respecto al castigo o libertad del reo. Esto podía deberse a un interés por que la efectividad de la justicia pesara sobre el seguimiento estricto de las formas (lo que ya permitía la *Recopilación Castellana*) o, lo que es más probable, se debía al exceso de trabajo de un tribunal que decidía sobre las apelaciones y consultas de cuatro provincias.

52 AGN, Sección República, *Asuntos criminales*, Legajo 52 ff. 200-406.

53 AGN, Sección República, *Asuntos criminales*, Legajo 21 ff. 77-87.

En Popayán, las referencias a la Constitución comenzaron más tarde. No obstante, su influencia procesal terminó siendo más profunda, sobre todo desde 1826. Los defensores citaban principalmente los Artículos 165 y ,en ocasiones, el 158 para argumentar sobre la inocencia del reo. También citaban como el 159 cuando el juez había procedido a la prisión sin haber cuerpo del delito. Al igual que en Bogotá, estas solicitudes no llevaban a la liberación de los reos por parte del alcalde antes de la sentencia. Ello habría significado una alteración de práctica vigente. Asimismo, se observa un caso de 1827 en el que el defensor citaba el Artículo 167 para pedir que el reo fuera condenado según las leyes españolas por haber cometido el delito antes de la ley de 3 de mayo de 1826<sup>54</sup>. En otro juicio, un defensor alegaba que el alcalde había violado el 166 al remitir a un soldado capturado por ladrón a la comandancia general<sup>55</sup>.

Los propios alcaldes, asesores y fiscales, pero sobre todo los jueces de segunda instancia, buscaban formalizar los juicios arreglándose a la Constitución. Por ejemplo, los primeros ordenaban cumplir con el Artículo 161 a la hora de arrestar, y, aunque la primera parte del Artículo 165 no se cumplía (al igual que en Bogotá), desde que comenzó a observarse con más rigurosidad en las confesiones la ley de 3 de mayo de 1826 lo usual era que se informara a los reos sobre el sumario en su contra conforme a dicho Artículo. Asimismo, los fiscales de primera y segunda instancia citaban el Artículo 165 para que los jueces cumplieran con la confesión con mayor rapidez, y el Artículo 161 para pedir la responsabilidad de los jueces por sus omisiones en el cumplimiento de sus deberes, e incluso por sus acciones en virtud del Artículo 169. En una ocasión, el fiscal de la Corte del centro pedía para los jueces de primera instancia la pena consagrada en Artículo 164 por haber pedido una prisión “inconstitucional e injusta” para el reo<sup>56</sup>. Lo propios jueces de la Corte ordenaban en sus sentencias a los alcaldes que se “arreglaran a la Constitución”, por ejemplo, cumpliendo el requisito de que el sumario precediera a la prisión y no al contrario como era la costumbre, e incluso ordenaron el arresto de un alcalde conforme a ese Artículo 153<sup>57</sup>, además imponer sanciones pecuniarias<sup>58</sup>. En general, se observa que la Corte del centro buscó ejercer un control estricto sobre la legalidad de las actuaciones de los jueces acudiendo tanto a la legislación castellana como a la ley de 3 de mayo de 1826 y a la Constitución.

Otra implicación de la Constitución en los juicios se derivó del principio de igualdad ante la ley (Artículo 3) que terminó modificando las confesiones tanto en Bogotá como en Popayán, al desaparecer las preguntas sobre la “calidad” de los reos, es

54 ACC, *Independencia*, serie Criminal, signatura 4364.

55 ACC, *Independencia*, serie Criminal, signatura 6713.

56 ACC, *Independencia*, serie Criminal, signatura 6075.

57 ACC, *Independencia*, serie Criminal, signatura 6110.

58 ACC, *Independencia*, serie Criminal, signatura 6054.

decir su condición de indio, esclavo, pardo, entre otras. Si se tiene en cuenta que las penas de la ley de 3 de mayo de 1826 se simplificaron, reduciéndose a las de último suplicio, para hurtos graves, y tiempo de prisión para hurtos simples, la principal consecuencia práctica de este cambio es que la variedad de penas del periodo colonial, que podían depender de la condición social del reo, comenzó a desaparecer. La mayoría de ladrones en la década de 1820 fueron condenados a trabajos en las ciudades ante la falta de establecimientos de prisión.

En cuanto a la legislación, después de los acontecimientos de 1819 el gobierno sancionó dos reformas legislativas contra los ladrones que no llegaron a tener mayor incidencia procesal. El decreto de 17 de julio de 1820, referido a los hurtos en la Capital<sup>59</sup>, estableció que, si se demostraba el robo con el sumario y la confesión, el juez podría condenar a muerte al reo (art. 1)<sup>60</sup>. Asimismo, ordenaba (art. 2) que la sentencia se consultara con la Alta Corte de Justicia -aún no habían sido creadas las cortes de distrito para la segunda instancia-, con lo que mantenía la tradición jurídica vigente. No hay evidencias documentales de que alguien hubiera sido condenado en virtud de este decreto por la justicia ordinaria, a la que estaba dirigido, y la única mención que hay de ella en una causa de 1820 la hace un procurador a favor de dos mujeres, al argumentar que como no estaba probada su culpabilidad el juez podía absolverlas sin “más estrépito de juicio”<sup>61</sup>. El año siguiente, el Congreso expidió la ley de 14 de octubre de 1821 que había sido discutida en el Congreso de Cúcuta. A diferencia de la anterior, esta ley conservaba el juicio plenario, con una duración máxima de doce días, y establecía que la sentencia debía ser con asesoría letrada, así como la obligatoriedad de su consulta. Esta ley, redactada a partir del incremento de los cuatrerros bandidos en Casanare, no aparece observada en ninguno de los juicios por hurtos de Bogotá, ni mucho menos en los de Popayán.

La ley de 3 de mayo de 1826 fue el primer caso de una norma penal exitosa en términos de fuerza jurídica en los juicios. Esta ley de procedimiento incluía asimismo disposiciones sustantivas sobre delitos y castigos en sus Artículos 26 (pena de muerte por hurto entre dos o más con escalamiento o fractura), 27 (pena de muerte por hurto con armas) y 28 (pena de presidio por hurto cometido sin las anteriores calificaciones). Desde que en 1826 los fiscales y asesores en primera instancia, y los fiscales y ministros en segunda, comenzaron a observar esta norma en Bogotá y en Popayán, la mayor parte de las acusaciones y condenas por hurtos estuvieron basadas en esos Artículos. En los casos que podían encajar con el Artículo 26, la interpretación tendía a ser favorable a los reos, con lo que los asesores y ministros

59 Cuya estructura de hecho recuerda la de las antiguas cédulas reales al incluir un encabezado en que se refería a la situación, en este caso los robos en la capital, que pretendía remediar.

60 Julio 17 de 1820. Sobre que a los ladrones debe imponérseles la pena capital”. AGN, Sección República, *Libros Manuscritos y leyes Originales de la República*, Tomo 7 Secretaría del Interior y de Justicia, f. 20v y 21r.

61 AGN, Sección República, *Asuntos criminales*, Legajo 68 ff. 385-397.

continuaban observando la tradición colonial de considerar que los hurtos, a pesar de su gravedad, no lo eran tanto como para que el culpable mereciera la muerte<sup>62</sup>. La mayor parte de acusaciones y condenas en ambas ciudades entre 1826 y 1830 estaban basadas en el Artículo 28 debido que los hurtos simples eran los más frecuentes.

Esta ley era también, como se indicó, una regla de procedimiento. A pesar de la dureza de sus castigos, los redactores trataron de adaptarla a dos garantías constitucionales, al establecer que el auto de prisión (art. 15) y la confesión (art. 17) deberían realizarse conforme a los Artículos 161 y 165 de la Constitución, respectivamente. El procedimiento era una versión aún más expedita del “orden simplificado”. Éste mantenía la costumbre de dar un peso mucho mayor al sumario, en el que se recogía la información más relevante, que al plenario. Los procesos debían durar un máximo de 20 días (26 si había que practicar pruebas en otro lugar) en primera instancia. Sin embargo, debido a que se mantuvo la consulta obligatoria, podían durar mucho más en la práctica, debido al tiempo que tardaban en decidirse en segunda instancia. A diferencia de lo acostumbrado, el plenario comenzaba por la declaración instructiva en lugar de la confesión, como ocurría en la práctica. Posteriormente, los reos debían ser remitidos al juez letrado o municipal si era el caso. A su vez, este operador judicial los pasaba al fiscal y, si este acusaba (lo que era lo usual), se procedía a la confesión. Posteriormente, se abría la causa a prueba, y finalmente se dictaba sentencia, que debía consultarse. Como se puede observar, había pocas posibilidades de defensa. En consecuencia, los intereses de los reos dependían sobre todo de la observación de las garantías constitucionales. Como se mostró anteriormente, esto ocurría, con mayor frecuencia, en Popayán que en la capital. De un modo similar a lo sucedido con la Constitución, hubo un seguimiento más estricto de esta ley en Popayán. Lo anterior se debió no solo al control ejercido en segunda instancia para que los jueces municipales siguieran los pasos señalados en la ley para los procesos, sino además porque esa estructura se adaptaba a la práctica vigente.

La norma también recogió la práctica de la declaración instructiva a los reos, que se haría dentro del sumario. Mientras tanto, la confesión se mantuvo. Ésta se practicaría después de la acusación; es decir, dentro del juicio plenario. En ambas ciudades, en ocasiones, se confundían ambas figuras. En el caso de Popayán, la Corte del distrito del sur, incluso debió aclarar la diferencia entre ellas en una sentencia de 1828. En ella, señalaba “que en la exposición instructiva de los reos no se les hagan cargos sino preguntas indagatorias y en sus confesiones solo se les

62 Esto fue, lo que sucedió, por ejemplo, en el caso arriba citado, en el que el asesor argumentó que el “roto” no había sido cometido con escalamiento o fractura.



pregunte y haga cargo de lo que individualmente resulte del sumario, con cuyo objeto se les lee previamente”<sup>63</sup>.

El seguimiento más estricto de la Constitución y la ley, en Popayán, dio lugar a muchas más nulidades decretadas en segunda instancia que en la capital. La consecuencia de esto era que la causa se devolviera hasta el estado en que había sido declarada nula, lo que alargaba los procesos a pesar de la rapidez con que habían sido seguidos inicialmente. En 1830, por ejemplo, casi dos tercios de las causas conocidas por la Corte habían sido repuestas a primera instancia por nulidades según el fiscal de la Alta Corte de Justicia<sup>64</sup>. De esta forma, el panorama de los juicios contra ladrones, en Bogotá y Popayán, evidencia que la segunda fue más receptiva a las innovaciones. Por otra parte, la primera, antiguo centro jurídico del virreinato, tendió no solo a aferrarse más a la tradición jurídica, sino además a una mayor flexibilidad en el cumplimiento de las formalidades procesales. Esto, de todos modos, no necesariamente era beneficioso para los reos debido a las demoras que podía implicar.

#### 4. ¿Y la doctrina?

Cabe preguntarse qué influencia tuvo la doctrina en la práctica judicial de la época. Un primer aspecto que habría que considerar es que el gobierno de Santander pretendió reformar la enseñanza del Derecho según los criterios liberales e ilustrados acerca del orden político y social sobre los que pretendía fundar la nueva República. En 1820, se crearon dos universidades en las que debía enseñarse jurisprudencia, precisamente en Popayán y Bogotá. De estas ciudades, provenían los juristas formados en la tradición castellana que formaron parte del proceso de ruptura política con España. Sin duda, esto era un reconocimiento de la importancia política de ambas ciudades. La Universidad Central de Cundinamarca se creó por el mencionado decreto de 18 de marzo de 1826 (art. 42), mientras que la Universidad del Tercer Distrito, más adelante Universidad del Cauca, se crearía un año más tarde por medio del decreto de 24 de abril de 1827.

En ambas instituciones, se enseñaba jurisprudencia en virtud del mencionado decreto de 18 de marzo de 1826<sup>65</sup>. El decreto de 3 octubre del mismo año, en su Artículo 145, volvía a señalar las cátedras de la clase de jurisprudencia. Sus Artículos 168 a 173 se referían a los contenidos de cada una<sup>66</sup>. En términos generales, la

63 ACC, *Independencia*, serie Criminal, signatura 6074.

64 AGN, Sección República, *Asuntos criminales*, Legajo 93 ff. 1-60.

65 Que en el párrafo 3 del Artículo 31 aun aparece unida a la teología, lo que muestra el peso que el Derecho natural seguía teniendo en la conciencia jurídica en la temprana república.

66 Las cátedras ahora serían principios de legislación universal, derecho público, constitución y ciencia administrativa, historia e instituciones de derecho civil romano y de derecho patrio, economía política, derecho

enseñanza de principios de legislación y de derecho público se basaría en la obra de Benthan y otros juristas ilustrados como Constant, Montesquieu, Mably y Fritot (arts. 168 y 169). El derecho patrio debería estudiarse con “sus propios códigos”, que, por supuesto, aun no existían (art. 169)<sup>67</sup>. En cuanto al Derecho español, el Artículo 170 establecía que mientras que en “muchas partes se sigan las antiguas leyes españolas, se hará su estudio dando una breve idea de su historia por la de don Antonio Sotelo”. Además, “los principios del Derecho español se estudiarán por la ilustración del derecho real de España escrita por Juan Sala”. Sin embargo, en la práctica criminal la influencia de los juristas ilustrados fue muy escasa. Los jueces se seguían orientando por la cultura jurídica castellana a pesar de las innovaciones normativas que se han mencionado previamente en este artículo.

En la cultura jurídica del derecho común, lo que incluye su expresión castellano-indiana, la *autoridad* de los juristas era una fuente de derecho a la par de la propia ley. Esta situación fue cambiando, en la monarquía española, al acentuarse el absolutismo político y la expansión de las ideas racionalistas y sistémicas sobre el Derecho en el siglo XVIII. En consecuencia, el “sostenido crecimiento de la ley como fuente de Derecho llevó a estrechar el campo de la acción de la doctrina de los autores”<sup>68</sup>. Esta idea de la ley como fuente por excelencia del Derecho fue recogida por los gobernantes colombianos, mientras que, al mismo tiempo, en la práctica judicial la apelación a la autoridad de los juristas tuvo continuidad. No obstante, principalmente se aplicó como fuente indirecta para apoyar decisiones basadas principalmente en las leyes. En el caso de la justicia criminal de primera instancia de Bogotá y Popayán, lo primero que llama la atención es la frecuencia con que aparece la apelación, por parte de defensores y asesores, a los criterios de los “mejores criminalistas” o los “más reconocidos tratadistas”. De este modo, para estos abogados, la autoridad de una opinión estaba en que fuera común. Esto indica la continuidad del tradicional criterio de la “*communis opinio doctorum*” como garantía de su autoridad y, por tanto, de su valor jurídico<sup>69</sup>. En cuanto a las referencias a obras o autores concretos, la obra más nombrada en Bogotá y Popayán era la *Práctica criminal de España* de Marcos Gutiérrez. En el caso de la Capital, se mencionaba a la *Curia Filipica* de Hevia Bolaños y a Antonio Gómez. Aunque los defensores podían acudir a argumentos derivados del Derecho penal ilustrado, no hay citas directas a ningún autor. Por el contrario, en Popayán algunos defensores citaban a Bentham e incluso a Filangieri, pero se trata de referencias sobre todo eruditas sin mayor incidencia práctica, aparte del conocimiento que

internacional o de gentes, derecho público eclesiástico, instituciones canónicas, disciplina e historia eclesiástica y suma de concilios.

67 El primer Código Penal nacional en Colombia fue el Penal de 1837.

68 Víctor Tau Anzoátegui, “La doctrina de los autores como fuente del Derecho castellano-indiano”, en *El Jurista en el Nuevo Mundo. Pensamiento. Doctrina. Mentalidad*, Munich: Max Planck Institute for European Legal History. (2016), p. 110 [97-146].

69 Tau Anzoátegui, op. cit., p. 105.

demostraban quienes acudían a ellas. Con respecto a la obra de Benthan, así como no tuvo influencia directa en la legislación<sup>70</sup>, es posible afirmar que, a pesar de las pretensiones del Gobierno de basar el sistema jurídico en su doctrina, no llegó a tener incidencia alguna en la orientación de los juicios criminales del periodo republicano temprano.

Finalmente, como se señaló en la introducción, a comienzos de la República no existía una doctrina nacional separada de los discursos políticos. Estos primeros textos de abogados y políticos como Vicente Azuero y Francisco de Paula Santander eran programáticos. Es decir, buscaban influir en la orientación del naciente Derecho republicano, pero no “retenían” o reproducían el Derecho tal como en la práctica era reconocido por los operadores judiciales. El texto práctico por excelencia, como mencioné arriba, seguía siendo el del español José Marcos Gutiérrez. La primera obra práctica nacional fue impresa, en Popayán, por la Universidad del Tercer Distrito en 1836 ni siquiera era original, sino una versión reformada de un libro que había sido previamente aumentado y adicionado en Quito en 1828. Éste, a su vez, había sido escrito originalmente en 1782 por un jurista de Charcas llamado Francisco Gutiérrez<sup>71</sup>. Dicho texto se refería a la práctica judicial a partir de leyes (particularmente las *Siete Partidas* y la *Nueva Recopilación*) y juristas españoles<sup>72</sup>. De nuevo, lo anterior muestra la continuidad de la cultura jurídica castellana en la estructura de la práctica judicial. Dado que constituía una tradición de vieja data en territorio que aun carecía de un derecho procesal unificado, con reglas generales para todos los delitos, dicha estructura solo podía cambiar muy lentamente. Si recordamos el argumento de Luhmann y Teubner, con el que sostenían que según el cual la doctrina cumple la función de retención en la evolución del sistema jurídico, vemos que, en el caso de la práctica criminal de la naciente república, todavía lo hacía con una tendencia a reforzar la tradición castellana; en un contexto en el que los nuevos gobernantes pretendían lo contrario en sus discursos político-jurídicos basados en las ideas penales ilustradas y liberales

## REFLEXIONES FINALES Y CONCLUSIONES

Uno de los intereses del presente artículo era aportar elementos para la comprensión del problema de la transición del ordenamiento jurídico colonial al republicano,

70 Mario Alberto Cajas Sarria, “Usos locales de Tratados de Legislación Civil y Penal de Jeremy Bentham en los inicios de la República”, *Revista de Derecho* 34, 2010, pp. 22-41.

71 Miguel Salvat Monguillot, “Los prontuarios jurídicos chilenos en la primera mitad del siglo XIX (Estudio y Bibliografía), en *Homenaje a Guillermo Feliú Cruz*, editado por Mauricio Amster. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1973), p. 911 [905-918].

72 *Prontuario de los juicios, su orden, sustanciación e incidentes. Escrito en Charcas en el año de 1782. Por el Dr. Don José Gutiérrez y dado a los por el ilustre colegio de abogados de Lima en 1818. Aumentado y adicionado considerablemente en Quito, el año de 1828 por el Dr. Miguel Hervoso, abogado de Colombia, y reformado nuevamente en esta edición*, Popayán: Imprenta de la Universidad, 1836.

un asunto todavía poco estudiado y comprendido en Colombia. Se enfatizó en los procedimientos penales, dado que, como se ha podido constatar, permiten observar, históricamente, si las innovaciones jurídicas entran a operar dentro de la estructura normativa existente y la manera en que lo hacen. Como recuerda Gunther Teubner, de las varias demandas surgidas de las expectativas creadas legalmente (y en el periodo que de esta investigación esas expectativas se multiplicaron) solo unas pocas llegan a ser consideradas como “válidas” en las decisiones judiciales<sup>73</sup>. De este modo, se puede afirmar que el proceso judicial, compuesto de “interacciones y otras comunicaciones”, representa la “interfaz” entre las expectativas normativas como mecanismos de variación y las decisiones judiciales como mecanismos de selección<sup>74</sup>. En los casos estudiados, la dogmática reconocida seguía siendo ante todo castellana, mientras que los argumentos de defensores o asesores podían basarse de forma más o menos directa en las ideas penales europeas, en boga desde finales del siglo XVIII. La interacción entre dos ciclos comunicativos, el de los juicios individuales y el de la tradición de la cultura jurídica a la que es posible llegar solo a través de los juicios, es lo que da acceso al derecho que iba siendo efectivamente seleccionado dentro del incipiente sistema jurídico.

Por medio del enfoque utilizado, se prestó atención especial a las “prácticas de reconocimiento” de las normas jurídicas estatales por parte de los operadores judiciales. Tales prácticas se refieren a lo que H. L. A. Hart denominó la “regla del reconocimiento”, cuya existencia, como el mismo autor reconocía, es una cuestión de hecho para el observador externo<sup>75</sup>. Por este motivo, es preferible, siguiendo a Niklas Luhmann, hablar de una simple *práctica* de reconocimiento<sup>76</sup>. Hoy en día damos por sentada la existencia de dicha práctica en el sistema jurídico contemporáneo: los operadores judiciales deben “aplicar”, y de hecho aplican, el derecho vigente expedido según ciertos criterios establecidos en otras normas jurídicas; lo que varía son las formas en que se entiende el sentido de la ley. Por el contrario, en un momento tan temprano de la historia del derecho republicano como el de este artículo, resulta necesario acudir a los juicios como fuentes históricas para observar el alcance de la validez de las leyes nuevas en relación con la tradición vigente.

En este artículo se mostraron algunas diferencias en esas prácticas de reconocimiento en el aparato judicial, en dos ciudades centrales a comienzos de la república. A modo de recapitulación, se evidenció cómo, en Bogotá, no solo tenía un mayor peso la costumbre y legislación castellanas, sino que, además, sus juicios por hurtos

73 Teubner, op cit., p. 94.

74 Teubner, op. cit., p. 97.

75 Para Hart, afirmar que la regla de reconocimiento existe “solo puede ser un enunciado de hecho externo”. H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, tercera edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012 [1961], p. 137.

76 Niklas Luhmann, *La unidad del sistema jurídico. Escritos preparatorios para El derecho de la sociedad*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 177 y 178.

tendían a seguirse con más flexibilidad formal, aún después de la ley de 3 de mayo de 1826. Mientras tanto, en Popayán el apego a las formalidades de dicha ley y la apertura a la innovación jurídica fue mayor. En cuanto a la Constitución de 1821, aunque su fuerza comenzó a ser reconocida en los juicios de ambas ciudades, se constató que, en Bogotá, eran sobre todo los defensores los que se apoyaban en sus garantías en favor de los reos. Por el contrario, en Popayán, hubo mayores esfuerzos entre los operadores judiciales por adaptar su actividad a esas garantías. No obstante, en últimas, el procedimiento llegó a “constitucionalizarse”. Estas diferencias nos indican cómo la posición de una ciudad, dentro del aparato judicial, influía en las formas concretas que asumía la cultura jurídica.

Al mismo tiempo, no debería sorprender que hubiera diferencias. Incluso, hoy en día, los operadores judiciales no otorgan sentido a las leyes de forma homogénea en todo el territorio estatal debido a la “textura abierta” del lenguaje legal (entre otras razones). Lo anterior deja espacios a interpretaciones en sentidos distintos e incluso opuestos. Adicionalmente, en ese contexto histórico, existía una cultura jurídica anterior que determinaba la práctica procesal y las formas en que los operadores judiciales de la época comprendían las novedades. Es posible plantear la existencia de una “cultura jurídica de transición” para al menos una buena porción del siglo XIX. Dicha cultura estaba caracterizada por continuidades y cambios asimilados de forma irregular en términos funcionales y territoriales.

Cabe mencionar que cada uno de los temas tratados en el artículo tendría que desarrollarse más para presentar un panorama más completo de lo sucedido con el derecho y el aparato judicial a comienzos de la República. Lo anterior se debe a que éste es un asunto del que aún se sabe poco. Tal es el caso del establecimiento de alcaldes municipales y parroquiales en los nuevos cantones y la práctica de la justicia letrada mediata en diferentes ciudades y regiones, en un periodo caracterizado por la escasez de los medios institucionales. También, sería necesario profundizar en las relaciones entre la primera y la segunda instancia a través, por ejemplo, de las apelaciones u otras formas en que los condenados buscaban defenderse ante el superior jerárquico; o de las sanciones que imponían los jueces de segunda instancia a los jueces municipales por violación a las disposiciones de procedimiento. Otro asunto con el cual continuar sería el de la normatividad de la Constitución, sus implicaciones como norma jurídica. Con ello, se ampliaría el espectro de la historia constitucional colombiana, centrada por lo general al estudio del origen de esos textos. Todo lo anterior muestra lo mucho que falta por conocer sobre el periodo republicano temprano. Además, demuestra la utilidad de la historia del derecho para plantearse problemas pasados por alto por la historiografía política sobre esos años (predominante en Colombia). No obstante, lo anterior no significaría una oposición entre ambas corrientes sino, más bien, un complemento mutuo.

## REFERENCIAS

### Fuentes primarias

#### Archivos

Archivo General de la Nación, Bogotá, Colombia, fondos *Asuntos criminales, Juzgados y Tribunales, Libros Manuscritos y leyes Originales de la República*.

Archivo Central del Cauca, Popayán, Colombia, *Fondo Independencia*, serie Criminal.

#### Libros

*Codificación nacional de todas las leyes de Colombia desde el año de 1821, hecha conforme a la ley 13 de 1912*, vols. 1-3. Bogotá: Imprenta Nacional, 1924-1953.

*Prontuario de los juicios, su orden, sustanciación e incidentes. Escrito en Charcas en el año de 1782. Por el Dr. Don José Gutiérrez y dado a los por el ilustre colegio de abogados de Lima en 1818. Aumentado y adicionado considerablemente en Quito, el año de 1828 por el Dr. Miguel Hervoso, abogado de Colombia, y reformado nuevamente en esta edición*. Popayán: Imprenta de la Universidad, 1836.

#### Prensa

*Gaceta de Colombia* n. 44, domingo 18 de agosto de 1822.

#### Fuentes digitales

*Actas del Congreso de Cúcuta, 1821*. [http://www.bdigital.unal.edu.co/4546/1116/ACTAS\\_DEL\\_CONGRESO\\_DE\\_C%3%9ACUTA%2C\\_1821.html](http://www.bdigital.unal.edu.co/4546/1116/ACTAS_DEL_CONGRESO_DE_C%3%9ACUTA%2C_1821.html).

### Fuentes secundarias

Alonso Romero, María Paz. *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

- Barbosa Delgado Francisco. *Justicia: rupturas y continuidades. El aparato judicial en el proceso de configuración del Estado-nación en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- Berman, Harold J. *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge y Londres: Harvard University Press, 1983.
- Bernal Gómez, Beatriz. “El Derecho indiano, concepto, clasificación y características”, *Ciencia Jurídica* 4:7 (2015): 183- 193.
- Cajas Sarria, Mario Alberto. “Usos locales de Tratados de Legislación Civil y Penal de Jeremy Bentham en los inicios de la República”. *Revista de Derecho* 34 (2010): 22-41
- Colmenares, Germán. “El manejo ideológico de la ley penal en un periodo de transición”. En *Varia. Selección de textos*. Bogotá: TM Editores, Universidad del Valle, Banco de la República, Colciencias, 1998, 232-264.
- Cutter, Charles. “The Legal Culture on the Eve of Independence”, en *Judicial Institutions in Nineteenth-Century Latin America*, editado por Eduardo A. Zimmerman, Londres: University of London, 1999, 8-24.
- García Arboleda, Felipe. *Regeneración o catástrofe. Derecho penal mesiánico durante el siglo XIX en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- Grossi, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid: Trotta, 2003.
- Hart, H. L. A. *El concepto de Derecho*, tercera edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012 [1961].
- Koselleck, Reinhart. “Historia, Derecho y justicia”. En *Modernidad, culto a la muerte y memoria nacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, 19-38.
- Londoño Tamayo, Alejandro. “El juicio por jurado en Colombia (1821-1863). Participación ciudadana y justicia penal”. Memoria para optar al grado de doctor Programa de Doctorado Estado y Sociedad en la Historia de América Universidad Complutense de Madrid Facultad de Geografía e Historia Depto. de Historia de América I Madrid, 2014.
- López Medina, Diego Eduardo y Astrid Liliana Sánchez Mejía. *La defensa de la libertad. Análisis de las relaciones entre ley, derechos fundamentales y*

*derechos humanos en el sistema penal colombiano*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2007.

Luhmann, Niklas. *La unidad del sistema jurídico. Escritos preparatorios para El derecho de la sociedad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

Luhmann, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004 [1993].

Marquardt, Bernd. "Historia del derecho penal en los virreinos americanos de la Monarquía de las Españas e Indias (1519-1825)". *Pensamiento jurídico* 49 (2019): 13-79.

Martínez Garnica, Armando. *La Agenda de Colombia*, tomo I. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, 2008.

Müßig, Ulrike. "Juridification by Constitution. National Sovereignty in Eighteenth and Nineteenth Century Europe". En *Reconsidering Constitutional Formation I National Sovereignty. A Comparative Analysis of the Juridification by Constitution*, editado por Ulrike Müßig. Basel: Springer, 2018, 1-92.

Ortego Gil, Petro. "La justicia letrada mediata: los asesores letrados". *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* 22 (2010): 438-484.

Panateri, Daniel. "Las Siete Partidas: entropía, control y variación. Un itinerario histórico-político de su existencia". *Conceptos Históricos* 2: 2 (2016): 154-187.

Portillo, José María. *Historia mínima del constitucionalismo en América Latina*. México D. F.: El Colegio de México, 2016.

Roth, André-Noel. "La génesis del Estado republicano en Colombia: Elementos para una historia social de la administración pública". *Cuadernos de Historia del Derecho* 13 (2006): 281-296.

Salvat Monguillot, Miguel. "Los prontuarios jurídicos chilenos en la primera mitad del siglo XIX (Estudio y Bibliografía). En *Homenaje a Guillermo Feliú Cruz*, editado por Mauricio Amster. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1973, 905-918.

Tau Anzoátegui, Víctor. "La doctrina de los autores como fuente del Derecho castellano-indiano". En *El Jurista en el Nuevo Mundo. Pensamiento*.



*Doctrina. Mentalidad.* Munich: Max Planck Institute for European Legal History, 2016, 97-146.

Teubner, Gunther. *El Derecho como sistema autopoiético.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017 [1989].

Toro Silva, Carlos Alberto, “Interpretaciones de las garantías constitucionales ante el proceso penal. Un estudio sobre el reconocimiento de la Constitución de Cúcuta (República de Colombia, 1821-1830)”, en Bernd Marquardt, David Llinás y Juan F. Romero (eds.), *La Constitución de Cúcuta en su contexto. Transformación del sistema y nacimiento de la familia constitucional hispanoamericana. Anuario X de constitucionalismo comparado*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2021, 525-557.

Uribe-Urán, Víctor Manuel. “Juristas, sociedad, independencia y Estado en la Nueva Granada, 1790-1830”. En *Juristas de la independencia*, editado por José María Pérez Collados y Samuel Rodríguez Barbosa. Madrid: Marcial Pons, 2012, 159-204.

Valencia Villa, Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano.* Bogotá: Panamericana, 2010 [1987].

Vallejo, Jesús. “Acerca del fruto de árbol de los jueces. Escenarios de la justicia en la cultura del *Ius Commune*”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2 (1998): 19-46.

Vélez Rendón, Juan Carlos. “El establecimiento local de la administración de justicia en Antioquia, 1821-1853. El difícil cumplimiento de una promesa republicana”, *Anuario colombiano de historia social y de la cultura* 40: 1 (ene.-jun. 2013), pp. 113-143.