

**INFLUENCIA DEL PROCESO DE CODIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL DE LA
ILUSTRACIÓN EUROPEA, EN LA REPÚBLICA DE LA NUEVA GRANADA**

Alejandro Tascón Montoya

Julián Esteban Beltrán Echeverri

Asesora: Gloria Lucía Arango Pajón



Universidad Autónoma Latinoamericana (UNLA)

Facultad de Derecho

Medellín, Antioquia

2019

**INFLUENCIA DEL PROCESO DE CODIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL DE LA
ILUSTRACIÓN EUROPEA, EN LA REPÚBLICA DE LA NUEVA GRANADA**

Alejandro Tascón Montoya

Julián Esteban Beltrán Echeverri

Requisito para optar al título de Abogado



Universidad Autónoma Latinoamericana

Facultad de Derecho

Medellín, Antioquia

2019

“Hay que pensar a todo hombre, a la vez como miembro de una familia, de un pueblo, de un Estado, y a cada época de un pueblo como la continuación y desarrollo de todos los tiempos pasados... Ninguna época, produce su mundo por sí y a su arbitrio, sino que lo hace siempre en comunidad indisoluble con todo el pasado”

Friedrich Karl von Savigny

“¿Queréis prevenir los delitos? Haced que las leyes sean claras, sencillas, y que toda la fuerza de la nación se encuentre condensada para defenderlas, sin que, por el contrario, ninguna parte de la misma se emplee en destruirlas. Haced que las leyes favorezcan menos a las clases sociales que a los hombres mismos”

Cesare Bonesana, Marqués de Beccaría

Dedicatoria

Los autores dedicamos este trabajo desde el respeto y la consideración a personas trascendentales en la elaboración de esta investigación, primero a nuestra asesora Gloria Lucia Arango Pajón quien tuvo un acompañamiento constante en la elaboración del proyecto, estando disponible a cualquier hora y en cualquier lugar para brindarnos sus concejos y aportando cada día más con su experiencia y sabiduría, motivándonos y ayudándonos a tomarle amor a la labor investigativa, también por abrirnos las puertas de su hogar donde pudimos tener un sin número de discusiones académicas las cuales enriquecieron enormemente el escrito.

Al profesor Julio González Zapata titular del área de derecho penal de la Universidad de Antioquia, ya que nos ayudó con puntos clave de la investigación, como el rastreo de la información o estado del arte; a todos los profesores del área de derecho penal de la Universidad Autónoma Latinoamericana por haber cimentado en nosotros ese amor y ese interés por esta área del derecho que consideramos esencial y fundamental, ya que está cargada de humanismo que es lo propio para resaltar la dignidad de los seres humanos en situaciones especiales como lo es la comisión de un delito. Por último y no menos importante; a nuestras familias por ese apoyo incondicional, ya que sin ellos sería complicado y poco pensado que estuviéramos realizando esta investigación.

Tabla de contenido

Resumen	6
Introducción	7
Memoria metodológica	11
Proceso de codificación del derecho penal en la Ilustración Europea: aportes de Jeremy Bentham y Cesare Bonesana Marqués de Beccaría.....	15
Influencia del proceso de codificación europeo, en el contexto colombiano durante el siglo XI..	30
Conclusiones.....	42
Referencias	¡Error! Marcador no definido. 5

Resumen

El lector se encontrará en el presente trabajo con dos capítulos en los cuales se aborda de manera clara e histórica el proceso de codificación europea en el periodo del iluminismo o siglo de las luces, sobre todo en lo que tiene que ver con la codificación en materia de Derecho Penal, en el segundo capítulo se aborda esa influencia del proceso de codificación europeo en el proceso de codificación en América Latina, haciendo énfasis en el impacto de dicho proceso en la expedición de Primer Código Penal de 1837 de la República de la Nueva Granada (Colombia) esto a la luz de los aportes de dos estudiosos y juristas europeos: Cesare Bonesana Marqués de Beccaría italiano y Jeremy Bentham inglés.

Palabras claves: Ilustración, Proceso de codificación penal, República de la Nueva Granda, Historia del derecho penal colombiano, Primer Código Penal colombiano.

Introducción

“Las leyes son como las telas de araña, a través de las cuales pasan libremente las moscas grandes y quedan enredadas las pequeñas”

Honoré de Balzac

Iniciaremos nuestro escrito manifestando que la elaboración del trabajo de grado no fue concebida como el cumplimiento de un requisito, sino como una oportunidad de adentrarnos por caminos propios y de la mano de nuestra asesora al escenario del Derecho penal, que desde el inicio de nuestra carrera despertó inquietudes e interés, sobre todo desde el aspecto histórico, ya que consideramos que allí se encuentran elementos esenciales para su comprensión. Consideramos su realización como un espacio para la profundización de un tema que conlleva al desarrollo de una experticia temática que cualifica al profesional para interactuar con escenarios afines a las problemáticas abordadas, y con ello a la ampliación de conocimientos que nutran los futuros campos de desempeño.

Dicho proceso se inscribe en las reflexiones que nuestra asesora recogió en los primeros encuentros y allí desde un análisis del proceso de la creación de los códigos, comprendimos que este aspecto había sido estudiado profundamente en el Derecho civil, pero poco abordado en el Derecho penal.

Efectivamente, las primeras búsquedas bibliográficas sobre la codificación del Derecho penal, realizadas primero en la biblioteca de nuestra universidad y posteriormente en la

Universidad de Antioquia, Medellín y Bolivariana confirmaron las sospechas, por tal razón nuestra asesora nos puso en contacto con el doctor Julio González Zapata, profesor titular del área de derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. El diálogo con el profesor González fue una experiencia muy importante para nosotros, nos dio una perspectiva de los pro y los contra de investigar un tema que ha sido poco abordado, no obstante, nos motivó continuar y contribuir con nuestra investigación a la comprensión del proceso de codificación del derecho penal. Además, como maestro que es, nos dio una explicación histórica sobre el proceso de codificación en el derecho penal y profundizó en un aspecto muy importante y desconocido como es el cambio paradigmático de los códigos de autor a los códigos de acto, con este descubrimiento y las expectativas de aprender algo nuevo, socializamos el hallazgo con la asesora que se comprometió a acompañarnos en esta odisea intelectual, aceptamos el reto e iniciamos la búsqueda de literatura que posibilitara el desarrollo de la investigación.

Nuestro optimismo creció cuando la asesora nos explicó la diferencia entre una investigación de corte científico y una monografía y que en el desarrollo de la monografía se aborda como su nombre lo indica, un tema de investigación y que el nivel de profundidad y las fuentes del referente teórico deben responder a los conocimientos de la investigación formativa, enfoque que se desarrolla en los cursos del área de investigación.

En el presente informe, daremos respuesta a la pregunta de investigación planteada, derivada como ya lo manifestamos en la curiosidad histórica sobre el derecho penal que nos inspiraron nuestros profesores a largo de la carrera. ¿Cuál fue la influencia del proceso de codificación del derecho penal, de la ilustración europea, en la República de la Nueva Granada?

De la pregunta sustentamos el aspecto espacio – temporal de la monografía investigativa, ubicado en primera instancia en el “Siglo de las Luces” o Ilustración europea, periodo que alcanzó su mayor resplandor en el siglo XVIII y se extiende hasta principios del siglo XIX, dicho movimiento inspiró profundos cambios socioculturales, siendo el más importante la Revolución Francesa de 1789 y como segundo escenario la República de la Nueva Granada, etapa histórica comprendida entre los años 1831 y 1858.

Para dar respuesta a la pregunta de investigación nos planteamos como objetivo general: explicar el proceso de codificación del derecho penal en el periodo de la Ilustración europea y su influencia en la República de la Nueva Granada. El cumplimiento de la obligación que asumimos en el objetivo general se tornará en el compromiso ético de nuestra investigación.

En el desarrollo del objetivo general nos acompañaremos por los siguientes objetivos específicos: 1. Explicar las características del proceso de codificación del derecho penal en la Ilustración europea 2. Explicar la influencia del proceso de codificación europea en el contexto de la República de la Nueva Granada en el siglo XIX. Estos objetivos en el diseño del informe, se tornarán en los capítulos a través de los cuales se expresan los hallazgos investigativos.

El soporte teórico será respaldado por los aportes a las ciencias penales de estudiosos de las calidades de: El Marqués de Beccaria y Jeremy Bentham, quienes nos acompañaran desde los resplandores del Siglo de las Luces con sus aportes revolucionarios y que marcaron un antes y un después del Derecho Penal. En la contemporaneidad son invaluable los aportes de los maestros, Luis Enrique Romero Soto, Jorge Enrique Gutiérrez Anzola ya que hacen parte de los pocos teóricos que han abordado el tema.

El enfoque investigativo en el que se basa este texto es cualitativo, dicho enfoque es considerado como un campo interdisciplinar y transdisciplinar, la investigación cualitativa atraviesa las ciencias humanas y sociales dando sentido desde la comprensión interpretativa, la técnica utilizada es el análisis documental, es decir, hacer un ejercicio intelectual, el cual consiste en hacer uso de herramientas documentales e investigativas, donde primero se recoge información sobre el tema tratado para luego hacer una interpretación de los aportes de autores consultados, dando como resultado del análisis un texto que recoge los hallazgos investigativos que posibilitan dar respuesta de la pregunta de investigación a través del desarrollo del objetivo general y los específicos. Nuestra investigación se centra en el contexto europeo y de la Nueva Granada de los siglos XVIII y XIX, periodo del nacimiento de la codificación del Derecho Penal moderno.

Memoria metodológica

El análisis de información requiere de una verdadera ética que comprende, entre otros elementos, el compromiso con el conocimiento, con los valores de la investigación y con la sociedad; la capacidad de negociación; la disposición a la colaboración; la confidencialidad; la imparcialidad y la equidad.(Sánchez Díaz, M. & Vega Valdés, J. C., 2003, pág. 52)

Para dar cuenta de la pregunta y objetivos de investigación, se opta por un enfoque de investigación cualitativo. El enfoque cualitativo tiene su base epistemológica en corrientes como el historicismo, el interaccionismo simbólico, la fenomenología y la hermenéutica.

La investigación documental es un procedimiento científico, un proceso sistemático de indagación, recolección, organización, análisis e interpretación de información o datos en torno a un determinado tema. La investigación documental tiene la particularidad de utilizar como una fuente primaria de insumos, mas no la única y exclusiva, el documento escrito en sus diferentes formas: documentos impresos, electrónicos y audiovisuales. Como en el proceso de investigación documental se dispone, esencialmente, de documentos, que son el resultado de otras investigaciones de reflexiones de teóricos, lo cual representa la base teórica del área objeto de investigación, el conocimiento se construye a partir de su lectura, análisis, reflexión e interpretación. En dicho proceso se vive la lectura y la escritura como procesos de construcción de significados, vistos en su función social.

La investigación documental monográfica deriva del enfoque hermenéutico, para su realización el investigador debe seguir un itinerario o ruta de trabajo que le permita separar cada una de las fases de la investigación monográfica, aspecto que le posibilitará efectuar la evaluación permanente del proceso. El itinerario se puede dividir en cinco momentos, delimitados individualmente, pero unidos a través del resultado que cada uno de ellos aporta al paso siguiente y al resultado final representado en el informe de la investigación, estos momentos son:

1. Selección y delimitación del tema: Corresponde al momento en que el investigador (es) seleccionan el tema, acorde a sus búsquedas, al desarrollo de experticias y fortalecimiento en el área disciplinar. En una monografía el tema debe quedar delimitado para facilitar la construcción de la pregunta de investigación y la elaboración de los objetivos. Se debe tener en cuenta que el éxito de la investigación está ligado a la selección del tema y a la relación que el investigador ha construido con él, por lo tanto, las inquietudes, sensibilidad social, búsquedas existenciales, proyecto de vida profesional deben confluir en dicha elección para garantizar que la investigación sea un acto gozoso y no un requisito tedioso.

2. Identificación de fuentes de información y recolección de información: Es el segundo momento del proceso investigativo, para garantizar la optimización del tiempo el investigador debe realizar un sondeo inicial en las bibliotecas para identificar fuentes teóricas reconocidas, también se debe explorar en la Web, en sitios de carácter académico y hacer uso de herramientas como Mendely, que cumple función de gestor de bibliografías, de lector de PDF, es además un sistema para almacenar y organizar documentos y se articula a buscadores de información científica y a redes académicas que comparten bibliografías y publicaciones.

3. Organización de los datos y elaboración de un esquema conceptual del tema. Con el propósito de facilitar la búsqueda e interpretación de los datos, se recomienda elaborar un esquema conceptual, en el que se organice gráfica y estructuralmente los elementos que se deriven del tema objeto de investigación. En este se debe mostrar las relaciones de los elementos entre sí y con el todo; relaciones de subordinación, yuxtaposición y coordinación.

4. Análisis de los datos y organización de la monografía. Teniendo en cuenta el esquema conceptual que se ha elaborado, se agrupan según los documentos analizados, se resaltan los elementos más significativos, es decir aquéllos que respondan a los objetivos planteados. Esta fase se sustenta en la interpretación, de allí se descubren las nuevas relaciones que ofrece la investigación, se identifican los diferentes autores y los aportes teóricos y las diferencias entre ellos. Todo ello nos ayuda a comprender y explicar la naturaleza del problema: sus causas, consecuencias, sus implicaciones y su funcionamiento.

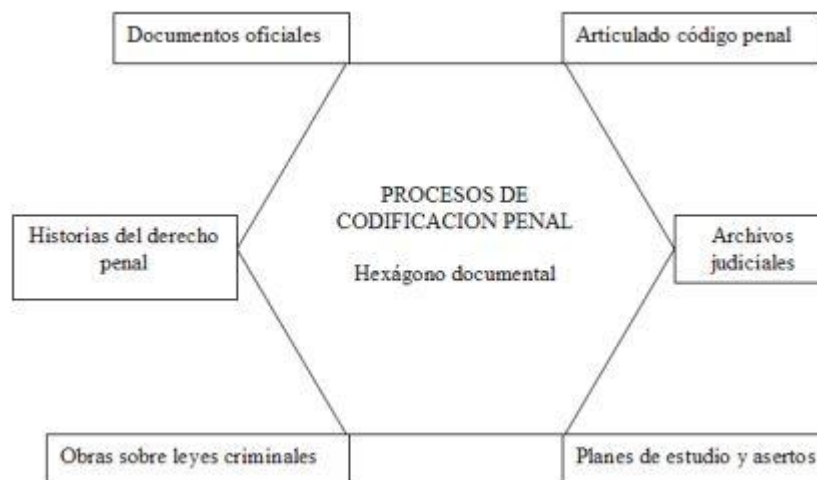
5. Redacción de la monografía o informe de la investigación y presentación final. Cuando se haya dado respuesta a la pregunta que guio la investigación y se hallan cumplido los objetivos, se da por terminada la investigación, es en ese momento donde se reelabora el esquema de la monografía y se inicia la redacción del informe final.

La redacción del informe puede ser considerado el momento más difícil de la investigación ya que necesariamente, se debe recoger en un texto todos los insumos que nos derivó el desarrollo de la misma, producto de las búsquedas documentales. La interpretación de los hallazgos permite identificar, explicar y desarrollar un texto que recoge, desde una fragmentación documental como fue nuestra experiencia, clasificar y comprender el proceso de codificación del derecho penal europeo y su impacto en los nacientes estados latinoamericanos.

A continuación, presentamos el esquema conceptual, referido en los puntos 3 y 4 anteriores.

Dicho esquema es presentado como un hexágono documental, que demuestra cómo se realizó la búsqueda documental y se organizó la información durante el proceso de la investigación. Para ello se hizo uso de documentos oficiales, articulado del código penal, archivos judiciales como la gaceta y bagatela que eran los diarios oficiales usados en esa época, planes de estudios como lo fue la comisión creada para el estudio y la elaboración del proyecto de código de 1833, las historias del derecho penal como artículos o escritos hechos por estudiosos de la época como los escritos en la actualidad en los que tratamos de dar a conocer esa historia olvidada y las obras y leyes criminales.

Imagen 1. Proceso de codificación penal



Fuente: (Escobar & Maya, 2007, párr. 26).

Proceso de codificación del derecho penal en la Ilustración Europea: aportes de Jeremy Bentham y Cesare Bonesana Marqués de Beccaría

“El amor como principio, el orden como base, el progreso como fin”

Auguste Comte

Uno de los periodos más importantes de la historia del derecho es la modernidad, hay que tener en cuenta que durante este periodo el derecho se inscribe como ciencia y para soportar esta afirmación se hace necesario recordar de manera breve, que el derecho en la modernidad vivirá dos grandes transformaciones: la primera se pasa del derecho Natural Divino al Derecho Natural Racional. A su vez el ius positivismo, adscrito a la escuela de los Empiristas nacerá en Inglaterra, cuyo padre Jeremy Bentham, tendrá un papel protagónico en los procesos de codificación en Inglaterra y Latinoamérica.

La consolidación de la modernidad, o del pensamiento de la modernidad, lo podemos ubicar a finales del siglo XVIII y va hasta principios del siglo XIX. El Siglo de las Luces o de la Ilustración, se ubica específicamente en el siglo XVIII, es en este escenario histórico donde nos detendremos para abordar el proceso de codificación del derecho penal moderno y donde inscribimos el hito histórico de nuestro trabajo de investigación.

En el desarrollo de este capítulo se abordará el proceso de la codificación del derecho penal europeo, resaltando la elaboración de los códigos por científicos del derecho, es decir las leyes y códigos eran elaborados por personas especializadas que los escribían y redactaban desde

sus oficinas. A la producción legislativa producto de esta técnica se le denomina códigos de autor, categoría que ampliaremos desde la influencia del gran jurista Inglés Jeremy Bentham; la sustitución de los códigos de autor por los códigos de acto, o sea aquellos realizados y aprobados por el Estado, será abordado desde la influencia y aportes de Cesare Bonesana Marqués de Beccaría, reconocido históricamente como el gran filósofo del Derecho Penal.

No obstante, lo anterior es importante reconocer que, a través de la historia, se pueden identificar procesos de codificación del Derecho penal, entendido este proceso como la compilación de normas consuetudinarias de manera ordenada en un documento escrito. La codificación como tal desde el punto de vista de su definición, se puede entender como una estrategia usada desde la antigüedad por los estados para tener un soporte escrito del derecho natural.

Los ecos del proceso de codificación arcaica nos llegan desde Sumeria, cuna de la humanidad, allí podemos encontrar el código de Ur-Nammu, considerado como el primer código de carácter jurídico en el mundo, data del año de 2.129 al 2.197 a.C, contenía el prefacio y cinco leyes, en él se combate la corrupción, no consagraba la pena de muerte ya que la vida era divina; El código de Lippit-Ishtar del año de 1.934 a.C, consta de unos 50 artículos que tratan sobre propiedad, alquiler, tratos con esclavos, relaciones familiares, herencia, difamación, cuidado y trabajo de las tierras agrícolas y daños causados por animales. En el prólogo, el rey dice cumplir la voluntad de los dioses al redactar el código; El código de Eshuna, posee más de 60 artículos versa sobre impuestos a materias primas y disposiciones legales sobre alquileres, salarios, préstamos, esclavos, relaciones familiares, propiedades y violencia física, no tenía prólogo ni epílogo, consagra la conocida ley del Talión, y por último el Código de Hammurabi del año de

1750 a.C, consta de 282 leyes que recibe el rey de manos del Dios Shamash, en el cual se consagra la presunción de inocencia (Dranpkin Senderey, 1982, pág.340, 342, 336, 329, 346).

Posteriormente en el imperio romano de Oriente, el emperador bizantino Justiniano I haría posible la codificación del Corpus Iuris Civilis, en el cual se hizo una recopilación de Constituciones Imperiales y Jurisprudencia romana desde el año 117 a 565, la cual se llamó la Digesta o Pandectae, las Institutas y Novellas Constituciones, Este texto es el documento legal más importante e influyente de toda la humanidad, por la gran cantidad de normas y jurisprudencia para cada caso en concreto (Campillo& Pardo,2016, párr.1,4)

Es importante resaltar que los textos antes dichos, a pesar de ser considerados códigos, no lo son en realidad, son Codex, ya que no es una creación de normas realizadas por el órgano legislativo de la época, sino una recopilación de normas derivadas de la costumbre, o simplemente copiar legislación de otro estado y plasmar todo esto en un escrito de manera ordenada.

Dejamos atrás la breve reseña histórica de la codificación en la antigüedad y retornaremos a la modernidad, periodo que limita temporalmente nuestra monografía. Hasta el siglo XVIII, el vocablo “Codificación” ofrecía una variedad de términos o sinónimos tendientes a reducir a unidad un conjunto disperso de fuentes, como “recoger”, “colectar o coleccionar”, “reunir”, “congregar”, fue el pensador y científico del derecho Jeremy Bentham quien acuñaría el término “Codificación”, considerado como un neologismo, es decir, un término nuevo, que se difundió en varios idiomas de los nacientes estados europeos (Ferrer, F &Valls,1834, pág. 7)

Como se dijo anteriormente, el proceso de codificación o elaboración de códigos era realizado, por un científico del derecho y luego el escrito producto de su estudio era aprobado por

el estado contratante, el proceso de aprobación le daba el carácter de fuerza de ley a las nuevas normas. Los primeros ejemplos de códigos en Europa los encontramos en Baviera con el llamado Código de Maximiliano de 1756. En Prusia en 1792, el Rey Federico creo un cuerpo legal que incluía derecho civil, penal y político, en ellos se plasma el inicio de la técnica jurídica de la codificación.

Uno de los hallazgos más importantes para nuestro trabajo es el Primer Código Penal Francés de 1791, que se crea y expide en pleno auge de la Revolución Francesa (1789 – 1799), es a través del mismo que se consolida el proceso de codificación europeo como tal, ya que contiene una estructura más técnica y acorde a las exigencias de los nuevos tiempos, inspiradas en las ideas liberales de la época.

La característica esencial en el proceso de codificación, de los primeros tiempos es que la elaboración de un código, era asumido como un producto científico y racional elaborado por un científico del derecho, para ese momento no era importante tener en cuenta las características del Estado en el cual se aplicaría, se dejaba de lado lo más esencial: las personas, el territorio, la cultura. El científico jurídico creaba normas y tipifica conductas, elevándolas a la categoría de delito, además tazaba la pena que él consideraba la apropiada para cada delito. A este tipo de códigos se les conoce como códigos de autor, es decir, escritos por un jurista famoso o reconocido, como es el caso del inglés Jeremy Bentham. Para la época no solo los códigos eran de autor, los periodos de las Constituciones del siglo XIX también son de autor, es el caso de la Constitución de Colombia de 1886 escrita por Miguel Antonio Caro y la Constitución de Argentina escrita por Juan Bautista Alberdi.

Jeremy Bentham (1748-1832) fue un filósofo, economista, pensador y escritor Inglés, y de manera no recordada, fue el mayor escritor de códigos de autor del mundo, lo que lo convierte en el padre de los códigos de autor, Bentham fue contratado por varios Estados de la época para elaborar sus códigos penales, es importante resaltar que este gran jurista inglés es considerado como el padre de la criminología ya que acompañaba la elaboración de sus códigos con el Tratamiento, que era el método diseñado para la recuperación del convicto y hacia entrega a los Estados de los planos de la cárcel ideal, cuya arquitectura llamaba Panóptico, brindaba una mayor seguridad en las cárceles, ya que con este modelo el vigía podía ver desde su torre todas las celdas y a todos los reclusos (Harrison, Ross, 2000, pág.2)

El reconocimiento del trabajo de Bentham en Europa fue muy importante, en 1792 Francia le otorga la ciudadanía y lo reconoce como jurista asesor, también fue significativo su aporte en España y en Inglaterra su país natal.

La segunda edición de la Teoría de las Penas se publicó en Londres y Paris en 1818, Su sistema penal consta de cinco libros, el primero se divide en once capítulos que versan sobre: "Definiciones y distinciones"; "el castigo"; "penas legales" y "males infligidos". El capítulo segundo aborda la "clasificación de los delitos", que pueden ser contra la persona o la propiedad, la fama o reputación, o contra la condición, cualidad o estado y de "las Penas "que se dividen en aflictivas (simples o compuestas), restrictivas, activas (trabajo y capitales). En el capítulo tercero y siguiente, respectivamente, aborda "el objeto de las penas", o sea, de la "prevención" y de la "reparación" del daño causado y se ocupa del "gasto de las penas", análisis del criterio económico del daño.

En el libro segundo aborda “las penas corporales” que denomina "aflictivas simples y compuestas", "permanentes" "restrictivas", que pueden ser (a modo de coacciones "legales"), o física como el confinamiento, la prisión y el destierro. Al final de este libro trata sobre la deportación de los "convictos" trasportados a las Colonias americanas y a los establecimientos de "Botany-Bay" en Nueva Gales del Sur (Australia) y también aborda la pena de muerte o "capital" que puede ser de carácter "simple" o de carácter "aflictivo" en cuya ejecución se experimenten prolongados sufrimientos.

El libro tercero se consagra las penas denominadas "privativas", que acarrear confiscaciones, destituciones o inhabilitaciones. Además, aborda las penas que acarrear sanciones morales, caracterizadas por su "indeterminación" (desprecio, censura, deshonor, vergüenza, ignominia, repulsa.) y las penas sobre el honor en concreto que consagra la publicación del delito, la advertencia judicial, "degradación" y la pérdida del "prestigio" en general.

Con el calificativo de "desplazadas" o "exorbitantes" se epigrafió el libro cuarto, que trata de las penas que rebasan o trascienden a personas distintas del culpable o responsable al que se imponen, como es el caso de la responsabilidad de padres, tutores, amos o encargados. En el libro quinto trata las llamadas "penas complejas", entre las que incluía diversas inhabilitaciones especiales, en la segunda parte, examina con perspectiva crítico-etimológica algunos conceptos jurídico-penales británicos.

El tránsito de los códigos de autor a los códigos de acto, estará marcado por las críticas de importantes juristas y pensadores de la época en especial las postuladas por el economista, filósofo y jurista italiano Cesare Bonesana Marqués de Beccaría (1738-1794) en su obra cumbre

“De los delitos y las penas” del año 1764, cuyos aportes al Derecho Penal son invaluable. A través de la misma, muestra un conocimiento histórico de como los Estados Europeos de la época sancionaban, bajo la aplicación de códigos penales elaborados por personas externas al Estado o sea códigos de autor, tanto a ciudadanos como a forasteros que realizaban comportamientos prohibidos dentro de su territorio (Beccaria,2015, pág.21).

Es necesario determinar la verdadera concepción de esta obra, pues en la actualidad algunos estudiosos del derecho la conciben como un catálogo o código de Derecho Penal y otros como un texto en el cual el autor consagra una seria crítica al Derecho Penal de su época. Para nosotros, desde la aproximación a la misma durante el proceso de formación y en la relectura para el desarrollo de la monografía, nos unimos al grupo que la reconoce como una crítica a la forma de legislar en materia penal aplicada para el momento histórico del autor.

Esta obra cumbre consta de 45 capítulos en los cuales, el Marqués de Beccaría de manera crítica, describe los delitos, la consecuencia de infringir la normatividad penal, y por último establece cuáles eran las formas y procedimientos para la aplicación de la norma en materia penal, para sustentar nuestra filiación al grupo que la describe como una obra critica, realizaremos un corto análisis de la obra: en el capítulo III que titula ‘‘Consecuencias’’ hace mención a dificultades que se pueden suscitar entre el poder legislativo y el judicial, estableciendo que es el soberano el que tiene la facultad de crear las leyes para el Estado y las puede modificar y lleva el nombre de legislador, este puede crear leyes generales que deben ser acatadas por todos; resalta que esa facultad solo podía ejercerse por el Estado mismo(Beccaria,2015, pág.21).

Afirma que cuando una persona infringe estas leyes, es el magistrado el único facultado para juzgar, no se pueden delegar estas funciones en otros entes Estatales y mucho menos en particulares, la facultad de juzgar debía ser única del magistrado cuyas sentencias son inapelables, para Cesare Beccaría era incorrecto que no hubiera doble instancia, una idea muy adelantada para su tiempo, ya que en muchos casos al momento en que los jueces hacen aplicación de la normatividad penal y debido a la posibilidad de interpretación, el juez podía incurrir en error y fallar de manera injusta; y de llegar a comprobarse la atrocidad de las penas, es decir cuando las penas van en contra del bien público se estaría partiendo de la contradicción de justicia, desde la ley y la pena. En este capítulo, se identifica claramente la inclinación del Marqués de Beccaría por la promulgación de los códigos penales de acto, es decir que la creación de la normatividad en materia de Derecho Penal debía estar en manos del Estado a través del poder legislativo.

En el capítulo V que titula “La oscuridad de las leyes” el autor aborda el problema de la múltiple posibilidad de interpretación de la normatividad penal en su época, sostenía que un mal de las leyes es la mala interpretación que se puede dar, cuando las leyes están escritas en un lenguaje distinto para el pueblo, generando una mala interpretación por parte del mismo y así la gente puede cometer delitos por falta de entendimiento de las leyes, enfatizaba que la forma en que se redactaban las normas no era entendible a todo el pueblo, dejando de lado, lo que él llamaba una mínima claridad en la redacción de las mismas. En este capítulo Cesare crítica el hecho de que los códigos penales de autor no tenían en cuenta las cualidades de la población a la cual iban dirigidos, y por ende gran parte de la misma no comprendía el verdadero sentido de las disposiciones que contenían (Beccaria,2015, pág.24).

Otra razón para sostener que la obra es una crítica al sistema de su época lo encontramos en el capítulo IV titulado “Interpretación de las leyes” en él hace mención que en todo delito se debe partir del silogismo perfecto donde la proposición mayor es la ley, la menor es el hecho a resolver, y la conclusión debe ser la libertad del acusado o la aplicación de la pena”; logrando así que los delitos sean castigados con la pena que les corresponde, y no como ocurría, donde algunos delitos eran castigados con otras penas que no correspondían al tipo de delito, todo ello debido a que las codificaciones dejaban imprecisiones y vacíos que tenían que suplir los jueces bajo la interpretación a la hora de atribuir las penas; en tal sentido sostenía que la justicia no tiene el máximo de perfección ya que los que hacen la interpretación de la ley son los jueces, que tienden a cometer errores como cualquier otro ser humano y por eso los jueces al no poder interpretar la ley de forma perfecta deben tratar de hacerlo de la mejor forma posible.(Beccaria,2015, pág.27).

El problema que plantea Cesare en este capítulo se relaciona con el que describe en el capítulo VII que titula “Errores en la graduación de las penas” Se dice que la graduación de las penas se hace teniendo en cuenta el daño que genera el delito a la nación y que mientras más daño genere será más grande la pena. Por lo tanto, sostenía el autor que sería necesario formar, no un sólo código particular para cada ciudadano, sino una nueva ley para cada delito. Alguna vez los hombres con la mejor intención causan el mayor mal en la sociedad, y algunas otras con la más mala hacen el mayor bien, afirma que en su época en la que la religión y en especial la católica es quien legislaba en razón de la existencia de muchos Estados confesionales, produciendo que algunas personas contraríen la graduación del delito y de las penas debido a que la mejor forma de graduar el delito y la pena, desde la perspectiva religiosa, sería desde el

pecado, a partir del mal del corazón y que el único ser que puede saber el mal del corazón es Dios.

Son muchas más las críticas que realizó este brillante ser humano en su obra cumbre sobre el derecho penal, y en el desarrollo de este texto daremos lugar a la explicación de los valiosos aportes a la modernidad especialmente en el siglo XVIII donde clamó por el desmonte del sistema inquisitivo de enjuiciar, propio del Derecho Canónico de la época, y sustituirlo por un sistema que incorporara mayores garantías para el procesado, en la contemporaneidad también se deben reconocer los valiosos aportes a la filosofía del derecho y en especial a la epistemología del derecho penal, en esta obra, se critica la forma, la sanción de muerte y los tormentos infligidos a los acusados, y se perfila la prevención como fin de la pena, así como las bases de varios de los principios de las ciencias penales vigentes hoy (Leyva & Lugo, 2015, pág. 146).

A partir de este aporte cumbre, muchos Estados se replantearon la idea de apartar el poder legislativo y judicial del confesionalismo, pues en realidad quien debía legislar era el Estado y posteriormente judicializar sobre prohibición de conductas que atentaran contra el Estado y el pueblo que lo conforma y no por conductas que atentaran contra la religión. Se logra cambiar la perspectiva que sostenía que el Derecho Penal debía ser inhumano, al punto de llegar a concebir penas corporales demasiado fuertes, hasta la posibilidad de recibir una pena de mutilación de un miembro bajo torturas e inmenso sufrimiento, y la más grave, la pena de muerte donde el ser humano era expuesto al pueblo y era humillado públicamente.

Los ecos del pensamiento de Jean-Jacques Rousseau, planteados en su obra *La Teoría del Contrato Social*, cuando afirma que las leyes que decretan penas y delitos deben ser creadas

por la autoridad del legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social, y que dará origen al principio de legalidad del Derecho Penal, se escuchan claramente en el capítulo III, de la obra Cesare titulado “Consecuencias” cuando hace la distinción entre el soberano equivalente al legislador, y el magistrado representante del poder judicial, en tanto el soberano se encargaba de crear y modificar las leyes, para este caso la normatividad penal, pero nunca aplicarla; y el magistrado encargado de aplicar la ley penal, que no podía crear, ni modificar la misma normatividad, solo aplicarla e interpretarla (Leyva & Lugo, 2015, pág. 138).

Cesare Beccaría, en virtud de la influencia de la Teoría del Contrato Social, heredada de Rousseau, su formación académica y su privilegiada posición social, al punto de que la monarquía le otorgó el Título de Marqués, logró contribuir de forma positiva en el cambio de modelo de Derecho Penal, cambio que se extendió por muchos países y continentes.

El clamor del cambio se puede identificar en las palabras de Beccaría cuando afirmaba que el freno más eficaz contra el delito no es el terrible y fugitivo espectáculo de la muerte de un criminal, sino el prolongado y penoso ejemplo de un hombre privado de libertad, el cual recompensa con sus fatigas a la sociedad injuriada (Beccaría, 2000, pág. 33).

Los aportes de este gran pensador del Siglo de las Luces se reflejan en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, que consagra: “VI. La ley es expresión de la voluntad de la comunidad. Todos los ciudadanos tienen derecho a colaborar en su formación, sea personalmente, sea por medio de sus representantes, debe ser igual para todos, sea para castigar o para premiar; y siendo todos iguales ante ella, todos son igualmente elegibles para todos los honores, colocaciones y empleos, conforme a sus distintas capacidades, sin

ninguna otra distinción que la creada por sus virtudes y conocimientos.” Lo anterior se basa en el concepto de dignidad humana que desarrollo Beccaría, entendida como aquel merecimiento de que tiene cada persona por el solo hecho de serlo, en este periodo no existían las garantías de protección a la persona ya que eran prerrogativas que no estaban consagradas en la normativa penal ni en ningún otro ámbito legal (Rodríguez Lozano, 2015, pág. 30-33).

La Declaración materializa el esfuerzo de Cesare, ya que esta garantía había sido desarrollada en su obra, cuando establecía cuales eran las facultades del poder legislativo y el judicial, y que ambos son autónomos; que la voluntad del pueblo se ve representada en el poder legislativo, siendo este facultado para crear, modificar las leyes, siendo la más importante para el Marqués, la ley penal.

Como resultado de las críticas del Marqués de Beccaría a los códigos de autor, cuatro años antes de su muerte, se promulga en Francia el Código Penal de 1791, considerado como el primer código de acto ya que fue redactado por la Asamblea Constitucional, es decir siguiendo las directrices planteadas por Beccaría de que es el Estado el encargado de legislar y el que tiene la función de dictar las leyes. Por lo tanto, en los códigos penales acto, es el Estado el facultado de promulgar leyes, tipificar conductas, crear penas y establecer un procedimiento legislativo, todos estos aspectos se recogen hoy en día en los llamados principios rectores del Derecho penal.

El Código Penal Francés de 1791, fue promulgado por Assemblée constituante el día 25 de septiembre del 1791, bajo la siguiente consigna:

La tarea de la Asamblea en estas materias fue dúplice. Por una parte, consagrar jurídico-constitucionalmente las máximas que formuló la Filosofía del Iluminismo, con MONTESQUIEU, ROUSSEAU, VOLTAIRE y, muy en especial, BECCARÍA. Tales axiomas, con las exigencias respectivas de innovación legal, habían calado hondo en un sector de la magistratura francesa —LETROSNE, BOUCHER D'ARGIS, DUPATY, LACRETELLE y, en parte, SERVAN, pues al interior del grupo se adivina la diferencia entre Iluminismo reformador e Iluminismo revolucionario. (Guzmán, 2009, pág. 481)

Este escrito, tiene en cuenta lo expresado por grandes juristas y estudiosos del derecho, pero fue escrito y promulgado, en su totalidad, por el órgano legislativo francés.

Dentro de los avances consagrados en el Código Penal Francés de 1791, se puede resaltar lo expresado por los miembros de la Asamblea, cuando afirman que los ideales del mismo eran:

Igualdad, personalidad y dulcificación de las penas; supresión de la arbitrariedad judicial, tanto en la definición de los delitos como en la determinación de las punitones; abolición de los delitos contra la religión y la moral; publicidad de los juicios; eliminación del juramento de los acusados; obligación de motivar y hacer públicos los fallos; institución del jurado. (Guzmán, 2009, pág. 481)

Como se puede identificar en el texto anterior, los códigos penales de acto son más bondadosos y útiles para la sociedad, ya que son respetuosos y se ciñen a la realidad cultural y las necesidades que tiene cada pueblo y vislumbra de manera clara el principio del debido proceso.

Bajo estas características se realizó el Código Penal Francés, como código de acto, en el cual se identifica una estructura que será precedente a los códigos contemporáneos, integrado por las siguientes partes:

La primera parte se consagran las condenas, dicho capítulo se subdivide en siete títulos: De las penas en general, de la reincidencia, de la ejecución de la condena contra un acusado contumaz, de los efectos de las condenas, De la influencia de la edad del condenado en la naturaleza y duración de las penas, de la prescripción en materia criminal y de la rehabilitación de los condenados (Guzmán, 2009, pág. 487).

En la segunda parte se abordan los crímenes y su punición, en el título primero: los crímenes y atentados contra la cosa pública, este título se subdivide en las siguientes secciones: De los crímenes contra la seguridad exterior del Estado, De los crímenes contra la seguridad interior del Estado, Crímenes y atentados contra la Constitución, Delitos de los particulares contra el respeto y la obediencia debidos a la ley y a la autoridad de los poderes constituidos para hacerla cumplir, Crímenes de los funcionarios públicos en el ejercicio de los poderes que les son confiado, Crímenes contra la propiedad pública. En el título segundo: Crímenes contra los particulares, divididos en las siguientes secciones, Crímenes y atentados contra las personas, Crímenes y delitos contra las propiedades (Guzmán, 2009, pág. 495).

A su vez el título tercero se refiere a los cómplices de los crímenes, concebido como aquella persona que interviene de manera no directa en la acción sujeto de reproche penal, pero que de igual manera puede ser acreedor de una pena ejemplar, por el mero hecho de facilitar la comisión del delito.

Los códigos penales de acto en el mundo son consecuencia del periodo del iluminismo en Europa, con el apoyo de grandes escuelas y pensadores de la época, época que se caracterizó por la gran producción intelectual, por la confianza plena en la razón, la ciencia y la educación como ideal para mejorar la vida humana, y por una visión optimista de la vida, la naturaleza y la historia.

Todos estos aportes, atascos, controversias, conflictos, tratados, manuales, que ha vivido la ciencia del Derecho Penal a lo largo de su proceso histórico de armonización y de codificación, ha pasado a un segundo plano en la enseñanza del derecho, es en ese olvido histórico donde cimentamos la realización de nuestra investigación y donde consideramos radica el mayor aporte, que, como estudiantes realicemos a nuestra facultad y en especial al área de derecho penal.

En el segundo capítulo daremos desarrollo al segundo objetivo específico de la investigación, en el cual explicaremos la influencia del proceso de codificación europea en el contexto de la Nueva Granada durante el siglo XIX, desde los aportes de los filósofos y juristas de la Ilustración Jeremy Bentham y Cesare Bonesana Marqués de Beccaría.

Influencia del proceso de codificación europeo, en el contexto de la República Nueva Granada durante el siglo XIX

“Las leyes son las condiciones con que los hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, fatigados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad convertida en inútil por la incertidumbre de conservarla”

Cesare Bonesana Marqués de Beccaría

En el presente capítulo abordaremos de manera histórica y aclarativa, la influencia del proceso de codificación europeo en la Nueva Granada, que surge en 1830 tras la disolución de la Gran Colombia conformada por los territorios de los países: Ecuador, Panamá, Venezuela y Colombia que termina en 1858, dando paso a la conformación de los Estados Unidos de Colombia. Es en este periodo granadino donde se identifica el impacto del Código Penal Francés de 1791, en la creación del Primer Código Penal denominado Ley 27 del 27 de junio de 1837 o Código de Santander.

El proceso de codificación es un fenómeno europeo, que tuvo una gran influencia en América Latina en países como Chile, Venezuela, Perú y Nueva Granada, en dichos países se evidencia la repercusión de modelos de los Códigos Penales europeos, sobre todo el de 1791 de Francia y el de 1822 de España. Es importante resaltar que el proceso de Codificación en América Latina no fue fácil, este como cualquier otro proceso histórico tuvo contradictores y promotores, dichas tensiones quedan reflejadas en documentos históricos que revisamos, pero que no son relevantes para nuestra investigación.

El proceso de creación de constituciones fue un proceso simple comparado con el proceso de codificación, ya que en las constituciones se dan normas de carácter general, donde por ejemplo se consagran los derechos fundamentales y normas primarias; pero el proceso de codificación penal fue más complejo, requirió un siglo de la historia para poder establecer una estructura de código adecuada; la dificultad que se dio es que en el código penal se deben tipificar conductas de manera particular, es decir, el Estado debe avizorar todas y cada una de las conductas que puedan ser dañosas a la sociedad y prohibirlas mediante la tipificación del delito, además debe prever las modalidades de comisión de los mismos, consagrar derechos, procedimientos de enjuiciamiento, régimen carcelario y lo más importante incorporar principios rectores para la interpretación y aclaración de la norma penal.

El momento histórico en el cual se da la primera Codificación Penal en la Nueva Granada es pasada la independencia y después de la partida de los españoles de nuestro territorio. En 1822 Francisco de Paula Santander se refiere al proceso de codificación de la siguiente manera: un “código penal moderno que evite las trabas y embarazos que ofrece la actual legislatura española”, (Como se cita en Escobar & Maya, 2007, párr. 46), como se puede evidenciar que los mandatarios criollos clamaban por la superación de la normatividad española y la instauración de un régimen legal propio, que respondiera a nuestra cosmovisión y a las necesidades que tenía nuestro pueblo para la época post independencia.

Para iniciar el proceso de codificación se realizaron estudios sobre los códigos más influyentes y con mayor proyección en Europa, como lo fue el francés y español de los años citados en párrafos anteriores y que se consideraban como innovadores, de corte moderno e ilustrado y que contenían bondades y ventajas sobre las leyes vigentes en ese momento.

Desde la década de 1820, se puede seguirse el rastro de las discusiones sobre la importancia y el sentido político de un “código penal moderno” que evitará “las trabas y embarazos que ofrece la actual legislatura española” (Como se cita en Escobar & Maya, 2007, párr. 46), como lo sostenía el vicepresidente Santander, encargado para la época del poder ejecutivo. Estas discusiones se dan entre las élites granadinas e ilustradas que buscaban instaurar una república moderna. En el decreto de Gobierno del 5 de enero de 1822, se aseguraba que era necesario presentar al congreso proyectos modernos para la creación de los códigos civil y criminal, partiendo del estudio de los “códigos civiles y penales más celebres en Europa” (Gaceta de Colombia, 1822, p. 1). Como se puede evidenciar la pretensión no era copiar o calcar códigos, al estilo de los códigos de autor como los promovidos por Bentham, se trataba de producir y crear, en medio de unas condiciones comunes a Europa y América, un texto jurídico, una sensibilidad administrativa y una cultura política capaz de afrontar los retos de un estado independiente y de una ideología utilitarista.

Como resultado de todos los avances y aportes del proceso de codificación europeo, se da un primer proyecto de Código Penal en el año 1826, que no fue aprobado por el Congreso. Posteriormente se crea una Comisión de letrados encargados de la elaboración de un Código Penal Moderno. Esta comisión conformada por funcionarios del nuevo gobierno republicano y hombres ilustrados, entre ellos: José Manuel Restrepo Secretario del Interior; José Félix Restrepo Ministro de la Alta Corte; Diego Fernando Gómez Ministro Corte de Justicia; El senador Jerónimo Torres; El abogado Tomas Tenorio; José Ignacio de Márquez, Presidente de la República (1837-1841) y Lino de Pombo Secretario del Interior y Relaciones Exteriores; José Joaquín Gori Presidente del Senado; Judas Tadeo Landines Presidente de la Cámara de

Representantes y los secretarios de las mismas, Francisco de Paula Torres y Pastor Ospina (Bernate, 2004, pág. 539).

Los representantes de la Cámara y el Senado realizaron discusiones muy importantes teniendo como inspiración el pensamiento ilustrado europeo, que versaban sobre la utilidad para la sociedad de la pena de muerte, se preguntaban si con ella se lograba la verdadera justicia o no, de igual manera se discutió sobre la humanización del derecho penal para despojar la norma de toda condena o pena arbitraria que no lograra que la persona que cometiera un delito pudiera luego ser alguien útil a la sociedad, ejemplo de estas reflexiones es la frase que se dio en los debates de la honorable Cámara del Senado

Mejorar la suerte de esos desgraciados echando una mirada a los tiempos futuros, en los cuales puede ser, que el hombre condenado a trabajos forzosos vuelva sobre sí, enmiende su conducta, y dé una garantía a la sociedad para que vuelva a incorporarlo a ella. (Diario de debates de la honorable Cámara del Senado, 1836, pp. 123-124)

Luego de los debates y de las recomendaciones de la Comisión, mediante la Ley 27 del 27 junio de 1837 fue aprobado el Primer Código Penal de la Nueva Granada, llamado también Código de Santander, que empezó a regir el primero de junio de 1838. Configurándose de esta manera el primer Código Penal de Acto en Colombia.

El Código Penal de 1837 tomó aspectos filosóficos y normativos del Código Penal francés de 1791 y del napoleónico de 1810, sin que se pueda negar, además, la influencia del Código español de 1822, en el Código del 37 la religión ocupa un lugar central en los procesos de castigo. El artículo 30 dispone que “ninguna condenación podrá ser ejecutada en domingo, ni en día de fiesta de ambos preceptos, ni en los de la semana santa”. El artículo 34 señalaba que:

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 ensangrentada y desgarrada, con una cadena al cuello y con las manos atadas a la espalda. (Escobar & Maya, 2007, párr. 20)

Para mayor claridad en la comprensión del influjo del proceso de codificación francés en la República de la Nueva Granada, realizamos un cuadro comparativo que ilustra la relación entre el Código francés de 1791 y el primer Código Penal Nueva Granada de 1837. Dicha representación gráfica surge del análisis realizado dentro de la fase analítica de la información:

Tabla 1: Cuadro comparativo

Proferimiento	Código Nueva Granada 1837	Código penal francés 1791
Forma de creación	Comisión	Asamblea Constitucional
Clase de código penal	Acto, Toda vez que fue creado por el órgano legislativo designado para la época.	Acto, Toda vez que fue creado por el órgano legislativo designado para la época.
Estructura del código	Parte general, especial y procesal. (919 artículos)	Parte general, especial y procesal. (477 artículos)
Corte de código.	Moderno, ilustrado.	Moderno, ilustrado.
Vigencia	36 años.	19 años.

Fuente: elaboración propia de los autores.

Desde esta comparación se puede comprobar la similitud del pensamiento ilustrado, la base ideológica y la estructura que soportan los mismos.

A continuación, pasaremos a realizar un análisis del Primer Código Penal de la Nueva Granada de 1837, lo realizamos, en primera instancia como parte estructural de nuestra investigación, pero de manera especial como un homenaje al primer paso realizado en nuestro país para recorrer la senda de la humanización del derecho, desde un pensamiento independiente del proceso de colonización y desde allí reconocer el ideario emancipador del nascente derecho en Colombia.

El Código Penal de 1837 tiene un total de 919 artículos, aunque en apariencia se puede ver como un código muy extenso, es importante aclarar que en el mismo se agrupan la parte general, especial y procesal, mezclada dentro de los cuatro libros que lo integran. Una curiosidad que hallamos en el análisis, es que en el artículo 18 se hace una diferencia entre penas corporales, referentes a la pérdida de la libertad y las no corporales que tienen que ver con la privación de derechos, estos conceptos en la actualidad se pueden relacionar con las penas privativas de la libertad y las no privativas de la libertad.

El primer libro titulaba “De los delitos y de las penas en general”. Consta de una introducción donde se identifican los aspectos sociales a regular, además de dos títulos, el primero consagraba las disposiciones preliminares y el segundo que se refería a las penas y sus formas de ejecución. En el artículo primero se definía el delito: “como la voluntaria y maliciosa violación de la ley penal” (Ley 27, 1837, art. 1) presumiendo el dolo en tanto no se probará lo contrario; a su vez, el artículo 17 hacía lo propio con la culpa considerada: “como la violación imputable pero no maliciosa de la ley en cuanto el autor no la ha violado intencionalmente, pero

ha podido y debido evitar el acto y se ha expuesto voluntariamente a dicha violación” (Ley 27, 1837, art. 17).

Lo ateniendo a las penas corporales estaba plasmado en el artículo 19, incluía los trabajos forzados, presidio, prisión, reclusión, en las cuales los condenados debían trabajar “a fin de ser provechosas, ya porque los reos de esta manera se acostumbran a una labor, o por la utilidad que de ellas se derivaba, las primeras al Estado, y las dos últimas a ellos mismos” (Ley 27, 1837, art. 19).

Erigió también la pena capital, señalando, no solo la modalidad, sino también el aparato y ritualidad que debía seguirse, estipulando detalladamente cómo debía ser el cadalso y sus guarniciones, la forma como debía ser vestido y conducido el condenado y las personas que debían acompañarlo a fin de aumentar su horror, “para que sin hacerle más gravosa al que la sufre produzca mejores efectos” (Como se cita en Salazar-Cáceres, 2016, pág. 40). Consagraba, también la de expulsión del territorio que comprendía la república; el destierro de un lugar o distrito determinado donde el penado era conducido en calidad de preso hasta ponerlo fuera del territorio y se le prohibía la entrada, y por último estaba el confinamiento en un distrito parroquial, cantón o provincia, donde se evidencia la gran influencia de la iglesia católica.

En el artículo 20 se abordaban las penas no corporales que consistían en la pena de vergüenza pública que llevaba consigo la infamia e iba acompañada de la limitación de derechos de ciudadanía, no poder declarar en juicio, no ser peritos ni jurados ni albaceas, ni tutor, tampoco podría ejercer el cargo de hombre bueno, entre otras prohibiciones. La pena de privación o suspensión de derechos políticos o civiles, suspensión del ejercicio de un arte, profesión u oficio, inhabilitación para ejercer empleo, profesión o cargo público en general o en clase determinada,

privación de empleo, pensión, profesión o cargo público, suspensión de los dos últimos, pena de apercibimiento judicial que era el llamado de atención que hacía el juez, previniendo al penado de reincidir, fianza como pena que consistía en dar la misma y presentar un fiador abonado ante el juez y generando satisfacción del mismo, si no cumplía con esta, era acarreador de un destierro, pena de pérdida de algunos efectos, cuyo importe se aplique como multa, las armas, instrumentos o utensilios con los que se haya ejecutado el delito, esta pena es el símil de la figura procesal penal del comiso, multa que podía darse en dinero o en bienes.

Por otro lado, estaban las penas privativas de la libertad: presidio, reclusión en una casa de trabajo y la de prisión, el arresto y confinamiento. El arresto según el artículo 66 consistía en que quien fuere penado debía ser puesto en cárcel, cuartel, cuerpo de guardia, casa municipal, o cualquier establecimiento o edificio público, el confinamiento, artículo 56, consistía en que el penado estaría privado de la libertad en un distrito parroquial, cantón o provincia determinada, lugar del cual no podía salir e iba a ser vigilado por autoridad designada.

Teniendo en cuenta la distancia histórica del lenguaje y que la pretensión de este trabajo es ser un documento pedagógico, pasaremos a aclarar presidio y prisión. El presidio es la restricción a la libertad en centro penitenciario, es la pena que debía cumplir una persona privada de la libertad con ocasión de una condena por delitos graves, es la más grave porque además el condenado debía cumplir con trabajos forzados de alto desgaste físico, y estos trabajos iban a depender de la fuerza o capacidad física de la persona. La pena de prisión se debe cumplir en las cárceles nacionales, aunque a falta de cárceles se podía cumplir la pena en centro penitenciario, en esta al privado de la libertad no se le obligaba a realizar trabajos.

Como se puede apreciar la diferencia establecida en Código de 1837, tenía que ver con el lugar de cumplimiento de la pena y la gravedad del delito, en el presidio según el artículo 45, por ser los hombres debían trabajar 9 horas y las mujeres 7 horas diarias; en la pena de prisión los hombres debían trabajar 8 horas y las mujeres 6 horas diarias. Como se puede apreciar existía un trato, mínimo diferenciador entre hombres y mujeres.

Como dato interesante encontramos que el artículo 48 consagraba que el dinero que se producía por la ejecución de los trabajos forzados se usaba una parte para cubrir los gastos del lugar de reclusión, otra para recompensar la conducta de los penados y la última parte del dinero se enviaba para alimentar la familia del reo.

El segundo libro titulaba “De los delincuentes y al modo de graduar los delitos y aplicar las penas”, constaba de dos títulos: el primero dirigido a los delincuentes, donde se hacía la diferenciación entre autores, cómplices, auxiliadores y encubridores; excluía de responsabilidad a los dementes, a los privados de la razón, a los menores de siete años y a los ebrios. El título segundo estaba dedicado a las circunstancias agravantes y atenuantes de los delitos y a la reincidencia, analizaba la forma en la que era cometido el delito, lugar, estatus de quien lo cometía, víctima del delito.

El tercer libro titulaba “De los delitos y culpas contra la sociedad y de sus penas”. Se dividía en varios títulos: el primero dedicado a regular los delitos y las culpas presentes en contra de la constitución de 1830, se prohibían conductas contra la libertad de la nación, contra el ejercicio de los derechos políticos, derechos individuales y contra todo tipo de propiedad. En los demás títulos se abordaban delitos contra la religión, seguridad exterior de la república, tranquilidad y orden público, funcionarios o empleados públicos en ejercicio de sus funciones,

allanamiento de cárceles, delitos contra la salud pública, contra la fe pública, contra la moral pública, hacienda nacional, delitos que solo podían cometer los funcionarios o empleados públicos con ocasión de su cargo y el ejercicio del mismo, y delitos contra la libertad de imprenta.

El cuarto y último libro de este código titulaba “De los delitos y culpas contra los particulares y de sus penas”, contiene delitos como el homicidio, envenenamiento, castración, aborto, incendio con fin de matar, violación de enterramientos, adulterio y estupro alevoso, partos fingidos, delitos contra la honra, fama, la tranquilidad de los particulares y contra la propiedad.

El Código Penal de la Nueva Granada, desde su promulgación en 1837 y hasta 1873, fecha en la que fue deroga por el Código Penal de Los Estados Unidos de Colombia, sufrió varias reformas: en 1843 se estableció un procedimiento y penas especiales para las cuadrillas de malhechores, creó penas para los empleados públicos que abandonaran sus destinos, se aumentaron las condenas para los abigeos que nuevamente fueron elevadas en 1846. En el año 1844 se sube el quantum de las penas para los empleados de correos y colectores de renta que se hurtaban los fondos públicos. En 1849 se abolió la pena de vergüenza pública, pero se ampliaron las relativas a los delitos de heridas, se suprimieron las de muerte, trabajos forzados, presidio, reclusión, prisión e infamia para quienes cometieran delitos políticos, las cuales fueron reemplazadas por la de expulsión del territorio.

En 1851 se declaró:

“Completamente libre la expresión del pensamiento por medio de la prensa”, derogándose todas las disposiciones sustantivas y adjetivas al particular, es decir que dejaban de existir los delitos de injuria, calumnia e infamia, si lo expresado se hacía a través de la prensa; de

tal manera que si alguna persona era lesionada en su patrimonio moral mediante una publicación, no podía apelar a las autoridades, dado que el hecho era considerado atípico. Con esa reforma y su consagración constitucional, se otorgó a la prensa (imprensa) patente de corso, para que pudiera injuriar, infamar y hasta calumniar impunemente a cualquiera persona, sin que esta pudiera hacer nada para evitarlo, salvo que hiciera mediante otra publicación. (Salazar-Cáceres, 2016, pág. 42)

Para entender la relación del proceso de codificación en materia penal de la mano del pensamiento ilustrado se hace necesario acudir al estudio de las practicas judiciales, es decir, de la aplicación de las normas en la época a la cual se le dio el nombre de la ciencia de la legislación, que buscaba entender la manera en que actuaban los jueces, abogados defensores, acusados, acusadores y como resultado de este estudio se puede notar como se pasa de la arbitrariedad judicial a un proceso que tiene como mira la justicia y la correcta aplicación de la normatividad.

Varios autores han tratado de minimizar y simplificar el proceso de codificación colombiano, sosteniendo que es una mera copia del Código español 1822, aduciendo que “es el mismo de España”(Como se cita en Escobar & Maya, 2007, párr. 21), otros afirmaban que “estaba calcado sobre el francés tal como este último en la reforma de 1832” (Como se cita en Escobar & Maya, 2007, párr. 21), dichos distractores están muy alejados de la realidad, toda vez que están desconociendo “las discusiones y los debates que se realizaron desde 1833 en el Concejo de Estado y en las Cámaras Legislativas” (Escobar& Maya, 2008, pág. 160), también desconocen la presencia de catedráticos americanos y tratadistas que aportaron al proceso de codificación como: Manuel Lardizábal y Uribe, José Duque Gómez, Gaetano Filangieri, José Ignacio de Márquez,

Charles Louis de Secondat Barón de la Brede et de Montesquieu y todos sus discípulos franceses y los demás filósofos ya tenidos en cuenta como Cesare Beccaría.

Conclusiones

Terminar un proceso es tener la oportunidad de aclarar la mirada, de observar la distancia y comprender el impacto de lo aprehendido.

Gloria Lucía Arango Pajón

Después de la elaboración de este trabajo, que sin lugar a dudas tuvo para nosotros la connotación de una aventura intelectual, nos detenemos a reflexionar sobre el mismo y de inmediato aparecen los aprendizajes significativos que en este acápite harán las veces de conclusiones, y no cierran, por el contrario, abren nuestra curiosidad para seguir buscando por los caminos de la historia los cimientos del derecho penal que como manifestamos antes, nos cautivó desde el inicio de la carrera.

Del desarrollo del mismo, identificamos la escasa literatura especializada sobre el tema de la codificación en el derecho penal, lo que muestra es que ha sido poco estudiado por historiadores y académicos del derecho, desde esta situación comprendimos las palabras de nuestra asesora cuando nos decía que el problema en la enseñanza del derecho es que se ha realizado de manera a-histórica lo que conlleva a la poca motivación en la investigación y producción de textos históricos.

Es claro que, a la historia del derecho penal, más directamente a su proceso de codificación no se le ha dado ni se le da la importancia que requiere, toda vez que son pocos los

tratadistas y estudiosos del derecho penal a los cuales se les ve motivados por conocer su historia y por realizar buenas investigaciones al respecto.

Los más importantes y grandes procesos de codificación en materia de derecho penal se dieron en territorio europeo, ya que, los primeros modelos de código penal se encuentran en este continente. Es la civilización europea la primera en suplir esa necesidad que tenía la población de un código, el cual pudiera de alguna manera regular el comportamiento de las personas en sociedad.

Jeremy Bentham es el mayor escritor de códigos penales de autor en la historia de la humanidad, este crearía un código penal con una estructura propia, la cual sería recogida por los estados europeos de la época como modelo a seguir, incluso fue Bentham quien escribió el código penal venezolano. Estos descubrimientos nos llevaron a comprender más claramente no solo la historia del derecho, siendo Bentham el padre del positivismo jurídico, sino la historia del derecho penal como herencia del Iluminismo.

La llegada de la ilustración a Europa trae consigo cambios, sociales, culturales, políticos y legislativos, entre ellos genera la evolución al proceso de codificación en materia de derecho penal, ya que a raíz de unacrítica a la forma de legislar se genera un cambio de códigos de autor a los códigos de acto. Para nosotros este conocimiento fue novedoso ya que nunca nos habíamos encontrado con dicha teoría.

Montesquieu, Rousseau, Voltaire y muy en especial Beccaría aparte de ser grandes pensadores y estudiosos del derecho, han sido precursores del movimiento de la ilustración en Europa y no menos importante han contribuido de buena manera a la idea de que se debe humanizar el derecho y sobre todo el derecho penal.

Podemos entender la humanización del derecho penal desde Beccaría como todo despojo de la ley de tratos crueles e inhumanos, tortura, penas corporales y en especial la pena de muerte, esto lo vemos materializado primero en el texto de los delitos y las penas escrito por Cesare Beccaría y posteriormente la materialización de estas ideas en los diversos tratados y declaraciones internacionales sobre los derechos humanos.

El proceso de codificación penal surge o tiene su origen en Europa, primero en Francia en el año de 1791 y posteriormente en España en 1822, de manera paralela el proceso de codificación granadino en materia penal se da en el año de 1837, con la ley 27 de 1837, este proceso fue de manera autónoma, eso sí, teniendo en cuenta los aportes del movimiento de la ilustración europea.

El proceso de codificación penal como una forma revolucionaria para erradicar la normatividad española en la época post independencia, ya que como pueblo independiente exigían al nuevo gobierno en cabeza de Francisco de Paula Santander que las normas que regularan su sociedad se apegaran a su entorno socio cultural y a sus costumbres.

El Código Penal de la Nueva Granada de 1837 se creó mediante un proyecto realizado por una comisión conformada por estudiosos del derecho que ocupaban para ese momento importantes cargos públicos, los cuales tenían como común denominador tener la facultad de legislar dando, así como resultado el primer código penal de acto.

Este código penal del año de 1837 tuvo gran similitud y puntos compartidos con el Código Penal Francés del año de 1791, toda vez que tanto su estructura, como tipificación de conductas, procedimientos de juzgamiento como régimen carcelario eran muy parecidas. Al igual que se puede notar que ambos códigos son de corte moderno e ilustrado.

Referencias

- Campillo Pardo, A.J, Restrepo, J (2016). El Corpus Iuris Civilis: la recopilación más importante del derecho romano. Recuperado de: <https://www.urosario.edu.co/Blog-Archivo-Historico/Lenguas-clasicas/Abril-2016/El-Corpus-Iuris-Civilis-La-recopilacion-mas-import/>
- Dranpkin Senderey, Israel (1982). Los códigos pre-hamurabicos. Universidad Hebrea de Jerusalén. Recuperado de: <file:///C:/Users/HP/Downloads/Dialnet-LosCodigosPrehamurabicos-46215.pdf>
- Ferrer Francisco, Valls (1834). Principios de legislación y codificación extractados de las obras del filósofo inglés Jeremías Bentham. Universidad de Sevilla. Recuperado de: <http://fama2.us.es/fde/principiosDeLegislacionT1.pdf>
- Harrison, Ross(2000). JEREMYBENTHAM (1748–1832) explicado por Ross HARRISON. Enciclopedia Oxford de Filosofía. Recuperado: <http://www.alcoberro.info/V1/utilitarisme7.pdf>
- Oses Sanchez (1967). Jeremy Bentham y el Derecho Penal. Universidad de la Rioja. Recuperado de: [file:///C:/Users/HP/Downloads/Dialnet-JeremiasBenthamYElDerechoPenal-2783454%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/HP/Downloads/Dialnet-JeremiasBenthamYElDerechoPenal-2783454%20(1).pdf)
- Beccaría, Cessare (2015). *TratadoDe los delitos y de las penas*. Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de: https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1

Beccaría, Cessare (2000). *De los delitos y de las penas*. México:Fondo de Cultura Económica (FCE).Recuperado

de:<https://ebookcentral.proquest.com/lib/bibliounaulasp/detail.action?docID=4508417>

Bernate Ochoa, F. (2004). El Código Penal Colombiano de 1890. Estudios Socio-Jurídicos.

Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792004000200017

Diario de debates de la honorable Cámara del Senado: presidencia del Sr. Obispo de Antioquia, sesión del día 23 de marzo de 1836 (1836). Recuperado de:

<http://babel.banrepcultural.org/cdm/ref/collection/p17054coll10/id/828>

Escobar Villegas, J. C. & Maya Salazar, A. L. (2007). Los procesos de codificación penal en Nueva Granada: una ruta para la mundialización de las ideas ilustradas. *Nuevo Mundo, Mundos Nuevos*,7.Recuperado de: <https://journals.openedition.org/nuevomundo/3960>

Escobar Villegas, J. C. & Maya Salazar, A. L. (2008). Legislar y codificar en la nueva granada, historia de una cultura política mundializada en el siglo XIX. *Co-herencia*, 5(8), 149-181. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/cohe/v5n8/v5n8a06.pdf>.

Gaceta del Congreso (domingo 28 de abril de 1822). Gaceta del Congreso, 28, 1-4. Recuperada de: <http://babel.banrepcultural.org/cdm/ref/collection/p17054coll26/id/411>

Guzmán Dalbora, J. L. (2009). El Código Penal francés de 1791. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3(1), 481-517.

República de la Nueva Granada, Ley 27 de 1837, *Por la cual se expide el Código Penal*.

Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/332753663/Codigo-Penal-1837-Paris-1840>

Leyva Estupiñán, M., & Lugo Arteaga, L. (2015). La influencia de Beccaría en el Derecho Penal moderno. *Derecho Penal Y Criminología*, 36(101), 133-

151. <https://doi.org/10.18601/01210483.v36n101.05>

Sánchez Díaz, M. & Vega Valdés, J. C. (2003). Algunos aspectos teórico-conceptuales sobre el análisis documental y el análisis de la información. *Ciencias de la Información*, 34(2), 49-60. Recuperado de:

<https://biblat.unam.mx/hevila/Cienciasdelainformacion/2003/vol34/no2/5.pdf>

República de la Nueva Granada (1840). *Código Penal de la Nueva Granada*. París, Francia: Imprenta de Bruneau. Recuperado de:

<https://es.scribd.com/document/332753663/Codigo-Penal-1837-Paris-1840>

Salazar-Cáceres, C. G. (2016). Breve historia del derecho penal colombiano. *Revista Principia Iuris*, 13(26), 35-53. Recuperado de: <https://studylib.es/doc/7321148/breve-historia-del-derecho-penal-colombiano-short-history-of>

Imágenes

Escobar Villegas, J. C. & Maya Salazar, A. L. (2007). Proceso de codificación penal [imagen].

Recuperado de: <https://journals.openedition.org/nuevomundo/3960>