

Utilitarismo y tradicionalismo en la legislación penal republicana: el código de 1837

Aura Helena Peñas Felizzola

Presentación

La obra de Jeremías Bentham, además de constituirse en piedra de escándalo que marcó las divisiones entre los protopartidos políticos en Colombia (razón por la cual ha llamado la atención de sociólogos, historiadores y filósofos colombianos y extranjeros), tuvo una fuerte y duradera influencia en la legislación nacional del siglo XIX. La recepción del pensamiento utilitarista es palpable en la primera regulación penal con el carácter de codificación moderna, expedida en el recién consolidado territorio granadino: el código penal de 1837; el pensamiento de Bentham fue apropiado por Francisco de Paula Santander y José Ignacio de Márquez, cofundadores de la República, como recurso político y de técnica legislativa para lograr la implantación definitiva de las ideas republicanas francesas y del liberalismo individualista inglés respecto del Estado (racionalización de la legislación, secularización, garantía de los derechos individuales, separación de derecho público y derecho privado), condensadas casi todas en la obra del autor inglés. Pero, simultáneamente, los redactores combinaron el utilitarismo de Bentham con ideas de estirpe netamente tradicionalista, arraigadas en la moralidad católica. Desde la sociología jurídica, este trabajo se encarga de demostrar este hecho y las implicaciones sociológicas de la adopción de tales ideas en los caracteres generales de la legislación penal colombiana en los años treinta del siglo XIX. La presente investigación se dedica entonces, en términos generales, a determinar las causas sociales que influyeron en la génesis y aprobación de la primera codifi-

cación penal que rigió en la República para mostrar que esta legislación es representativa de un particular tipo de relación entre derecho y sociedad en la Colombia del siglo XIX.

Objetivo, fundamentos teóricos y metodología

El presente trabajo se propone ilustrar la tesis de que en Colombia se intentó construir un Estado civilista y basado en la dominación legal, con fundamentos individualistas liberales y utilitaristas, en el cual la cohesión social descansaba sobre bases religiosas, de donde surge una forma híbrida de relación social, que ahondaba la separación entre el Estado, como el ámbito de lo racional, y la sociedad, orientada por la religión, no por el derecho.

En la interpretación sociológica de los cambios formales, referidos a la racionalización en la presentación de las normas penales en la República neogranadina, y de los cambios sustantivos en cuanto a la ideología que las sustentaba, se hace aplicación del método de los tipos ideales. Para ello, se contrasta el tipo ideal de ley penal en los estados modernos de occidente, caracterizado por la secularización y racionalización, con los rasgos generales de la legislación penal neogranadina de 1837: tradicionalismo, utilitarismo y racionalización formal, no con el propósito de encontrar correspondencias en la realidad histórica, sino con el fin de observar las principales tendencias de la acción social.

Este trabajo se desarrolló a través del análisis de documentos históricos, en especial del código penal neogranadino de 1837, la exposición de motivos ante el Congreso realizada por el redactor del proyecto, el presidente José Ignacio de Márquez, las objeciones del presidente Francisco de Paula Santander y sus opiniones.¹ Del código penal se estudiaron, principalmente, los rasgos formales (abstracción, generalización, sistematización), la parte filosófica (definiciones de delito, delincuente y penas) y, de la parte especial, es decir, de la casuística, se seleccionaron los tipos delictuales más apropiados para comprender los fines perseguidos por el estado neogranadino y las representaciones sobre el modelo de ciudadano «normal» elaboradas desde el Estado, esto es, los delitos contra la existencia y seguridad de la asociación política estatal y los delitos contra la religión y la moral. Dado que el propósito de la investigación era resaltar los

¹ Fue José Ignacio de Márquez (1793-1880) el autor del proyecto de código aprobado por el Congreso el 29 de mayo de 1837 y sancionado por él mismo como Presidente de la República, el 22 de junio del mismo año. Una mentalidad de síntesis, legalista y tradicionalista, fue la encargada de redactar el proyecto de código penal, lo cual tuvo importantes consecuencias en cuanto al tipo de legislación penal aprobada.

intereses sociales de carácter *colectivo* perseguidos por la sociedad neogranadina, no se estudiaron tipos penales relacionados con intereses sociales que tuviesen un objeto *individual*, como los delitos contra la vida y la propiedad, excepto cuando en ellos se traslucía una norma moral, como en el caso del delito de quiebra fraudulenta o en el parricidio.

El interés sociológico de la ley penal

En la tradición de la sociología jurídica iniciada por Emilio Durkheim, el derecho se relaciona estrechamente con las manifestaciones culturales de una sociedad en una época determinada. Las normas jurídicas son, ante todo, representaciones colectivas que se elaboran desde un medio especial: el Estado. Son necesariamente colectivas, explica Durkheim, porque el Estado, es decir, los agentes de la autoridad soberana, está conformado por grupos especiales que tienen, por sí mismos, la capacidad de pensar y actuar en lugar de la sociedad; estos funcionarios *sui generis* tienen la capacidad de elaborar “representaciones y voliciones que comprometen a la colectividad, aunque no sean obra de la colectividad”.² Durkheim rechaza la idea de que el derecho plantea una moral particularista, porque la moral que interesa al derecho, principalmente la moral cívica y aquella moral “que ordena las relaciones de los hombres en tanto hombres”, se ubican en el “centro de la conciencia colectiva” (Durkheim: 1966, p. 16).

El interés que tiene el catálogo de delitos de una sociedad para la sociología del derecho durkheimiana radica en que las normas penales defienden preceptos de carácter moral, sancionando la transgresión de un precepto que se relaciona íntimamente con la moralidad social. Las leyes penales definen de manera indirecta los valores que defiende una determinada formación social, pues son normas que describen las conductas generalizadas, seguidas por la mayor parte de los miembros de una formación social y esperadas por parte de cada individuo respecto de los demás. Las reglas penales, por ello mismo, se distinguen de las morales por su claridad y precisión, derivada de su mayor uniformidad (Durkheim: 1966, p. 94). Esto no significa que el papel de la ley penal sea orientar la conducta al sancionar la desobediencia, sino que asume que la norma penal es observada porque existe un orden, basado en motivos subjetivos, en el sentido de regularidades de hecho

² Durkheim diferencia el Estado, compuesto por agentes, de la sociedad política, “grupo complejo cuyo órgano es el Estado”. El Estado se diferencia, a su vez, de los agentes de los órganos secundarios que reciben más inmediatamente su acción: la justicia, el ejército, la iglesia, que sólo son órganos de ejecución, secundarios, ‘administraciones’ ” (Durkheim: 1966, pp. 49-51).

asociadas a la convención o a la costumbre, como afirma Weber (Weber: 1997, p. 251, 258, 259).³

Durkheim reconoce a la legislación un papel mucho más protagónico en la explicación que otros clásicos como Max Weber⁴ lo cual lo convierte en el autor más pertinente en el análisis sociológico de una legislación penal en particular, como es el caso del código de 1837 en Colombia. En aplicación de la teoría sociológica de Durkheim, el estudio del código penal neogranadino de 1837 se adelantó

³ El orden jurídico que interesa a los juristas, como advierte Weber, se diferencia del orden jurídico que interesa a los sociólogos: “Cuando se habla de ‘derecho’, ‘orden jurídico’ y ‘preceptos jurídicos’, debe tenerse en cuenta de un modo particularmente riguroso la distinción entre la consideración jurídica y la sociológica. La primera se pregunta lo que idealmente vale como derecho. Esto es: qué significación, o lo que es lo mismo, qué sentido normativo lógicamente correcto debe corresponder a una formación verbal que se presenta como norma jurídica. Por el contrario, la última se pregunta lo que de hecho ocurre en una comunidad en razón de que existe la probabilidad de que los hombres que participan en la actividad comunitaria, sobre todo aquellos que pueden influir considerablemente en esa actividad, consideren subjetivamente como válido un determinado orden y orienten por él su conducta práctica” (Weber: 1997). El concepto sociológico de derecho formulado por Weber diferencia las normas jurídicas de las normas convencionales y de la costumbre, por la presencia, únicamente en el caso del derecho, de un aparato organizado de coacción: “el ‘derecho’ es un ‘orden’ con ciertas garantías específicas respecto a la probabilidad de su validez empírica” (Weber: 1997). Max Weber desarrolló ampliamente su idea de la diferencia entre el nivel de existencia empírica de la «regla» o «norma», y el sentido dogmático de la misma, a nivel del «deber ser» en la obra *La “superación” de la concepción materialista de la historia* de R. Stommel (2001, pp. 106 y ss).

⁴ Al respecto dice Gurvitch que Weber “renuncia a todo estudio sobre el origen de los sentidos, a todo esfuerzo por establecer una unión entre símbolos, valores o ideales colectivos y realidad social. Es así que la ambición de su sociología es infinitamente más modesta (...), tiende a hacer a la sociología del espíritu humano unilateralmente dependiente de las disciplinas que sistematizan los sentidos ideales, la sociología se limita al estudio de las repercusiones en las conductas efectivas de los sistemas de dogmas o normas que actúan en ellas”. Y, añade, que “debemos preguntarnos si su sociología jurídica ha tolerado demasiado al aceptar la elaboración de sistemas coherentes de normas jurídicas que están, por así decir, suspendidas en el aire y que no tienen conexión con la realidad viva del derecho, de la que son símbolos más o menos rígidos”. Critica, además, la sociología jurídica weberiana porque, considera, que “empobrece artificialmente la realidad del derecho, reduciéndola exclusivamente a conductas guiadas por reglas rígidas y sistematizadas y esclavizando artificialmente la investigación sociológica jurídica a una técnica particular”. La concepción del hecho social en Weber constituye una regresión respecto de Durkheim, sostiene Gurvitch, pues lo reduce exclusivamente a sentido y conducta, sin considerar otros elementos de la realidad social: la base morfológica y la psíquis colectiva, sin distinguir entre organizaciones, prácticas y conductas innovadoras, y porque reduce la conducta social a las individuales orientadas por sentidos sociales (referidos a la conducta de otros) (Gurvitch: 1945, p. 41).

bajo el presupuesto de que las leyes penales son los hechos externos que simbolizan el fenómeno moral pues contienen las representaciones sociales producidas por el Estado, “órgano del pensamiento social”, y definen, por contraste, aquello que las diferentes sociedades consideran sus valores supremos. En el sentido utilizado por Georges Gurvitch, el código penal neogranadino de 1837 representa un “símbolo jurídico” que contiene los sentidos jurídicos válidos en una época particular (Gurvitch: 1945, p. 10, 11, 50)⁵ (la tercera década del siglo XIX), para una formación social que estaba en vías de concentrar y estabilizar el poder estatal, y que estaba definiendo las bases sobre las que se haría la construcción de ese Estado republicano.

La legislación en el proyecto republicano

En la sociología del derecho de Max Weber, la sanción jurídica produce regularidades de hecho, y a la vez es causa de regularidades (Weber: 1997, p. 268); los preceptos jurídicos encuentran sustento en el orden social, tanto como inciden en su producción y mantenimiento. En la formación del Estado en Colombia, las élites políticas hipostasieron el poder del derecho para crear nuevas realidades, mientras lo utilizaban para tratar de mantener el orden social anterior a la revolución. Por ello, la legislación en el proyecto de Estado republicano, dos décadas después de la declaración de independencia, adquirió nuevas dimensiones respecto del orden jurídico colonial, diferenciándose de él en sus fundamentos filosóficos, sin tener que hacer a un lado el espíritu hispánico.

Disuelta la Gran Colombia, la proclamación del Estado de la Nueva Granada como república soberana por la constitución de 1832⁶ resolvió, al menos desde el punto de vista jurídico, las incertidumbres sobre la existencia de la nueva asociación política. La carta política había definido los límites territoriales y con ellos la población del país, la jurisdicción sobre el territorio, la división del poder público y la organización burocrática.

⁵ Las reglas jurídicas son símbolos de los valores e ideas jurídicas encarnadas en ciertas instituciones: “todo modelo cultural, especialmente los que tienen funciones reguladoras y de control, los que soportan un elemento normativo, están penetrados por sentidos simbólicos que expresan valores espirituales encerrados en hechos sociales” (Gurvitch: 1945).

⁶ El art. 3º de la Constitución del Estado de la Nueva Granada rezaba: “La Nación granadina es para siempre esencial e irrevocablemente soberana, libre e independiente de toda potencia o dominación extranjera, y no es ni será nunca el patrimonio de ninguna familia ni persona”.

El nacimiento del nuevo orden jurídico-político apremiaba la exigencia natural de toda revolución política de transformar los fundamentos de la ley para así arrasar, por la vía del derecho, el régimen colonial que ya se presumía desaparecido de hecho. Georges Balandier explica que el vacío de poder posterior a las sociedades tradicionales inicia una crisis a la vez simbólica y real. Hay desorden y violencia, suspensión de la regla y confusión durante un periodo en el cual se deja lugar al desorden para que después el orden, reavivado, surja de una sociedad aparentemente ingobernada. Con la llegada del nuevo soberano, la ley recobra su vigor, e incluso se hace más dura, porque reune la cohesión y la obligación sociales (Balandier: 2003, p. 34).

Este es el significado de la revolución legislativa que experimentó Colombia en los años veinte y treinta del siglo XIX. El fin del gobierno monárquico español, fundado en la tradición, dejó el orden jurídico en suspenso, mientras era reemplazado. La transición fue vista como peligrosa, pues generó confusión sobre el derecho vigente, pero la Constitución política de 1832 evitó la vuelta al desorden.⁷ Llegó la ley, casi personificada en la figura del general Santander, y fundamentada en un discurso secularizante. El cofundador de la república, que no en vano pasaría a la historia como *El hombre de las leyes*, se encargó de desarrollar las diversas tareas legislativas, cada una más urgente que la otra: no solamente era necesario concebir un nuevo derecho *sustantivo* (civil, penal, comercial, de policía), que definiera los derechos, las obligaciones y las prohibiciones a los ciudadanos; el Estado debía regirse por reglas distintas a las existentes antes de la revolución política: normas de organización territorial, de hacienda y tributarias; todo ello requería del derecho *procedimental* (de instrucción criminal, de procedimiento civil), que estableciera reglas conformes con los fundamentos republicanos. La instrucción pública, el ejército y los tributos fueron materias privilegiadas de la acción legislativa.

La idea misma de Estado se construye alrededor del derecho.⁸ El estado actúa porque la ley lo permite. Por tanto, sólo la ley produce paz, estabilidad de las

⁷ Escribía en 1832 el obispo de Santa Marta, José María Estévez, presidente de la Convención: “Existiendo ya el Estado, preciso era que tuviese una Constitución. De otro modo, vendrían los granadinos a ser presa de la anarquía o del despotismo. Vuestros Representantes, pues, acometieron la empresa de daros esta Constitución (...). Obispo José María Estévez, prólogo a la Constitución del Estado de la Nueva Granada dada por la Convención Constituyente (Colombia: 1832)

⁸ Con Bodino y Hobbes se marca claramente la diferencia entre el sistema absolutista y el Estado racional, con fundamento legal, basado en la soberanía popular (Cassirer: 1947, pp. 205-207).

instituciones políticas y propicia el progreso: todos los ciudadanos deben conocer las leyes que los rigen:

Repetimos lo que los patriotas ilustrados i experimentados han dicho ya hablando de las necesidades de la Nueva Granada: nuestra primera necesidad es orden legal, i paz interior, i a consolidar estos dos inapreciables bienes debe contraerse de toda preferencia la atención del legislador i de los ejecutores de las leyes en todo el Estado, porque sin esto no hay riqueza, no hai dicha, no hai prosperidad. Cuando todos los granadinos sepan leer i escribir, conozcan los principios políticos de su constitución, i estén instruidos en las máximas de la religión i de la moral, entonces se facilitarán los medios de ocurrir a hacer todas las mejoras que reclaman las provincias del Estado, i el gobierno de entonces tropezará con nuevos embarazos, i tendrá espedita su acción para dar sucesivamente impulso al patriotismo i a los talentos de los ciudadanos (...).⁹

Inexorablemente, la legislación tenía que adaptarse a las nuevas realidades políticas. Preocupaba pues a los fundadores que la revolución retrocediera por falta de reformas legales; aunque desde 1808 el derecho colonial sólo debía regir de manera subsidiaria, es decir, en caso de vacío de la legislación nacional, la inestabilidad política no había permitido establecer el nuevo orden jurídico. Por ley de 13 de mayo de 1825 se dispuso que, en la aplicación de las leyes civiles y criminales que regulaban los asuntos civiles, eclesiásticos y militares, se debía dar prelación, primero, a las leyes republicanas, seguidas de las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español, sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808, vigentes durante el gobierno español en territorio de la República;¹⁰ en tercer lugar, la Recopilación de Indias, después la Recopilación de Castilla, y finalmente las Siete Partidas. Se dispuso, en consecuencia, que no tendrían vigor ni fuerza alguna en la República las leyes, pragmáticas, cédulas, órdenes y decretos

⁹ Gaceta de la Nueva Granada (en adelante G. N. G.) № 125, 16 de febrero de 1834, p. 4.

¹⁰ Obsérvese que existe un corte preciso, que diferencia la legislación española reconocida como válida de la que no se tendría por tal: las leyes posteriores al 18 de marzo de 1808 no tendrían validez en Colombia, por cuanto la nota de abdicación de Carlos IV fue fechada el 19 de marzo del mismo año; este hecho marca la apropiación de la corona española por Napoleón Bonaparte, y los hechos siguientes, relacionados con la conformación de la Junta Central de Sevilla y las protestas de los criollos por la limitada participación en ella, detonantes de la revolución de independencia.

del gobierno español, posteriores al 18 de marzo de 1808 en cuanto se opusieran a las leyes y decretos del poder legislativo.

En esta primera etapa del nacimiento del nuevo orden jurídico, la situación del país era vista como caótica por falta de leyes, factor de desorden social.¹¹ Algunos historiadores reportan aumentos en los índices de criminalidad desde la expulsión de las autoridades españolas en 1816.¹² Sin embargo, las estadísticas, precarias, impiden corroborar o desvirtuar esta suposición (Patiño: 1994, pp. 55-56).¹³ De cualquier manera, los procedimientos contra conspiradores, saltcadores de caminos y contra quienes cometían hurto en despoblado se hicieron sumarios “en vista de la anarquía y el bandolerismo que quedan después de una guerra” (Quijano: 1898, p. 75).

En la segunda etapa, que coincide con la primera administración Santander, el fundador expide las normas básicas de organización de la burocracia; la magnitud de las tareas legislativas que le correspondieron era, pues, inmensa. El propio Santander las resumía, al posesionarse como Vicepresidente de la República en 1821, así:

(...) ensayar, ejecutar, cumplir la Ley Fundamental del Estado, dar a Colombia una existencia legal, constituir el reino de las leyes, hacer sumir en el seno de la obediencia hombres erguidos en la victoria, y antes combatidos por las pasiones serviles (...) Siendo la ley el origen de

¹¹ Luis Carlos Pérez utiliza el término *desorden* para describir la situación de inseguridad jurídica, que llegaba a tal extremo que había una falta de certeza absoluta sobre qué decisiones judiciales eran válidas y cuáles no. Reseña la ley de 8 de abril de 1826, por la cual, “considerando que después de la transformación política de la república han existido juzgados y tribunales, nombrados unos por las autoridades republicanas y otros por el rey de España, en unas mismas y en diversas provincias de todo el territorio que hoy forma el de Colombia, de donde han resultado dudas sobre la legitimidad y subsistencia de los fallos”, declaraba “válidas las sentencias pronunciadas por los tribunales establecidos en las provincias independientes, en la primera época de la transformación política” (Pérez: 1975, vol. 1, p. 254).

¹² Según David Bushnell la criminalidad aumentó como consecuencia de la guerra de Independencia: “Durante el tiempo en que ésta se llevó a cabo en el territorio colombiano, desorganizó los mecanismos usuales del orden público; cuando terminó, dejó como corolario una turbulenta legión de vagabundos desertores y veteranos desadaptados” (Bushnell: 1984, p. 71).

¹³ La autora parece insinuar lo que podría ser evidencia del aumento del crimen en la provincia de Antioquia cuando anota que “La legislación era constantemente invocada por las autoridades, pero los datos de los juicios arrojan dudas sobre la forma como era respetada y acatada por parte del pueblo” (Patiño: 1994, pp. 55-56).

todo bien, y mi obediencia el instrumento de su más estricto cumplimiento, puede contar la Nación con que el espíritu del Congreso penetrará todo mi ser, y yo no obraré sino para hacerlo obrar (Cuervo: 1917, vol. 1, p. 95).

En la tercera etapa, que abarca la segunda administración Santander y la administración Márquez, quedaban todavía asuntos pendientes, aunque la organización básica del Estado ya había sido establecida. A juicio de los dirigentes políticos, las transformaciones del orden jurídico habían devuelto a la sociedad a los cauces adecuados; en 1837 el presidente del senado advertía que “el tiempo que ha transcurrido, la calma de las pasiones, la mejora de las leyes y el activo y laudable celo de los actuales Magistrados, afirman cada día más nuestras instituciones, la paz se consolida y la libertad y el orden, que forman nuestra divisa nacional, son ya el objeto más querido y la única necesidad de nuestros conciudadanos” (Cuervo: 1917, vol. 2 p. 18). Los dirigentes, desde las provincias, exigían mayor premura a los legisladores, pero Santander replicaba que las reformas no podían hacerse todas de una vez, y que si los legisladores hicieran todo lo que se les solicitaba, ¿qué les quedaría a los legisladores del futuro? Comparaba su situación con la de George Washington en Norteamérica, y decía que éste había dejado mucho que hacer a Adams, Adams a Jefferson, éste a Madison, etc., y que, “después de cincuenta años de independencia i paz, sus recursos han sido lentos i proporcionados”.¹⁴

Pero no sólo importaba la mera existencia de un marco legal, que en la tercera década del siglo XIX ya estaba definido. La legislación en la etapa republicana debía, entonces, plantear especiales exigencias a los destinatarios. Estas nuevas exigencias tenían la misión histórica de propender por la materialización de los principios republicanos. Pero no por ello tendrían que reñir en Colombia los fundamentos civilistas con los religiosos, al menos en la legislación. La primera mitad del siglo XIX es toda ella un permanente esfuerzo por construir un Estado basado en la dominación legal, en el que, sin embargo, la cohesión social descansara sobre la religión católica: Santander y Márquez no aspiraban para la patria a conseguir “otra cosa (...) que ciudadanos educados bajo el sistema liberal, i que practiquen todos sus deberes morales”¹⁵.

La continuidad del orden social era mantenida, como explica Balandier, por el mecanismo más eficaz de asegurar la relación con el pasado y su coacción: la tradición, “una herencia que define y mantiene un orden haciendo desaparecer la ac-

¹⁴ Mensaje, por Francisco de Paula Santander (G. N. G. N °125, 16 de febrero de 1834).

¹⁵ Mensaje del Presidente de la República de la Nueva Granada al Congreso de 1835, por Francisco de Paula Santander (G. N. G. N° 180, 8 de marzo de 1835).

ción transformadora del tiempo, reteniendo sólo los momentos fundantes de los cuales obtiene su legitimidad y su fuerza” (Balandier: 2003, p. 34). La revolución política de independencia llevaba, aparejada, la contrarrevolución social, bajo el propósito de reunir “la calma de las monarquías con la libertad de las repúblicas”.¹⁶ Había que impedir que las jerarquías sociales se trastocaran, y que las normas morales emanadas de la fe católica perecieran con la expulsión de las autoridades españolas; la vía para mantener la cohesión social no podía ser otra que la religión, porque “Es en la religión, y sobre todo en su institución cultural o eclesial [sic], donde la tradición encuentra sus anclajes más sólidos (...). La religión y la institución eclesial [sic] afirman permanencias por las cuales se establece el mundo en su sentido, su orden y su inalterabilidad” (Balandier: 2003, p. 34). Si ya los reyes católicos no podían más ejercer señorío sobre el pueblo, la organización clerical le sustituía en algunas tareas: difundir la doctrina católica, mediante el desempeño de funciones en materia educativa; conservar las instituciones que regulaban la sexualidad, con el régimen legal de los matrimonios y el estado civil; anunciar el principio de la existencia de las personas con la fe de bautismo, y disponer su fin, con la administración de los cementerios públicos. La moral católica era el cemento de una sociedad que no se reconocía del todo vinculada a través de las instituciones políticas: “La autoridad de obispos y curas era casi universalmente reconocida por el pueblo, que palpaba la presencia de la Iglesia a través de los curas párrocos de las más remotas aldeas, en contraste con la lejanía de los nuevos gobernantes” (González: 1985, pp. 5-6). El gobierno no podía romper con la institución eclesiástica pese a que las iniciativas anticlericales eran frecuentes, pues ella cumplía la doble función de prestar servicios públicos y colaborar con el mantenimiento del orden mediante el ejercicio de la autoridad moral sobre las masas.

Esa situación de cooperación entre Iglesia y gobierno se vio favorecida por el hecho de que la estabilidad de la sociedad no pudiera hallarse en el elemento político, con un Estado en pleno proceso de construcción. Se trataba de tensiones propias de la formación temprana y casi artificial del Estado, sin un correlato en la existencia de una nación. A principios de los años treinta del siglo XIX aún se presentaban serios problemas derivados de la organización de las entidades administrativas y jurisdiccionales en las entidades territoriales; pues no estaban claros aún los criterios de división de las ramas del poder público (Bushnell: 1984, pp. 45-66).

Los problemas en la centralización del poder político estatal, permanentemente bajo amenazas de orden externo e interno (producto de la división en facciones

¹⁶ Discurso del Presidente del Congreso, Sr. Eusebio Borrero, en el Acto solemne de posesión del Presidente de la República. (G. N. G. N° 291, 9 de abril de 1837).

federalistas y centralistas, santanderistas y bolivarianas, luego moderadas y exaltadas), el deficiente funcionamiento de la organización burocrática y las delicadas relaciones con la Iglesia marcaron definitivamente el carácter de la legislación y los discursos sobre el derecho en la época de la fundación de la República. Esta hibridación de utilitarismo jurídico, liberalismo y iusnaturalismo, característica de las instituciones penales que rigieron durante el siglo XIX, es representativa del tipo de relación entre derecho y sociedad en Colombia: el derecho orientaba el comportamiento de los ciudadanos frente al Estado con fundamento en los postulados liberales legalistas, de naturaleza calvinista (López: 1966), mientras que la sociedad se regía por la moral católica. Para un periodo concreto, se ilustra la tendencia en la historia colombiana a fundar el vínculo nacional no en la relación jurídica sino en la tradición. Esta separación entre nación-religiosa-católica y derecho-liberal-utilitarista propició que las instituciones políticas evolucionaran hacia formas liberales, mientras que la sociedad se mantenía fundamentalmente asentada en los valores religiosos católicos. Por ello, en la segunda mitad del siglo XIX, la influencia del radicalismo llevó al arraigo de las instituciones jurídico-políticas liberales en las mentalidades, pero la sociedad no se liberalizó en el sentido de asentarse sobre el vínculo legal, ni calaron hondo los derechos individuales en la conciencia jurídica de la nación, que se mantuvo al margen de la práctica de formas institucionalizadas de resolución de conflictos. Esta tendencia social se refleja en la reacción regeneradora de finales de siglo, que buscó, con éxito, fundar la construcción de la nación sobre la religión católica y el Estado sobre el derecho de origen liberal, asignando un particular significado a la consigna republicana de *Libertad y Orden*.

Importancia y presencia del utilitarismo en la legislación penal republicana de 1837

La naturaleza híbrida de la legislación penal neogranadina, nutrita simultáneamente del legalismo francés y orientada hacia propósitos eminentemente religiosos, no tenía por qué ser incoherente desde el punto de vista de la acción política que proponía, si bien las contradicciones eran manifiestas desde el punto de vista filosófico. La síntesis hecha en la legislación penal de 1837, entre ideas legalistas y de conservación del orden social defendido por el culto católico, es muy cercana a la obra de Jeremías Bentham (1748-1832).

Como lo plantea Jaime Jaramillo Uribe:

Antes de que la idea liberal pura del Estado se convirtiera en la forma imperante de pensamiento político en Colombia, pasarían quince años

en los que la influencia dominante sería la del benthamismo político, cuya teoría de la legislación y del Estado poseía un íntimo parentesco con la concepción del liberalismo puro, pero que, por muchos aspectos resultaba incompatible con ella, hecho que, por otra parte, no fue suficientemente notado en sus fervorosos partidarios de la Nueva Granada (Jaramillo: 2001, pp. 118-119).¹⁷

Bentham comenzó a ser conocido en Colombia desde 1811, cuando Antonio Nariño publica en *La Bagatela* artículos sobre la libertad de imprenta (Delgado: 1981, p. 236), aunque se atribuye frecuentemente a Santander la introducción de sus ideas.

Ante la tarea de edificar un Estado, a la que se vieron abocados bruscamente los fundadores, Bentham ofrecía incomparables herramientas jurídicas y de filosofía política orientadas a fines prácticos. En primer lugar, Bentham, considerado el fundador del utilitarismo,¹⁸ entregó, como ningún otro autor, una obra exhaustiva sobre el arte de legislar. En los ocho tomos de *Tratados de legislación civil y penal* (1802) y en los *Principios de moral y legislación* (1789), Bentham no sólo elaboró todas las nociones técnicas del derecho moderno, como las de delito, pena, obligaciones, contratos, etc., sino que desarrolló el método para organizar los cuerpos de leyes según su materia y dio la más completa explicación sobre los principios generales en que deben fundarse las leyes y sus fines, acorde con la filosofía moral que simultáneamente elaboraba. En virtud del principio de utilidad, la legislación estaba llamada a producir el mayor placer o alejar la pena tanto como fuera posible.

En segundo lugar, Bentham homologaba el derecho a la legislación, es decir, que el derecho era lo que dijieran *las leyes* respecto de delitos, derechos, obligaciones y servicios. En la teoría benthamiana, los derechos y las obligaciones son de creación de la ley y sólo a ella están subordinados, luego no pueden estar en contradicción con los derechos naturales (simples quimeras según el autor) (Bentham: 1838, tomo VI, p. 27). Así planteado, su criterio de fundamentación del derecho era exclusivamente legalista y laico: la felicidad del mayor número era la que dictaba los contenidos materiales de las leyes. Sin embargo, el carácter laico sobre el que fundaba las leyes no le impedía recomendar a los legisladores valerse de la religión

¹⁷ Jaime Jaramillo Uribe estudió la confusión de ideas liberales y utilitaristas entre los partidarios de la obra de Bentham en la Nueva Granada, y observó la peculiaridad de dicha asociación teniendo en cuenta que la obra benthamista está directamente relacionada con Hobbes, el teórico del absolutismo.

¹⁸ Beccaria ya había planteado la tesis principal de esta corriente de pensamiento, pero Bentham la llevó hasta sus últimas consecuencias (Restrepo: 2005, p. 40).

para controlar los delitos.¹⁹ Ello marcaba una abrupta ruptura con el criterio jurídico que orientaba al estado colonial, fundado sobre la teoría de los derechos naturales.

Este laicismo en las ideas morales de Bentham ocasionó el rechazo de los sectores tradicionalistas neogranadinos y una polémica que duraría medio siglo; más que antirreligiosa, la obra de Bentham es toda ella una crítica al iusnaturalismo:

El lema de la moral cristiana es: “el hombre para Dios”; el lema de la moral utilitarista: “el hombre para sí mismo”. El móvil de todas las acciones según la moral cristiana es el deseo de agradar a Dios, a quien se nos manda amar más que a nosotros mismos; según la moral utilitaria, el amor de sí mismo, que se resume en el amor del placer. El fin de la vida, según la doctrina evangélica, es prepararse para la eternidad, y el medio de alcanzar la posesión de Dios que en esa eternidad se nos promete, renunciar a los placeres y abrazar la cruz, emblema de humillaciones, de sacrificios, de desnudez y de muerte; rehabilitarse y purificarse por el dolor de cuya aceptación nos dio el más heroico ejemplo Nuestro Señor Jesucristo, llamado siglos antes por el profeta Isaías, varón de dolores y sabio en el arte de padecer. El fin de la vida, según Bentham, es gozar sensiblemente, proporcionarse deleites y evitar dolores (...). En la moral de Bentham Dios no entra para nada, y el amor que nos une a él es una necesidad o una ilusión (Buenaventura: 1880, pp. 39-40).

El mayor valor de las doctrinas de Bentham para las élites neogranadinas seguidoras de dichas teorías radicaba en que ellas proporcionaban una visión legalista de la juridicidad, alterna a la visión iusnaturalista característica del derecho en la época colonial, que necesariamente había que descartar cuando la revolución política la hizo quedar desueta; pero además, porque dictaba pautas de conducta necesarias para orientarse en una sociedad donde estaba naciendo el capitalismo, como explica Jaramillo Uribe:

(...) Bentham brindaba un código ético de virtudes burguesas, también racionales, que se acomodaba muy bien a los impulsos e intereses de una clase formada por abogados, comerciantes y hombres de ciudad. Orden, sobriedad, parsimonia, sencillez, religiosidad individual, espíri-

¹⁹ La religión era vista como un móvil importante para aumentar la fuerza de la sanción, pero su dirección debía estar, naturalmente, conforme al plan de la utilidad (Bentham: 1838, tomo V, p. 243).

tu cívico y un concepto del bienestar y del placer mantenido dentro de términos mundanos discretos, constituyeron rasgos suyos que, unidos a las necesidades y tendencias de la época, le aseguraron el favor de gran parte de las clases dirigentes neogranadinas durante los cuatro lustros siguientes a la independencia (Jaramillo: 2001, p. 123).

La nueva legislación penal neogranadina tenía que ser como el sujeto que se pretendía formar: racional, liberal y moral. Jeremías Bentham aportó las bases filosóficas de la codificación penal neogranadina, especialmente visibles en las definiciones de delito, delincuente y penas. El concepto de delito se ajustaba a la síntesis de tradicionalismo y utilitarismo característicos de todo el código: lo define como “la voluntaria y maliciosa violación de la ley, por la cual se incurre en alguna pena”²⁰. Al definir el ilícito penal como violación de la ley y exigiendo a la vez voluntad y malicia como elementos esenciales del delito, el legislador neogranadino, basado en el código español, combina dos corrientes filosóficas del derecho penal: la teoría del delito de la *dirección volitiva del autor*, que sanciona las conductas por su intención de causar daño, y la teoría *legalista* del derecho penal (tomada del código penal francés), según la cual el hecho ilícito penal se caracteriza por ser una infracción de lo que la ley dice que es delito.²¹ Ello responde a la combinación de ideas religiosas y benthamistas que caracteriza la obra legislativa en estudio: el crimen es, tanto una ofensa a la autoridad superior de naturaleza divina, como plantea Durkheim, y tiene, por ende, el ingrediente de la maldad del autor, como una prohibición legal, con fundamento en el principio de utilidad.

El código asume que los delincuentes cometan delitos “por el hábito o costumbre”, y cuantifica las reincidencias –más de tres actos delictuosos (art. 15). La maldad del criminal incluso se presume, como lo recomendaba Bentham (Bentham: 1838, tomo VI, p. 7):²² “En toda violación de la ley se suponen voluntad y malicia, mien-

²⁰ El código penal español de 1822 tiene la misma definición, añade el elemento de la libertad de cometer el ilícito (art. 1) (España: 1822).

²¹ Code Pénal du 1810, Art. 1. L’infraction que les lois punissent de peines de police est une contravention. L’infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit. L’infraction que les lois punissent d’une peine afflictive ou infamante est un crime (Francia: 1810).

²² El crimen consiste en un «proceder odioso», «mal enorme o reputado tal», «mala fe». Para Bentham, todo cuerpo de leyes no se trata más que de delitos, de derechos, de obligaciones y de servicios. Antes de que existieran estos, únicamente existían las personas, las cosas y las acciones, algunas de las cuales causaban grandes males. La experiencia de estos males dio origen a las primeras ideas morales y legislativas, pero “los más fuertes quisieron detener el curso de estas acciones perniciosas, y para esto las trasformaron en

tras no se pruebe o resulte claramente lo contrario” (art.3). Retrocede hasta negar el principio de la presunción de inocencia, que ya había sido reconocido en las constituciones de la independencia. El elemento volitivo está presente en todo el texto legal; se disminuyen o agravan las penas según la justicia o injusticia de los motivos, los efectos que produzca la acción y el grado de alarma social (Bentham: 1838, t. IV, p. 197).²³ Las circunstancias que disminuían la malicia del delito o culpa y las agravantes obedecían fielmente a las recomendaciones de Bentham.²⁴

delitos. Esta voluntad revestida de un signo exterior recibió el título de ley. Así pues, declarar por una ley que un acto está prohibido, es erigir este acto en *delito*: asegurar a los individuos la posesión de un bien, es conferirles *derechos*: mandar a los hombres que se abstengan de todos los actos que podrían perjudicar a los goces de otros hombres, es imponerles una *obligación*: sujetarlos a contribuir con un cierto acto al goce de sus semejantes, es someterlos a un *servicio*, son pues unas ideas que nacen juntas, que existen juntas, y que son y permanecen inseparables. La ley no confiere derechos sino creando delitos, esto es, erigiendo en delitos ciertas acciones: si confiere un derecho, es dando la cualidad de delitos a las diversas acciones por las cuales puede ser interrumpido o contrariado el goce de aquél derecho. La división pues de los derechos puede reducirse a la división de los delitos” (Bentham: 1838, t. IV, p. 22). La mala fe se presume.

²³ Bentham clasifica los motivos en: a) sociales (la benevolencia); b) semisociales (amor, reputación, amistad y religión); c) personales (placeres de los sentidos, amor al poder, interés pecuniario, deseo de propia conservación); y d) antisociales (antipatía).

²⁴ Las circunstancias atenuantes eran: 1. “La corta edad, o la decrepitud del delincuente o su falta de ilustración”. 2. “La indigencia, el amor, la amistad, la gratitud, la provocación o exaltación del momento, el acometimiento pronto e impensado de una pasión, que hayan influido en el delito”. 3. “El haberse cometido éste por amenazas o seducciones, aunque o sean de aquellas que basten para disculparlo”. 4. “El ser el primer delito y haber sido constantemente buena la conducta anterior del delincuente”. 5. “El presentarse voluntariamente a las autoridades después del delito o confesarlo con sinceridad en el juicio, no estando convencido el reo por otras pruebas”. Por su parte, las circunstancias agravantes se clasificaban en: 1. “El mayor pejuicio, alarma, riesgo, desorden o escándalo que cause el delito o culpas”. 2. “La mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmiento, por la mayor frecuencia de delitos”. 3. “La mayor malicia, premeditación y sangre fría que haya en la acción, la mayor osadía, imprudencia, crueldad, violencia o artificio, o el mayor numero de medios empleados para ejecutarlas”. 4. “La mayor ilustración o dignidad del delincuente, y sus mayores obligaciones para con la sociedad, o con las personas contra quienes delinquierte”. 5. “El mayor número de personas que concurren al delito o culpa”. 6. “El cometerlo con armas, o en sedición, tumulto o commoción popular, o en incendio, naufragio u otra calamidad o conflicto”. 7. “La mayor publicidad o respetabilidad del sitio del delito o culpa y la mayor solemnidad del acto en que se comete”. 8. “La mayor superioridad o influencia del reo con respecto de otras a quien dé órdenes, consejos o instrumentos para delinquir o le seduzca, instigue, solicite o provoque para ello”. 9. “La tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, la indefensión, el desamparo o conflicto de la persona ofendida”, en los delitos contra las personas. (Bentham: 1838, t. VIII, pp. 40-44). Las circunstancias que influyen en la alarma son,

Las representaciones colectivas sobre el delito, entonces, estaban claramente fundadas en la moral utilitarista de Jeremías Bentham, pero a la vez consideraban elementos religiosos como el arrepentimiento, la justicia de los motivos del delito y la superioridad del reo sobre la víctima, muy afines al derecho natural. Las representaciones sobre el delito fueron basadas en el utilitarismo porque se ajustaban perfectamente a los intereses colectivos: evitar las alteraciones del orden público, sancionando conductas contrarias a la utilidad común, “según el mayor o menor escándalo que se da, o el mayor o menor perjuicio que se ocasiona al Estado”, como sostuvo Márquez.

En materia de penas, los redactores del código fueron, tal vez, más benthamistas que en cualquier otra parte de la obra. Márquez y Santander apropiaron las ideas de Bentham para lograr, además de la retribución del daño causado por el delincuente a la víctima y a la sociedad, imponer el terror y disuadir a quienes estuvieran tentados a cometer similares delitos. Por influencia de Bentham, el código presentaba un extenso catálogo de penas, que dividía en *corporales* y *no corporales* (art. 18),²⁵ que hoy parecería desmesurado. Sin embargo, en el complejo ideológico de principios del siglo XIX la variedad de las penas era muy deseable; Bentham pensaba que la limitación de ellas impedía castigar debidamente las diversas ofensas:

No debe creerse que un sistema de penas es cruel por ser variado. La multiplicidad o la variedad de las penas prueba la industria y el cuidado del legislador. No tener más que una especie o dos de penas es un

conforme a Bentham, los medios de ataque y los medios de defensa; si el autor es conocido, la alarma disminuye, y si es desconocido aumenta; por ello, el código penal neogranadino castiga con pena de muerte a los salteadores de camino y a quienes cometen homicidio estando indefensa la víctima (“dormida, descuidada o bajo engaño”). (Bentham: 1838, t. IV, p. 269).

²⁵ Las penas *corporales* son: 1. La de muerte; 2. La de trabajos forzados; 3. La de presidio; 4. La de reclusión en una casa de trabajo; 5. La de vergüenza pública; 6. La de prisión; 7. La de expulsión del territorio de la República; 8. La de confinamiento en un distrito parroquial, cantón o provincia determinada; 9. La de destierro de un lugar o distrito determinado. Las penas *no corporales* son: 1. La declaración expresa de infamia; 2. La privación de los derechos políticos y civiles; 3. La suspensión de los mismos; 4. La sujeción a la vigilancia de las autoridades; 5. La inhabilitación para ejercer empleo, profesión o cargo público en general, o en clase determinada; 6. La privación de empleo, pensión, profesión, o cargo público; 7. La suspensión de los mismos; 8. El arresto; 9. El apercibimiento judicial; 10. La obligación de dar fianza de buena conducta; 11. La multa; 12. La pérdida de algunos efectos, cuyo importe se aplique como multa. Todas las penas fueron adoptadas del código penal español de 1822, excepto la de vergüenza pública, que ya era una pena prácticamente eliminada de los códigos europeos, y la de suspensión de los derechos civiles y políticos, llevada del código napoleónico (art. 6 a 9).

efecto de la ignorancia de los principios y del desprecio bárbaro de todas las proporciones. Yo podría citar algunos Estados en que es bien fuerte el despotismo y la civilización está muy atrasada, que no conocen, por decirlo así, más que un solo modo de castigar. Cuanto más se haya estudiado la naturaleza de los delitos, la de los motivos, la de los caracteres, y la diversidad de las circunstancias, tanto mejor se percibirá la necesidad de servirse contra ellos de medios diferentes (Bentham: 1838, t. VIII, p 321).

A la vez que el catálogo y la reglamentación de penas era notoriamente benthamista, establecía disposiciones de marcada estirpe iusnaturalista religiosa, como que si el condenado estaba de luto por muerte de su padre o madre, hijo o hija, marido o mujer, o si se encontraba gravemente enfermo y en peligro de muerte, o si estaba demente, no se le podía notificar ni ejecutar la sentencia hasta que, en el primer caso, pasaran nueve días, en el segundo caso hasta que desapareciese el peligro (art. 28), y en caso de locura, hasta que sanara. Con el mismo respeto hacia las disposiciones de la Iglesia, el código prohibía las ejecuciones en día domingo, de fiesta de preceptos (de guardar), y Semana Santa (art. 30). Ciertos delitos eran imprescriptibles, por su gravedad: los de traición, parricidio, asesinato e incendio; éstos eran especialmente lesivos del bien común, y sus autores eran una amenaza para la sociedad tanto como para la República, según explica Márquez:

Todos convienen en que es mui justo que se prescriban las penas por el transcurso de los tiempos, y que llegue un día en que el delincuente tenga seguridad de que no se le ha de privar de algunos de los derechos por la aplicación de alguna pena. A este fin el Consejo en el capítulo 5º ha señalado las penas que se prescriben y el tiempo necesario para prescribirlas. Pero ha esepuado las de algunos delitos, tales como las de traición, parricidio, asesinato e incendio, cuya gravedad exige sean castigados en cualquier tiempo en que se descubran o aprendan [sic] sus autores, para evitar que la esperanza de la impunidad convide a su ejecución. Los que perpetran tamaños atentados se declaran enemigos del género humano, son una amenaza continua a la república, y su existencia es incompatible con el bien social (Colombia: 1837).²⁶

Las penas, en la obra de Jeremías Bentham, debían cumplir con los requisitos de ser “susceptibles de más y menos” (graduables), iguales a ellas mismas, con-

²⁶ COLOMBIA. Archivo del congreso. Leyes autógrafas, 1837, tomo II, folios 217, 218.

mensurables, análogas al delito, ejemplares, económicas, reformadoras y populares (Bentham: 1838, t. IV, pp. 295 y ss).²⁷ Márquez se esmera, al proyectar las penas, en seguir el plan de Bentham:

Las penas que se adoptan, a más de ser divisibles, ciertas, commensurables, análogas, económicas y simples, han parecido al Consejo que son las únicas que en nuestro estado actual pueden llevarse a efecto y que por haber sido en general las que se han acostumbrado hasta aquí, pueden acaso ser las más populares (...) El consejo ha procurado determinar con exactitud y precisión en qué consiste cada una de las penas para que ellas en su aplicación sean iguales y para evitar la arbitrariedad que está muchas veces más bien en la ejecución de las sentencias que en las sentencias mismas (Colombia: 1837).²⁸

La gran variedad de penas estaba, pues, teóricamente justificada, y el legislador neogranadino reglamentó en detalle tanto las penas corporales como las no corporales. Las penas corporales, del más puro estilo utilitarista, buscaban, ante todo, provocar terror en los espectadores y sacar alguna utilidad material del trabajo de

²⁷ Que las penas sean iguales a ellas mismas significa que atienda a las circunstancias particulares del reo, para que no sean más duras para algunos: las mujeres son sancionadas con reclusión en casa de trabajo y no con trabajos forzados, por ejemplo. La commensurabilidad busca que, agravando las penas, el delincuente se abstenga de cometer los mayores delitos (pp. 295 y 296). Deben ser análogas al delito para que se graben más fácilmente en la memoria y estimulen más la imaginación; dice Bentham que “El talión es admirable en esta parte: ojo por ojo, diente por diente, etc. La inteligencia más imperfecta es capaz de ligar estas ideas; pero el talión raras veces es practicable, y en muchos casos sería una pena muy dispendiosa. Hay otros medios de analogía. Busquemos, por ejemplo, el motivo que ha hecho cometer el delito: ordinariamente daremos con la pasión dominante del delincuente, y podremos castigarle por donde ha pecado (...). Los delitos de codicia serían bien castigados con penas pecuniarias, si bien lo permiten las facultades del delincuente. los delitos de insolencia con la humillación. Los delitos de ociosidad con la sujeción al trabajo o con una ociosidad forzada” (pp. 297 y 298). Los castigos deben ser ejemplarizantes, pues “una pena real que no fuera aparente sería perdida para el público”. Por ello “el aparato, la escena, las decoraciones deben estudiarse bien, pues el efecto principal depende de esto: tribunal, cadalso, trajes [sic] de los oficiales de justicia, vestidos de los delincuentes mismos; servicio religioso, procesión, acompañamiento de toda especie, todo debe presentar un carácter grave y lúgubre; ¿y por qué los ejecutores mismos no podrían estar cubiertos de una gasa de luto? El terror de la escena se aumentaría con esto (...).” (p. 298 y 299). La economía significaba la justa medida de severidad, y la revocabilidad que el daño causado con la pena no fuera absolutamente irreparable. Por último, debían ser populares, esto es, que no chocaran “con algunas preocupaciones establecidas” (p. 302).

²⁸ COLOMBIA. Archivo del congreso. Leyes autógrafas, 1837, tomo II, folio 217.

los reos. Márquez dijo que “En la pena de muerte ha querido el Consejo que un aparato imponente aumente su horror, para que, sin hacerla más gravosa al que la sufre, produzca mejores efectos” (Colombia: 1837).²⁹ Ello deviene directamente de las recomendaciones de Bentham, quien llegaba incluso a sugerir máscaras de culebra y papagayo para simbolizar la mala fe y la temeridad de los reos en delitos contra la honra. Bentham admiraba el escenario de terror impuesto por la inquisición: “Es muy particular que la más horrible de todas las instituciones presente en este punto un modelo excelente. La inquisición con sus procesiones solemnes, sus vestidos emblemáticos y con sus decoraciones expantosas [sic] había hallado el verdadero secreto de mover la imaginación y de hablar al alma” (Bentham: 1838, t. VII, p. 217).

Al condenado a pena de muerte se le ultimaba por el método del garrote, que consistía en apretar fuertemente el cuello del delincuente con un palo al que se le amarraba una cuerda con nudo corredizo o con una argolla, hasta asfixiarlo. De estirpe netamente española, descrito ya en la Crónica de los Reyes de Castilla de Alfonso X (Sueiro: 1934, p.107),³⁰ el garrote como mecanismo de ejecución de la pena capital fue importado del Código penal español de 1822, así como el rito que sigue. La ejecución debía hacerse en una plaza pública, en la cual se erigía un tablado sencillo o cadalso, pintado o forrado de negro. En la parte superior del banquillo en que se iba a sentar el reo debía ponerse un cartel que dijera, “con letras grandes y legibles”, el nombre, la patria, la vecindad, el delito cometido y la pena que se le había impuesto (art. 33). Los reos condenados a muerte tenían que ser conducidos al cadalso con túnica y gorro negro, y con las manos atadas por delante con una cuerda, cuyo extremo debía llevar el verdugo, vestido a su vez de negro. Si había sido condenado por asesinato, su túnica sería blanca y estaría ensangrentada. Si había sido condenado por traición, debía ir descalzo, con la túnica hecha pedazos y las manos atadas a la espalda; si parricida, también debía ir descalzo, con la túnica blanca ensangrentada y desgarrada, con una cadena al cuello y

²⁹ COLOMBIA. Archivo del congreso. Leyes autógrafas, 1837, tomo II, folio 217.

³⁰ Explica el autor que, por Real Cédula de Fernando VII de 1828, se distinguían en España tres tipos de garrote: el garrote *ordinario*, para personas del estado llano, el garrote *vil* para los condenados por delitos infamantes y el garrote *noble*, para los fijosdalgo. Al parecer, la única diferencia era la montura en la que eran conducidos al cadalso: caballería mayor y capuz pegado a la túnica los de garrote ordinario; caballería menor o arrastramiento, con capuz suelto, para el garrote vil; y caballería ensillada y con guadrapa negra para los condenados a garrote noble. Según las constituciones de la Real y primitiva Archicofradía de Nuestra Señora de la Caridad y Paz, el reo de garrote debía vestir ropa negra, chía y gorro de bayeta negra, salvo en los casos en que fuera regicida o parricida, que debía ser amarilla con manchas rojas.

con las manos atadas a la espalda. Aumentaba el nivel de teatralidad a medida que se sancionaban crímenes más graves.³¹

Una sola pena corporal no derivaba del principio utilitarista sino del viejo derecho penal hispánico. Se trataba de la pena de vergüenza pública, que había sido eliminada ya incluso en el código español. Consistía en poner en la picota pública al reo, y se ejecutaba exponiendo al condenado sobre un tablado erigido en plaza o lugar público, atando a un palo que tenía en la parte superior un cartel con su nombre, patria, domicilio y delito por que se le condenó. Allí debía permanecer por dos horas, “sin permitirse que ninguno lo maltrate o injurie”. Para ello, sería sacado de la cárcel entre las nueve y las doce del día, atadas las manos, con la cabeza descubierta, sobre un asno guiado del diestro por el verdugo y, llegando al sitio de la ejecución se haría un pregón en que se mencionara el nombre, patria, vecindad y delito del reo y la pena a sufrir. Pasado el tiempo se le devolvería a la cárcel en las mismas condiciones.³²

³¹ En todo caso, los reos debían ir acompañados de un sacerdote, el empleado judicial que presidía la ejecución, el escribano y los alguaciles, en traje de luto. Camino al patíbulo debía anunciarse este pregón: “En nombre de la República y por autoridad de la ley, N, natural de N, vecino de N, de reo de N delito, ha sido condenado a la pena de muerte que va a ejecutarse: los que levantaren la voz pidiendo gracia, o que de cualquiera otra manera ilegal intentaren suspender la ejecución de la justicia, serán castigados como reos de sedición” (art. 35). Una vez ejecutada la pena, tocaban las campanas a plegaria en todos los templos de la parroquia y el sacerdote pronunciaba una “breve oración alusiva a la ejecución”. El cadáver debía permanecer expuesto al público por dos horas y después se entregaría a sus parientes, con la condición de inhumarlo sin honras fúnebres y, si los parientes no lo reclamaban, podría entregarse para que se hicieran disecciones anatómicas. Los parricidas no podían ser sepultados en cementerios públicos, ni se podía señalar el lugar de la sepultura. El código regulaba la eventualidad de que el sentenciado a muerte muriera antes de la fecha prevista para su ejecución: en tal caso, no escaparía de ser expuesto al público en el atrio o puerta de la cárcel por tres horas, poniéndole encima del féretro el cartel de rigor. Si una mujer condenada a muerte se encontraba en estado de embarazo debía esperarse cuarenta días después del parto para notificarle la sentencia o ejecutar la pena (art. 36 a 38).

³² Sólo la herencia colonial justificaba tal método punitivo en la legislación neogranadina, pues era contrario a las enseñanzas de Bentham, quien criticaba severamente la picota porque “el delincuente quedaba a la deriva de los sentimientos de los espectadores”: tan pronto era un suplicio como la muerte, o la glorificación del reo: “Hace algunos años que un literato fue condenado a la picota por lo que se llamaba un libelo: el tablado en que se le puso fue para él una especie de liceo, y toda la escena se pasó en cumplimientos entre él y los espectadores. En 1760, un librero fue puesto en la picota por haber vendido una obra impía o sediciosa, y una suscripción que se abrió en su favor durante la ejecución le valió más de cien guineas: ¡qué vergüenza para la justicia! Más recientemente, un hombre condenado a la misma pena por un vicio crapuloso fue inmolado por el populacho a la vista de la policía, que ni aún trató de defenderle. Mr. Burke se atrevió a levantar la voz en la cámara de los comunes contra un abuso tan escandaloso: ‘El hombre que sufre una

En resumen, las definiciones de delito, delincuente y penas en la codificación de 1837 son, como se intentó demostrar antes, muy acordes con las ideas de Bentham, a quien Foucault atribuyó más influencia en la sociedad contemporánea que la que pudieron tener Kant o Hegel (Foucault: 2003, p. 103). Ya en la casuística del código, se hace aún más evidente esa ambigua combinación de utilitarismo y tradicionalismo. La mayor parte de los tipos penales estaban dirigidos tanto a conservar el orden político republicano como a volver a “la calma de las monarquías”, como se verá a continuación.

Los fines de la legislación penal de 1837: la defensa del orden republicano y la preservación del orden social colonial

En el sentido desarrollado por Berger y Luckmann, el derecho sirve a la legitimación de las nuevas instituciones (Berger y Luckmann: 2003, p. 132). La necesidad de legitimar el orden político republicano y, de esta manera, contener el caos y la anarquía que amenazaban de hecho a la reciente asociación política, exigían leyes penales especialmente severas con las transgresiones a los valores más fuertemente tutelados por el Estado. Ahora bien, las representaciones sociales elaboradas desde el Estado republicano en Colombia durante la tercera década del siglo XIX tenían dos valores supremos claramente definidos, según se desprende de la lectura del plan del código penal y de los tipos penales: la defensa del orden republicano y la conservación del orden social heredado de la Colonia.

La ley penal debía reforzar los principios republicanos de dos maneras: creando representaciones colectivas sobre los deberes de los ciudadanos frente a la autoridad política estatal, y sancionando las desviaciones del modelo de conducta impuesto por la Constitución y las leyes. Entre las quejas por la carencia de un código penal elevadas a la opinión pública por parte de hombres ilustrados, se decía que los ciudadanos no sabían qué leyes debían acatar, aunque sociológicamente el desconocimiento de las leyes penales no es motivo para su inobservancia, pues están en las conciencias de todas las personas. Al mismo tiempo, la ley penal se encaminaba a corregir a quienes se separaran del modelo de «hombre liberal y moral», respetuoso de las instituciones políticas y de la religión. Desde este doble punto de vista, la ley penal neogranadina creaba representaciones colectivas sobre el modelo de conducta del «buen ciudadano republicano», sirviendo así a la legitimación de las autorida-

pena impuesta por la justicia (decía) está bajo la protección de las leyes, y no debe ser abandonado a las bestias feroces'. El orador fue aplaudido, pero el abuso quedó sin remedio, sin embargo de que una reja sencilla de hierro alrededor de la picota prevendría todos estos actos de barbarie" (Bentham: 1838, t. IV, pp. 331-332).

des políticas, al tiempo que se implementaba como mecanismo de control social, previendo sanciones a las desviaciones de ese mismo modelo.

Talcott Parsons destaca que el derecho es un mecanismo de control social que actúa, por una parte, adoptando un “carácter ejecutorio” para las sanciones, y permitiendo el recurso a la fuerza física para su acatamiento; y por otra parte, revistiéndose de una validez normativa que le asigna un lugar central en la función de legitimación moral del orden social (Rocher: p. 13). Respecto de la legislación penal neogranadina, en concordancia con Parsons, es posible afirmar, por una parte, que los tipos penales actuaban dando un «carácter perentorio» a las prescripciones, lo cual permitía llegar hasta la imposición de la pena capital para los delitos que amenazaban el orden público interno o la seguridad exterior de la República, y por otra parte, que la legislación de 1837 contribuía a la legitimación del orden político republicano. Por ello se garantizaba el correcto funcionamiento del aparato burocrático (penalizaba la conducta improba de los funcionarios), los derechos a participar en la elección de los gobernantes, el libre intercambio de opiniones a través de los delitos de prensa y, especialmente, la supremacía del poder legislativo como órgano de la voluntad popular. Esto no significa que en el Estado colonial no se respetara el derecho a la libertad de opinión, como observó López Michelsen, sino que el Estado republicano se erige precisamente en torno a la garantía de esos derechos liberales y el código refleja esa aspiración.

Con base en la obra de Emilio Durkheim se llega a la interpretación de que, así como los imaginarios «sobre» el papel del derecho en la creación del orden republicano hipostasiaban el poder de la ley para reformar las costumbres, los delitos contra el Estado y contra los sentimientos de amor a la patria constituyen auténticas representaciones sociales elaboradas desde el Estado para orientar la conducta de los individuos. Dichas pautas de comportamiento tenían una clara fundamentación utilitarista y liberal, pues se dirigían a la defensa del interés colectivo, de los principios de separación de poderes y de los derechos a la propiedad (prohibición de incautación de bienes por funcionarios públicos), libertad personal (garantía de *habeas corpus*), libertad de imprenta y participación en la vida pública estatal.

La importancia de la defensa de la utilidad común y del civilismo, incalculable a los ojos del lector contemporáneo, justificaba plenamente la severidad con que el código de 1837 sancionaba ciertas conductas. En efecto, pese a que era “una obra maestra de la humanización de la ley penal” para sus admiradores –los jueces de provincia y gobernadores– (Colombia: 1837),³³ el numeroso grupo de delitos para el que se disponía la pena capital (traición, espionaje, homicidio premeditado, incendio) contrasta con las ideas de Beccaria sobre la proscripción de la pena

³³ COLOMBIA. Archivo del congreso. Leyes autógrafas, 1837, tomo II.

capital. La ley de Durkheim permite comprender que, con el paso del sistema político monárquico al republicano, aunque el poder estatal pierde, de hecho, intensidad, aumenta su sacralidad. La penalización de las conductas en el código de 1837 estaba directamente relacionada con el grado en que éstas afectaban la conciencia colectiva de ese periodo histórico (Durkheim: p. 23). En la época republicana, el ejercicio del poder absoluto se aparecía a los neogranadinos “como si fuera una divinidad”, para usar los términos de Durkheim. Las ofensas contra ese poder no eran, entonces, crímenes ordinarios sino sacrilegios violentamente reprimidos. En la obra legislativa neogranadina se evidencia la sustitución del poder absoluto de la monarquía por el poder absoluto atribuido a la República; de ahí la imposición de la pena capital prevista para los traidores, conspiradores y espías. La conciencia colectiva repudiaba, principalmente, los actos que atentaban contra la soberanía de la nación: el fuerte sentimiento patriota y republicano, manifiesto en ofrecimientos de la propia vida y del patrimonio personal a la nación a través de notas frecuentes en el periódico oficial,³⁴ justificaba y hacía necesarios los medios de represión más drásticos. Las autoridades civiles eran también objeto de tutela jurídica, en su integridad personal y en su jurisdicción, y defendidas de las indebidas y muy frecuentes intromisiones de los eclesiásticos.

Por otra parte, la dominación legal de fundamento liberal y utilitarista que se trataba de implantar en la construcción de la República buscaba la nivelación jurídica, conteniendo las aspiraciones de quienes imperaban por los méritos de la propiedad, o con tendencias monárquicas. El art. 3º de la Constitución del Estado de la Nueva Granada rezaba: “La Nación granadina es para siempre esencial e irrevocablemente soberana, libre e independiente de toda potencia o dominación extranjera, y no es ni será nunca el patrimonio de ninguna familia ni persona”. Por ello, el código sancionaba la usurpación de funciones públicas y la prolongación indebida del ejercicio de cargos del Estado.

El marcado utilitarismo y civilismo de estirpe liberal no obstaba para que la legislación penal republicana de 1837 mantuviera caracteres propios de un tipo de dominación tradicional, basado en la creencia en el orden emanado de la religión, cuando sancionaba como delitos “contra la sociedad” las conductas contra las relaciones entre el Estado y la Iglesia, o contra ciertas prescripciones morales de indudable estirpe católica. Es particularmente importante el delito de “correspondencia con el Vaticano”, que se clasificaba como delito contra la seguridad exterior de la República, y que por ello es representativo del papel central de la Iglesia en la estabilidad de las instituciones republicanas: una sola expresión del Vaticano apa-

³⁴ En la *Gaceta de la Nueva Granada* los ciudadanos patriotas hacían publicar declaraciones de fidelidad a la República y prometían donaciones o sus propias vidas para destinarlas al servicio de la defensa.

rentemente adversa sobre la legitimidad de la República neogranadina podía tener graves repercusiones sobre el orden público. Los estudios de Fernán González antes reseñados permiten entender la importancia que tenía para Bolívar y Santander el reconocimiento papal de la soberanía de la República. En ese tipo delictual de “correspondencia con el Vaticano” también se plasma la aspiración de las élites de mantener el *statu quo* anterior a la Independencia, en el sentido de garantizar que se pusiera al servicio de la nueva asociación política la gran capacidad de cohesión social de la Iglesia católica, que antes fuera apoyo de la monarquía; este propósito se evidencia con el lema republicano en la Nueva Granada de reunir “la calma de las monarquías con la libertad de las repúblicas”.³⁵

Pero los delitos «contra las autoridades públicas» dirigidos a castigar a los eclesiásticos anticivilistas que disparaban «sátiras o invectivas», revelaban el alto grado de tensión en esas relaciones del Estado con la Iglesia, y ponían como límite a la injerencia de las autoridades eclesiásticas la misma barrera que al resto de ciudadanos del común: los sacrosantos principios republicanos de legalidad y tridivisión de poderes. Pese a lo que puedan sugerir las anteriores evidencias, el papel de la religión no se limitaba a la importante función de la institución eclesiástica para llamar al orden a los ciudadanos republicanos, y a cumplir las tareas burocráticas que le correspondían en virtud del Patronato. La religión, además, fue objeto de tutela jurídica del Estado republicano neogranadino cuando se sancionaron duramente los actos de irrespeto a los bienes de la Iglesia, y orientó también el sustrato moral de varios tipos de delitos. Esta triple influencia de la religión en la sociedad neogranadina de la primera mitad del siglo XIX impactó de manera incalculable las conductas tipificadas como delitos por el código penal de 1837.

Hay que aclarar que en la época estudiada el delito religioso tenía una importancia infinitamente mayor que la que posee actualmente. Se manifestaba de dos maneras: en las conductas contrarias a la devoción católica o a la institución eclesial, y en las normas de carácter moral exigidas jurídicamente a los ciudadanos. Sin embargo, el extenso listado de delitos contra la religión y la moral en el código neogranadino de 1837, a diferencia de lo que ocurre en otros códigos latinoamericanos como el brasileño de 1830, tiene una doble significación, como indicativo de la moralidad republicana y como instrumento político. Por una parte, es acorde con la moral vigente en la época, en la que se presentan fuertes permanencias del modo de ser español: la profunda religiosidad católica, que elevaba a valor supremo la búsqueda de los bienes de salvación, el sentimiento vivo del honor (manifestado en los delitos de quiebra fraudulenta y en las bajas penas al homicidio en duelo, especialmente), y

³⁵ Discurso del Presidente del Congreso, Sr. Eusebio Borrero, en el Acto solemne de posesión del Presidente de la República (G. N. G., N° 291, 9 de abril de 1837).

el enorme celo en la preservación de la familia y de las jerarquías dentro de esta institución social (manifiesta en los delitos contra la autoridad doméstica, en los de partos fingidos y exposición de niños). La sociedad tradicionalista exigía fuertes sanciones, pero se estaba gestando una secularización progresiva por iniciativa de los liberales y masones, que generaba choques y divisiones en las élites políticas.

Por otro lado, los delitos contra la religión y la costumbre tienen parcialmente un carácter instrumental: a través de estos requerimientos, se evitaría caer nuevamente en la anarquía. El hombre «industrioso, culto, moral y patriota» deseado por Santander y Márquez era aquel que servía a la continuidad de la organización política. La religión, como aconsejaba Bentham, era utilizada como un móvil para contener las conductas y evitar que la sociedad se saliera de sus cauces. Esto se pone en evidencia cuando se analizan las principales conductas contra la religión y la moral en el código de 1837; y las justificaciones que de esas normas dieron el redactor y el corrector.

Siguiendo el modelo español, los delitos contra la religión ocupan un lugar prioritario en el plan del código: inmediatamente después que los delitos contra la constitución, y antes que los delitos contra la seguridad exterior y el orden público interno. El grado de alarma ocasionado por tales ilícitos lo ameritaba.³⁶ Sin embargo, la severidad con que sancionaban este tipo de delitos ambos estatutos difería mucho: en el español acarreaban la pena de muerte. Por ello, Márquez y Santander pusieron especial atención en la redacción de estos tipos penales, dadas las implicaciones que podía llegar a tener un descuido o exceso en el celo debido a las materias religiosas en el ambiente político que se respiraba.³⁷ Pero no sólo los

³⁶ Bentham dividía los males producidos por los delitos en dos órdenes, según ofendieran únicamente a una persona o si causaban alarma en la sociedad. Por ello, los delitos contra la religión están ubicados en la parte primera de la casuística, y no entre los delitos contra particulares (Bentham: 1838, t. IV).

³⁷ Santander se opuso a que se utilizara el término *piedad* como sinónimo de religión “*por el abuso que se hace jeneralmente de tal palabra en los pueblos de la Nueva Granada, en donde hai millares de practicas ridículas i aun escandalosas que considera como piadosas el vulgo*” (cursivas del original). Algunas veces permitió reiteraciones que, para las personas cultas parecían evidentes pero no para sus destinatarios: “no es solo para los entendidos que se hacen y promulgan las leyes: debemos acomodarlas siempre a la comprensión del mas rudo, i mucho mas en puntos como el de que trata el titulo 2º de este código, tan capitales y tan delicados: debemos prevenir en tiempo á la sociedad de los daños que produciría la maliciosa interpretación de este artículo penal quede en él siempre á salvo, espresa y terminatamente, la acción de los funcionarios á cuyo cuidado está reprimir los excesos que no han podido evitarse con anticipación, del vulgo ignorante i mal aconsejado i á quienes toca sostener la supremacía del poder civil en todas circunstancias. Las palabras añadidas al artículo llenan ese objeto: y de ellas puede decirse que, si abndan, no dañan” (G. N. G., Nº 266).

delitos contra la religión tenían una importancia central en la casuística del código penal de 1837; a través de esta obra legislativa se protegía tanto la institución de la Iglesia como la moral conforme a la religión católica.³⁸

Autores contemporáneos, como Joachim Savelsberg, resaltan el papel de la religión en la legislación penal en las conductas punibles, en la filosofía penal dominante, en las instancias de juzgamiento, en la cultura jurídica y en las prácticas punitivas (Savelsberg: 2003, pp. 373-401).³⁹ La religión, en el caso colombiano en estudio, incidió en la determinación de los contenidos de la legislación por otra vía, además de la protección a los objetos de culto: a través de la influencia en la moral jurídicamente exigible. El extenso y detallado catálogo de delitos contra la moral y la religión lleva a concluir que esta última constituía un interés primordial para el poder central, ya que reglamentaba diversos aspectos de la vida doméstica y de la conducta social no regulados por el código penal francés, pero que eran necesarios para conservar el orden social. En Colombia, como en Hispanoamérica, nunca se dio la acabada secularización del derecho, como sí ocurrió desde finales del siglo XVIII en los países de Europa Occidental (con pocas excepciones, como España e Italia); Jacques Lafaye analizó la transposición al mundo social y político del principio de revelación divina, que por ello mismo hace de América Latina un terreno fértil para el caudillismo mesiánico.

³⁸ Era muy difícil precisar tanto los objetos que podían considerarse destinados al culto público como los daños que ofendían a la religión, pues ellos eran “de una importancia i respetabilidad tan desigual, que por ello vine a ser notoriamente injusta la designacion de pena, i mucho mas de una pena comun, para todo el que á sabiendas derribe, rompa, mutile ó destruya cuaquiera de estos objetos indistintivamente. Romper internacionalmente una vela o un candelero de un altar, por ejemplo, es tan grave a los ojos del lejislador, según el tenor del artículo 209 del proyecto, como mutilar la imagen de un santo ó derribar el altar mismo y demasiado notoria es la diferencia de la criminalidad entre estos dos actos. Puede tambien haberse ejecutado cualquiera de ellos á sabiendas, como se expresa el artículo pero no manifiesta intencion de ultrajar la religion en los objetos destinados al culto: i sin duda, cuando no ocurran las dos circunstancias, no hai motivo para considerar el hecho como digno de severo castigo. Por estas razones pienso que deberia variarse la redaccion del artículo; i yo lo escribiria asi- ‘Igual pena sufrira el que internacionalmente i con menosprecio derribare, rompiere, mutilare ó destruyere, en los lugares destinados al culto público los altares las imájenes i los cuadros de los santos los vasos ú ornamento sagrados, las alhajas ó joyas de servicio divino, los muebles i utensilios inmediatamente aplicados al mismo servicio ó la parte material de las capillas ó templos’”. En: G. N. G. N° 266.

³⁹ La incorporación de la religión en las explicaciones sobre los patrones de la vida social está inspirada en Weber, aunque, mientras la atención del clásico se centra particularmente en las consecuencias económicas de las diferentes religiones, la del sociólogo alemán se dirige a las consecuencias penales.

En estas sociedades la religión, a través de la Iglesia y de la conciencia colectiva, es un elemento central en la formación de la cultura común, al lado de la lengua y de la ley (Lafaye: 1997, pp. 8-11).

En efecto, la realidad del periodo postindependencia mostraba un cuadro en el que las instituciones alrededor de las cuales se organizaba la vida social estaban estrechamente ligadas a la Iglesia católica. Las instituciones políticas dependían de la Iglesia en más de un sentido:

(...) Dentro de la lógica de los flamantes presidentes era muy obvia la necesidad de controlar el poder político que se derivaba del enorme peso social y moral de la Iglesia: los nuevos Estados carecían de plena legitimidad, sus rentas fiscales eran exigüas y su aparato administrativo era precario. En cambio, la Iglesia disfrutaba de una sólida situación económica, de gran aceptación social (sobre todo entre las masas populares), y de suficiente clero para garantizar la presencia de la Iglesia en los más apartados rincones de la nación. Para los nuevos regímenes, el control patronal de la Iglesia se presentaba como una necesidad apremiante (González: 1985, p. 18).

La Iglesia también jugaba un papel central en la conservación del orden social, y ese lugar no estuvo nunca en discusión. A mediados de siglo, como explica Fernán González:

El problema básico no era la fe católica sino el sitio de la Iglesia en la sociedad civil y en el mundo político. La Iglesia se había encarnado en una sociedad estática y rígidamente jerarquizada y pensaba las relaciones Iglesia-Estado en base al modelo ideal de la sociedad medieval, sin darse cuenta de la nueva sociedad que nacía y se fortalecía (González: 1985, p. 28).

Ello exigía un especial cuidado al definir las conductas delictivas que atentaran contra deberes religiosos, evidentemente dictados por la moral católica. Los mecanismos jurídicos se pusieron al servicio de la defensa de instituciones sociales de origen marcadamente religioso, en las cuales no se diferenciaban los comportamientos exigibles del fuero interno del individuo, de sus motivaciones éticas (Colmenares: 1990, pp. 3-19);⁴⁰ es el caso del delito de irrespeto a los padres, en el cual

⁴⁰ El autor describe el orden social colonial en relación al cambio en el fundamento de la ley, de uno divino a uno profano, laico, en la república. En el orden social colonial, los deberes ético-morales impuestos por la Iglesia ocupaban un papel desmesurado en la sociedad, y por tanto, la persecución por parte de las autoridades jurisdiccionales era dirigida a delitos que sancionaban las conductas privadas, incluso las más íntimas.

no se castiga la violencia física o verbal en sí misma sino en razón de la infracción que representa al principio de autoridad paterna. En este periodo, la sociedad poscolonial no asocia aún el ámbito privado con lo individual y el ámbito de lo público con lo colectivo, las dos esferas en que la teoría liberal divide la vida contemporánea; es la razón de ser de que el código de 1837 tipifique como delitos el “amancebamiento”, la celebración de matrimonios clandestinos y las desaveniencias maritales.

El fundamento religioso de la ley penal durante la colonia definía los delitos más sancionados y perseguidos por las autoridades:

(...) El fuero interno parecía preocupar mucho más a los magistrados que las manifestaciones objetivas de una conducta. Nada más característico, por ejemplo, que las rondas nocturnas de alcaldes y alguaciles que buscaban penetrar en la intimidad de zaguanes y de alcobas antes que prevenir desórdenes callejeros. La manifestación pública del desprecio por la ley Divina era un signo de perversidad radical que no podía mover a la indulgencia, como en el caso de cualquier otro delito que acarreara una simple pena corporal, la cárcel o el destierro (Colmenares: 1990, p. 6).

Los delitos más perseguidos eran el concubinato, los adulterios y los amancebamientos. La palabra que denotaba las conductas que atentaban contra el orden social era “escándalo”: ella indicaba las violaciones al orden jerárquico que imponían deberes morales. La persecución de este tipo de delitos estaba plenamente en concordancia con las concepciones sobre la ley y el Estado coloniales. Es decir que el orden político se identificaba con el orden social, en expresión de Colmenares. De allí provenía su fuerza y su eficacia. En contraste con el orden republicano, en el que:

(...) la jerarquización social no estaba destinada a reforzar el sistema de los poderes públicos. Lo cual no significaba, ni mucho menos, que la estructura social de la colonia quedara abolida en virtud de un nuevo orden legal. Todos aquellos factores que determinaban la ubicación dentro de las jerarquías sociales permanecieron en gran parte inalterados. Pero la ideología que sustentaba los nuevos poderes creaba una contradicción evidente entre supuestos de igualdad ciudadana y una realidad que se atribuía a “añejos prejuicios” y a una infeliz herencia que no podía abolirse de un plumazo (Colmenares: 1990, p. 8).

Los delitos contra la autoridad familiar confirman la aseveración de Calderón y Thibaud de que en la construcción del orden republicano se mantienen las desigualdades, fundantes de las jerarquías sociales: la familia era un órgano absolutamente jerarquizado, donde las relaciones, al ser desiguales, aseguraban la cohesión a través de la constricción (Calderón y Thibaud: 2002, p. 144). Ya en el periodo posrrevolucionario, Germán Colmenares encuentra discontinuidad en la presencia de elementos religiosos dentro de la construcción política; sostiene que, después de la revolución de independencia, las élites políticas trataron de sustraer lo religioso, pero, al mismo tiempo, pretendieron conservar el orden social que se fundaba en la religión; por el contrario, las clases populares buscaban mantenerse dentro de su tradición religiosa, pero esperaban ser incluidos en el nuevo orden político: “El problema de las élites consistía en ejercer un efectivo control social que se confiaba a una ley cuya justificación filosófica reposaba en la hipótesis profana de un orden puramente racional para la vida política” (Colmenares: 1990).

Pero este modelo estaba condenado a fracasar, pues, como advierte Colmenares, citando a José Manuel Restrepo:

(...) acaso este vicio de no cumplirse las leyes, que aún subsiste en la Nueva Granada, nace de la forma de gobierno republicano, en el que un gran número de ciudadanos concurre a su formación, y por lo mismo no se veneran por ellos. Era muy diferente el respeto que profesábamos a la obediencia que se prestaba a las leyes cuando emanaban del Gabinete de Madrid, sancionándose a dos mil leguas de distancia de nosotros, las que se ejecutaban con vigor y exactitud por los agentes del gobierno español (Colmenares: 1990, p. 5).

Las élites perciben la inviabilidad del modelo secularizante y, ya a finales de los años veinte del siglo XIX recurren a la vía híbrida: secularización política y tradicionalismo social. La ley penal de este periodo refleja el redireccionamiento de la acción política. L. E. Nieto Arteta define el periodo de 1830 a 1848 como colonialista, españolizante en el desarrollo del pensamiento jurídico y el derecho: la legislación era española porque había muchas permanencias (Nieto: 1978, p. 199). El tradicionalismo se impone en la legislación penal.

El tradicionalismo, para Balandier, se presenta bajo varias figuras, y no bajo el único aspecto de una herencia de obligaciones, que imponen un «quedarse en el pasado». Distingue este autor tres modalidades principales: el tradicionalismo *fundamental*, que tiende a mantener los valores, los modelos, las prácticas sociales y culturales más arraigadas, el cual se encuentra al servicio de una permanencia “de lo que se estima constitutivo del hombre y de la relación social según el código

cultural del cual es el producto y el conservador”; el tradicionalismo *formal*, que no excluye al anterior, caracterizado por que utiliza formas conservadas cuyo contenido ha sido modificado: establece una continuidad de las apariencias pero sirve a objetivos nuevos, “acompaña al movimiento manteniendo una relación con el pasado”; finalmente, el pseudotradicionalismo, que corresponde a una tradición reformada, interviene en los períodos en los que el movimiento social se acelera y genera grandes commociones, permitiendo dar sentido a lo nuevo, al cambio, y hacer familiares dichos cambios, dándoles un aspecto conocido o tranquilizador.

En ese sentido, explica Balandier, el pseudotradicionalismo revela en qué grado el trabajo de la tradición no se disocia del trabajo de la historia, y en qué medida la primera es una reserva de símbolos e imágenes, pero también de medios, que permiten atenuar la modernidad: la tradición puede ser vista como *el texto constitutivo de una sociedad, texto según el cual el presente se encuentra interpretado y abordado* (Balandier: 2003, pp. 36-37).

Según esta tipología, el código penal de 1837 revelaría un tradicionalismo fundamental en la estructura política: con esta legislación se buscaba conservar la moralidad católica porque se temía en grado sumo a la anarquía y porque se estimaba que ella definía al hombre “bueno”, virtuoso, conveniente tanto al Estado como a la religión. Los delitos contra la religión y contra la moral apuntaban al objetivo de conseguir, esta vez, hombres cristianos, industriales y morales. El hombre virtuoso era aquel que observara los preceptos religiosos y de la autoridad política republicana. Los vagos, los jugadores, los ateos y los moralmente “corruptos” encarnaban el mayor peligro para el orden social, así como el traidor era el principal enemigo del orden político. El derecho penal republicano, en conclusión, contenía preceptos morales y servía a la conservación de los mismos, como lo expuso Habermas, para quien la principal función del derecho es la de ser la relación social más integradora en las sociedades contemporáneas, y uno de los pilares sobre los cuales se sostiene la acción social (Habermas: 1997, p. 98).

Conclusiones

1.

La obra legislativa de Márquez y Santander, el código de 1837, era una hibridación de ideas utilitaristas y tradicionalistas, con justa razón. Por una parte, el Estado republicano exigía racionalizar la legislación, y ello implicaba descartar el derecho natural sobre el cual reposaba el Estado de Derecho español. Pero, por otra parte, la tradición española hacía necesaria a la Iglesia por la gran influencia

que tenía sobre las masas y porque la moralidad religiosa católica estaba en el centro de los “sentimientos colectivos”, en términos de Durkheim. En esa relación anómala entre el Estado y la religión se hallaba el instrumento para contener la anarquía, obrando sobre las conciencias, y tranquilizando, en la medida de lo posible, a los grupos fanáticos de la religión. Sin embargo, la religión era más que un instrumento de la política, pues tenía un lugar central en la sociedad republicana, como lo tuvo en la colonia. Las élites partidarias de la doctrina de Bentham plantearon un modelo de conducta social sobre bases utilitaristas (comprendible, por demás, dada la situación de revolución política) y, simultáneamente, trataron de contener a través de la defensa de la religión católica las amenazas de anarquía y los ataques al utilitarismo por parte de los sectores tradicionalistas.

El tránsito del Estado monárquico al republicano en Colombia, a diferencia de lo que ocurrió en los modelos europeos, no estuvo secularizado en sus inicios. Con el código penal de 1837 se dio la adecuación lógica de la legislación, como se demostró en el capítulo cuarto de este trabajo, pero no se la hizo secular. Primaba el derecho estatal territorial, como se ilustró antes, con la celosa defensa de las fronteras y de la soberanía, y las relaciones entre los individuos y el Estado republicano tenían un indudable fundamento liberal y utilitarista, pero en cuanto a las relaciones sociales fuera de la regulación política, la “sociedad civil”, seguía siendo orientada por la religión, no por las normas jurídicas. Es decir que, en términos de Talcott Parsons, mientras el sistema de la política tenía un fundamento individualista liberal, el sistema social estaba profundamente penetrado por la moral religiosa.

2.

La construcción de Estado en Colombia no tuvo la pretensión de integrar a los individuos a través de la relación legal secular, propia del liberalismo político y del utilitarismo, sino mediante la relación moral, seguramente más eficaz. Bajo las anteriores consideraciones, cabe preguntarse cuál fue la base de la construcción del Estado en Colombia. En el caso de la cultura, es discutible porque la diversidad cultural es evidente; Colombia no fue un tipo de Estado construido sobre bases étnicas preexistentes, ni se puede sostener que lograra consolidar una cultura de masas uniforme, capaz de actuar como una unidad. Tampoco se puede sostener categóricamente la tesis de que la base de la construcción del Estado en Colombia fue la civilista. El derecho, como otra posible vía de integración social al lado de la identitaria, solo podía afirmarse si previamente había una fuerte conciencia colectiva donde encontraran arraigo los derechos y deberes que postulaba el liberalismo, pero el sustrato cultural heredado de la colonización era incompatible con las ideas individualistas.

La tesis que se buscaba ilustrar a través de esta investigación parece ser la más apropiada para comprender las relaciones entre derecho y sociedad a lo largo del siglo XIX. La casuística del código penal permitió verificar que en Colombia se intentó construir un Estado civilista y basado en la dominación legal, con fundamentos individualistas liberales y utilitaristas, en el cual la cohesión social descansaba sobre bases religiosas, de donde surgió una forma híbrida de relación social, que ahondaba la separación entre el Estado, como el ámbito de lo racional, y la sociedad, orientada por la religión, no por el derecho. Por ejemplo, los contratos individuales permanecieron fuertemente regulados por la moral, pues la prisión por deudas se mantiene; no se deja al libre mercado la regulación de mecanismos para satisfacer las obligaciones contractuales sino que constituye un atentado contra los deberes morales, tal como observó Salvador Camacho Roldán.

AURA HELENA PEÑAS FELIZZOLA

Abogada, especializada en Derecho Constitucional. Magíster en Sociología, Universidad Nacional de Colombia. Estudiante de Doctorado en Sociología, Instituto Universitario de Pesquisas do Rio de Janeiro, becaria CAPES.

afelizzola@iuperj.br

Recibido en: Febrero de 2006

Aceptado en: Mayo de 2006

Referencias bibliográficas

- BALANDIER, G. (2003) *El desorden*. Barcelona: Gedisa.
- BENTHAM, J. (1838) *Tratados de legislación civil y penal*, tr: Ramón Salas, tomos IV, V, VI y VIII, París: Librería de Lecointe y Lasserre.
- BERGER, P. Y LUCKMANN, T. (2003) *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires: Amorrortu.
- BUENAVENTURA, J. (1880) *Lecciones de filosofía social y ciencia de la legislación*, Bogotá: Imprenta de Echeverría Hnos.
- BUSHNELL, D. (1984) *El régimen de Santander en la Gran Colombia*, Bogotá: El Áncora.
- CASSIRER, E. (1947) *El mito del Estado*, México: Fondo de Cultura Económica.
- CALDERÓN, M. Y THIBAUD, C. (2002) "La construcción del orden en el paso del antiguo régimen a la república. Redes sociales e imaginario político del Nuevo Reino de Granada al espacio Grancolombiano" En: *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*. No. 29.
- COLMENARES, G. (1990) "La ley y el orden social: fundamento profano y fundamento divino" En: *Boletín cultural y bibliográfico*, Vol. 27, No. 22.
- COLOMBIA (1832) *Constitución del Estado de la Nueva Granada dada por la Convención Constituyente en el año de 1832, 22º de la Independencia*, Bogotá: Tipografía de Bruno Espinosa.
- _____ (1837) *Leyes Autógrafas*, Tomo II, folios 217, 218, Archivo del Congreso.
- CUERVO MÁRQUEZ, C. (1917) *Vida del Dr. José Ignacio de Márquez*, tomo I, Bogotá: Imprenta Nacional.
- DELGADO, O. (Introducción, selección y bibliografía) (1981), *Francisco de Paula Santander y Vicente Azuero: Antología política*, Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura.
- DURKHEIM, E., *Deux lois de l' évolution pénale*, En: http://www.uqac.quebec.ca/zone30/classiques_des_sciences_sociales.
- _____ (1966) *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y el derecho*, Buenos Aires: Schapire.
- ESPAÑA (1822) *Código penal español decretado por las cortes en 8 de junio, sancionado por el rey y mandado promulgar en 9 de julio de 1822*, La Habana: Oficina de Arazoza y Soler, impresores del gobierno constitucional.
- FOUCAULT, Michel (2003) *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona: Gedisa.
- FRANCIA (1810) *Code Pénal du 1810, loi 22 fév.*
- GONZÁLEZ, F. (1985) *Iglesia y Estado en Colombia durante el siglo XIX (1820-1860)*, Bogotá: Centro de investigación y educación popular-Cinep.

- GURVITCH, G. (1945) *Sociología del derecho*, Rosario (Arg.): Ed. Rosario.
- HABERMAS, J. (1997) *Más allá del Estado Nacional*, Madrid: Trotta.
- JARAMILLO, J. (2001) *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*. Bogotá: Centro de Estudios Sociales, Universidad de los Andes, Banco de la República, Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología, Alfaomega.
- LAFAYE, J. (1997) *Mesías, cruzadas, utopías. El judeo-cristianismo en las sociedades iberoamericanas*, México: Fondo de Cultura Económica.
- LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso (1966) *La estirpe calvinista de nuestras instituciones políticas*, Bogotá: Tercer Mundo.
- NIETO, L. (1978) De la legislación de Indias al nuevo código civil. En: *Ensayos históricos y sociológicos*, Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura, Colec. Biblioteca Básica Colombiana N° 38.
- PATIÑO, B. (1994) *Criminalidad, ley penal y estructura social en la provincia de Antioquia (1750-1820)*, Medellín: Instituto para el desarrollo de Antioquia.
- PÉREZ, L. (1975) *Tratado de derecho penal*, tomo I, Bogotá: Temis.
- QUIJANO, A. (1898) *Ensayo sobre la evolución del derecho penal en Colombia*, Bogotá: Imprenta y librería de Medardo Rivas.
- RESTREPO J. (2005) Cesare Beccaria y su legado, En: BECCARIA, C. (2005) *De los delitos y de las penas*, Bogotá: Ed. Doctrina y Ley.
- ROCHER, Guy, *Le droit et la sociologie du droit chez Talcott Parsons*. En : http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales.
- SAVELSBERG, J. (2003) Religion, historical contingencies, and institutional conditions of criminal punishment: the german case and beyond. En: *Law and Social Inquiry*, American Bar Foundation.
- SUEIRO, D. (1974) *La pena de muerte. Historia. Procedimientos. Ceremonial*, Barcelona: Círculo de Lectores.
- WEBER, Max, (1997) *Economía y sociedad*, Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- _____ (2001) *La "superación" de la concepción materialista de la historia de R. Stammler*, Bogotá: Nueva Jurídica.