

CONTROL SOCIAL Y CONSTRUCCIÓN DE ESTADO. EL CÓDIGO PENAL DE 1837 Y SU INFLUENCIA EN LA LEGISLACIÓN CRIMINAL DEL ESTADO SOBERANO DE BOLÍVAR: 1870-1880*

JOSÉ WILSON MÁRQUEZ ESTRADA 

RESUMEN

En este artículo se explica el funcionamiento del derecho penal como dispositivo de control social y cómo el proceso de construcción de Estado pasa por una plataforma jurídica que le permite ser operativo. Se analiza la coyuntura histórica del surgimiento del Código Penal de 1837. Finalmente se estudia la influencia del Código Penal de 1837 en el Código Penal del Estado Soberano de Bolívar.

Palabras clave

Derecho Penal, Control Social, Estado, Código Penal, Utilitarismo, Benthamismo.

ABSTRACT

This article explains how the criminal law as a social control device and how the state building process goes through a legal platform that enables operational. It analyzes the historical moment of the emergence of the Criminal Code of 1837. Finally we analyze the influence of the Penal Code of 1837 in the Criminal Code of the Sovereign State of Bolívar.

Key words

Criminal Law, Social Control, State Penal Code, Utilitarianism, Benthamism.

*  Artículo recibido Marzo de 2011; aprobado Mayo de 2011. Artículo de investigación científica Historiador de la Universidad Nacional de Colombia. Magister en Historia de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor Asistente del Programa de Historia de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad de Cartagena. Miembro del Grupo de Investigación *Frontera, Sociedad y Cultura del Caribe y América Latina* (Categoría A1 en Colciencias).
Emails: jmarqueze@unicartagena.edu.co

Introducción

El control social es el conjunto de medios sociales que buscan ordenar y regular el comportamiento humano externo en diversos aspectos, estableciendo los límites de la libertad, buscando socializar a sus miembros. El control social puede ser ejercido por varios medios, ya sea de manera difusa o a través de instrumentos institucionales; el objetivo es crear hábitos colectivos de conducta: prácticas sociales, usos, costumbres, creencias, convicciones. La familia, la escuela, los medios de comunicación, el derecho, el aparato judicial, el sistema penitenciario, el Estado, las asociaciones privadas, las organizaciones religiosas, etc., se constituyen como un conjunto de instrumentos y técnicas dirigidos a presionar a los individuos para obtener de ellos la conformidad de su comportamiento con ciertas reglas de conducta y proteger los intereses fundamentales para la convivencia en comunidad. Entre los medios sociales de control se encuentra el derecho, y dentro del derecho, el más incisivo es el derecho penal, pues las sanciones penales son las más drásticas de que dispone el orden social y los comportamientos a los que vienen aparejados son los más intolerables para la convivencia humana en sociedad. Control social punitivo institucionalizado, que se ejerce sobre la base de la existencia de un conjunto de agencias estatales denominado *sistema penal*. Entonces el derecho penal positivo opera en la sociedad como el máximo instrumento de control social, compuesto

por un conjunto de normas jurídicas que asocian al delito (conducta punible) penas y medidas de seguridad o de corrección a título de consecuencia jurídica. El derecho penal se ha constituido en la modernidad como una de las condiciones básicas para asegurar el orden social y como uno de los instrumentos más efectivos para controlar a la sociedad¹.

El Estado, por su parte, puede entenderse en sentido amplio como un conglomerado social, política y jurídicamente constituido, asentado sobre un territorio determinado, sometido a una autoridad que se ejerce a través de sus propios órganos, y cuya soberanía es reconocida por otros Estados. En la anterior definición encontramos los elementos constitutivos del Estado: población, territorio, poder público y reconocimiento de la soberanía por otros Estados². En este sentido, el Estado es el componente específicamente político de la dominación en una sociedad territorialmente delimitada. Entendiéndose por dominación la capacidad, actual y potencial, de imponer regularmente la voluntad sobre otros. Lo político en sentido propio o específico se entiende, como una parte analítica del fenómeno más general de la dominación: aquella que se halla respaldada por la marcada supremacía en el control

1 Velásquez Velásquez, Fernando, (2004), *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Temis, p.4.

2 Naranjo Mesa, Vladimiro, (2003), *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Bogotá, Editorial Temis, p. 87.

de los medios de coerción física en un territorio delimitado. Combinando estos criterios, el concepto de Estado resulta equivalente al plano de lo específicamente político, y éste, a su vez, es un aspecto del fenómeno más amplio de la dominación social. Esta dominación se materializa a través de los diferentes instrumentos de control social y de coerción física, a través del control sobre los recursos económicos e informáticos de la sociedad, permitiendo construir así un sistema de control ideológico. Entonces, el control ideológico sería el mecanismo mediante el cual el dominado asume como justa y natural la relación asimétrica de la que, es parte, y por lo tanto, no la entiende ni cuestiona como dominación; dentro de este se encuentra el ordenamiento jurídico que vendría a regular por medio de normas y de leyes los dispositivos de dominación en el plano de las relaciones sociales y a la vez opera, para el caso del ordenamiento jurídico penal, como un gran aparato de control de la sociedad, con una tecnología de coerción de alta elaboración: el sistema penitenciario. En síntesis, construir Estado, en términos modernos, implica la construcción de un ordenamiento jurídico penal, que permita la aplicación de las políticas criminales que el establecimiento ha diseñado y pretende implementar para el eficaz logro de sus objetivos constitucionales y de dominación; entonces para esto se hace necesario implementar dispositivos modernos de control social como el código penal que es complementado por el aparato judi-

cial, policíaco y penitenciario³.

Con relación a la transición en el ámbito de la legislación penal del antiguo régimen colonial al orden republicano, nos permitimos afirmar que la legislación penal española continuó rigiendo algunas décadas después de la independencia, mientras se organizaba el poder judicial republicano; en este sentido se estableció que tanto en materia penal como en la civil rigieran las leyes y decretos que en lo sucesivo dictare el nuevo Congreso Republicano. En el período de transición, las nuevas leyes republicanas coexistieron con las pragmáticas cédulas y leyes españolas vigentes hasta 1810. Con relación a las sanciones penales, subsistieron la pena capital, la de azotes, la de vergüenza pública, la prisión, la confiscación, los trabajos forzados, el confinamiento, la privación o pérdida del oficio, y las multas, entre otras. Después se fueron tomando medidas tendientes a suprimir prácticas penales que se consideraban oprobiosas y que simbolizaban la arbitrariedad del dominio español. La Junta Suprema de Gobierno, cuando se dio el grito de independencia, que luego fue ratificado por la Constitución de Cundinamarca, abolió el uso legal de la tortura y en 1821, el vicepresidente de Cundinamarca abolió el Tribunal de la Inquisición⁴.

3 Lechner, Norbert, (1977), "Poder y Orden. La Estrategia de la Minoría Consistente", Santiago de Chile, FLACSO, mimeografiado.

4 Aguilera Peña, Mario, (2002), "Las Penas".

Sólo hasta 1837 fue sancionado el primer código penal colombiano. Después, a mediados del siglo XIX, con la llegada al poder de una nueva generación política se introdujeron reformas para borrar de un solo tajo las instituciones judiciales heredadas del viejo orden colonial, es así como se introducen cambios revolucionarios en los procedimientos judiciales y en los dispositivos de castigo, bajo el influjo de las corrientes modernizadoras del derecho penal de origen europeo, especialmente francés. En esta perspectiva, se deroga la pena capital, la pena de vergüenza pública y se impone la pena de destierro para delitos políticos en sustitución de las penas de trabajos forzados, presidio, prisión e infamia. La abolición de la pena capital fue la reforma más significativa de esta nueva corriente de renovación del derecho penal, marcando una definitiva ruptura con el derecho penal colonial⁵. Primero se consagró en las normas penales de los Estados y luego en la Constitución de 1863, que inicia su vigencia con la amnistía y el indulto tanto para delitos políticos como comunes. Posteriormente se promulgaron nuevos códigos penales en los diferentes Estados de la Unión, que desarrollarían el mandato constitucional de la eliminación de la pena capital. Estos nuevos códigos penales se diseñarían con base en el Código Penal de 1837, que como se

anotó anteriormente, fue la primera expresión del proceso codificar del derecho republicano y que marcaría el inicio de un nuevo sistema jurídico penal en la Nueva Granada. El propósito fundamental de este artículo es describir y analizar cuál fue la influencia del Código Penal de 1837 en la legislación criminal del Estado Soberano de Bolívar, fenómeno que se refleja en el Código Penal y de Procedimiento Criminal que fue sancionado en el Estado de Bolívar en 1872. En la primera parte del artículo analizaremos el Código Penal de 1837, su origen, estructura jurídica y su significación en el ámbito social y cultural republicano, luego en la segunda parte haremos una descripción de las características más generales del Código Penal de 1872 del Estado Soberano de Bolívar y en la tercera parte, un análisis de la influencia del Código de 1837 en el Código de 1872, pero sobre todo haremos un examen de la significación de este último código para el nuevo orden radical en lo concerniente al Estado Soberano de Bolívar.

1. El código penal de 1837 y la revolución de las formas jurídicas criminales en la nueva granada.

En la primera mitad del siglo XIX, en el contexto de la formación de la República de la Nueva Granada, la ley puede ser entendida desde el punto de vista material, como la norma jurídica que proviene de los

Revista Credencial Historia, Bogotá, Colombia, edición 148, pp. 8-12.

5 *Ibíd.*

órganos legislativos constitucionalmente instituidos y democráticamente elegidos. Dentro del marco legislativo republicano encontramos una pluralidad de leyes de diferente carácter (orgánicas, ordinarias, decretos, etc.). Las leyes orgánicas describen desde el punto de vista general los lineamientos de una política con relación a un tema específico, es así como encontramos diferentes leyes orgánicas de administración de justicia que intentan organizar todo lo relacionado con el tema de la justicia en los albores de la República⁶. En esta perspectiva, y a pesar de la ausencia de códigos penal y de procedimiento, se diseñó todo un conjunto de leyes que tenían que ver con la tipificación criminal y con su proceder, lo mismo que con las prácticas judiciales acogiendo los principios del debido proceso, como son la presunción de inocencia, derecho de defensa, imposibilidad de capturar o allanar un domicilio sin orden judicial⁷. Igualmente vale la pena anotar

que la ley penal se concibe en este período dentro del contexto doctrinal de la ilustración y del surgimiento paralelo de las ciencias criminales y de la escuela jurídica clásica que tendrá como su principal figura a Francisco Carrara⁸, que considera al individuo como ser autónomo, con libre albedrío y coloca como fundamento del derecho penal el binomio responsabilidad moral-pena retributiva⁹. Bajo esta óptica se instalaron límites formales y materiales a la forma de aplicar la justicia penal, adquiriendo la pena el carácter de mecanismo de prevención general y social, sin prestarle el más mínimo interés a la recuperación social del delincuente¹⁰ y bajo este enfoque se diseñaron las políticas penitenciarias, en la primera mitad del siglo XIX, en Colombia. Con relación

6 Barbosa Delgado, Francisco Roberto, (2007), *Justicia: Rupturas y Continuidades. El Aparato Judicial en el Proceso de Configuración del Estado-Nación en Colombia: 1821-1853*, Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, p. 159. De Olmo, Rosa, (1984), *América Latina y su Criminología*, Madrid, Editorial Siglo XXI, p. 78, Middendorf, Wolf (1983), *Estudios de Criminología Histórica*, Madrid, Espasa-Calpe, p. 54, Montavani, Fernando, (1998), *El Siglo XIX y las Ciencias Criminales*, Bogotá, Editorial Temis, p. 103.

7 Parada García, Gilberto Enrique (2009), "Orden y Revolución en la Ley Penal Colombiana. Un Debate Historiográfico".

Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura, volumen 36, N°2, Bogotá, pp. 177-205.

8 Mora, Efraín, (1988), *Historia de la Criminología*, en *Lecciones de Criminología*, Bogotá, Editorial Temis, p. 256.

9 Montavani, Fernando, *Op. Cit.*, p. 17.

10 Molina Arrubla, Carlos Mario, (1999), *Introducción a la Criminología*, Bogotá, Editorial Leyer, p. 130. La Escuela Clásica no consideraba al delincuente como un ser diferente de los demás, esto es, no partía de la hipótesis de un rígido determinismo sobre cuya base la ciencia tuviese por cometido una investigación etiológica sobre la criminalidad, sino que todo se detenía en el delito entendido como concepto jurídico, es decir, como violación del derecho y también del pacto social que se hallaba, según la filosofía política del liberalismo clásico, en la base del Estado y del derecho.

al juzgamiento del delincuente, los conceptos de jurisdicción y competencia se definían a partir de las constituciones y las leyes orgánicas del poder judicial. Entre 1821 y 1853, un período marcado por la construcción de un Estado unitario y centralista, la estructura de la administración de justicia estaba orientada desde lo más alto por la Alta Corte de Justicia¹¹, Corte Suprema de Justicia¹² o Suprema Corte de la Nación¹³, que ejercía jurisdicción sobre todo el territorio nacional y los tribunales superiores que tenían a su turno la jurisdicción del territorio -cantón, provincia o circuito-, en el cual administraban justicia. En síntesis, nos permitimos afirmar que a pesar de que no se contaba con un código penal o de procedimiento en estos primeros años de la República, en la Nueva Granada se reguló todo el tema de la justicia penal a partir de la expedición de una serie de leyes que tipificaron conductas y sanciones. El ejemplo más claro nos lo proporciona el Congreso de Angostura, cuando faculta al presidente de la República a “mitigar a favor de la humanidad, conmutar y aun perdonar penas aflictivas, aunque sean capitales con concepto previo del poder judicial”¹⁴.

En la Constitución Política de Cúcuta se establecieron varias disposiciones de carácter penal, tanto sustancial como procesal¹⁵. En pocas palabras, nos permitimos aseverar que la primera etapa de la historia de la legislación penal en Colombia, esta enmarcada dentro de la doctrina de la Escuela Clásica Italiana y de allí nació el primer código penal que se conoció en este período: el Código Penal de 1837¹⁶. Este código entiende el daño causado al sujeto pasivo de la acción penal a partir de un acto externo, realizado por un ser consciente que actúa conforme a su libre albedrío, quien permite que un sujeto realice la conducta o se abstenga de hacerlo¹⁷. Con relación a la concepción del derecho, este se fundamenta en el derecho natural¹⁸. Este nuevo código esboza una propuesta ilustrada del derecho en ruptura con el dere-

de febrero de 1819.

- 11 Denominación en la Constitución Política de 1821 y 1830.
- 12 Denominación en la Constitución Política de 1832 y 1843.
- 13 Denominación en la Constitución Política de 1853.
- 14 Decreto expedido por Simón Bolívar el 18

- 15 Restrepo Piedrahita, Carlos, (Comp.) (2003), *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*. Constitución Política de Cúcuta de 1821, artículo 158, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 298.
- 16 Los siguientes son los Códigos Penales que se han producido en nuestro ordenamiento jurídico republicano: El primero fue el Código Penal de 1837, el segundo es el Código Penal de 1890, el tercero fue el Código Penal y Penitenciario de 1936, el cuarto fue el Código Penal de 1980 y el quinto es el Código Penal de 2000 (Ley 599 del 2000) que aún nos rige.
- 17 Velásquez Velásquez, Fernando, *Op. Cit.*, p. 160.
- 18 Carrara, Francesco (1956), *Programa de derecho criminal. Parte general*, vol.1, Bogotá, Editorial Temis, p. 45.

cho criminal colonial, planteando una separación tajante entre delito y moral, lo que permite que la separación entre pecado y delito desaparezca; establece igualmente que la función de la pena debe apartarse de la idea de la expiación del delincuente y esté orientada a la prevención del delito¹⁹. El Código Penal de 1837²⁰ se publicó el 25 de junio de 1837, incorporando un cuerpo normativo de 918 artículos constituyéndose en la normatividad sustantiva de lo penal en la Nueva Granada²¹. Con relación a las penas y su ejecución el código divide las sanciones en penas corporales y no corporales, igualmente regula lo relativo a los delincuentes, estableciendo que deben ser castigados no solo los autores, sino los cómplices, auxiliares y encubridores²². Vale la pena decir que lo planteado en este código fue luego confirmado en las constituciones de 1843 y 1853²³. Con relación

al tema del presidio, el código establecía que el condenado debía ser puesto en la cárcel, cuartel, casa municipal o cualquier edificación adecuada para tal efecto, es así como con la ley del 30 de mayo de 1838 se establecen las casas de castigo, que luego serán reglamentadas por el decreto del 17 de abril de 1839, creando el régimen disciplinario de estos establecimientos. Por ejemplo, si el reo no cumplía con este régimen disciplinario se le imponían castigos dentro del penal como el encierro solitario, la privación de la cama, el cepo, disminución de alimentos y los golpes de látigo²⁴. Con relación al delito, este código lo concibe como una infracción a una conducta típica descrita en una norma jurídica y como principio de legalidad en dicha norma debe estar prescrita la sanción, en esta perspectiva, el delito en la República se produce por una acción voluntaria e intencionada de violación de la ley²⁵. En cuanto a la culpa esta es definida como la violación imputable pero no maliciosa de la ley y debe probarse ya que ante la comisión de un delito este se entiende realizado en forma dolosa. Igualmente establece las formas de participación en la ejecución de un delito. Se es-

19 Bernate Ochoa, Francisco (2004), "El Código Penal de 1890", en: *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, noviembre de 2004, vol. 6, N°2, pp. 537-558.

20 Peñas Felizzola, Aura Helena, (2006), "Utilitarismo y Tradicionalismo en la Legislación Penal Republicana: el Código de 1837", *Revista Colombiana de Sociología*, N° 26, pp. 9-42.

21 Ramírez Bastidas, Yesid, (2003), *El juicio oral*, segunda edición, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, p. 138, el Código Penal en 1837, fuertemente influenciado por el español de 1822 y por el francés napoleónico de 1808.

22 Artículo 95 de la Ley del 27 de junio de 1837, en Codificación Nacional. Años 1836-1837.

23 Constitución Política de 1843, arts. 152-

167. Constitución Política de 1853, art. 5°.

24 Escobar Villegas, Juan Camilo y Maya Salazar, Adolfo León (2008), "Legislar y Codificar en la Nueva Granada. Historia de una Cultura Política Mundializada en el siglo XIX", *Revista Co-herencia*, Medellín, vol. 5, N°8 (enero -junio), 2008, pp. 149-181.

25 Artículo 1° de la Ley del 27 de junio de 1837.

tipularon como penas corporales: la muerte, trabajos forzados, presidio, reclusión en casa de trabajo, vergüenza pública²⁶, prisión, expulsión del territorio de la República, confinamiento en un distrito parroquial y destierro²⁷. El ritual de ejecución de la pena de muerte se realizaba en la plaza pública, sobre un cadalso pintado de negro, hasta allí concurrían los reos vestidos con una túnica y un gorro negro y con las manos atadas por delante con una cuerda²⁸.

Al final del régimen colonial, el gobierno español incrementó la represión a los desórdenes sociales, que eran apreciados como perturbaciones morales, mirada que estaba condicionada por la exagerada intervención de la Iglesia en los asuntos políticos. El rechazo a la represión se fue consolidando como uno de los factores más fuertes de incitación al levantamiento popular en el proceso independentista y que tuvo su máxima expresión en el rechazo a la práctica generalizada de la pena de muerte, por las autoridades españolas, aplicada hasta la saciedad

en el período de la reconquista²⁹. A esta situación de caos se le sumó un incremento de los índices de criminalidad que se manifiesta desde el mismo momento de la expulsión de las autoridades españolas en 1816³⁰. Verdadero ambiente de inseguridad que se traduce en desorden y en la falta de certeza sobre qué decisiones jurídicas eran validas y cuáles no, sobre cuáles instituciones judiciales estaban vigentes y cuáles no³¹. Expresiones de la criminalidad que consistían fundamentalmente en la venganza y los ataques a la propiedad y a las personas que habían ostentado el poder en la sociedad colonial, situación que creó una sensación de caos que se propagó por toda la nación³². Este escenario motivó el surgimiento inmediato de una nueva legislación en la Nueva Granada.

Esta nueva legislación estuvo marcada inicialmente por un nuevo contexto político y social caracterizado por

26 Este tipo de pena fue abolida a través del artículo 5° de la Ley del 26 de mayo de 1849.

27 Artículo 19 de la Ley del 27 de junio de 1837, en Codificación Nacional. Año 1837.

28 Hernández Velasco, Héctor Elías, (2007), *La Pena de Muerte en Colombia 1821-1910*, Bucaramanga, Editorial Limitada, Aguilera Peña, Mario, (2005), "Condenados a la Pena de Muerte", en **Revista Credencial Historia**, edición 16 de abril de 1991, Biblioteca Virtual Banco de la República, publicado en la red en mayo 16 de 2005.

29 Parada García, Gilberto Enrique, *Op. Cit.*, pp. 137-205.

30 Bushnell, David, (1984), *El Régimen de Santander en la Gran Colombia*, Bogotá, El Ancora Editores, p. 71. 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".

31 Peñas Felizzola, Aura Helena, *Op. Cit.*, pp. 9-42.

32 Parada García, Gilberto Enrique, *Op. Cit.*, p. 182.

las confrontaciones internas entre las facciones federalistas y centralistas, santanderistas y bolivarianas. Esta legislación, junto con los discursos sobre el derecho, no era más que un híbrido del utilitarismo³³ jurídico, liberalismo y iusnaturalismo; que caracterizaron las instituciones penales que rigieron en Colombia durante la primera mitad del siglo XIX y que orientaron el comportamiento de los ciudadanos frente al Estado, un Estado jurídicamente estructurado con las ideas liberales, en una sociedad que se regía por la moral católica³⁴. En este contexto la sociedad colombiana produce su primer código penal en 1837, que vendría a cumplir el papel fundamental de orientar las conductas sociales del ciudadano neogranadino. Al respecto dice Gilberto Parada que:

Entre 1826 y 1827 el proyecto de código penal colombiano fue aprobado por una de las cámaras legislativas, pero fue rechazado por el ejecutivo. En 1833, el Consejo de Estado en su sesión del 21 de marzo eligió, para la preparación de un nuevo proyecto de código penal, a los consejeros José Ignacio de Márquez (quien ejerció como

presidente del consejo), Vicente Azuero, Manuel Benito Rebollo, Manuel Mosquera, Bernardino Tobar, Salvador Camacho y José Manuel Restrepo; durante julio de 1833 ya se estaba discutiendo el articulado del proyecto que fue sancionado en 1837 y entró en vigencia un año después de la sanción presidencial³⁵.

Este proceso de codificación estaba contextualizado con una ola codificadora y de renovación jurídica que se vivía en occidente³⁶. Los procesos de codificación penal que vivió América Latina en este período son la expresión de una historia de mundialización política de las ideas ilustradas³⁷. En este sentido, la ley penal colombiana está inscrita en la historia de las leyes penales en Euroamérica, igual que la administración de justicia y el control social; en una época marcada definitivamente por los cambios sociales y políticos. El caso del Código

33 *Diccionario Gran Espasa Ilustrado* (2011), Madrid, doctrina filosófica moderna que considera la utilidad como principio de la moral, *Diccionario Filosófico Rosenthal-Iudín*, (2011), Bogotá, teoría ética burguesa según la cual el criterio de la moralidad radica en el provecho que un acto proporcione, su máximo exponente es Jeremías Bentham.

34 Peñas Felizzola, Aura Helena, *Op. Cit.*, p. 19.

35 Parada García, Gilberto Enrique, *Op. Cit.*, p. 188.

36 Palacios, Marco, (2002), *Parábola del liberalismo*, Bogotá, Editorial Norma, p. 13-14. El historiador Marco Palacios ha señalado tal fenómeno como parte de la cultura política que se arraigó con la aparición del republicanismo en Colombia y en el que uno de sus componentes sustantivos ha sido el control de la población a través de la ley penal. Recuerda Palacios cómo la distinción entre lo que el autor designa como país legal y país real ha tomado en una disputa por los valores sociales que deben prevalecer en el ámbito jurídico.

37 Escobar Villegas, Juan Camilo, *Op. Cit.*, pp. 149-181.

Penal de 1837 en la Nueva Granada, lo ilustra, lo respalda y lo confirma. En síntesis, podemos afirmar que la expedición del primer código penal pertenece a una historia de la codificación en occidente. Con relación a este tema Juan Camilo Escobar expresa que:

La historia del código penal es también la de ideas políticas que se mundializan, de granadinos que se hacen cosmopolitas, de obras jurídicas que circulan sin referentes nacionalistas, de ilustrados que se citan en Euroamérica, de textos que se estudian ampliamente entre intelectuales de ambos mundos, de prácticas pedagógicas en consonancia con las culturas políticas y de planes de estudio del espesor de las diferencias políticas³⁸.

El punto de partida de la codificación penal latinoamericana, según el jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, fue el año de 1830, en ese año se promulgó el código penal de Bolivia, conocido como el código de Santa Cruz, y también el código penal del Imperio del Brasil; el código penal de Nicaragua de 1830 y el código Livingston de Guatemala de 1836. En la península ibérica apareció un proyecto de código en 1822 que entraría en vigencia solo hasta 1848; en Portugal, el código penal data de 1852³⁹. En

este contexto surge el Código Penal Colombiano de 1837.

La nueva legislación neogranadina hace erosionar las viejas leyes españolas, principalmente en el terreno del derecho constitucional, pero igualmente en el derecho penal, es así como el nuevo código penal rompe la legislación penal colonial. El código penal irrumpe en este nuevo escenario desbaratando el viejo orden jurídico, dentro de un nuevo marco cultural del derecho, contribuyendo al surgimiento de una legalidad moderna en la región. La irrupción de este nuevo proyecto codificador es de notable importancia, no solo porque contribuye al abandono gradual del imaginario y la cultura legal del antiguo régimen, sino por el impacto que generó en la nueva vida social⁴⁰. En suma, en esta simbología jurídica de origen ilustrado, lo que importaba era romper con lo antiguo y olvidar las ataduras, pese a que los lazos vinculantes de la tradición y la modernidad del derecho no habían sido cortados, aunque es innegable que este nuevo código planteó un acto de ruptura con el pasado y un modo nuevo de concebir el derecho.

Sin embargo lo que es igualmente evidente es que este proyecto, a pe-

38 Ibid., p. 181.

39 Zaffaroni, Raúl y Rivacoba, Manuel, (1980), *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*, Valparaíso, Chile, Editorial Edeva, p. 134.

40 Uribe-Urán, Víctor, (2006), "Derecho y cultura durante la 'era de la revolución' en México, Colombia y Brasil, 1750-1850: La Génesis de lo público y lo privado", *Las revoluciones del Mundo Atlántico*, coords. María Teresa Calderón y Clément Thi baud, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, Taurus, p. 293.

sar de su propósito revolucionario, contenía elementos tradicionales que son el reflejo de que la ruptura no había sido total, esto se manifiesta en la presencia de ideas religiosas en esta codificación como evidencia del contraste moderno tradicional de este proyecto. Aura Helena Peñas Felizola plantea lo siguiente al respecto:

El artículo 30 del primer código penal sancionado en Colombia, discutido y revisado durante más de tres años por los legisladores granadinos, dispone que “ninguna condenación podrá ser ejecutada en domingo, ni en día de fiesta de ambos preceptos, ni en los de la semana santa”. Igualmente plantea que el ceremonial penal de los condenados a “penas corporales”: “los reos irán acompañados de los ministros de la religión, del subalterno de justicia que presida la ejecución, del escribano y alguaciles, en traje de luto, y de la escolta correspondiente” y termina, con relación a la pena de muerte, planteando todo un ritual de simbología religiosa: “Los reos condenados a muerte serán conducidos al suplicio con túnica y gorro negro, y con las manos atadas por delante con una cuerda, cuyo extremo llevará el ejecutor de la justicia vestido de negro. Si el delincuente fuere asesino, llevará la túnica blanca y ensangrentada; si traidor, irá descalzo, la túnica hecha pedazos y las manos atadas a la espalda; si parricida, irá igualmente descalzo, con la túnica blanca ensangrenta-

da y desgarrada, con una cadena al cuello y con las manos atadas a la espalda”⁴¹. Igualmente hay que resaltar que en esta época 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. Otro aspecto que refleja que la ruptura no había sido total con el pasado colonial, es que 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 desavenencias maritales. Otros delitos 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

41 Escobar Villegas, Juan Camilo, *Op. Cit.*, p. 166.

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 coloniales⁴².

Otro aspecto importante que ha sido tema de debate, con relación al código de 1837, es el perfil utilitarista de este proyecto codificador. La combinación de aspectos utilitaristas y tradicionalistas en los códigos penales del siglo XIX fue una constante que -según Peñas Felizzola- se mantuvo hasta 1936, pero que se inició con el Código Penal de 1837. Esta naturaleza híbrida que contenía aspectos del legalismo francés e italiano con marcados propósitos religiosos, tiene su origen en el pensamiento de uno de los filósofos de mayor influencia en el siglo XIX colombiano: Jeremías Bentham. En este sentido, el Código Penal de 1817, se mueve entre ideas legalistas y la idea de conservar un orden social promovido por el catolicismo. La estructura sancionatoria de este proyecto era notoriamente benthamista, ya que establecía disposiciones de notable origen iusnaturalista religiosa como el hecho de prohibir las ejecuciones el día domingo, por ser día de guardar o en Semana Santa o si el condenado estaba de luto por la muerte de su padre o madre o si estaba gravemente enfermo o demente. También planteaba la no prescripción de ciertos delitos como el de traición, parricidio, asesinato e

incendio por ser especialmente lesivos al bien común y por ser una amenaza para la sociedad y la República. En esta perspectiva, el pensamiento utilitarista marcó definitivamente el carácter del Código Penal de 1837. El pensamiento de Bentham fue apropiado por Francisco de Paula Santander⁴³ 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. Pero, simultáneamente, los redactores combinaron el utilitarismo de Bentham con ideas de estirpe netamente tradicionalista, arraigadas en la moralidad católica⁴⁴.

Bajo esta orientación utilitarista benthamista, la nueva legislación penal neogranadina tenía que ser como el sujeto que se pretendía formar: racional, liberal y moral. Sus bases filosóficas estaban fundamentadas en Bentham, y se evidencian, por ejemplo, en la definición del delito que contiene este código: la voluntaria y maliciosa violación de la ley. Esta definición de delito, basado en el código español, integra dos corrientes filosóficas del derecho penal: la teoría del

42 Peñas Felizzola, Aura Helena, *Op. Cit.*, p. 36.

43 López Domínguez, Luis Horacio, (1990), *Administraciones de Santander, 1834-1835*, Bogotá, Ed. Fundación para la Conmemoración del Bicentenario del Natalicio y Sesquicentenario de la Muerte del General Francisco de Paula Santander, p. 26.

44 Peñas Felizzola, Aura Helena, *Op. Cit.*, p. 23.

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, influenciado a su vez por Francesco Carrara, según la cual el hecho ilícito penal se caracteriza por ser una infracción de lo que la ley dice que es delito⁴⁵.

La estructura normativa del Código Penal de 1837 estaba compuesta por 919 artículos organizados en cuatro libros: el primero dedicado a los delitos y las penas; el segundo, a los delincuentes, la “graduación” de los delitos y la aplicación de las penas; en el tercero se organizaron los delitos y las culpas contra la sociedad y la aplicación de sus penas; el cuarto incluyó delitos y culpas contra los particulares y sus penas. Se clasifican los castigos en penas corporales y no corporales. Las penas corporales fueron: 1. La de muerte; 2. Las 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 fueron: 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 (artículos 6° al 9°)⁴⁶. Con relación a este espectro de influencias, Parada García plantea que:

Comparado con el código penal español de 1822, el de la Nueva Granada mantuvo muchos de los tipos penales que el código español prohibía. Luego, comparado con los códigos de los estados granadinos que aparecieron después de 1854, son pocos los cambios que se pueden señalar entre aquellos y el código nacional de 1837. Los Estados soberanos de Santander y Bolívar promulgaron sus códigos

45 Cfr. Montavani, Fernando, (2000), *El Siglo XIX y las Ciencias Criminales*, Bogotá, Editorial Temis, Carrara, Francesco, (1994), *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, Agudelo Betancur, Nódier, (1988), *El Pensamiento Jurídico Penal de Francesco Carrara*, Bogotá, Editorial Temis.

46 Peñas Felizzola, Aura Helena, *Op. Cit.*, p. 24.

penales en 1872; en 1867 la Ley 222 aprobó el código penal para el pueblo soberano del Cauca y en ese mismo año fue expedido el código penal del estado soberano de Antioquia.⁴⁷

En este sentido, podemos afirmar que la ley y su producción de codificación se integran dentro del fenómeno de construcción de Estado, siendo la base de una modernidad jurídica, que tiene su fundamento en la *teoría del contrato*, dicha teoría supone la universalidad de la ley, el concepto abstracto del sujeto de derecho y la garantía estatal. Concretamente, en el ámbito del derecho penal, la síntesis de los anteriores fenómenos converge en la producción de códigos penales⁴⁸. El Código Penal de 1837, significó un distanciamiento de la legislación criminal del período colonial, sobre todo de la connotación que vinculó al delito con la noción de pecado, pero el sentido colonial de la ley se conservó y permaneció hasta la primera mitad del siglo XIX.

2. La legislación criminal en el Estado Soberano de Bolívar.

Con el nuevo orden federal que trajo consigo la Constitución de Rionegro⁴⁹, cada uno de los Estados que

conformaba la unión se dio un nuevo ordenamiento jurídico en materia penal, fundamentado en la experiencia republicana anterior en esa materia⁵⁰. En consecuencia, el Estado Soberano de Bolívar construyó su propio código penal bajo la influencia del Código Penal de 1837 cuyo proyecto y texto definitivo fue publicado en la prensa oficial⁵¹, los cuales fueron anexados a la ley que definió su sanción en 1872⁵². Para este período de efervescencia de las ideas liberales, se evidencia una tendencia en la historia colombiana para fundar el vínculo nacional, no ya en la tradición sino en las relaciones jurídicas que

Unidos de Colombia (1863). Artículo 1º: “Los Estados soberanos de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander y Tolima, creados respectivamente de 27 de febrero de 1855, 11 de junio de 1856, 13 de mayo de 1857, 15 de junio del mismo año, 12 de abril de 1861, y 3 de septiembre del mismo año, se unen y confederan a perpetuidad consultando su seguridad exterior y reciproco auxilio, y forman una nación libre, soberana e independiente, bajo el nombre de “Estados Unidos de Colombia”.

50 Cfr. Puerta León, Heriberto, (2009), *La Administración de Justicia en el Estado Soberano de Bolívar: 1870-1880*, Cartagena, Editorial Litocecopia.

51 Archivo Histórico de Cartagena (AHC). *Leyes. Estado Soberano de Bolívar*. Tomo N° 18. Año 1872. Folio 54 y ss. Biblioteca Bartolomé Calvo (BBC). *Gaceta de Bolívar*. Trimestre LXIII. Números 705. Sábado 20 de agosto de 1870. P. 320 a 327. Número 709. Lunes 5 de septiembre de 1870. P. 353 a 359.

52 AHC. *Leyes. Estado Soberano de Bolívar*. Tomo N° 18. Cartagena. Año 1872. Folio 54 y ss.

47 Parada García, Gilberto Enrique, *Op. Cit.*, p. 189.

48 Vélez, Fernando, (1891), *Datos para la Historia del Derecho Nacional*, Medellín, Imprenta del Departamento, p.108.

49 **Constitución Política de los Estados**

permite el derecho. Esta separación entre nación-religiosa-católica y derecho-liberal-utilitarista propició que las instituciones políticas evolucionaran hacia formas liberales, a pesar que la sociedad colombiana aún se mantenía fundamentalmente asentada en los valores religiosos católicos⁵³. Esta situación fue un motivo más para que en la segunda mitad del siglo XIX, la influencia del Radicalismo llevó al arraigo de las instituciones jurídico-penales liberales en las mentalidades, pero la sociedad no se vinculó definitivamente con este proyecto y no se liberalizó en el sentido de fundamentarse en el vínculo legal, ni penetraron hondo los derechos individuales en la conciencia jurídica de la nación, que se mantuvo al margen de la práctica de formas institucionalizadas de solución de conflictos. Para el caso del Estado Soberano de Bolívar, materializar este nuevo ideal de Estado no fue tarea fácil. Factores como la escasez y la dispersión poblacional, la pobreza y la abrumadora presencia de personas iletradas, fueron algunos de los elementos que caracterizaban a la sociedad y que contribuyeron al entorpecimiento de su administración⁵⁴. La lucha contra la ignorancia y la mentalidad tradicional católica fue una constante durante todo el

período radical, que insistió permanentemente en la educación y en la cultura del derecho, como el camino para refundar una nueva nación. Pero fue más fuerte la resistencia social, situación que se evidenció en la reacción regeneradora de finales de siglo XIX, que buscó, con éxito, fundar la construcción de la nación sobre los valores de la religión católica y sobre una visión de Estado fundamentado en el autoritarismo, dándole un nuevo sentido a la consigna republicana de libertad y orden⁵⁵.

El nuevo orden radical planteó una renovación de las instituciones jurídicas y de la justicia dentro del contexto de las ideas liberales. En este nuevo orden federal, desde cada Estado se construyó una propuesta de renovación de las instituciones jurídicas, es así como se da el surgimiento de nuevos códigos penales y de nuevos códigos de procedimiento criminal por toda la República. El Estado Soberano de Bolívar no fue ajeno a esta corriente de transformación y en este contexto se dio su nuevo código penal. El Código Penal del Estado Soberano de Bolívar, cuyo proyecto de ley fue publicado en las *Gacetas de Bolívar*⁵⁶ y luego sancionado en 1872, se iniciaba definiendo el concepto de delito como la voluntaria y maliciosa violación de la ley y la culpa como la violación imputable

53 Peñas Felizzola, Aura Helena, *Op. Cit.*, p. 19.

54 Solano, Sergio Paolo y otros (2010), “Ganaderos y Comerciantes: el manejo del poder político en el Estado Soberano de Bolívar (Colombia), 1857-1886”, **Historia y Sociedad**, Medellín, N° 18, enero-junio de 2010, pp. 15-42.

55 *Ibíd.*, p. 20.

56 BBC, *Gaceta de Bolívar*, Cartagena, Martes 27 de Septiembre de 1870, pp. 393 a 396.

pero no maliciosa de la ley. En este código se admitía la tentativa para algunos delitos y consideraba un arma como un instrumento cortante, punzante o contundente o de otra clase. Las penas se dividían en corporales y no corporales. Las corporales eran la reclusión (aislamiento), la prisión y la expulsión. Las penas no corporales eran el confinamiento, el destierro, la suspensión de derechos políticos y civiles, la sujeción a vigilancia, inhabilidad para ejercer empleo, la privación de un empleo, el arresto correccional, el apercibimiento judicial, la obligación de dar fianza de buena conducta, la multa, entre otras. El confinamiento era la obligación de vivir en un distrito o provincia máximo durante cinco años. El destierro era la prohibición de estar en el lugar donde se condenó a la persona, podía ser a perpetuidad, antes de la reforma que limitó las penas a un máximo de 10 años. La sujeción a vigilancia estribaba en presentarse ante el alcalde para dar razón de su vida e informar sobre el lugar de residencia. La fianza consistía en el compromiso pecuniario de una persona que fungía como fiador, que respondía por daños, perjuicios y costas si el protegido reincidía en la conducta punible. Igualmente, el Estado imponía hipoteca especial sobre los bienes de los reos rematados (condenados) para efectos del resarcimiento de los daños y perjuicios causados al sujeto pasivo de la conducta punible. Si el condenado no tenía bienes para ser rematados, entonces el producto del trabajo del recluso en prisión se destinaba a la viuda e hijos de la víctima

de homicidio. A la par, las penas se imponían a los cómplices, auxiliadores, coautores y encubridores. Solo los dementes y los menores de 12 años estaban eximidos de responsabilidad. Se respondía con el patrimonio por los casos de responsabilidad de los hijos y de los sirvientes. La fuga o la evasión de la pena era una circunstancia de agravación de la misma. Es decir, el código contemplaba circunstancias de atenuación y agravación de las penas y se denominaba agravación o disminución de la malicia. Dicha graduación de la malicia del delito o de la culpa, se dividía en varios grados, el primer grado era el más grave, el segundo lo era relativamente y el tercero lo era menos aún. Esta graduación debía ser expresada por el juez en la sentencia. Las penas prescribían en 10 años. Igualmente se tipificaron conductas punibles que atentaran contra la Constitución con penas como expulsión, multa o prisión. Estas penas aplicaban para funcionarios públicos, extranjeros y hasta sacerdotes. Los delitos contra la libertad del sufragio y los delitos contra los derechos individuales como la detención arbitraria estaban también tipificados. Se penalizaron las conductas punibles contra la seguridad del Estado y la tranquilidad pública como los motines, la sedición, la asonada y la rebelión. También se penalizaron conductas como armar y formar tropas. Es así como el capítulo 24 trataba del delito de cuadrilla de malhechores, que era una especie de asociación para delinquir. A este tenor se penalizaron conductas como al asalto a establecimientos de reclusión

sión para permitir la fuga de presos con prisión hasta de cuatro años. La fuga de presos se castigaba con cuatro a ocho meses que se agregaban a la pena por la cual estaba condenado.

Los delitos contra la salud pública se penalizaban con multa. Estaban también tipificados los delitos de falsificación de sellos de las autoridades públicas, estampillas, timbres. La falsificación de documentos públicos y privados. La violación de la correspondencia pública. La sustracción, destrucción en todo o en parte de un proceso civil o criminal tenía una pena de dos a ocho años de prisión. El Código contemplaba también el castigo para aquellos que fingían ser funcionarios y ejercían; estos se hacían acreedores a la pena de dos a tres años de prisión. Las falsas declaraciones de peritos o testigos en juicios civiles daban de dos a cuatro años de prisión y los bigamos pagaban hasta dos años de reclusión. Los atentados contra la autoridad doméstica, como en el caso de los hijos que faltaban de un modo grave al padre o a la madre, eran castigados a requerimiento del padre hasta por tres meses de reclusión. El Capítulo 42 establecía los delitos por extravío, usurpación, malversación, mala administración de fondos de la hacienda del Estado, aplicable a los tesoreros, administradores, colectores, contadores, recaudadores, con penas de dos a seis meses y respondían por los prejuicios que ocasionaban a los particulares y al Estado. De manera similar se penaban los fraudes contra las rentas del Estado y las conduc-

tas de los empleados o funcionarios públicos que favorecían, auxiliaban, disimulaban, toleraban o encubrían los fraudes a las rentas del Estado.

Se tipificaba las conductas contra los bienes y rentas de los distritos o de los establecimientos públicos cometidas por miembros de la autoridad pública. Igualmente se dedicó un capítulo para el tema de los delitos y culpas de los empleados o funcionarios públicos en ejercicio. En este sentido podían ser prevaricadores el jurado, los jueces, los árbitros, los funcionarios o empleados públicos, los abogados, los procuradores y fiscales. Se penalizaban todas las conductas que atentaran contra la moral de la administración pública por parte de sus funcionarios. Por ejemplo, la coligación de los empleados o funcionarios públicos, además de la inobediencia y faltas al cumplimiento de las obligaciones, como desobedecer al superior o faltarle al respeto, así como la omisión, demora y otras faltas de los funcionarios públicos en la persecución de los delincuentes, administración de justicia, prestación de protección y servicio público, eran drásticamente sancionadas. El capítulo 55 se dedicó a la tipificación de las conductas que atentaran contra la recta administración de justicia, en este sentido, jueces y magistrados eran castigados con multas, suspensión o destitución si prevaricaban. Igualmente el capítulo 56 tipificaba las conductas de los funcionarios públicos omisos, abandonados, negligentes en prestar sus servicios y en especial de las faltas en que incurrieran los empleados de

los establecimientos de instrucción, caridad y beneficencia. Por ejemplo, Los empleados de establecimientos de instrucción pública que vivían en amancebamiento, visitaban casas de juego o de prostitución, que eran encontrados beodos por una sola vez, quienes eran pendencieros, escandalosos, podían ser destituidos e inhabilitados por uno a cuatro años de ejercicio. Igualmente se tipificó el abuso de autoridad contra la causa pública, los delitos contra la libertad de imprenta y la de palabra por parte de los empleados públicos.

El capítulo 62 trata de las conductas punibles contras las personas como el homicidio y las lesiones personales. El homicidio se clasifica en asesinato, voluntario, premeditado, a sangre fría, sin motivo o razón; se penalizaba de seis a diez años de prisión según el caso y el grado de responsabilidad. Las dos terceras partes se pagaban en aislamiento y luego con el destierro. El asesinato era considerado el homicidio agravado como el caso de los parricidas que eran castigados con la perdida a perpetuidad de los derechos civiles y políticos. Si era cometido el homicidio en legítima defensa como por ejemplo, rechazar al agresor que de noche invadía la morada o por defender la libertad propia o ajena, igualmente era excluido de responsabilidad si el homicidio se cometía en le persona de su mujer legítima a quien se sorprendiera en acto sexual con un hombre que no fuera su marido. En otro capítulo se tipifica el envenenamiento de acueductos, cisternas y pozos. Igualmen-

te la castración en persona de niño o niña se castigaba con prisión de ocho años y destierro por dos años. Conductas como el aborto, el rapto, la fuerza y violencia contra las mujeres, el adulterio con engaño, también estaban tipificados. La mujer casada que cometía adulterio era penada con tres a seis años de prisión, perdía el derecho a gananciales y se la aplicaba el divorcio. El hombre cómplice purgaba pena de tres a seis años y destierro por cuatro años. Se penalizaban los desenterramientos y otros daños causados a lugares sagrados, como abrir un sepulcro, sin orden de autoridad competente. Las conductas en contra de los niños estaba castigada, por ejemplo; la exposición de niños, menores de siete años o el comprometimiento de su existencia o sus derechos, el ocultamiento o cambio de niños, era también un delito. Quien encontrara un niño abandonado recién nacido o menor de siete años y no avisara era sometido a arresto de ocho días. Igualmente se castigaban los partos fingidos.

Todo lo relacionado con los delitos contra la propiedad estaban tipificados en el capítulo 77, se diferenciaba el robo del hurto, por ejemplo al robo, lo definía como acto mediante el cual se quita o toma lo ajeno con fuerza o violencia. El hurto se consideraba como el acto de quitar o tomar lo ajeno de manera fraudulenta sin fuerza ni violencia. La justificada necesidad de alimentarse eximía de responsabilidad. Igualmente la calidad de indigente le hacía merecedor de la rebaja de pena a la mitad. Se

tipificaron las estafas, los abusos de confianza, los incendios y daños, los saqueos, la destrucción y los despojos en la propiedad ajena.

Procedimiento de los Negocios Criminales.

En el mismo acto administrativo que dio origen a código penal se incluyó también el trámite de los negocios criminales⁵⁷ y establecía como objeto investigar los delitos, descubrir los delincuentes e imponer penas. La investigación criminal se iniciaba a petición de parte o de forma oficiosa. No aplicaba la investigación de oficio en delitos como el adulterio, ultrajes, maltratamiento de obra, etc. La acción civil solo la podía adelantar el ofendido. Se consideraba sumario a la reunión de todas las diligencias que se practicaban para comprender y comprobar la existencia de un hecho criminoso y descubrir los responsables. El funcionario de instrucción era el que estaba encargado de practicar las diligencias de investigación. Las diligencias sumarias debían adelantarse en el término de diez días y vencido este se remitían junto con el detenido si lo había, al juez competente. En el artículo 34 del código de procedimiento criminal se estipulaba que por ejemplo, con relación a delitos como la violencia contra la mujer, el estupro u ofensas al pudor

de la mujer, eran utilizadas las matronas como peritos. La declaración de los peritos era juramentada. Se rendía indagatoria 24 horas después de la detención, sin juramento. El reconocimiento se practicaba en un ritual judicial denominado “rueda de presos”. El sindicado no podía permanecer 24 horas incomunicado. Las personas eran citadas por medio de una “papeleta” y debían concurrir, sino lo hacían eran sancionadas con multa o arresto o conducidas a la fuerza por autoridad competente. Se les interrogaba sobre su religión y recibían juramento de acuerdo a su credo. Los menores de 17 años no estaban obligados a declarar bajo juramento. Cuando los testigos se contradecían entre sí, se aplicaba el llamado “careo”. La captura en flagrancia fue estipulada en el artículo 80 y cualquier persona la podía realizar. El Artículo 111 establecía que el funcionario de instrucción, estaba obligado a investigar todas las circunstancias que agravaran o disminuyeran la culpabilidad del sindicado. El Ministerio Público daba aviso a la autoridad competente de la comisión de un delito y el sumario se iniciaba con el “auto cabeza del proceso”. El proceso se iniciaba con una acusación o denuncia hecha por el afectado por la acción criminal o por un particular que tuviera conocimiento del hecho criminoso, que necesariamente no se hacía parte en el proceso. La acusación se podía formular verbalmente ante el juez de distrito y por escrito ante el juez de provincia. Con relación al allanamiento el artículo 119 y siguientes indicaba que este se podía

57 BBC, *Gaceta de Bolívar*, Trimestre LXIII, Cartagena, Número 711, Sábado 17 de Septiembre de 1870, p. 369 a 375, Número 713.

realizar a cualquier hora del día o de la noche. En el artículo 156 se admitía el desistimiento que debía hacerse 48 horas después de presentada la acusación o cuando se desertaba de la misma. Esto generaba una condena en costas y debía además contarse con la aprobación del acusado. El acusador estaba obligado a prestar fianza. El acusado tenía el derecho a la defensa, sino tenía abogado, se le proporcionaría uno de oficio que estaba obligado a aceptar.

Desde que se iniciaban las investigaciones y se declaraba el seguimiento de causa contra alguna persona se entendía que tenía causa criminal abierta. Cuando el delito tenía asignada pena corporal el auto de sobreseimiento del juez de provincia tenía que ser consultado con el tribunal, igualmente los autos del juez de distrito tenían que consultarse con el de provincia. El proceso se sintetizaba de la siguiente manera: se notificaba el auto de proceder, se presentaban las excepciones, se abría término de seis días para pruebas, luego se daban dos días para alegatos y se dictaba sentencia en las 72 horas siguientes. El sistema probatorio consideraba diferentes tipos de pruebas como plenas o completas, semiplenas o incompletas. Las plenas pruebas eran la confesión, la inspección ocular, los documentos públicos eran considerados como plena prueba. Los testimonios y los informes de peritos por sí solos no eran considerados plena prueba. Los indicios eran considerados como un hecho del que se infería la existencia de otro hecho. El

juicio terminaba con una audiencia final donde se convocaba a las partes antes de dictar sentencia y luego diez días después venía el fallo. El proceso establecía competencias, impedimentos y recusaciones. Todo el procedimiento criminal fue dado a conocer a la comunidad el 7 de diciembre de 1873⁵⁸.

3. La influencia del código penal de 1837 en la legislación criminal del Estado Soberano de Bolívar.

El Estado se construye alrededor del derecho y toda su actuación se fundamenta en la ley, por lo tanto el Estado se mueve en los espacios que el derecho le construye para su movilidad y en ese sentido el derecho legítima todas las conductas del Estado y es por eso que todos los asociados deben conocer el derecho y la ley. En la primera mitad del siglo XIX las clases dirigentes neogranadinas hicieron todos los esfuerzos posibles por construir un Estado basado en la dominación legal y en la cohesión social, y esta última se fundamentaría en la religión católica. Como se explicó anteriormente, las élites partidarias de la filosofía de Bentham plantearon un modelo de conducta social sobre bases utilitaristas, materializado en el Código Penal de 1837. Entonces, en este sentido, el derecho aparece como un vehículo a través del cual los hombres no solo resuelven sus vidas individuales, sino que también ser-

⁵⁸ Puerta León, Heriberto, *Op. Cit.*, p. 136.

viría como una forma de regulación de las relaciones humanas. Bajo esta óptica, el derecho regula y condiciona a los hombres mediante la palabra, es decir, sustrajo de la religión el monopolio de la palabra, convirtiéndose en una técnica de la prohibición⁵⁹. Las leyes penales definen de manera indirecta los valores que defiende una determinada formación social, sus reglas penales se distinguen de las morales por su claridad y precisión y preconfiguran un orden social ideal, basado en los intereses de poder de las élites⁶⁰. La norma penal es observada porque existe un orden, basado en motivos subjetivos, en el sentido de regularidades de hecho asociadas a la convención o a la costumbre⁶¹.

En esta perspectiva la justicia penal neogranadina se constituyó como el principal mecanismo de control social, perfilándose como la solución normativa a las tensiones sociales y a los problemas de orden criminal durante la transición de la Colonia a la República. La necesidad de legitimar el orden político republicano y, en este sentido controlar el caos y la anarquía, exigían leyes penales especialmente severas con las transgresiones a los valores más fuertemente

tutelados por el Estado. El objetivo era la defensa del orden republicano y la conservación del orden social heredado de la Colonia. En este sentido, la ley penal debía reforzar los principios republicanos 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; corrigiendo a quienes se separaran del modelo de “hombre liberal y moral”, respetuoso de las instituciones políticas y de la religión. En este orden de ideas, la ley penal neogranadina construyó un imaginario de representaciones colectivas sobre el modelo de conducta del “buen ciudadano republicano” al tiempo que se constituyó como el mecanismo de control social por excelencia del nuevo régimen, sancionando todo tipo de desviaciones que atentaran contra el nuevo orden impuesto⁶². Resumiendo, podemos aseverar que el derecho penal en la experiencia republicana, tanto a principios como a mediados del siglo XIX neogranadino, se constituyó como todo un dispositivo legal de dominación social. En la formación del Estado en Colombia, las élites políticas utilizaron el poder que otorga el derecho para crear una nueva realidad, pero tratando de mantener el orden social anterior a la revolución. Es decir, en Colombia se intentó construir un Estado civilista basado en la dominación legal, con

59 Supiot, Alain (2007), *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, p. 31.

60 Eugeny B, Pasukanis, (1976), *Teoría General del Derecho y el Marxismo*, Medellín, Editorial La Pulga, p.47.

61 Weber, Max, (1997), *Economía y Sociedad*, Buenos Aires, FCE, p. 252.

62 Berger, P., y Luckmann, T., (2003), *La Construcción Social de la Realidad*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, p. 114.

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 derecho⁶³. En esa relación anómala entre el Estado y la religión se hallaba el instrumento para contener la anarquía y tranquilizar las conciencias, especialmente en un período de transición.

A mediados de siglo XIX, con el ascenso de una nueva generación política de corte liberal radical que pretendía introducir reformas para desmontar las supervivencias del viejo orden colonial, se plantea introducir cambios en los procedimientos judiciales y en los dispositivos de castigo. Bajo el impacto de los argumentos en torno a la modernización de las penas provenientes de Europa y particularmente de Francia, se deroga la pena capital, se extingue la pena de vergüenza pública y se impone la pena de destierro para delitos políticos en sustitución de las penas de trabajos forzados, presidio, prisión e infamia. La abolición de la pena capital, que rigió primero para delitos políticos, se consagró en las normas penales de los Estados y luego en la Constitución de 1863, carta política que inició su vigencia con un acto de reconciliación, al decretarse la am-

nistía y el indulto tanto para delitos políticos como comunes⁶⁴. En suma, en este nuevo ordenamiento jurídico penal lo que se plantea es una definitiva modernización del derecho criminal, trazándose una definitiva ruptura con el derecho penal colonial, dejando atrás todas las instituciones punitivas propias del viejo régimen jurídico como los trabajos forzados, la pena de muerte y las penas infamantes. Simultáneamente se desprende el nuevo código penal de toda una serie de contenidos de carácter religioso que adherían el derecho jurídico penal a los imaginarios católicos, dándole al derecho criminal una connotación modernamente liberal que contextualizaba perfectamente con el ideario del nuevo régimen liberal radical neogranadino. Con relación al Código Penal y Criminal del Estado Soberano de Bolívar, éste conserva la estructura básica del Código Penal Colombiano de 1837, como se evidencia en el hecho de clasificar las penas en penas corporales y no corporales, pero simultáneamente se rompe con toda esa carga ideológica religiosa que contenía el código de 1837, proporcionándole al nuevo código penal un perfil definitivamente secular. En pocas palabras, la influencia del Código Penal de 1837 está fundamentada en su estructura netamente jurídica y sin ningún contenido de carácter religioso, es decir,

63 Peñas Felizzola, Aura Helena, *Op. Cit.*, p. 23.

64 Aguilera Peña, Mario, (2005), "Las Penas, Muerte, Vergüenza Pública, Confinamiento, Pérdida de Derechos", *Credencial Historia*, Bogotá, Edición 148, abril de 2002, Edición Biblioteca Virtual, 2005-05-16.

no aplican para el Nuevo Código Penal del Estado Soberano de Bolívar de 1872 todas aquellas conductas de claro contenido religioso que afectaban los valores y el ideario católico e igualmente no se tiene en cuenta toda esa serie de penas propias del viejo orden colonial que habían subsistido en el código de 1837. Entonces, lo que tenemos en el Estado Soberano

de Bolívar es un nuevo Código Penal y Criminal de corte liberal fundamentado en la estructura jurídico penal del código de 1837, pero depurado de toda tipo de contenido religioso y de todo ese componente punitivo degradante de la condición humana que se había heredado del régimen colonial.