

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIOLOGÍA
Departamento de Ciencia Política y de la Administración II



**LA CIENCIA DE LA POLICIA:
UNA INTRODUCCIÓN HISTÓRICA AL DERECHO
ADMINISTRATIVO COLOMBIANO**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Miguel Alejandro Malagón Pinzón

Bajo la dirección de la doctora:
María Isabel López Díaz

Madrid, 2006

- **ISBN: 978-84-669-2957-8**

LA CIENCIA DE LA POLICIA: UNA INTRODUCCION HISTORICA AL
DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

Tesis Doctoral

Dirigida por: Dra. Doña María Isabel López Díaz

Presentada por: Don Miguel Alejandro Malagón Pinzón

Facultad de Ciencias Políticas y Sociología
Departamento de Ciencia Política y de la Administración II

Universidad Complutense de Madrid

Febrero de 2006

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
1. La Revolución Francesa y el Derecho Administrativo Francés. La invención de la teoría del Acto Político o de Gobierno y su ausencia de control judicial.	10
1.1. Origen del Derecho Administrativo - Cambios lingüísticos debidos a la Revolución.	11
1.2. Creación del Concepto de Soberanía Nacional.	13
1.3. La Declaración de los Derechos del Hombre.	14
1.4. Aparición del Principio de Legalidad y de la Codificación.	18
1.5. La División de Poderes, el Silogismo Jurídico y el Arbitrio Judicial.	23
1.5.1. La Discrecionalidad administrativa y el nacimiento del Acto Político.	31
1.6. Aplicación de los postulados de la Revolución Francesa.	39
1.7. Primera concepción francesa sobre los Estados de Excepción.	41
2. Influencias extranjeras en la conformación del Derecho Público y la Recepción del modelo de Derecho Administrativo Francés en Colombia.	46
2.1. La Revolución de Los Comuneros.	47
2.2. El Memorial de Agravios, la Revolución de Independencia del 20 de Julio de 1810	53

2.2.1. Enfrentamiento económico y político entre Cartagena y Santa Fe de Bogotá. Génesis de nuestro federalismo.	61
2.3. El pensamiento de Bolívar y el proyecto constitucional de Angostura de 1819 y la Constitución Boliviana de 1826.	70
2.4. La Regeneración y la Constitución de 1886.	108
2.5. Recepción del modelo de Derecho Administrativo Francés en Colombia.	123
2.5.1. Acogida de la teoría del Acto Político.	138
2.5.1.1. El primer liberalismo francés y su influencia en Hispanoamérica.	138
2.5.1.2. La Constitución de 1886 y la recepción de la teoría francesa del control formal del decreto de Estado de Sitio.	142
2.5.1.3. La Justiciabilidad formal del decreto de Estado de Sitio.	145
2.5.1.4. La Constitución de 1991 y el rechazo de la teoría francesa de la ausencia de control material del Acto Político.	148
2.5.1.4.1. La Corte Constitucional: Juez de la Administración.	150
2.5.4.1.2. La estrategia global de reforma del Presidente Uribe y el resurgimiento de la tesis francesa del control formal del Acto Político o de Gobierno.	154
3. La Ciencia de la Policía.	159
3.1. Historia y Evolución del concepto. - La Cameralística.	161
3.2. La Ciencia de la Policía.	164
3.3. Policía y Justicia.	170
4. El Control de la Policía en las Indias.	191

4.1. Primeras acepciones de Policía. Las Reducciones, Misiones religiosas y los Pueblos de Indios.	191
4.2. Los controles a la Policía.	196
4.2.1. Los controles de ingreso a la Policía.	196
4.2.1.1. La Adecuación.	196
4.2.1.1.2. Nacionalidad.	199
4.2.1.1.3. Religión.	206
4.2.1.1.4. Edad.	207
4.2.1.1.5. Sexo.	208
4.2.1.1.6. Factores Económicos y Sociales.	210
4.2.1.1.7. Estado Civil.	211
4.2.1.1.8. Capacidad e Incompatibilidad.	212
4.2.2. Requisitos para la toma de posesión.	213
4.2.3. Controles Disciplinarios y Fiscales.	220
4.2.3.1. Las Visitas.	220
4.2.3.1.1. Aspectos Generales.	220
4.2.3.1.2. Aspectos Procesales.	228
4.2.3.1.3. Críticas.	235
4.2.3.1.4. Pervivencia de la Visita en el siglo XIX.	238
4.2.3.2. Juicio de Residencia.	240
4.2.3.2.1. Aspectos Generales.	240
4.2.3.2.2. Aspectos Procesales.	244
4.2.3.2.3. Críticas.	255

4.2.3.2.4. Pervivencia del Juicio de Residencia en los siglos XIX y XX.	256
4.2.3.3. Juicio de Cuentas.	262
4.2.3.3.1. Antecedentes y Situación en Castilla.	262
4.2.3.3.2. El Juicio de Cuentas en las Indias.	264
4.2.3.3.3. Pervivencia del Juicio de Cuentas en los siglos XIX y XX.	269
4.2.4. Eficacia del funcionamiento de la Burocracia Colonial.	288
4.2.5. Los Controles en vía de Recursos contra los Actos de Gobierno o de Policía en las Indias.	289
4.2.5.1. Los Recursos contra los Actos de Gobierno o Policía en Castilla.	290
4.2.5.2. Actos conforme a derecho.	292
4.2.5.3. Actos contrarios a derecho.	294
4.2.5.4. Los Recursos.	296
4.2.5.5. Los Recursos en las Indias.	296
4.2.5.5.1. El Recurso de Amparo.	296
4.2.5.5.2. La Suplicación.	303
4.2.5.5.3. El Recurso de Agravios.	310
4.2.5.5.3.1. Los Actos de Gobierno de Virreyes, Gobernadores, Presidentes y Oidores.	311
4.2.5.5.3.2. Los Actos de Gobierno de los Intendentes.	320
4.2.5.5.3.3. Pervivencia del Recurso de Agravios en los siglos XIX y XX.	325
5. Conclusiones.	339
6. Bibliografía.	348

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es el de ayudar a encontrar una identidad jurídica que Colombia ha perdido. Tomando como base la Ciencia de la Policía se debe entender que el derecho administrativo, es un derecho mucho más antiguo de lo que la mayoría de nuestros autores plantean. Por la sencilla razón de que el encauzamiento del poder entre nosotros lleva más de cuatrocientos años y no casi cien como lo expresan los doctrinantes colombianos formados en la tradición francesa. Escuela ésta que nos ha impuesto la famosa frase de Luis XIV, de “El Estado Soy yo” para indicarnos que únicamente con la Revolución Francesa y con la invención del principio de legalidad es que la administración se somete al derecho.

El fin que anhelamos es que con el conocimiento de las instituciones de control de la Colonia, del siglo XIX y parte del XX, antes de la recepción del sistema galo, se mire al derecho administrativo en otra perspectiva. Que se le entienda como un proceso evolutivo que surge del derecho español y no como un fenómeno de generación espontánea que se produce en la segunda década del novecientos, cuando copiamos el modelo de control francés.

Esta investigación es realizada por un abogado administrativista, que amparado en la historia busca generar otro punto de vista sobre el derecho administrativo colombiano.

Desgraciadamente no tenemos la formación profesional de un historiador, por lo que sólo hemos llegado a esbozar una hipótesis distinta sobre el denso proceso de formación del control sobre el poder. Pero, no deja de sorprendernos el mal conocimiento que tienen nuestros profesionales del derecho sobre nuestra historia jurídica, circunstancia que ha producido que sobre el derecho administrativo, se haya puesto un velo que ha generado que se tengan por verdaderas argumentaciones, que como la francesa no atienden a nuestro pasado histórico jurídico. Esperamos que con este modesto escrito se logre cambiar la perspectiva de nuestra administración pública y de su ordenamiento jurídico.

El derecho administrativo actual es un derecho sujeto a cambios incesantes que hacen de él un subsistema normativo en crisis; la huida de la administración pública hacia el derecho privado hace necesario replantear su porvenir.

Por lo que se refiere a Colombia, ésta disciplina – el derecho administrativo - acusa una falta de identidad debida al olvido no sólo de su primera etapa hispánica; suplantada por la influencia francesa, sino de esta última al acercarse cada vez más al modelo anglosajón, con la importación del modelo de autoridades independientes que responden al fenómeno del intervencionismo estatal, iniciado por el presidente Roosevelt en aplicación de su *New Deal*.

En este trabajo se va a estudiar la historia del derecho administrativo colombiano partiendo de la Policía y su desarrollo en el derecho colonial español, o mejor conocido como

derecho indiano¹, y continuando luego con su evolución en los siglos XIX y XX, hasta la implantación del modelo francés.

Siempre existirá la polémica sobre el origen del derecho administrativo. Aquí se pretende participar en ella para ayudar a entender y a conocer nuestro derecho público. Porque se parte de la idea, errónea a nuestro juicio, de que el derecho administrativo es un invento que se atribuye a la Revolución Francesa, y, en consecuencia, se afirma que Iberoamérica no conoció el derecho de la administración pública hasta el siglo XIX.

Nuestra propuesta en este trabajo es que se tome a la Ciencia de la Policía como la primera etapa en la que la administración pública se somete al derecho, como el primer momento de control sobre el poder. Esta subordinación marca el inicio de nuestra historia administrativa, y corresponde en nuestra evolución jurídica a la presencia histórica de España en América, que nos muestra un armazón de instituciones y figuras jurídicas dotadas de una autonomía ciertamente precaria, pero que a pesar de sus deficiencias, conformaron una Administración Pública que se vio limitada, tanto desde el punto de vista jurídico como político- social. De tal modo que existiera un gobierno absoluto² pero controlado, incipientemente, por la Corona desde España, y por la Sociedad en América.

¹ El Derecho indiano “ puede correctamente definirse como un sistema de leyes, doctrinas y costumbres, creado o aceptado por los reyes de Castilla, para organizar el gobierno espiritual y temporal del Nuevo Mundo hispánico, regular la condición de sus habitantes, dirigir la navegación y el comercio y, sobre todo, procurar la incorporación de los indígenas a la grey católica”. ZORRAQUIN BECU, Ricardo. Hacia una definición del derecho indiano. Publicado en: Revista de Historia del Derecho. no. 22. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1994. p. 407.

² SAN MARTINO DE DROMI, María Laura. Historia de la Administración Argentina. Publicado en: Posada Herrera y los orígenes del Derecho Administrativo español. Madrid. INAP. 2001. p. 324.

Este punto del control es muy importante porque la Policía en Iberoamérica, no es otra cosa sino una expresión de este fenómeno. De tal suerte que esta servirá como un elemento de estabilización social, ya que por ejemplo a partir de ella se expidieron leyes que buscaban la tranquilidad. Con ellas se pretendía “que los indios no fueran demasiado maltratados y se exigía que los oficiales seculares o eclesiásticos no pelearan entre sí.”³

El control se manifestó en la plena intervención de que se valía la Policía para conseguir el centralismo estatal. Dicha institución en Europa se topó con la oposición de entidades como la iglesia, los gremios, los municipios, trayendo como resultado que la penetración del absolutismo fuera más lenta. En América por el contrario estas instituciones estaban menos establecidas, por lo que la Policía encontró un ambiente más propicio para poder arraigarse y expandirse. El resultado de este implante fue que el derecho indiano, se construyera con un ideal modernizador como lo era el del buen gobierno⁴. Es por esto que este ordenamiento indiano es un típico derecho moderno, es un derecho de policía.

³ PIHLAJAMAKI, Heikki. Lo Europeo en Derecho: *Ius Politiae* y el Derecho Indiano. Publicado en: Derecho y Administración en las Indias Hispánicas. Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano. Vol. II. Cuenca. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha. 2002. p. 1374.

⁴ “El significado de la expresión buen gobierno tiene un acepción amplia y otra restringida. La primera es la del uso ordinario del idioma, aplicado en general a cualquier disposición encaminada al bien común. La segunda - aunque como es lógico comprendía la primera- se refiere a un campo semántico más concreto: al gobierno de las ciudades y que, en este caso, tendría un sinónimo casi perfecto en el término policía, (...)” ESCOBEDO MANSILLA, Ronald. El Bando de Buen Gobierno instrumento de la Ilustración. Publicado en: Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Tomo I. México. UNAM. 1995. p. 476.

Hay que empezar por analizar el surgimiento del derecho administrativo francés, para poder entender que nuestro derecho administrativo es una fusión de antecedentes hispánicos, iluminismo francés e intervencionismo anglosajón⁵. En esta mixtura es difícil ver que prima sobre que; lo único que se puede vislumbrar es que Iberoamérica tiene un ordenamiento administrativo con una base europea, pero también con un piso propio, que es la Ciencia de la Policía y su regulación. Este canon no podía ser el mismo de la península por la sencilla razón de que América es algo distinto, donde las reglas se tienen que adaptar a una realidad completamente diferente para las que fueron creadas. Si a este hecho le sumamos la distancia entre los dos continentes, vemos que es muy dicente que se diera un control sobre el gobierno, sobre la administración.

⁵ Para el caso colombiano aún no se ha empezado a estudiar el importante influjo del derecho administrativo inglés y norteamericano sobre el colombiano. El primer intento es de mi autoría, mírese "Influencia del derecho administrativo norteamericano en el derecho administrativo colombiano: las misiones Kemmerer y Currie. Publicado en: Teoría de la organización Administrativa. Bogotá. Universidad del Rosario. 2005. p. 15-32.

CAPITULO I

1. La Revolución Francesa y el Derecho Administrativo Francés. La invención de la Teoría del Acto Político o de Gobierno y su ausencia de control judicial.

Parte de la doctrina en el Derecho administrativo continental europeo⁶, sostiene que éste nace con la Revolución Francesa y como consecuencia concreta del principio de separación de poderes. Expone como uno de sus principales logros el haber inventado un Juez especial para controlar a la administración. De igual forma plantea que el Derecho Administrativo será la lucha constante para controlar las potestades discrecionales de la Administración. No obstante, como último reducto de estas inmunidades del poder, quedará la figura del acto político o de gobierno, que surgirá por creación artificial del Consejo de Estado Francés. Nosotros no compartimos este pensamiento, pues sostenemos que el derecho administrativo tiene un nacimiento anterior. Pero debemos mostrarlo para posteriormente exponer nuestra hipótesis. Analicemos pues el umbral francés.

⁶ Entre otros, podemos mencionar como representantes de esta postura a WEIL, Prosper. Derecho Administrativo. Madrid. Civitas. 1986. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Revolución Francesa y Administración Contemporánea. Madrid. Civitas. 1998 y La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público tras la Revolución Francesa. Madrid. Alianza Editorial. 1994. CHINCHILLA, Carmen. "Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del Derecho Administrativo. Publicado en: Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios. Madrid. Civitas. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Sobre la Génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX. Sevilla. Instituto de Estudios García Oviedo. 1972.

1.1. Origen del Derecho Administrativo – Cambios lingüísticos debidos a la Revolución.

El derecho administrativo francés se considera como la expresión del fenómeno de conquista del Estado por el derecho y desde esa óptica es un acontecimiento muy nuevo. Para Weil tiene un origen “milagroso”, porque es casi una manifestación divina el que el poder quiera someterse al derecho.⁷

Suele considerarse que el punto de partida del derecho administrativo es la Revolución Francesa. Esta fue un acontecimiento que produjo grandes innovaciones. La primera de ellas se dio en el lenguaje, empezando por la palabra revolución que antes sólo se refería a la obra del polaco Nicolás Copérnico “*de revolutionibus*”, publicada en 1543 en Nuremberg. Allí se formuló la teoría heliocéntrica⁸, y se empezó a cambiar el modo de pensar pasando de un pensamiento teológico a uno científico.

⁷ WEIL, Prosper. Derecho Administrativo. Op. Cit. p. 36 y s.s.

⁸ Copérnico para evitar persecuciones y acusaciones de herejía le dedica su obra al Papa Paulo III, que era un gran aficionado a la astronomía. Veamos esa dedicatoria: “Me doy cuenta con suficiente claridad, Santo Padre, que habrá personas que al enterarse que en mis libros sobre las revoluciones de las esferas del universo atribuyo unos movimientos al globo terráqueo, pondrán el grito en el cielo y pedirán mi condena junto con mis convicciones (...). Para concebir la idea de un principio distinto en el cálculo de los movimientos de las esferas del mundo, no me ha impulsado otra cosa que la de constatar que los matemáticos, en sus investigaciones acerca de aquéllas, se hallaban en contradicción con ellos mismos (...). De ahí, pues, que con este estímulo me pusiera yo también a reflexionar sobre el movimiento de la tierra. Si, no obstante, hay gentes retorcidas que, aunque lo ignoran todo de las matemáticas, se permiten juzgar estas cosas y, a causa de algún pasaje de las escrituras, malévolamente desviado de su sentido, osan censurar y atacar mi obra, no me preocuparé en absoluto de ellos, incluso despreciaré su juicio por temerario. Para demostrar, tanto a los científicos como a los que no lo son, que no rehuyó la crítica de quien sea, he preferido dedicar este fruto de mi esforzada labor más bien a Vuestra Santidad en lugar de hacerlo a cualquier otra persona, y ello porque incluso en este más remoto rincón de la Tierra donde yo vivo se os considera como el más ilustre, tanto por vuestra dignidad jerárquica como por el amor que profesáis a todas las artes, sin exceptuar las matemáticas. Fácilmente, pues podréis reprimir con vuestra autoridad y criterio los ataques de lenguas calumniadoras, aunque diga el

En la enciclopedia de Diderot y D' Alambert el único significado que se tenía de esta voz, era el de esta obra de Copérnico. Ignorando con ello, por ejemplo, los acontecimientos de la Revolución en Norteamérica. Tampoco allí se definió la palabra Independencia, ya que como lo señaló Germán Arciniegas, “era obvio, porque viviendo Europa de los imperios, y Europa era todo un imperio para explotar colonias en el mundo, definir independencia como lo es, era atentar contra las fuentes de la riqueza colonial”.⁹

La lengua se enriqueció con palabras como aristócrata y libertad, y esta última de ahora en adelante iba a ser entendida como autonomía y no como la libertad de los antiguos; que según García de Enterría, siguiendo a Constant, era la de participar en los asuntos públicos.¹⁰

Sin embargo, debemos resaltar que esta concepción de libertad para los antiguos sólo hacía referencia a la posibilidad que tenían los ciudadanos de tomar parte en las cuestiones públicas, dejando fuera de ellas a los hombres libres, a los esclavos y a las mujeres. Es decir que esta noción de libertad no encaja en la idealización de la antigua Grecia y en concreto de Atenas como la cuna de la democracia y como el período de mayor igualdad dentro de la cultura occidental.

refrán que no hay medicamento contra la mordedura de un falso acusador.” ANABITARTE, Héctor y SANZ, Ricardo Lorenzo. COPERNICO. Bogotá. Editora Cinco. 1985. p. 149-150.

⁹ ARCINIEGAS, Germán. Con América nace la nueva historia. Bogotá. Tercer Mundo Editores. 1992. p. 247.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. La Lengua de los derechos. Op. Cit. p.17 - 42.

Esto lo que demuestra es que la concepción de libertad para los antiguos tiene que tomarse a beneficio de inventario y debe tratar de mirarse en una perspectiva más social, en el sentido de que fue excluyente y solamente benefició a una clase como era la de los hombres atenienses propietarios de la tierra.¹¹

1.2. Creación del Concepto de Soberanía Nacional

En segundo lugar encontramos el principio de la Soberanía Nacional, entendida como la “traslación de la soberanía (en definitiva del poder) desde el Príncipe (principio monárquico del absolutismo) a la nación, entendida como distinta de los individuos que la componen y titular de dicha soberanía (poder) de forma originaria y ejercida - en virtud de delegación- por los órganos instituidos por la propia nación.”¹² Derivado de este principio surgió el concepto de democracia representativa y de mandato representativo, entendiéndose por este último el que los representantes elegidos por el pueblo representaban a la Nación y no a ningún interés particular. Este criterio conllevó la supresión de los gremios y de las corporaciones de oficios, pues favorecían los intereses particulares, y vulneraban la libertad de asociación y el derecho a escoger libremente profesión u oficio.¹³

¹¹ ANDERSON, Perry. Transiciones de la antigüedad al feudalismo. México. Siglo XXI Editores. 2002. p. 34-35; FINLEY, M. I. La Grecia antigua. Barcelona. Editorial Crítica. 2000. p. 134-135; FONTANA, Josep. Europa ante el Espejo. Barcelona. Editorial Crítica. 1994. p. 12-14.

¹² PAREJO ALFONSO, Luciano. El Concepto del Derecho Administrativo. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 1984. p. 37.

¹³ El edicto de Turgot y la ley de Chapelier fueron las dos normas que pusieron fin a las Corporaciones y a los gremios a fines del siglo XVIII. El artículo 2do. de la nombrada ley disponía: “Los ciudadanos del mismo estado social o profesión, los obreros y compañeros de un arte cualquiera no podrán, cuando se reúnan, designar presidente, secretario o síndico, llevar registros, tomar resoluciones, sancionar reglamentaciones acerca de sus pretendidos intereses comunes”. MARTIN SAINT – LEON, E. Historia de las Corporaciones de Oficio. Buenos Aires. Editorial Partenon. 1947. p.449.

1.3. La Declaración de los Derechos del Hombre

La tercera gran creación fue la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Estos se conformaron como realidades reconocidas por el Estado y protegidas por él. El nuevo orden jurídico social se construyó sobre ellos, pero al contrario de lo que se piensa, el derecho administrativo en sus inicios no se encargó de protegerlos, sino de proteger a la Administración.

Los valores que defendió esta declaración eran la libertad, la igualdad, la fraternidad, y la propiedad. El primero se expresó en los derechos de primera generación o libertades públicas, que implicaron para el Estado obligaciones de no hacer, es decir de no intervención¹⁴, únicamente de reconocimiento. Estas libertades eran de dos clases: “1. libertades límite, tales como la seguridad o protección frente a arrestos y detenciones arbitrarias, la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, la libertad de movimiento, la libertad de empresa y la libertad de pensamiento; 2. libertades-oposición, tales como la libertad de prensa, reunión, manifestación, etc.”¹⁵

¹⁴ GIANNINI refiere que la idea de intervencionismo existe en el Estado para solucionar, por medio del Ordenamiento Jurídico, los conflictos sociales. De tal suerte que siempre que exista un ordenamiento jurídico habrá intervención “por lo que diciendo que hay intervención no se dice nada, ni jurídica, ni politológicamente pertinente”. GIANNINI, Massimo Severo. El Poder Público. Estado y Administraciones Públicas. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1991.p. 21.

¹⁵ DUVERGER, Maurice. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Barcelona. Ariel. 1962. p.211.

El valor de la igualdad¹⁶, se predicó desde el punto de vista formal, es decir frente a la ley, como por ejemplo, con la abolición de la servidumbre y de los privilegios nobiliarios¹⁷. La igualdad jugó un papel trascendental en la organización territorial del Estado Francés, pues en nombre de ella se organizó el concepto de Estado Unitario o Central. En efecto, la Revolución terminó en Francia con las antiguas provincias, y buscó la homogenización con la creación del concepto de departamento, como unidad fundamental del territorio. Este se entendió como una división territorial desconcentrada, establecida para que del extremo más lejano del mismo, a la capital no se tardaran más de 24 horas a caballo. En el departamento se impuso un agente del poder central denominado Prefecto, quien reemplazó al antiguo funcionario comisionado llamado Intendente. El régimen municipal también se organizó según este centralismo y se estipuló que estas entidades tendrían funciones propias y funciones delegadas del poder central, se dispuso que en cada municipio existieran autoridades de elección popular y una autoridad representante del poder central designada

¹⁶ Aquí debemos hacer referencia a que la aplicación del principio de igualdad fue muy relativa, piénsese por ejemplo que Napoleón buscó reconquistar Haití, principal colonia francesa, y revocar la abolición de la esclavitud y por lo tanto acabar con la igualdad que había sido pregonada a los cuatro vientos por la Revolución. Véase a ARCINIEGAS, Germán. Biografía del Caribe. Bogotá. Circulo de Lectores. 1986; JAMES, C. R. L. Los Jacobinos Negros. México. Fondo de Cultura Económica. 2004. De igual forma no me puedo resistir a no transcribir un pequeño párrafo del autor francés Renán, que esboza perfectamente la ineficacia de la igualdad y muestra además el desprecio por las otras culturas diferentes a la francesa “Una nación que no coloniza está abocada irrevocablemente al socialismo, a la guerra del rico y del pobre. La conquista de un país de raza inferior por parte de una raza superior que se establece en él para gobernarle no tiene nada de extraño. Inglaterra practica este tipo de colonización en la India, con gran provecho para la India, para la humanidad en general y para sí misma. Así como deben ser criticadas las conquistas entre razas iguales, la regeneración de las razas inferiores o bastardas por parte de las razas superiores está, en cambio, dentro del orden providencial de la humanidad (...). *Regere imperio populus*, he aquí nuestra vocación” citado por: RIBEIRO, Darcy. Las Américas y la Civilización. Caracas. Biblioteca Ayacucho. 1992. p. 51.

¹⁷ SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo I. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 1988. p. 131.

por el Prefecto. Por último se contempló que estas entidades, el departamento y el municipio, quedaran sometidas a control de tutela por la Administración Central.¹⁸

La fraternidad, como lo expresa Haberle, ha sido un valor con un déficit de plasmación jurídico - positiva y ético - social, que sólo se ha venido a llenar recientemente, con el advenimiento del Estado Social de Derecho y, concretamente, con el principio de solidaridad¹⁹.

Por último, la propiedad fue el principio que más se defendió por las revoluciones liberales, y sobre él se edificó un nuevo orden económico:

La propiedad ordena la producción y la distribución de los bienes. A través de ella, se logra una selección similar a la biológica -un precedente económico de las doctrinas evolucionistas y la teoría de la selección natural de DARWIN- de los mejores para regir el mundo económico; el máximo rendimiento y el mejor empleo de los medios escasos con los que cuenta una sociedad. Toda la teoría económica quiere liberar de trabas a la producción y distribución industrial y comercial. El propietario debe ser libre para que se favorezca el crédito, el comercio, la industria, etc. (...). Al final, libertad, igualdad, ley, constitución, pacto social, producción, comercio, mercado, orden público, selección natural, evolución y progreso son todos, nuevos términos análogos ligados a una nueva verdad revelada por la razón científica: la propiedad.²⁰

Es famosa la disputa entre Boutmy y Jellinek, sobre la falta de originalidad de la Revolución Francesa frente a la Norteamericana. El primero postuló el origen político de la

¹⁸ VANDELLI, Luciano. El poder local, su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones. Madrid. Ministerio de Administraciones Públicas. 1992. p. 33.

¹⁹ HABERLE, Peter. Libertad, Igualdad, Fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional. Madrid. Editorial Trotta. 1998 p. 89 -91.

²⁰ ALVAREZ - CAPEROCHIPI, José Antonio. La Propiedad en la formación del Derecho Administrativo. Pamplona. s. e. 1983. p. 60.

declaración francesa, no exento de chauvinismo; el segundo le atribuyó a ambas declaraciones un punto de partida religioso, la reforma protestante en concreto y más específicamente el pacto de Providence en Norteamérica en 1636, elaborado bajo la batuta de Roger Williams²¹ y plasmado más adelante en 1776 en la declaración del buen pueblo de Virginia. En opinión de García de Enterría²², ésta discusión quedó zanjada al manifestar que el gran aporte de los franceses fue haber inventado, tras el absolutismo, el concepto de ley, como epicentro del derecho público moderno.

No se puede poner en duda la influencia de la Revolución Norteamericana en el país gallo. Por ejemplo, la idea de una declaración de derechos surge de La Fayette, héroe nacional francés que luchó en la independencia norteamericana en donde llegó a tener el rango de Comandante General²³ y quien estuvo presente en los debates de la Constitución de 1776. También tenemos a Jefferson, uno de los redactores de la declaración de derechos de América del Norte, y que fue embajador en París en 1789²⁴.

Por otro lado, Benjamín Franklin estuvo en Europa y en concreto en Francia de 1776 a 1785, dejando una huella bastante clara en el deísmo. El redactó unos artículos en 1728 titulados “artículos de fe y religión” tras haber sufrido un grave accidente, allí planteó la existencia de Dios, la inmortalidad del alma, etc.; basado en estas reglas dijo:

²¹ GONZALEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Madrid. Editora Nacional. 1984. p. 9-55.

²² GARCIA DE ENTERRIA, La Lengua de los Derechos, Op. Cit. p. 70.

²³ MAUROIS, André. Historia de los Estados Unidos. Barcelona. Círculo de Lectores. 1972. p.150.

²⁴ Ibid. p. 67.

Considerando estos principios como esenciales a cada religión y encontrándolos en todas las que teníamos en nuestro país, yo las respetaba todas, aunque en diferentes grados, según ellas admitían más o menos artículos que, sin inspirar, extender o fortificar la moral, sólo servían para dividirnos y para hacernos enemigos los unos de los otros. El respeto por todas, junto a la opinión de que la más mala produce algunos buenos efectos, me ha conducido a evitar toda palabra que pueda disminuir la buena opinión que el prójimo pueda tener de su religión. Y como el crecimiento de la población en nuestra provincia exigía continuamente nuevos edificios para el culto, que se levantaban en general mediante suscripciones voluntarias, cualquiera que fuese la secta, yo no negué mi óbolo para ese fin.²⁵

Este pensamiento se plasmó en el decreto de la Convención del 7 de mayo de 1794, cuyo propósito fue terminar con el ateísmo y con el cristianismo, allí se reguló que “el pueblo francés reconoce la existencia del ser supremo y la inmortalidad del alma. Reconoce que el culto digno del ser supremo es la práctica de los deberes del hombre”.²⁶

1.4. Aparición del Principio de Legalidad y de la Codificación

El cuarto aporte fue el principio de legalidad²⁷, la invención de la ley como expresión de la voluntad general²⁸, encargada de cuidar el interés general, de defender el bien público. Con

²⁵ PABON, JESÚS. Franklin y Europa. Madrid. Sarpe. 1985. p. 137.

²⁶ Ibid. p. 140.

²⁷ En realidad fue la Gloriosa Revolución inglesa la que consagró por vez primera el Principio de Legalidad, porque prohibió que la ley pudiera ser modificada por el Rey, y se dispuso que esta sólo podía ser cambiada por el Parlamento. Adicionalmente también estableció la independencia judicial para garantizar la supremacía de la ley sobre la voluntad del monarca, ya que Jacobo II había destituido a los jueces que se habían negado a interpretar la ley según sus designios. TREVELYAN, George Macaulay. La Revolución Inglesa 1688-1689. La Habana. Editorial Ciencias Sociales. 1980. p.125-126.

²⁸ Según Friedrich, El principio roussoniano de la voluntad general es contradictorio pues “esta voluntad es al mismo tiempo trascendente y racional. La doctrina de la voluntad racional es muy antigua, y desempeñó un papel importante en la antigüedad clásica y en el período escolástico. Pero en las viejas formas no se atribuía esta voluntad racional a cada individuo, sino que dependía en que lo racional estaba activo en un hombre determinado. En Rousseau como resultado de su

esto e instauró el imperio de la Ley²⁹, el que de aquí en adelante iba a ser considerado el código de conducta de los funcionarios de la administración, quienes sólo podían hacer lo que les estaba permitido expresamente por ella. Ellos se convirtieron en meros agentes del poder soberano que se encarnó en el parlamento, que era el único órgano que tenía la representación popular³⁰. A comienzos del siglo XIX esta concepción de la vinculación positiva sufrió una transformación que implicó que la administración ejecutaba la ley y además buscaba los intereses generales, basándose en la discrecionalidad, acogiéndose así

concepto radicalmente igualitario del hombre, encontramos el punto crítico de la teoría de Copérnico. Se dice que todos los hombres poseen una voluntad racional y, entonces la voluntad general se considera como la expresión de estos individuos cuando se reúnen para legislar. Pero ello no significa que Rousseau creyera que la voluntad general era la suma de las voluntades de los individuos que forman la comunidad, ya que cada una de estas voluntades no tiene como mira el bien general, sino el bien individual. Una verdadera ley es siempre una regla general, y el problema central de todo orden gubernamental consiste en encontrar la forma de lograr tales leyes. Sin embargo, Rousseau no resuelve el problema. Ciertamente, no lo resuelve en el sentido democrático de la decisión mayoritaria, como con frecuencia se ha afirmado. Rousseau creía que la democracia sólo era adecuada para comunidades muy pequeñas, pues no estaba dispuesto a permitir o aceptar la representación (...)" FRIEDRICH, C. J., La Filosofía del Derecho. México. Fondo de Cultura Económica. 1997. p. 183 -184.

²⁹ En Inglaterra en la Edad Media se estableció el principio de sujeción del Rey a la ley, así en la Carta Magna de 1215 se dispuso en su artículo 39 que " Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado, privado de sus derechos o de sus bienes, o puesto fuera de la ley o exiliado, o privado de su rango de cualquier otro modo, ni usaremos de la fuerza contra él, o enviaremos a otros para que lo hagan, excepto por sentencia judicial de sus pares y según la ley del país" FIORAVANTI, Mauricio. Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones. Madrid. Editorial Trotta. 2000. p. 32. La razón de ser de este artículo es el juramento que debían prestar los Reyes ingleses al ser coronados, mediante el que se garantizaba que el monarca actuara según el derecho, circunstancia que protegía los derechos de los súbditos, quienes al ser juzgados por los jueces del reino estaban en capacidad de exigir que fueran procesados de acuerdo a la ley. McILWAIN, Charles Howard. Constitucionalismo Antiguo y Moderno. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1991. p. 96 y s.s.

³⁰ "la importancia que la ley asume en la Revolución, puesta ya de manifiesto desde el artículo 3 de la Constitución de 1791 que proclama que "el rey está sujeto a la ley". La ley garantiza la igualdad y la libertad, principios a partir de los cuales debe contemplarse el desarrollo del derecho administrativo. Si la ley es sinónimo de igualdad, esta va a hacer surgir la poderosa Administración contemporánea, y con ella, como Derecho que le es propio y específico, el Derecho Administrativo. CANNADA BARTOLI, Citado por: CHINCHILLA MARIN, Carmen. Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo, Op. Cit. p. 28; El profesor Soriano sostiene que la " ley es así ley civil, igual para todos y responde a la idea de salvaguardar la libertad del individuo que cambia radicalmente, al convertirse en ciudadano, abandonando la más elemental condición de súbdito con que el Antiguo Régimen venía en caracterizarlo". SORIANO GARCIA, José Eugenio. Los fundamentos históricos del derecho administrativo en Francia y Alemania. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Temas de Derecho Público No. 35. 1994. p. 29.

el principio de vinculación negativa, “que había sido tradicional a la institución monárquica”³¹.

La ley se convirtió para los franceses, en la principal fuente del derecho, incluso por encima de la Constitución. Esta únicamente fue considerada como un texto político que incluía los derechos humanos y la estructura del Estado. Es decir que era una regulación que contenía una parte dogmática y una orgánica; no se entendió que era una norma jurídica porque no existió el control de constitucionalidad de las leyes y estas podían vulnerar la norma fundamental sin que esta acción tuviera consecuencias jurídicas. Se le dio primacía a la ley porque emanaba del poder legislativo que se consideraba el poder soberano. Esta superioridad, en Francia duró hasta 1958 y en concreto hasta 1974, cuando se amplió la legitimación activa para interponer el recurso de inconstitucionalidad³².

Por otro lado, esta preponderancia de la ley hizo necesario que los derechos del hombre, los derechos fundamentales fueran incorporados en un texto legal para tener aplicabilidad, pues de la Constitución directamente no podían ser exigidos. Por esta razón se creó el Código Civil de Napoleón de 1804, y especialmente para proteger el sacrosanto derecho de propiedad.³³

³¹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos, Op. Cit. p. 197.

³² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid. Editorial Civitas. 1991. p. 31.

³³ CLAVERO, Bartolomé. Los derechos y los Jueces. Madrid. Editorial Civitas. 1988. p. 41-57.

Este Código se dividió en tres partes que estaban directamente relacionadas con la propiedad; la primera hacía referencia a las personas en su característica de propietarias, el segundo trataba sobre la propiedad propiamente dicha y el último estudiaba los actos jurídicos que permitían el tránsito de dominio de un ciudadano a otro, ya sea por acto entre vivos o por causa de muerte.³⁴

El proceso de codificación, que arrancó en Francia, respondió a un fenómeno de

Intervención autoritaria del estado que enumera taxativamente las reglas jurídicas aplicables, sustrayéndolas de esta manera a la historia, o cerrando ahora aquellos caminos que durante siglos los juristas habían recorrido con desenvoltura a la búsqueda de un derecho todavía practicable. Las respuestas eran ahora impartidas de manera más simple, rápida y (aparentemente) segura por una ley tendencialmente completa, orgánica y ordenada, explícitamente promulgada por la competente autoridad estatal.³⁵

Adicionalmente la codificación pretendió imponer la ideología burguesa, los planteamientos del liberalismo económico basados en el principio de igualdad que procuraban crear un sujeto único de derecho, eliminando para ello las diferencias de clase y las diferencias religiosas, pero dejando vivas las referentes al sexo, al estado familiar, al estado mental, etc.

³⁴ “La propiedad aparece como un poder absoluto sobre la cosa; la cosa casi se identifica con el fundo rústico, el viejo depósito de la riqueza, y representa bien la meta final del itinerario penosamente recorrido de la clase burguesa que, finalmente, alcanza el resultado siempre buscado y nunca plenamente conseguido de un acceso incondicionado a la propiedad libre de la tierra. GROSSI, Paolo. Propiedad y Contrato. Publicado en: El Estado Moderno en Europa. Madrid. Editorial Trotta. 2004. p. 130.

³⁵ CARONI, Pío. Lecciones Catalanas sobre la Historia de la Codificación. Madrid. Marcial Pons Ediciones. 1996. p. 55.

El derecho civil se basó en el sujeto único y trasladó estas diferencias a la capacidad de actuar; por ello se estableció que había quienes, como las mujeres, los menores, los dementes o los disipadores, necesitaban de la ayuda de otro sujeto para poder desenvolverse. En este mismo sentido el derecho comercial desarrolló los actos de comercio, conductas que objetivamente definían quién tenía que ser considerado comerciante, y eliminó de esta forma la antigua figura elitista del comerciante para intentar aparecer más imparcial. Por último el derecho penal sustituyó las diferencias que se planteaban con relación a la clase social, mirándolas desde la víctima o el victimario, por ejemplo si uno u otro era noble o plebeyo, y las reemplazó por la igualdad de los delitos y de las penas, sin importar el agente del que provinieran, ni quien las padecía³⁶, y que de ahora en adelante iban a ser vistas exclusivamente como unas circunstancias de hecho que se subsumían en una norma jurídica y que necesariamente tenían unas consecuencias legales.

Surgió, emanada de la preeminencia de la ley y de los códigos, la escuela de la exégesis que estableció que todo el derecho se encontraba en la ley y que en la interpretación del derecho debía buscarse la intención del legislador. Cuando ésta no se podía conocer, se tenía que acudir a una interpretación presunta que se apoyaba en la jurisprudencia y en los precedentes históricos.³⁷

³⁶ TARELLO, Giovanni. *Cultura Jurídica y Política del Derecho*. México. Fondo de Cultura Económica. 1995. p. 50-51.

³⁷ HERRERA JARAMILLO, Francisco José. *Filosofía del derecho*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 1994. p. 85-86.

En materia de derecho administrativo en 1808 floreció la primera propuesta de creación de un Código, realizada por Carlos Juan Bonnin. Dicho planteamiento quería garantizar que la administración dejara de lado la arbitrariedad, propia del régimen absolutista y se acogiera plenamente al principio de legalidad como garante del Estado de Derecho. Las materias que debía contener dicho Código eran los impuestos, el servicio militar, las obras públicas, la agricultura, el comercio, la industria. Esta ley administrativa tenía el propósito de preservar los derechos naturales del hombre en su relación a las cosas de interés común.

Estaba compuesto por tres partes,

En la primera parte describe la Organización administrativa desde el Ministerio del Interior hasta las municipalidades, así como los consejos territoriales, pasando por las prefecturas y sus subordinados. La segunda parte entraña los actos del estado civil, es decir, el matrimonio, el divorcio y los decesos e inhumaciones. La tercera parte es la más extensa: trata de las personas dentro del Estado, así como de las contribuciones, la conscripción, los socorros públicos, la agricultura, la industria y el comercio, además de las prisiones, los hospitales y los extranjeros. El resto del documento aborda las propiedades del Estado, la policía administrativa y el procedimiento administrativo.³⁸

1.5. La División de Poderes, el Silogismo Jurídico y el Arbitrio Judicial

El quinto punto es la separación de poderes de Montesquieu, doctrina que no tiene nada de original pues había sido planteada primero por Aristóteles y después por Locke. Este último influyó de manera decisiva en la teoría de Montesquieu. El pensador anglosajón estableció que hay tres poderes en el Estado, el legislativo que crea el derecho, el ejecutivo que da el

³⁸ GUERRERO, Omar. Estudio introductorio de los "Principios de Administración Pública de Charles-Jean Bonnin". México. Fondo de Cultura económica. 2003. p. 95.

respaldo de la fuerza a las decisiones del legislativo y por último el federativo que se encarga de dirigir las relaciones internacionales.³⁹

No se hizo ninguna referencia al poder judicial, porque para algunos autores esta competencia radicaba en el poder legislativo, siendo el principal representante de esta postura el filósofo italiano Norberto Bobbio, quien expone que

La función del juez imparcial es desarrollada en la sociedad política eminentemente por aquellos que hacen las leyes, porque un juez imparcial puede existir sólo en la medida en que existan leyes generales establecidas en modo constante y uniforme para todos. Por tanto el poder judicial no se distingue, no tiene una razón particular para distinguirse, respecto a la función de establecer quien está equivocado y quien tiene razón, del poder legislativo. Legisladores y jueces tienen la misma función: establecer el derecho, esto es las reglas de convivencia. Poco importa que los primeros lo establezcan en modo abstracto y los segundos en los casos concretos. La diferencia no es cualitativa. Cualitativa, en cambio, es la diferencia entre legisladores y jueces, de un lado, y ejecutores de otro.⁴⁰

Para otros, la mayoría, el poder judicial hacía parte del ejecutivo⁴¹. La concepción del Estado de Locke estaba compuesta por la ley, los tribunales y la fuerza pública. El pensador

³⁹ “ El poder legislativo no puede nunca ser arbitrario, ya que ni siquiera el pueblo que lo establece tiene tal poder; no puede gobernar mediante decretos impremeditados (sic), ya que los hombres se unen para tener un derecho y unos jueces conocidos; no puede tomar la propiedad de los individuos sin el consentimiento de éstos, cosa que Locke interpreta como equivalente al voto de la mayoría; y no puede delegar su poder legislativo, ya que éste se encuentra de modo inalterable en las manos en que lo ha colocado la comunidad: En general, su poder es fiduciario, ya que el pueblo tiene el supremo poder de modificar el legislativo cuando actúa de modo contrario a la confianza en él depositada. El ejecutivo esta limitado además por una dependencia general del legislativo y porque su prerrogativa está restringida al derecho. Para seguridad de la libertad es importante que el poder legislativo y el ejecutivo no se encuentren en las mismas manos.” SABINE, George. Historia de la Teoría Política. México. Fondo de Cultura Económica. 1984. p. 394.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. Locke e il diritto naturale. Turín. Giappichelli. 1963. p. 267.

⁴¹ TRUYOL y SERRA, Antonio. Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. Madrid. Alianza Editorial. 1982. p.196 y también RODRIGUEZ PANIAGUA, José María. Historia del Pensamiento

francés retomó estas ideas y argumentó que el Estado se compone de tres poderes: el legislativo que crea la ley, el ejecutivo que se ocupa de las relaciones internacionales y de los asuntos internos y el judicial que dice el derecho. Esta concepción de la división de poderes llevó a establecer un sistema de límites funcionales entre ellos, de forma contraria al sistema de pesos y contrapesos que habían implementado los norteamericanos atendiendo a la estructuración de la República romana. La interpretación de los límites, en opinión de Aguilar, desarrolló que cada una de las ramas tuviera que cumplir su función y no debiera intervenir en las funciones de las otras, de igual manera también prescribió que un miembro de una de las ramas no podía intervenir bajo ninguna circunstancia en alguna de las otras dos ramas.⁴²

En 1933 el profesor Eisenmann demostró que Montesquieu no formuló el principio de separación de poderes, sino que fueron autores como Carré de Marlberg y Jellinek, quienes a comienzos del siglo XX⁴³ le atribuyeron ese planteamiento al pensador galo⁴⁴. En efecto, de lo que él habló fue de división de poderes y de coordinación entre los mismos. La idea de división expresa una visión que surge por oposición a la concentración del poder, fenómeno propio del absolutismo europeo, y con la segunda se crea un sistema mutuo de

Jurídico. Vol. I. de Heráclito a la Revolución Francesa. Madrid. Universidad Complutense. 1992. p. 218.

⁴² AGUILAR RIVERA, José Antonio. En pos de la Quimera. Reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico. México. Fondo de Cultura económica. 2000. p. 98.

⁴³ Citamos del Fascículo de Derecho del segundo año de la Licenciatura de Derecho que se dictaba en 1927-1928 en la Universidad de París, en el que se puede ver una perfecta influencia de los autores mencionados arriba. Ya que vemos que se hace referencia a la separación de poderes, expresión que hoy todavía está en boga. Leámoslo: "*Le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas une vérité scientifique, c'est une précaution politique, qui de nos jours impose chez tous les peuples civilisés.*" GUILLON, R. Op. Cit. p. 11.

⁴⁴ EISENMANN, Charles. L'Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs. Publicado en: Mélanges R. Carré de Marlberg. Paris. Sirey. 1933. 165-192.

controles y ayudas entre los diferentes poderes. Como sostiene Bobbio “separar no significa nada preciso: representa simplemente un momento negativo. Si realmente los poderes estuvieran separados, el Estado no podría funcionar e iría al desastre como sostenía Hobbes”.⁴⁵

La teoría de Montesquieu buscaba darle prevalencia al estamento judicial, representado por los parlamentos, y compuesto por la nobleza que adquiría el oficio por compra. Estos eran los tribunales que se encargaban del registro de las disposiciones reales, como requisito para su aplicación y quienes ejercían el veto devolutivo sobre las ordenanzas reales⁴⁶. Hay que anotar que Montesquieu fue presidente del parlamento de Burdeos⁴⁷ y buscaba un Estado en el que el poder judicial estuviera independiente del rey, situación que terminó sucediendo y que determinó que a los parlamentos se les asignaran como cuerpos políticos la función de ser depositarios de las leyes, pues debían anunciarlas cuando las hacían y las tenían que recordar cuando eran olvidadas. Es palpable que la teoría de la división ocasionó que el poder real y el ministerial fueran puestos en cintura, pero se llegó a la conclusión de que los parlamentos, no obstante ser órganos judiciales, estaban desempeñando competencias del poder legislativo, razón por la cual se decretó su abolición en la sesión del 24 de Marzo de 1790, y su reemplazo por jueces ordinarios.⁴⁸

⁴⁵ Citado por GARCIA PASCUAL, Cristina. Legitimidad Democrática y Poder Judicial. Valencia. Ediciones Alfons el Magnánim. 1996. p. 49.

⁴⁶ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Revolución Francesa y Administración Contemporánea. Op. Cit. p. 20-43.

⁴⁷ VELEZ GARCIA, Jorge. Los dos sistemas del derecho Administrativo. Ensayo de derecho público comparado. Bogotá. Institución Universitaria Sergio Arboleda. 1994. p. 6.

⁴⁸ FERNANDEZ-CARNICERO, Clara. Parlamentos y Poder Judicial. Publicado en: Jornadas sobre el poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa. Madrid. Ministerio de Justicia. 1990. p. 176-182.

En la Constitución de 1791 se determinó que los jueces serían elegidos popularmente. De aquí nació la institución del jurado y surgió la idea de los mecanismos alternos para solucionar los conflictos, y en concreto del arbitraje y de la conciliación. Esta última como función que debía desempeñar una persona del común, actuando como un juez de paz. En 1793 se reformó el modelo de elección del juez y se determinó que esta la haría el poder ejecutivo, escogiendo entre personas doctas en la materia, es decir de entre profesionales del derecho. De esta manera se le disminuyó profundamente la independencia y la imparcialidad al estamento judicial, el que sólo en la Constitución de 1848 volvió a ser denominado poder judicial.⁴⁹

En 1790 se expidieron las leyes del 16 y 24 de agosto⁵⁰, que ansiaron quitarle poder a la nobleza de toga representada en los parlamentos y así poner fin a los enfrentamientos con la Corona⁵¹. Se estableció en el código penal como delito la intromisión de los jueces en la

⁴⁹ TOMAS y VALIENTE, Francisco. De la Administración de Justicia al Poder Judicial. Publicado en: Jornadas sobre el poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa. Op. Cit. p.15-23.

⁵⁰ VELLEJ pone de relieve que “lo que se denuncia al discutirse la Ley de 16 y 24 de agosto de 1790 no son las competencias jurisdiccionales de los Tribunales, sino la invasión de éstos sobre los otros poderes. Autorizado a revisar y rechazar las ordenanzas y edictos reales, el juez, dirá el diputado THOURET en la sesión de 24 de marzo de 1790, “se convirtió en el rival del poder administrativo, perturbando sus operaciones, paralizando sus movimientos e inquietando a sus agentes”. De la misma manera LE CHAPELIER diría: “los Parlamentos eran peligrosos, no porque fuesen jueces, sino porque eran administradores y legisladores”. Así pues, la cuestión no era impedir que los juzgasen, sino que legislasen y administrasen.” Citado por: CHINCHILLA, Op. Cit. p. 30.

⁵¹ En el siglo XVIII se presentaron varios enfrentamientos entre los parlamentos y el rey, el primero “tiene lugar en vida de Luis XV, cuyo ministro Maupeou llevó a cabo en 1771 una profunda reforma judicial que entrañaba la supresión de los parlamentos; la oposición nobiliaria a la medida hizo que, subido al trono Luis XVI, la reforma fuese de inmediato derogada, en 1774. El conflicto se reanudó de inmediato, sin embargo. El déficit crónico de la Hacienda real, agravada por los gastos de la guerra de independencia de los Estados Unidos hacia perentoria una reforma tendente a abolir la exención fiscal de nobleza y clero. Nombrado Turgot Inspector General de Finanzas, este presentó

acción administrativa. Los revolucionarios se dieron cuenta de que tenían que neutralizar al poder judicial para poder sobrevivir, por ello sacaron del control de los jueces las actividades administrativas⁵², circunstancia que originó el derecho administrativo, pues el Consejo de Estado, organismo creado por Napoleón para asesoría y consulta del gobierno, empezó a resolver las controversias, primero como jurisdicción retenida, proponiendo las

al monarca un programa basado en la implantación de la llamada subvención territorial (impuesto directo que recaía sobre la propiedad rústica y que constituía una pieza fundamental de la doctrina fisiocrática). La oposición nobiliaria al proyecto determinó la destitución de Turgot (1776) y la llamada de Necker, que hizo frente al déficit mediante empréstitos que no hicieron sino empeorar la situación: con todo, la publicación en 1781 del *Compte rendu au Roi* (especie de presupuesto de gastos en los que se daba cuenta de la elevada cuantía de las pensiones concedidas por el Rey a los cortesanos) y el escándalo que ocasionó, produjeron la destitución de Necker. La política de empréstitos continuó, pero en 1786 el nuevo Inspector General, Calonne, se vio en la alternativa de declarar la bancarrota del Estado o retomar el proyecto de Turgot. Este fue nuevamente presentado a la llamada Asamblea de Notables, creada a tal fin como un órgano presuntamente <domesticable>, pero que volvió a rechazar el proyecto, exigiendo el cese de Calonne. Así lo hizo Luis XVI, nombrando para sustituirle al jefe de la oposición nobiliaria, el arzobispo Loménie de Brienne: este se percató de inmediato que el establecimiento de la subvención territorial era inevitable, y así lo propuso a la Asamblea de Notables, que sin embargo, mantuvo su actitud intransigente declarando, sorprendentemente, que <sólo los auténticos representantes de la Nación>- esto es, los Estados Generales- podían aprobar el nuevo impuesto. Presentado el proyecto más tarde al Parlamento de París, este lo rechazó, exigiendo de manera explícita la convocatoria de los Estados Generales. El monarca y Brienne decidieron recurrir a medidas de fuerza: el Parlamento de París fue desterrado a Troyes, pero la revuelta de los restantes parlamentos les obligaron a ceder. El proyecto de la subvención territorial fue retirado y, en su lugar, Brienne presentó al Parlamento de París diversos proyectos de empréstitos. Pero el Parlamento, envalentonado, los rechazó también, exigiendo la convocatoria de Estados Generales para 1789. En un arranque de autoridad, el monarca exigió el registro de los proyectos, ordenó el arresto de varios magistrados y aprobó una reforma judicial, elaborada por Lamoignon, que privaba a los Parlamentos de sus atribuciones esenciales (mayo de 1788). La resistencia nobiliaria adquirió entonces tintes violentos. Los parlamentos se negaron a acatar las medidas, y en el Delfinado se celebró una asamblea en el castillo de Vizille que decidió convocar, sin autorización real, los Estados Generales de la provincia. Ante la revuelta generalizada, el monarca tuvo que capitular nuevamente y convocó los Estados Generales para el 1o. de Mayo de 1789." SANTAMARIA PASTOR, Juan. Fundamentos, Op. Cit. p.125 -126.

⁵² Con la ley de 6-7 y 11 de Septiembre de 1790 se reparte el control de la Administración entre los Tribunales de Distrito y la Administración activa (directorios de distrito y de departamento), el profesor SANTAMARIA citando a CHEVALLIER nos dice que se acoge esta proposición de PEZOUS al intervenir en la Asamblea y cuestionar: "¿por qué no volver la mirada a los administradores locales, que son elegidos igual que los jueces y que, además, resuelven con rapidez y sin gastos? Pezous demuestra la inanidad de las pretensiones en contra de la administración activa, puesto que su origen democrático le hace tan imparcial, tan independiente como los tribunales judiciales." SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845). Op. Cit. p. 47-54.

soluciones al Jefe del Ejecutivo, tanto en materias contenciosas⁵³ como administrativas, y luego como jurisdicción independiente desde 1872⁵⁴, creando por medio de su jurisprudencia el derecho administrativo, el cual tuvo la peculiaridad de ser exclusivamente el derecho de la administración.⁵⁵

La desconfianza sobre los jueces llegó a tal extremo que se les prohibió interpretar la ley; para ello crearon la Corte de Casación⁵⁶ como organismo encargado de controlar a los jueces. De igual manera se instituyó el *référé legislatif*⁵⁷ para resolver las dudas de los

⁵³ La sala de los asuntos contenciosos se creó en 1806, a propuesta del emperador Napoleón I. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Democracia, Jueces y control de la Administración. Madrid. Editorial Civitas. 1997. p. 35.

⁵⁴ DE LAUBEDERE, André. Manual de Derecho Administrativo. Bogotá. Editorial Temis. 1984. p. 38.

⁵⁵ CASSESE, Sabino. Las bases del Derecho Administrativo. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. 1994. p. 53-58.

⁵⁶ “Los constituyentes franceses se encontraron ya armados con una teoría de la casación que se había gestado a lo largo de todo el XVIII en el Consejo del Rey. El gran reglamento de 28 de Junio de 1738, obra de D’ Aguesseau fue la base de la teoría de la casación, tal como se puede encontrar desarrollada por los juristas del XVIII. Por supuesto no es la formulación revolucionaria, pero se había ido limando una de interés posterior que giró fundamentalmente sobre dos argumentaciones. En primer lugar, el recurso de casación se fue justificando a través de la enumeración de lo que se llamaba <aperturas de Casación> y en segundo, teorizando sobre su carácter extraordinario; esto es, el Consejo, basándose en la idea de justicia retenida fue delimitando el número de recursos admitidos circunscribiéndolo solamente a aquellas causas una infracción de ordenanza o de formas. Por supuesto el Consejo era el del Rey, por lo que continuó por otro lado funcionando según lo que hoy llamaríamos arbitrio, esto es, avocando procesos a la vez que consolidaba la teoría de la casación. El Rey, por su potestad, por el control de la justicia delegada, debía hacerlo en última instancia casando a través de su Consejo, anulando sentencias que contuvieran una infracción de ordenanza o de formas procesales, circunscribiendo su función a la revisión de la decisión, no a la reapertura de una investigación del fondo de los asuntos.” LORENTE SARIÑENA, Marta. Reflexiones sobre la Casación en una época revolucionaria. Publicado en: Jornadas sobre el poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa. Op. Cit. p. 211.

⁵⁷ En este sentido, el artículo 12 de la Ley 16-24 de 1790 disponía que los tribunales “no podrán hacer reglamentos, sino que tendrán que dirigirse al cuerpo legislativo cada vez que crean necesario interpretar una ley o dar una nueva”. Aquí se consagra el denominado *référé facultativo*, posteriormente la ley de 27 de noviembre - 1 de diciembre, reguló el *référé obligatorio* en su artículo 21, estableciendo que si después de dos casaciones, el tercer tribunal juzgase de la misma manera que los dos anteriores, “ la cuestión no podrá ser llevada más ante el Tribunal de Casación hasta que no haya sido sometida al Cuerpo legislativo quien emitirá un decreto declaratorio de la ley , al que el Tribunal de Casación tendrá necesariamente que ajustarse”. BLANCO VALDES,

jueces, acerca de cómo se debía interpretar una ley. Esta situación era consecuencia además del ya nombrado recelo, del acogimiento de las teorías iusnaturalistas modernas, que intentaron convertir al derecho en una ciencia exacta, como las matemáticas; por ello se sustituyó la interpretación por la demostración, como método científico que tenía como paradigma el silogismo jurídico.⁵⁸

Esta teoría del silogismo se construyó para eliminar la figura del arbitrio judicial, que era la manera más utilizada por los jueces en el derecho común para resolver sus casos. La aplicación de la ley en los pleitos era la excepción, pues todos se fallaban según criterios de experiencia, de sentido común, de racionalidad, en pocas palabras se resolvían por arbitrio.

El arbitrio tuvo en el antiguo régimen, y concretamente en la monarquía absoluta, muchísima preponderancia en el derecho penal; allí se utilizaba para aplicar las penas extraordinarias, para apreciar o valorar las pruebas y para establecer los tipos penales extraordinarios, o mejor conocidos como los crímenes extraordinarios, como por ejemplo el de estupro⁵⁹, que según prescribía una

Ley de Partidas el estupro de mujer virgen que fuera monja se castigaba con pérdida de la mitad de los bienes si el estuprador era <ome honrado>, y con azotes y cinco años de <destierro> en una isla si era <ome vil>. Pero en la práctica esta ley no se cumplía, usualmente se imponía la pena que el Derecho canónico señalaba a este delito, que era la de casarse con la estuprada o dotarla con una cantidad de dinero fijada por el juez; a esta pena alternativa se

Roberto. El Valor de la Constitución. Madrid. Alianza Editorial. 1998. p. 263.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna. El Modelo Iusnaturalista y el Modelo Hegeliano- Marxiano. Reimpresión México. Fondo de Cultura Económica. 1997. p. 30 - 31.

⁵⁹ TOMAS y VALIENTE, Francisco. El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta. Publicado en: Obras Completas. Tomo. I. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1997. p. 462.

añadía por costumbre de los jueces castellanos otra de privación de la libertad, para satisfacer con ella <la vindicta pública>. ⁶⁰

1.5.1. La discrecionalidad administrativa y el nacimiento del acto político.

En los siglos XIX y XX el arbitrio logró sobrevivir, a la ideología de las luces, en el derecho administrativo. Circunstancia que tiene una explicación histórica que es debida a los escritos de Montesquieu, quien asignó al juez el papel de ser “la boca del derecho”, es decir de ser el operador que aplica y no valora la ley, pues esta se pensaba que podía resolver todos los casos, incluso los más difíciles. En materia administrativa, los que aplicaban el arbitrio eran los funcionarios o agentes y no los jueces, hecho que le permitió a esta técnica sobrevivir y cambiar de nombre y llamarse discrecionalidad.⁶¹

La discrecionalidad tuvo origen en el principio de vinculación negativa de la administración a la ley, como ya se anotó. Pues aquí la actuación administrativa excede de la mera aplicación de la ley⁶² y atiende a razones de oportunidad y conveniencia, de mérito.

En un comienzo la discrecionalidad no tuvo control, la regla general fue la exclusión del control judicial. La administración se controlaba así misma, se le confiaron a la

⁶⁰ Ibid. p. 451.

⁶¹ “Al mismo tiempo tuvo lugar, no obstante, un fenómeno incongruente, ya que el arbitrio decisorio que con tanta energía se estaba negando al juez se reconocía sin salvedades a la Administración, de tal manera que las autoridades y funcionarios públicos se colocaban en una posición incomparablemente superior a la de los miembros del poder judicial. A cuyo efecto no se tomó otra precaución que la de proceder a una alteración semántica, bautizando al proscrito arbitrio con el nuevo nombre de discrecionalidad que de momento no levantaba suspicacia alguna.” NIETO GARCIA, Alejandro. El Arbitrio Judicial. Barcelona. Ariel. 2000. p. 217.

⁶² MODERNE, Franck. Apuntes de Derecho Administrativo Comparado. Bogotá. Universidad del Rosario. 2002. p. 15.

denominada administración activa los asuntos contenciosos administrativos, que debían resolver el rey, los ministros y los administradores de departamento, a propuesta del Consejo de Estado o de los Consejos de Prefectura. Por esto se partía de la idea de que Juzgar a la administración era también administrar.⁶³

El particular siempre debía alegar sustentándose en un derecho adquirido, que no era oponible a la administración cuando esta dictaba actos generales, para satisfacer los intereses comunes en materias como la agricultura, la industria o el comercio, amparándose en unos actos de pura facultad, emanados de un poder discrecional que era concomitante “con su deber general de vigilancia y de protección hacia los administrados”.⁶⁴

El ámbito de la discrecionalidad se va a ir reduciendo con el nacimiento del recurso por exceso de poder. Este en un comienzo no fue un verdadero remedio con el que contaban los afectados por las actuaciones de la administración, sino que operaba como una mera denuncia, que podía o no ser tenida en cuenta, y que cuando era aceptada sólo operaba para “depurar en interés de la Administración misma las irregularidades más chocantes de los administradores, los verdaderos escándalos”.⁶⁵

⁶³ DE LAUBEDERE, André y Otros. DROIT Administratif. París. Libraire General de Droit et de Jurisprudence. 1996. p. 307.

⁶⁴ FERNANDEZ, Tomás Ramón. Arbitrariedad y Discrecionalidad. Madrid. Civitas. 1991. p. 27.

⁶⁵ Ibid. p. 28.

Las primeras causales de ejercicio del recurso por exceso de poder fueron la incompetencia y el vicio de forma. La primera derivó de la ley de 7-14 de Octubre de 1790⁶⁶ que estipulaba que “las reclamaciones de incompetencia respecto de los cuerpos administrativos no son en ningún caso de la competencia de los tribunales y deben ser llevadas ante el rey, jefe de la administración general”. Esta norma excluyó la capacidad de la justicia ordinaria para resolver reclamaciones por falta de competencia y creó un medio de defensa, por la extralimitación de funciones del agente que creaba un acto administrativo, que se interponía ante el rey. La segunda, el vicio de forma, era una especie “de incompetencia, pues el autor del acto no habría podido ejercer válidamente sus poderes más que observando las formas que, en esta hipótesis, no habían sido respetadas”.⁶⁷

La tercera causal del recurso fue la desviación de poder, que nació de una decisión del Emperador Napoleón III en su consejo del 25 de febrero de 1864, para resolver el caso *Lesbats*. Allí se dijo que los prefectos solamente en interés de policía o de servicio podían “reglamentar la entrada al establecimiento y la circulación en los patios dependientes de las estaciones ferroviarias y no para lograr la ejecución de un contrato entre una compañía de ferrocarril y un empresario de vehículos públicos”⁶⁸. Esta teoría se asimila al abuso del derecho en derecho civil y plantea tres hipótesis diferentes , la primera es cuando el acto administrativo es ajeno a todo interés público; la segunda cuando el acto administrativo se

⁶⁶ En opinión de algunos doctrinantes esta no es una ley de principios sino únicamente es una simple resolución por la que la Asamblea Nacional interpretó sus actos anteriores dándoles un alcance especial. MOREAU, Félix. Manuel de Droit Administratif. París. Ancienne Libraire Thorin et Fils. 1909. p. 1136.

⁶⁷ VEDEL, Georges. Derecho Administrativo. Madrid. Biblioteca Jurídica Aguilar. 1980. p. 460.

⁶⁸ BRAIBANT, Guy y Otros. Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa. Bogotá. Ediciones Librería del profesional. 2000. p. 18.

expide en interés público, pero no es aquel para el cual se confirieron al actor las facultades necesarias para su expedición; y la tercera se equipara con la desviación del procedimiento, por el que la administración, “para eludir ciertas formalidades o para suprimir ciertas garantías, recurre a un procedimiento reservado por la ley para fines diferentes a los perseguidos por la administración, disimulando el contenido real del acto bajo una falsa apariencia”.⁶⁹

Posteriormente se integrará el antiguo recurso por violación de la ley y de los derechos adquiridos, como una subclase del recurso por exceso de poder. Propiciando un cambio en la jurisprudencia del Consejo, en el sentido de que anteriormente por las tres primeras causales sólo era necesario probar un interés, mientras que si se alegaba la violación de la ley también debía demostrarse la existencia de un derecho adquirido para que la impugnación fuera válida.⁷⁰

Con los fallos Casanova de marzo de 1901, Lot de diciembre de 1903, Asociación de propietarios y contribuyentes del barrio Croix-de Seguey-Tívoli de diciembre de 1906, el Consejo de Estado permitió que para la cuarta causal, la violación de la ley, no fuera necesario demostrar un derecho adquirido sino que únicamente probando un interés indirecto, fuera admisible el recurso por exceso de poder.⁷¹

⁶⁹ Ibid. p. 19.

⁷⁰ VEDEL, Op. Cit. p. 461.

⁷¹ BRAIBANT, Op. Cit. p. 29-32, 48-50 y 59-61.

Este cambio jurisprudencial conllevará a una reducción sustancial de los actos o potestades discrecionales exentos del control judicial. Entonces la historia del recurso por exceso de poder, será la historia del derecho administrativo francés, la cual se verá completada con la implementación del recurso de plena jurisdicción a partir de la ley del 24 de mayo de 1872, que en su artículo 9 regulaba que “el Consejo de Estado establece soberanamente sobre los recursos en materia contenciosa administrativa.”⁷²

Basándose en este texto el Consejo dio origen a la protección de los derechos de los particulares, partiendo de su anulación y de su restablecimiento.⁷³ También por este recurso se permitió sustituir a la Administración “para adoptar una medida conforme a derecho, o la proclamación de los resultados de una elecciones en lugar de los órganos normalmente competentes”.⁷⁴

⁷² Hoy en día el recurso por exceso de poder presenta mutaciones. Una primera variación se produce debido a la pérdida de importancia que ha sufrido frente al recurso de plena jurisdicción. Ocasionada por los poderes limitados que presenta el recurso objetivo, pues no puede restablecer o reparar los derechos que se vean vulnerados con la actuación de la administración, sino única y exclusivamente sirve para anular los actos administrativos por ser ilegales. Como segunda transformación tenemos que el recurso por exceso de poder sirve como medio para imponer obligaciones de hacer o de no hacer a la administración. Lo anterior desde la expedición de la ley del 8 de Febrero de 1995, que le amplía la competencia al juez para poder fijar a la administración y a los administrados sus derechos. Como tercera alteración encontramos la posibilidad que se le otorga al juez administrativo de regularizar la actuación administrativa que presentaba una ilegalidad. Es decir que ahora el juez puede, por ejemplo, cambiar la base legal de un acto por considerarlo ilegal y ligar este último a un texto que este acorde con el derecho; en el mismo sentido tenemos la potestad que posee el operador jurídico de alterar los motivos que sirven de fundamento a un acto, cuando algunos de ellos son ilegales y no fueron determinantes para tomar la decisión. Por último apreciamos el poder de atenuar los efectos de la declaratoria de nulidad de un acto, en el sentido de poder modular total o parcialmente los efectos retroactivos que conlleva la anulación de una actuación. PETIT, Jacques. La Evolución reciente del Recurso por Exceso de Poder en Francia. Publicado en: Memorias de las V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Los procesos ante las Jurisdicciones Constitucional y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 289-314.

⁷³ ANDREADES, Stratis. Le Contentieux Administratif des Etats Modernes. París. Sirey. 1934. p. 37 y s.s.

⁷⁴ MODERNE, Franck. La Justicia Administrativa en Francia: Proceso, Técnicas de Control, Ejecución de Sentencias. Publicado en: La Justicia Administrativa en el derecho comparado.

No obstante este control sobre los actos discrecionales no será total, pues la exclusión del control judicial subsistirá en los denominados actos de gobierno, que también surgen por creación jurisprudencial del Consejo de Estado en el año de 1822.

El nacimiento de estos actos de gobierno se produce en la época de la restauración borbónica, cuando el Consejo estaba siendo sometido a críticas muy fuertes por parte de los monárquicos. Se ponía en entredicho su existencia como institución por ser de creación napoleónica⁷⁵. Es así que se presentó el caso Laffitte, en el que la hermana de Napoleón, Paulina, le vendió una renta de 670.000 francos que le habían asignado al banquero Laffitte. Al subir nuevamente al trono, los borbones expidieron la ley de 12 de enero de 1816, por la que privaron a toda la nobleza que tuviera vínculos con Napoleón de todos los bienes y rentas que se les hubieran asignado a título gratuito, y entre ellos la renta de Paulina.⁷⁶ Ante esta situación el banquero demandó y el Consejo se inhibió de pronunciarse sobre el asunto, aduciendo que se trataba de un acto de gobierno o político, que no tenía control judicial porque atendía a un móvil político. Se creó así una categoría distinta a la de acto administrativo⁷⁷, que sí tiene control jurisdiccional, que responderá a vestigios de la razón de Estado más que a expresiones del Estado de Derecho.

Madrid. Editorial Civitas. 1993. p. 311.

⁷⁵ “En esta etapa, el Consejo de Estado comienza a negarse sistemáticamente a conocer de aquellas reclamaciones relacionadas con problemas políticos derivados de la caída y extinción del régimen napoleónico y, más adelante, de los que se referían a los cambios y pugnas políticas que se sucedieron”. GARRIDO, Nuria. *El Acto de Gobierno*. Barcelona. Cedecs Editorial. 1998. p. 51.

⁷⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2002. p. 147.

⁷⁷ La primera vez que se usó la expresión Acto Administrativo fue en el año de 1807 en el *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence* de Philippe - Antoine Merlin. Allí se le definió

En 1875 fue revaluada esta doctrina en el caso Príncipe Napoleón. Allí se dispuso que los actos de gobierno no responden a un móvil político, que no pueden ser un rezago de la razón de estado. A partir de este momento los actos políticos se derivaron de un listado que estableció la jurisprudencia, y que básicamente contempló dos clases, la primera referida a las relaciones entre el gobierno y el parlamento, donde se incluyeron por ejemplo el estado de sitio⁷⁸; o las decisiones tomadas por el ejecutivo de proponer o retirar un proyecto de ley. La segunda, la constituyeron los actos referentes a las relaciones del gobierno con un Estado Extranjero o con un organismo internacional, como son las relaciones internacionales de Francia y las operaciones y hechos de guerra.⁷⁹ Debemos anotar que sobre estas dos categorías de actos políticos o de gobierno, el único control jurisdiccional que ejerció, y que ha continuado ejerciendo, el Consejo de Estado ha sido el formal.

Hoy en día los actos políticos o de gobierno siguen teniendo plena vigencia en el derecho francés, pero la jurisprudencia constitucional ha ido extendiendo el ámbito del control material a estas dos zonas que desde 1875 han permanecido inmunes al control judicial de

como “un decreto, una decisión de la autoridad administrativa, una acción, o un hecho de un administrador inherente a sus funciones.” MANNORI, Luca y SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. Bari. Editori Laterza. 2001. p. 262.

⁷⁸ El profesor Goodnow comentaba a finales del siglo pasado que “los únicos actos de esta clase, (políticos) que exigen mención especial son los referentes a la paz y tranquilidad interior. Las decisiones de los Tribunales administrativos han tendido a sustraer de la acción judicial actos sumamente arbitrarios y muy restrictivos de los derechos privados, siempre que la Administración trataba de asegurar por su virtud la paz y tranquilidad interior. Según estas decisiones, medidas adoptadas en tiempos de disturbios públicos para impedir la publicación de un periódico que, en sentir de la Administración, excitaba las pasiones del pueblos, medidas que daban por resultado inutilizar la imprenta del periódico, eran de carácter político y no estaban sujetas a la acción de los Tribunales ordinarios. GOODNOW, Francisco. *Derecho Administrativo Comparado*. Tomo II. Madrid. La España Moderna. 1875. p. 219.

⁷⁹ BRAIBANT, Los Grandes Fallos, Op. Cit. p. 12 -15.

fondo. Así, con respecto a los derivados de las relaciones del ejecutivo con el parlamento, se ha presentado un cambio al instaurarse la Justicia Constitucional, pues esta ha comenzado a ejercer un control sobre la materia de las elecciones legislativas y sobre el control de los escrutinios de orden nacional, forzando de esta manera al Consejo de Estado a ejercer un control de legalidad sobre estas mismas materias, para completar de esta forma el control constitucional. Hay un caso reciente en el que como

Consecuencia de la dimisión de un diputado surgió la cuestión de saber si el gobierno debía organizar o no una elección parcial. Esta decisión, que suponía una interpretación de las reglas constitucionales o legislativas en la materia, fue objeto de un contencioso en el cual el Consejo de Estado admitió que podía pronunciarse sobre la legalidad de esta decisión de rechazo a organizar una elección, la cual constituye un típica decisión relativa a las relaciones entre el parlamento y el Gobierno.⁸⁰

Otro caso es el concerniente a la declaración del estado de urgencia, hasta entonces competencia del Consejo de Ministros. A partir de una sentencia del Consejo Constitucional de 1985, esa declaratoria debe hacerse en el Parlamento, porque éste “como principal garante de los derechos y libertades, entenderá que la restricción generalizada de las condiciones de ejercicio de aquellos derechos cuando la salvaguarda del orden público se encuentra amenazada es justificable, pero siempre con la intervención legislativa”.⁸¹

Con respecto a la segunda clase, a los actos provenientes de las relaciones exteriores, se adoptó la teoría de los actos separables, determinándose que los actos que se han tomado en

⁸⁰ COMBARNOUS, Michel. Progresos recientes del control jurisdiccional de la Administración en Francia. Publicado en: Historia y Perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina. Bogotá. Editorial Temis. 1999. p. 286.

⁸¹ GARRIDO, Op. Cit. p. 186.

el campo de las relaciones internacionales o que se adoptan de la ejecución de un tratado “pueden ser examinados independientemente de los aspectos procesales internacionales del asunto, y pueden ser sometidos al control del juez nacional, del juez francés.”⁸² Aquí tenemos como ejemplo la negación de una extradición, que puede ser cuestionada por un gobierno foráneo ante el Consejo de Estado.⁸³

1.6. Aplicación de los postulados de la Revolución Francesa

En 1791 se votó y se redactó la primera constitución. Allí se reguló que el rey sería “el Rey de los franceses, no por la gracia de Dios”⁸⁴, sino por un juramento de fidelidad a la misma. El monarca tenía el derecho de veto suspensivo sobre los actos de la Asamblea legislativa por dos legislaturas. Se estableció que el parlamento era permanente, sólo él tenía la iniciativa legislativa y no podía ser disuelto⁸⁵. Este sería elegido por voto censitario, en donde únicamente podían votar los hombres que tuvieran propiedades.

Esta idea de que los electores fueran los propietarios nació del pensamiento de los fisiócratas. Ellos criticaban el sistema económico de la Francia prerrevolucionaria en donde existieron exenciones tributarias diseñadas de acuerdo a la segmentación de la sociedad en estamentos y en privilegios. Por eso propusieron que los propietarios eran los que debían pagar los impuestos, y por esto la tierra era el factor de base para poder participar en el sistema electoral. Esta concepción generó un gran cambio porque “reemplazaba la vieja

⁸² COMBARNOUS, Op. Cit. p. 284.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ GOUBERT, Pierre. Historia de Francia. Barcelona. Editorial Crítica. 1987. p. 198.

⁸⁵ LEFEBVRE, George. La Revolución Francesa y el Imperio. México. Fondo de Cultura Económica. 1988. p. 66.

separación de los estamentos por una división de clases, definidas por su lugar en el proceso de formación de la riqueza.”⁸⁶

Se excluyó a los pobres del sistema electoral, pues no cabían dentro de la concepción de la naciente democracia liberal burguesa. Por eso, en 1792 se consideró que lo más apropiado era sacar al populacho de París para evitar revueltas; con éste propósito se les persuadió para que ingresaran en las filas del ejército francés.⁸⁷

Las mujeres, al igual que los pobres, también fueron apartadas del censo electoral, y además fueron perdiendo las conquistas jurídicas que habían alcanzado amparadas en el principio de igualdad. De tal suerte que perdieron su capacidad jurídica: no podían ser fiadoras, no podían intervenir como testigos, no podían desempeñar cargos públicos y también fueron excluidas de toda forma de asociación política. Por último, con la llegada del Código Civil de Napoleón, se consagró la prohibición de indagar sobre la paternidad de los hijos, situación que había sido reemplazada con la denominada “Declaración de los derechos de las mujeres y ciudadanas”, formulada por Olympe de Gouges, que en su artículo 11 decía que “uno de los derechos más preciados de las mujeres era la libertad de asegurarse de la paternidad de los padres y de la legitimidad de sus hijos⁸⁸”.

⁸⁶ ROSANVALLON, Pierre. La Consagración del Ciudadano. Historia del sufragio universal en Francia. México. Instituto Mora. 1999. p. 43.

⁸⁷ “Los alistamientos masivos logrados por Danton gracias a su magnífico número tricolor, estaban dirigidos a limar, despuntar, romper esa punta de lanza de una más que probable revolución social, que era la juventud plebeya de París. Así se lograba retirar a los elementos más peligrosos”. GUILLEMIN, Henri. Los pobres a callar. Barcelona. Grijalbo Mondadori. 1997. p. 77.

⁸⁸ GERHARD, Ute. La situación jurídica de la mujer en la sociedad burguesa del siglo XIX. Un análisis comparativo de Francia y Alemania. Publicado en: Las Burguesías Europeas del siglo XIX. Sociedad civil, política y cultura. Valencia. Universitat de Valencia. 2000. p. 355. En

1.7. Primera concepción Francesa sobre los Estados de Excepción

La interpretación francesa del sistema constitucional y administrativo, en un principio no contempló los Estados de Excepción. Actuaciones estas, que sin duda representan el ejemplo más típico de acto de gobierno o político ejercido por el poder ejecutivo, para solucionar las situaciones de crisis. Aquí y siguiendo a Montesquieu se entendió que la República Romana había caído por el abuso incontrolado de estos poderes.

En Roma se previó la figura de la dictadura, consagrándola como una magistratura extraordinaria, prevista para tiempos de crisis, interna y externa, y con una duración máxima de seis meses. En vigencia de ésta se suspendían provisionalmente las garantías constitucionales, tales como el veto de los tribunos de la plebe, el poder de los cónsules y la apelación a la asamblea popular⁸⁹.

Existieron 76 dictaduras entre los años 501 al 201 a. C. Hacia fines de la República se presentó una degeneración, pues comenzaron a nombrarse dictadores sin período de tiempo limitado, constituyendo lo que se denominó un dictador perpetuo⁹⁰ o soberano.

Hispanoamérica con la recepción del modelo de Estado liberal burgués también se somete a la mujer, como ejemplo de ello tenemos la “Casa de la Misericordia” creada en Caracas a fines del siglo XVIII con el propósito de corregir las costumbres de la mujer, allí se les enseñaba a hilar, tejer, beneficiar el algodón, etc. “La violencia de los castigos y el desenfreno de las pasiones debían reconducirse para construir el *homo economicus* y también la no menos mujer doméstica(da), sujetos de la nueva sociedad burguesa, prototipos requeridos para la utopía del progreso y de la modernización.” GONZALEZ STPEHAN, Beatriz. Economías Fundacionales: Diseño del Cuerpo Ciudadano. Caracas. Revista de Investigaciones Literarias. Año 3. No. 5. 1995. p. 19.

⁸⁹ SCHMITT, Carl. La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Madrid. Alianza Editorial. 1985. p. 33.

⁹⁰ FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio. Derecho Público Romano y Recepción del Derecho Romano

Las materias que determinaban el nombramiento del dictador en la República Romana eran, además de las ya mencionadas, las de celebrar una asamblea popular, la dirección de una investigación, la fijación de días festivos y la pintoresca ceremonia religiosa de clavar un clavo, el cual debía ser clavado por el *praetor maximus.*, etc.⁹¹

La dictadura operó como un medio político de la aristocracia para dominar las exigencias plebeyas de la democracia. Su declaración le correspondía a los Cónsules, una vez se hubiera decretado la situación de emergencia por parte del Senado.⁹² Aunado a esto, las potestades del dictador no estaban sujetas a ningún control por parte de algún órgano colegiado, y adicionalmente este podía adoptar las disposiciones que fueran necesarias para preservar la constitución.⁹³

Montesquieu le atribuyó al último siglo de la República, es decir a la época comprendida desde Sila hasta Julio César, la degeneración más profunda de la dictadura, mirémoslo:

Las leyes de Roma habían dividido sabiamente el poder público en un gran número de magistraturas, que se sostenían, se moderaban y se detenían unas a otras, y como cada una de ellas tenía un poder limitado, todos los ciudadanos eran aptos para desempeñarlas; y el pueblo viendo desfilar uno tras otro a muchos personajes, no se acostumbraba a ninguno. Pero en este tiempo (en el de Sila) el sistema de la república cambió; los más poderosos obtuvieron del pueblo comisiones extraordinarias, lo que aniquiló la autoridad del

en Europa. Madrid. Editorial Civitas. 1999. p. 97.

⁹¹ SCHMITT, Op. Cit. p. 34.

⁹² AGUILAR RIVERA, José Antonio. En Pos de la Quimera. Op. Cit. p. 67.

⁹³ Ibid.

pueblo y de los magistrados y puso los grandes negocios en mano de un solo o muy pocos individuos.⁹⁴

El pensador bórdeles argumentó que la dictadura se utilizó como un instrumento de manipulación sobre el pueblo, que precipitó la caída de la República y la instauración del Imperio. Pues personas como Pompeyo o Julio César se dedicaron a colmar a la población de dádivas para fortalecer su poder autocrático. Por ello, decía que

En Roma, hecha para engrandecerse, fue preciso reunir en las mismas personas los honores y el poder, lo que en momentos graves podía concentrar la admiración del pueblo en un solo ciudadano.

Cuando se conceden honores se sabe exactamente lo que se da; si a ellos se añade el poder, nadie puede decir a qué punto llegará su ejercicio.

Las preferencias excesivas dadas a un ciudadano en una república tienen siempre consecuencias: originan la envidia del pueblo o aumentan sin medida su amor.⁹⁵

Montesquieu temió profundamente el uso incontrolado de las circunstancias excepcionales; por esto sólo consagró como máxima medida la suspensión temporal del *Habeas Corpus*, para poder hacer efectiva la detención de los agitadores sociales.

También se condenaron los Estados de Excepción, nos comenta el profesor Aguilar siguiendo a Benjamín Constant, porque implicaban la suspensión de los derechos humanos, en la consecución del bien público. De tal suerte que no se podían permitir actos arbitrarios contra los derechos de los ciudadanos en aras de preservar el orden y la legalidad.⁹⁶

⁹⁴ MONTESQUIEU. Grandeza y Decadencia de los Romanos. Madrid. Espasa – Calpe. 1962. p. 67.

⁹⁵ Ibid. p. 68.

⁹⁶ AGUILAR, Op. Cit. p. 62 - 63.

Esta postura contraria a los estados de excepción cambió con la constitución de 1793. Este texto, que estuvo muy influido por el modo de pensar de la Roma republicana, se expidió para afrontar el peligro de guerra interior poco después de la Revolución y dotó al gobierno de poderes absolutos para alcanzar la paz y consolidar el Estado republicano. En esta Carta se siguieron los postulados de Rousseau. Este ideólogo proponía que de acuerdo con la Constitución, debía hacerse una concesión de potestades extraordinarias con el objeto de solucionar una necesidad apremiante. El diferenció dos tipos de dictadura: la primera era aquella en la que las leyes se suspendían, mientras que en la segunda se apoderaba de manera general al poder ejecutivo, para que pudiera operar y solventar la emergencia.⁹⁷ Así las cosas, y tal como lo dice Schmitt, la primera se refiere a la dictadura propiamente dicha, pues implica una suspensión de la legislación, una interrupción de la voluntad general, que es la detentadora de la soberanía, mientras que la segunda configurará el llamado “Estado de Sitio”, porque hay una transmisión de poderes al ejecutivo, pero no implica un cambio en la voluntad general.⁹⁸

Posteriormente esta figura se desarrolló en la historia constitucional francesa, subsistiendo hoy todavía en la Carta de la quinta república, previendo la motivación por circunstancias objetivas de gravedad del estado de excepción y condicionando la legislación del estado de sitio al restablecimiento de la normalidad funcional de los poderes públicos.⁹⁹

⁹⁷ SAINT-BONNET, François. L'Etat d'Exception. Paris. Presses Universitaires de France. 2001. p. 274-277.

⁹⁸ SCHMITT, Op. Cit. p. 165-166.

⁹⁹ SAINT-BONNET, François. L'Etat D'Exception, Op. Cit. p. 316-357.

Al contrario de este pensamiento francés, los anglosajones conocieron en la época moderna, nos dice García Pelayo, un mecanismo para solucionar las situaciones de crisis. Esta institución nació en Inglaterra, durante la guerra de las dos Rosas y se llamó la ley marcial. Por medio de ella, se permitía al Condestable del Ejército enjuiciar a los soldados por medio de un proceso sumario, que se realizaba según unas reglas que él mismo fijaba. Más adelante en tiempos de Isabel I, se permitió que con la ley marcial se juzgaran a los delincuentes políticos, extensión normativa que duró hasta el siglo XVII.¹⁰⁰

La obra de John Locke, artífice intelectual de la Gloriosa Revolución, dotó al poder ejecutivo de un llamado poder de prerrogativa; éste constituyó una potestad discrecional que se otorgaba al monarca para regular aquellas situaciones que el legislativo no podía prever, por ser circunstancias excepcionales. Este poder no era absoluto, porque se encontraba limitado por el *trust*, o encargo de confianza que el pueblo le otorgaba a los tres poderes del Estado para que obraran de acuerdo con el bien público, el cual podía ser revocado si esto se incumplía.¹⁰¹

¹⁰⁰ GARCIA PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. Madrid. Alianza Editorial. 1993. p.164-165. Según Wade la doctrina de la ley marcial consiste en que “cuando los tribunales ordinarios no puedan actuar en caso de guerra o de insurrección, las actuaciones de la autoridades militares para restaurar el orden son legalmente indiscutibles. Por tanto, cuando los tribunales son reducidos al silencio, prevalece la ley marcial (...)” Estas potestades de excepción han sido utilizadas en tiempos de paz en 1920, por medio de la ley sobre poderes de emergencia que estaba desarrollada para defender al público de las repercusiones de las huelgas graves. La Corona podía instaurar el estado de emergencia si se presentaba alguna anomalía en el abastecimiento y distribución de alimentos, de agua, de combustible o de los medios de locomoción. En tiempos de guerra estos poderes de emergencia se utilizaron durante las dos guerras mundiales, para garantizar la seguridad pública, la defensa del territorio y el mantenimiento del orden público. WADE. H.W. R. Derecho Administrativo. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1971. p. 482-485.

¹⁰¹ CHEVALIER, Jean Jacques. Las grandes Obras Políticas. Bogotá. Editorial Temis. 1997. p. 90-

CAPITULO II

2. INFLUENCIAS EXTRANJERAS EN LA CONFORMACION DEL DERECHO PÚBLICO Y LA RECEPCION DEL MODELO DE DERECHO ADMINISTRATIVO FRANCES EN COLOMBIA.

En Colombia se implantó el modelo de Justicia administrativa de corte francés, en 1914. Algunos autores por ello piensan que nuestro derecho administrativo tiene 100 años y que la influencia francesa fue determinante en la constitución de nuestro derecho público.¹⁰²

Nosotros planteamos que el derecho público colombiano tiene muchas más fuentes además de la francesa. Es indudable la gran influencia que el derecho español y el norteamericano han tenido y siguen teniendo en el derecho constitucional y administrativo. Por ello, vamos a mostrar este ascendiente en los siglos XIX y XX. Para el efecto, presentaremos

91.

¹⁰² El principal exponente de esta posición es el ex Consejero de Estado y profesor universitario Dr. Libardo Rodríguez. Véanse sus trabajos “origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia” Publicado en: Historia y Perspectivas de la Jurisdicción Administrativa en Francia y en América Latina. Bogotá. Editorial Temis. 1999. p. 43-56 y también “Un siglo de Derecho Administrativo en Colombia” Publicado en: El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al profesor Allan Brewer Carías. Tomo II. Madrid. Editorial Civitas. 2003. p. 1135-1357.

temáticamente cuatro hitos del Derecho Público colombiano que nos permitirán mostrar que la influencia del mismo no ha sido exclusivamente francesa.

2.1. La Revolución de los Comuneros.

Nuestro punto de partida es el año de 1781 con la llamada Revolución de los Comuneros, que se dio en el entonces territorio de la Nueva Granada, por unas alzas injustificadas en los impuestos, por parte del Visitador Regente Juan Francisco Gutiérrez de Piñeres. Se implantó un nuevo tributo llamado de la Armada de Barlovento, que se creó para poder financiar los navíos de la armada española que patrullaban el mar Caribe, con el propósito de sanearlo de piratas. De igual forma se duplicó el existente sobre el tabaco y se amplió la alcabala a productos de primera necesidad, como las frutas. El objetivo de esta reforma tributaria fue poder sanear las finanzas de la Corona, que se encontraban muy maltrechas por estar en guerra con los ingleses desde 1779.¹⁰³

Esta revolución es el inicio de nuestro moderno derecho público y se nutrió del pensamiento español de la segunda escolástica, nacido en Salamanca. En efecto, se basó en el origen popular de la soberanía, acogiendo la idea de que el poder político surgía de un

¹⁰³ CABALLERO ESCOVAR, Enrique. Historia Económica de Colombia. Bogotá. Italgraf. 1970. p. 73-74.

pacto entre el Rey y el pueblo, instituyéndose el derecho de resistencia contra la tiranía, al entenderse que se podía romper el nombrado pacto al violarse el ideal de buen gobierno.¹⁰⁴

La influencia más notoria de la escuela salmantina, es la del jesuita granadino Francisco Suárez. Él postuló una teoría democrática comunitaria del poder basada en que el origen de la autoridad real estaba en el pueblo, y siempre el monarca debía consultar al pueblo en la toma de decisiones trascendentales. Este argumento lo escribió Suárez para contrarrestar la teoría del derecho divino de los reyes, que para su época era defendido, entre otros, por Jacobo I Estuardo en Inglaterra. Por ello Suárez criticó, por ejemplo, la política devaluacionista de algunos reyes, pues el soberano no podía cambiar el valor de la moneda sin consultar a la comunidad.¹⁰⁵

Según De La Torre Angel, Suárez también era partidario del derecho de resistencia, ya que establecía que:

Si un rey legítimo gobierna tiránicamente y el reino no tiene ningún otro medio de defensa que expulsar y deponer al rey, el Estado en pleno, en el acuerdo público y común de las ciudades y de los próceres, podrá deponer al rey: lo primero, en virtud del derecho natural, por el cual es lícito rechazar la fuerza con la fuerza; y lo segundo, porque en el primer pacto con que el Estado transfirió su poder al rey, siempre se entiende que quedó exceptuado este caso, necesario para la propia conservación del estado.¹⁰⁶

¹⁰⁴ KONIG, Hans – Joachim. En el camino hacia la Nación. Bogotá. Banco de la República. 1994. p. 130.

¹⁰⁵ DE LA TORRE ANGEL, Jesús Antonio. Democracia y Ley Natural desde el Iusnaturalismo católico de Suárez. México. Revista de Investigaciones Jurídicas. No. 24. 2000. p. 415-416.

¹⁰⁶ Ibid. p. 425.

Por ello se justificó el levantamiento neogranadino, pues los nuevos impuestos se habían decretado sin el consentimiento popular. La rebelión finalizó con un acuerdo entre la Corona y los sublevados denominado las “Capitulaciones de Zipaquirá”, documento que para algunos es el primer texto constitucional colombiano.¹⁰⁷

Allí en primer lugar se buscó abolir el impuesto de la armada de Barlovento; también se quiso suprimir el ramo de barajas; la renta del tabaco y del aguardiente; el peaje por la entrada a Santa Fe; los tributos por el paso de los puentes; las rentas eclesiásticas; etc. Se propuso la exención a los algodones del impuesto de la alcabala. Referente a la capitación de dos pesos que debían hacer las personas blancas y un peso que tenían que hacer los indígenas, se había dicho en la Real Orden de San Ildefonso que se trataba del primer pecho o contribución que se había impuesto. Empero “siendo tantos con los que se nos ha oprimido, no parece de ningún modo compatible esta expresión, por lo que en el todo nos denegamos”.¹⁰⁸

En cuanto al manejo de las minas de sal de las ciudades de Zipaquirá y Chita, se pidió que regresaran a manos de los indios de esa región, pues estos habían sido injustamente despojados de ellas por parte de las autoridades españolas.¹⁰⁹

¹⁰⁷ PHELAN, John Leddy. El pueblo y el Rey. La Revolución Comunera en Colombia, 1781. Bogotá. Carlos Valencia Editores. 1980. p. 211-226.

¹⁰⁸ GOMEZ HOYOS, Rafael. La Revolución Granadina de 1810. Ideario de una generación y de una época 1781-1821. Tomo I. Bogotá. Instituto colombiano de Cultura Hispánica. 1982. p. 218.

¹⁰⁹ CABALLERO ESCOVAR, Enrique. Incienso y Pólvora. Comuneros y Precursores. Bogotá. Editorial Pluma. 1980. p. 114.

Los rebeldes propusieron en la cláusula quinta la supresión de los cargos de regente y de visitador, veamos:

Que habiendo sido causa motiva de los circulares disgustos de este Nuevo Reino y el de Lima, la imprudencial conducta de los señores regentes visitadores, pues quisieron sacar jugo de la sequedad y aterrar hasta el extremo con su despótica autoridad, pues en este Nuevo Reino, siendo la gente tan dócil y tan sumisa, no pudo con el complemento de su necesidad, ni aumentos de extorsiones, tolerar ya más despótico dominio, que cuasi se han asimilado sus circulares hechos a deslealtad; y para que en lo venidero no aspire, si encuentra resquicio a alguna venganza, que sea don Juan Francisco Gutiérrez de Piñeres, visitador y regente de esta Real Audiencia, extrañado de todo este reino para los dominios de España, en el cual nuestro católico monarca, con reflexión a los resultados de sus inmoderadas operaciones, dispondrá lo que corresponda a su persona, y que nunca para siempre jamás se nos manden tal empleo de regente visitador, ni personas que nos manden y traten con semejante rigor e imprudencias, pues siempre que otro tal así nos trate, trataremos todo el reino, ligado y confederado, para atajar cualesquiera opresión que de nuevo por ningún título se nos pretenda hacer.¹¹⁰

Otra importante reivindicación de las capitulaciones fue la de que en los cargos de la Administración:

Hayan de ser antepuestos y privilegiados los nacionales de esta América a los europeos, por cuanto diariamente manifiestan la antipatía que contra las gentes de acá conservan. Pues están creyendo, ignoradamente, que ellos son los amos y los americanos, todos sin excepción, sus criados; y para que no se perpetúe este ciego discurso, sólo en caso de necesidad según su habilidad, y adherencia a los americanos, puedan ser igualmente ocupados, como que todos estamos sujetos a un mismo Rey y señor, debemos vivir hermanablemente.¹¹¹

La iglesia también vio mermados sus tributos, pues se pidió en la cláusula 19 que:

¹¹⁰ PHELAN, Op. Cit. p.217- 218.

¹¹¹ LIEVANO AGUIRRE, Indalecio. Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia. Tomo II. Bogotá. Tercer Mundo Editores. 1997. p. 488.

Los notarios eclesiásticos no puedan cobrar más de dos reales por cada hoja, en las informaciones para matrimonio, cesando así la corruptela de cobrar doce contra la ley castellana, estos oficiales, “la carcoma, polilla o esponja de todos los lugares”.¹¹²

La más trascendental de las cláusulas fue la de abolir los resguardos indígenas, ya que en la rebelión participaron más de 5.000 indios que querían que se les repartieran bajo la forma de propiedad privada esas tierras comunales. De tal suerte que la cláusula séptima disponía:

Que los indios que se hayan ausentado del pueblo que obtenían, cuyo Resguardo no se haya vendido, ni permutado, sean devueltos a sus tierras de inmemorial posesión, y que todos los Resguardos que de presente posean, les queden, no sólo en el uso, sino en cabal propiedad para poder usar de ellos como tales dueños.¹¹³

Sin embargo para algunos autores esta cláusula lo único que demuestra es la falta de visión y de respeto que tenían los patricios criollos por los indios. Pues las comunidades de aborígenes no eran las encargadas de vender estas tierras de resguardo sino que lo hacía la Real Hacienda, facilitando de esta manera los procesos de expulsión y de despojo de los indígenas¹¹⁴.

Es palpable el ideal liberalizador, y bastante obtuso, de esta pretensión, al querer imponer la propiedad privada a culturas que no conocían ese concepto y que manejaban la tierra comunalmente. Una vez realizada la independencia se decretó la abolición de los resguardos y su conversión en pequeñas parcelas, trayendo como consecuencia que el

¹¹² MORALES BENITEZ, Otto. Revolución y Caudillos. Bogotá. Círculo de Lectores. 1983. p. 112.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ GARCIA, Antonio. Los Comuneros. Bogotá. Plaza y Janés. 1981. p. 213.

indio, de un día para otro se volviera campesino minifundista y que quedara desprotegido frente a los latifundistas, que terminaron incrementado desmesuradamente su patrimonio.¹¹⁵

Esta Revolución Comunera se produjo en un momento de mucha agitación para toda América. En el Norte se acababa de librar la batalla por la independencia de las trece colonias. En el sur, en Perú, se había dado la rebelión de Tupac Amará y en Venezuela la de Maracaibo. Estas revueltas acontecieron por un problema de fijación de nuevos tributos. En efecto, Inglaterra y España se encontraban en una situación financiera muy precaria, producto de la guerra de los siete años, y en la que Francia y España habían resultado perdedoras, teniendo los franceses que abandonar Norteamérica. Tanto Jorge III como Carlos III, vieron en la imposición de nuevos impuestos la solución a sus problemas fiscales. Pero hay una diferencia radical: en las colonias anglosajonas los tributos se debían fijar obteniendo el consentimiento de las asambleas legislativas de las colonias, circunstancia que nunca sucedió. En Hispanoamérica no se daba este fenómeno, porque no existían asambleas con poderes legislativos, sino que se daba una negociación burocrática atendiendo a los intereses de las élites y de la comunidad. En efecto, una de las aplicaciones del recurso del “se obedece pero no se cumple” en las Indias, fue la de suspender ciertas regulaciones que se consideraran contrarias a nuestra realidad. La

¹¹⁵ “Autorizados para enajenar sus resguardos (...) inmediatamente los vendieron a vil precio a los gamonales de sus pueblos, los indígenas se convirtieron en peones de jornal con salario de cinco a diez centavos por día (...) y los restos de la raza poseedora siglos atrás de estas regiones se dispersaron en busca de mejor salario a las tierras calientes, en donde tampoco ha mejorado su triste condición. Al menos sin embargo, han contribuido a la fundación de esas haciendas notables que pueden observarse en todo el descenso de las cordilleras hacia el sur y el suroeste, hasta Ambalema, en donde gran parte de ellos fue víctima del cólera en 1850 y de la fiebre amarilla desde 1856 hasta 1865.” Salvador Camacho Roldán. Memorias. Citadas por: CORSI OTALORA, Luis. Los realistas criollos. Tunja. Academia Boyacense de Historia. 1994. p. 45.

rebelión comunera surge porque no se respeta esta especie de constitución no escrita, en la cual el gobierno tenía que consultar al pueblo para poder tomar medidas que le afectaran a este directamente. Por ello el slogan de esta revuelta fue “Viva el Rey y muera el mal gobierno”, ya que se consideró al monarca carente de toda responsabilidad y se le achacó a la burocracia colonial la imprudencia de las nuevas medidas impositivas.¹¹⁶

Teniendo en cuenta esto, la Revolución Comunera no lo fue tal, porque no se quiso buscar la independencia de la madre patria, sino únicamente la remoción de unos agentes de la Corona, que actuaban sin tener visión respecto a la diversa realidad americana. Lo que se consiguió con esta protesta fue reavivar la comunión que existía entre pueblo y monarca, interrumpida por el mal desempeño de la burocracia colonial.

2.2. El Memorial de Agravios y la Revolución de Independencia del 20 de Julio de 1810.

Hasta el presente, ha reinado la opinión de que estos importantes acontecimientos se debieron exclusivamente a la influencia francesa.

Así el maestro Germán Arciniegas expresó que:

La Revolución Francesa adquiere en América resonancias inesperadas. Los asuntos que liquidaron los revolucionarios del 89 eran casi idénticos a los que preocupaban la mente americana. Los enciclopedistas no hicieron sino convertir en filosofía un problema de impuestos excesivo, latifundios y mal gobierno, y con esa

¹¹⁶ PHELAN, John Leddy. Similitudes y Contrastes entre los Comuneros de Nueva Granada y la Revolución de Independencia Americana. Bogotá. Boletín de Historia y Antigüedades. No. 714. 1976. p. 329-349.

filosofía levantar el ánimo de las barricadas a los amotinados de París y al populacho arrastrado desde Marsella. Los sabios de América ponían lo de la alcabala, el tributo y los estancos sobre la gama lírica de Libertad, Igualdad y Fraternidad.¹¹⁷

Por el contrario, en esta tesis tratamos de demostrar que al igual que la Revolución de los Comuneros, estos sucesos responden al pensamiento español de la Escuela de Salamanca, y no al enciclopedismo francés de los habitantes del virreinato de la Nueva Granada.

En efecto, la visión tradicional¹¹⁸ ha pensado que a partir de finales del siglo XVIII los neogranadinos, y en general todos los hispanoamericanos, se nutrieron de literatura francesa, importada de contrabando por las antillas francesas. Es indudable que el pensamiento francés llegó a la Nueva Granada; como prueba irrefutable de ello tenemos la traducción que hace Antonio Nariño de la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, por primera vez para la América Hispana en 1794¹¹⁹. Pero los primeros movimientos de comienzos del siglo XIX se basaron en la segunda Escolástica española y no en la filosofía de las luces derivada del país galo. Veamos pues los hechos para poder explicar nuestra hipótesis.

La situación de 1810 se enmarcó en un escenario de invasión de la península por parte de Napoleón en 1808, detención del rey y su familia en Bayona, imposición en el trono de José I, e instauración de la Junta Suprema de Sevilla, como el ente que ejercía la soberanía

¹¹⁷ ARCINIEGAS, Germán. El estudiante de la mesa redonda. Bogotá. Plaza y Janés. 1982. p. 162.

¹¹⁸ Véase a LOPEZ MICHELSEN, Alfonso. El Estado Fuerte. Bogotá. Populibro. 1968. p. 63 y s.s.

¹¹⁹ RUIZ MARTINEZ, Eduardo. La librería de Nariño y los Derechos del Hombre. Bogotá. Editorial Planeta. 1990. p. 179-180.

mientas el monarca siguiera secuestrado¹²⁰, y a la que tuvieron que concurrir delegados de todas las provincias.

La inequidad en la conformación de esta Junta Suprema, entre españoles peninsulares y españoles americanos, fue la que originó el famoso “Memorial de Agravios”, representación hecha, en 1809, por el miembro del cabildo de Santa Fe, Camilo Torres. Documento que ha sido nombrado como uno de los primigenios de nuestra independencia, aunque en ninguna parte se refiere a la misma, y que incluso fue dedicado al rey Fernando

VII. Torres manifestó que

Las Américas, señor, no están compuestas de extranjeros a la nación española. Somos hijos, somos descendientes de los que han derramado su sangre por adquirir estos nuevos dominios a la Corona de España; de los que han extendido sus límites y le han dado en la balanza política de la Europa una representación que por sí sola no podría tener. Los naturales conquistados y sujetos hoy al dominio español, son muy pocos o son nada, en comparación de los hijos de europeos, que hoy pueblan estas ricas posesiones.¹²¹

Esta representación de Torres, también respondió a ideas escolásticas, por encima de posiciones que atribuyen su origen a Rousseau o Montesquieu¹²². Es posible ver, por ejemplo, la influencia de Francisco de Vitoria, quien no olvidemos planteó su oposición a la imposición de la fe por la fuerza y al bautismo de los niños sin el consentimiento de los padres, porque estos hechos atentaban contra la institución de la patria potestad; es decir que Vitoria defendió la personalidad moral de los indios, no obstante ser infieles e

¹²⁰ HERRAN BAQUERO, Mario. El Virrey Don Antonio Amar y Borbón. Bogotá. Banco de la República. 1988. p. 43-45.

¹²¹ TORRES y TENORIO, Camilo. El Memorial de Agravios. Bogotá. Librería Publicitaria. 1989. p. 11.

¹²² POMBO y GUERRA. Constituciones De Colombia. Tomo I. Bogotá. Imprenta de La Luz. 1911. p. 47.

idólatras¹²³, y amparado en esto, sostuvo que los estados paganos eran o podían ser estados de derecho”.¹²⁴ El “Memorial de Agravios”, tomó estas ideas y expresó

Quando los conquistadores estuvieron mezclados con los vencidos, no cree el Ayuntamiento que se hubiesen degradado, porque nadie ha dicho que el fenicio, el cartaginés, el romano, el godo, el vándalo, suevo, alano y el habitador de la Mauritania, que sucesivamente han poblado las Españas y que se han mezclado con los indígenas o naturales del país, han quitado a sus descendientes el derecho a representar con igualdad a la nación.¹²⁵

Para concluir estas referencias al documento de Torres, debemos agregar que era un gran conocedor del derecho español, pues argumentó a favor del Gobierno Representativo basándose en las Partidas,

Está decidido por una ley fundamental del Reino <que no se echen ni repartan pechos, ni servicios, pedidos, monedas ni otros tributos nuevos, especial ni generalmente, en todos los reinos de la Monarquía, sin que primeramente sean llamados a Cortes los procuradores de todas sus villas y ciudades, y sean otorgados por dichos procuradores que vinieren a las Cortes>. ¿Como se exigirán, pues, de las Américas, contribuciones que no hayan concedido por medio de diputados que puedan constituir una verdadera representación, y cuyos votos no hayan sido ahogados por la pluralidad de otros que no sentirán estas cargas? Si en semejantes circunstancias, los pueblos de América se denegasen a llevarlas, tendrían en su apoyo esta ley fundamental del reino.¹²⁶

¹²³ CABALLERO ESCOVAR, Enrique. América una Equivocación. Bogotá. Editorial Pluma. 1978. p. 191.

¹²⁴ JARAMILLO URIBE, Jaime. El pensamiento colombiano en el siglo XIX. Bogotá. Editorial. Temis. 1982. p. 110.

¹²⁵ TORRES y TENORIO, Op. Cit. p. 12-13.

¹²⁶ Ibid. p. 30.

En enero de 1810 la Junta Suprema se transformó en el Consejo de Regencia, institución que convocó a las Cortes, quienes en 1812 promulgaron la primera Constitución de España.¹²⁷

En América estos hechos fueron seguidos con mucho interés en las principales ciudades y en las capitales de los Virreinos. A partir de 1809 nació un anhelo de constituir Juntas Supremas en las metrópolis más importantes de Hispanoamérica, como por ejemplo en Quito, en donde el 10 de Agosto, se nombró una Junta Suprema que iba a gobernar en nombre del Rey de España. Esta estuvo compuesta solamente por criollos, porque a los Oficiales españoles se les había puesto en prisión bajo sospecha de afrancesados.¹²⁸

Santa Fe de Bogotá no podía ser la excepción, y por esto en Julio de 1810 se rebeló contra el Consejo de Regencia, y abanderando la constitución de una Junta Suprema que ejerció el poder y la soberanía a nombre del Rey Fernando VII. El fundamento de la constitución de esta Junta fue Escolástico, como ya se dijo, ya que sus miembros habían sido educados primordialmente en los Colegios Mayores de San Bartolomé, de Nuestra Señora del

¹²⁷ La doctrina colombiana ha manifestado que los diputados americanos que concurrieron a las Cortes de Cádiz tenían dos corrientes ideológicas. Por un lado, el pensamiento tradicional hispánico y de otro, la herencia del iusnaturalismo racionalista germánico y anglo francés. "Se debe tener en cuenta que la corriente tradicional hispánica era una corriente muy influenciada por el escolasticismo hasta el año de 1812, fecha en la que se incrementó la influencia anglo francesa y norteamericana". CHARRY URUEÑA, Juan Manuel. La Constitución como Norma Jurídica. Bogotá. Universidad del Rosario. 1990. p. 48.

¹²⁸ SALVADOR LARA, Jorge. Historia Contemporánea del Ecuador. México. Fondo de Cultura Económica. 1995. p. 274-277.

Rosario, y en la Universidad Santo Tomás de Aquino, principales centros de formación del Virreinato en donde se impartió la Escolástica.¹²⁹

Encontramos, por ejemplo, como integrantes de la Junta a Camilo Torres y Tenorio, quien desempeñó la cátedra de derecho civil en el Colegio del Rosario; Antonio Ignacio Gallardo, rector del Colegio del Rosario; Nicolás Cuervo, rector del Colegio de San Bartolomé; Frutos Joaquín Gutiérrez de Caviedes, catedrático de Derecho canónico en el Colegio de San Bartolomé; Emigdio Benítez, catedrático del Colegio de San Bartolomé; Manuel de Pombo, Doctor en Derecho del colegio del Rosario y que fue el Contador de la Real Casa de la Moneda; Mariano Garnica, rector de la Universidad Tomística; etc.¹³⁰

Vemos entonces que la Escolástica mantuvo durante el siglo XVIII, en la América Hispánica un peso fundamental, respaldada en la educación por los distintos claustros religiosos. Ya fueran de órdenes regulares como la Santo Tomás de los dominicos, o el Colegio de San Bartolomé de los jesuitas; o del Clero Secular como el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Se podría llegar a pensar que con la expulsión de los Jesuitas decretada por Carlos III, tras el motín de Esquilache, quedó un boquete formativo que fue llenado con representantes de las corrientes modernas. Pero es conveniente mencionar que los jesuitas fueron

¹²⁹ SALOM FRANCO, Nicolás. Las raíces teológicas de nuestras instituciones políticas. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 2000. p. 376 y s.s.

¹³⁰ Cómo Nació la República de Colombia. Bogotá. Instituto Caro y Cuervo. 1960. p. 44-45.

reemplazados por sus discípulos o por estudiantes de otros claustros quienes aún estaban inspirados en el pensamiento de la primera y de la segunda escolástica.¹³¹

El nacimiento de esta Junta Suprema se derivó, nuevamente, del pensamiento de Francisco Suárez y de su teoría del pactismo¹³², que ya estudiamos, y no de ideas extraídas del Contrato Social, como equivocadamente planteó el exmagistrado de la Corte Constitucional, recientemente fallecido, Dr. Vladimiro Naranjo Mesa¹³³.

La Junta redactó la denominada Acta del 20 de Julio, donde se atribuye la titularidad de la Soberanía al pueblo, quien la delegaba en la Junta, hasta tanto el Rey fuera liberado. Por esta delegación el Consejo de Regencia perdió toda competencia en los asuntos del Virreinato¹³⁴. Una vez que el monarca fuera autónomo, es decir que volviera a detentar la soberanía, debería venir a la Nueva Granada a reinar.¹³⁵ Y así asentaron las bases de la que será nuestra primera constitución, en 1811. Se estableció que la

Felicidad pública, contando con las nobles Provincias, a las que al instante se les pedirán sus diputados, formando este Cuerpo el reglamento para elecciones en dichas Provincias, y tanto éste como la Constitución de Gobierno debieran formarse sobre bases de

¹³¹ VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín. La Teoría del Estado en los Orígenes del Constitucionalismo Hispánico (Las Cortes de Cádiz). Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1983. p. 26-27.

¹³² RUIZ MARTINEZ, Eduardo. Los Hombres del 20 de Julio. Bogotá. Universidad Central. 1996. p. 18.

¹³³ NARANJO MESA, Vladimiro. Curso de Historia Constitucional Colombiana. Bogotá. 1995. Sin editar. p. 7.

¹³⁴ En el Acta del 20 de Julio, aparentemente, se dispuso que el Consejo de Regencia debía seguir teniendo competencia sobre la Junta de Santa fe, pero parece que esta frase se intercaló en 1816, con la llegada de la Reconquista española al mando del Pacificador Don Pablo Morillo, "con el objeto de favorecer a los comprometidos mostrando que reconocían la autoridad establecida entonces en España". ARTEAGA CARVAJAL, Jaime y ARTEAGA HERNANDEZ, Manuel. Historia Política de Colombia. Bogotá. Ediciones intermedio. 1986. p. 74.

¹³⁵ SAMPER, José María. Derecho Público Interno. Bogotá. Editorial Temis. 1982. p. 24-33.

libertad e independencia respectiva de ellas, ligadas únicamente por un sistema federativo, cuya representación deberá residir en esta capital para que vele por la seguridad de la Nueva Granada, que protestaba no abdicar los derechos imprescriptibles de la soberanía del pueblo a otra persona que a la de su augusto y desgraciado Monarca don Fernando VII, siempre que venga a reinar entre nosotros, quedando por ahora sujeto este nuevo Gobierno a la Superior Junta de Regencia, ínterin exista en la Península, y sobre la Constitución que le dé el pueblo, y en los términos dichos, y después de haberle exhortado el señor Regidor su Diputado a que guardase la inviolabilidad de las personas de los europeos en el momento de esta fatal crisis, porque de la recíproca unión de los americanos y los europeos debe resultar la felicidad pública, protestando que el nuevo Gobierno castigará a los delincuentes conforme a las leyes, concluyó recomendando muy particularmente al pueblo con la mayor complacencia, aprobando cuanto expuso su diputado. Y en seguida se leyó la lista de las personas elegidas y proclamadas en quienes el ilustre Cabildo ha depositado el gobierno Supremo del Reino.¹³⁶

La obligación impuesta al rey de venir a gobernar desde estas tierras, ha sido interpretada por cierta parte de nuestra doctrina, desde una visión digna de García Márquez, como nuestro primer texto de independencia, “pero en forma indirecta al expresarse que la Junta Suprema gobernaría mientras no viniera a reinar entre nosotros el Monarca don Fernando VII, lo cual se sabía era imposible”¹³⁷

Indudablemente esta interpretación independentista no tiene ningún sustento, razón por la que es solitaria. Lo que si podemos vislumbrar del documento arriba mencionado, es la

¹³⁶ Proceso Histórico del 20 de Julio de 1810. documentos. Bogotá. Banco de la República. 1960. p. 153-154. Citado por: RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela. 1811-1830. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1996. p. 23.

¹³⁷ PEREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá. Editorial Horizontes. 1974. p. 94.

influencia del pensamiento norteamericano al querer convertir al virreinato en un Estado Federal.

Anhelo que, contra lo que se piensa, procedía de la época Colonial, pues el Virreinato estaba compuesto por regiones o provincias, muy diferentes unas de otras y con intereses contrapuestos.

La época de dominación española presencié la pugna de nuestras dos principales ciudades, Santa Fe de Bogotá y Cartagena. Reyerta que se agudizó con la creación de un Consulado de Comercio en la ciudad caribeña. Analicemos la razón de esta discordia, para comprender por qué el Acta del 20 de Julio planteó una modelo de organización del territorio de tipo Federal.

Por este motivo no compartimos la hipótesis de que uno de los grandes errores en el momento de la independencia, fue el haber importado el modelo federal, pues se separó lo que siempre había estado unido¹³⁸. Por el contrario, tan clara era esta diferenciación que Bogotá accedió a plantear el federalismo, porque comprendió que era la única manera de conseguir que Cartagena accediera a integrarse dentro de nuestro Estado.

2.2.1. Enfrentamiento Económico y Político entre Cartagena y Santa Fe de Bogotá. Génesis de nuestro Federalismo.

¹³⁸ LOPEZ MICHELSEN, El Estado Fuerte, Op. Cit. p. 27.

Desde el año de 1795 la oposición del gremio comercial de Bogotá hacia la formación del Consulado de Comercio de Cartagena era latente, y la lucha por obtener un organismo propio se sintió, incluso, hasta los mismos albores del movimiento del 20 de Julio.

Santa Fe tenía 65 grandes comerciantes. De estos, 32 comerciaban directamente con España. Además, controlaban la mayoría de los intercambios comerciales en el interior del país, y su influencia política y económica era considerable, si se tiene en cuenta la densidad poblacional de su territorio. Esta élite Santaferense siempre contó con el apoyo de los Virreyes en su intento de independizarse de los comerciantes cartageneros, ya que dependían de éstos últimos para obtener las importaciones que ellos revendían en el interior, en vez de traerlas directamente de España.

Los puntos principales sobre los cuales los comerciantes bogotanos discutían, tenían que ver con el pésimo estado de la carretera del interior, que reducía la competitividad de sus productos frente a los europeos. Como consecuencia, una de sus principales preocupaciones era la construcción del camino del Opón, que facilitaría el transporte de sus mercancías. Estos intereses económicos eran los principales motivos de discordia; los comerciantes de Santa Fe controlaban el comercio interno del área más densamente poblada del reino, mientras el consulado tenía, en nombre de la Corona, los medios para promover y desarrollar el comercio interior.¹³⁹

¹³⁹ MUNERA CAVADIA, Alfonso. El Fracaso de la Nación. Región, Clase y Raza en el Caribe colombiano. Bogotá. Banco de la República. 1998 p. 119.

El Consulado no resolvió el gravísimo problema del mal estado de las comunicaciones internas, principalmente por los pésimos ciclos económicos sufridos por la Nueva Granada durante este período. Esta fue incapaz de expandir su comercio exterior significativamente y tampoco pudo desarrollar su infraestructura agraria de una manera consolidada, lo que la sometía a gravísimas contracciones.

No sólo factores coyunturales intensificaban la discordia entre estas regiones, sino disputas de muchos años anteriores también contribuían a esta cuestión. Los virreyes de la Nueva Granada siempre se habían referido a Cartagena en sus informes, como una pesada carga que consumía los excedentes económicos de todo el reino. Todo el presupuesto se destinaba a la construcción y mantenimiento de la fortaleza de Cartagena.

Por consiguiente, el establecimiento y existencia del Consulado de Comercio de Cartagena, trajo a la superficie rivalidades entre los diferentes grupos comerciales de la Nueva Granada, principalmente con los de Santa Fe de Bogotá, por lo que se pueden ver los efectos del monopolio que ejercían los comerciantes cartageneros en el comercio de ultramar.

A partir de la introducción de los reglamentos de libre comercio a finales del siglo XVIII, los comerciantes de Santa Fe, reclamaron a la Corona para que se les diera un papel independiente en el comercio externo de la Nueva Granada, solicitando a ésta el establecimiento de un Consulado de Comercio independiente al de Cartagena, lo que

demuestra la importancia que había alcanzado la capital del virreinato como centro comercial¹⁴⁰.

Los comerciantes de Santa Fe, que estaban involucrados con el comercio de importaciones, dependían en su mayoría de las compras y envíos que les hacían los comerciantes de Cartagena. Los Santaferreños trabajaban por su propia cuenta, o eran agentes de los Cartageneros, recibían desde el puerto la mercancía importada por lo general a crédito, por un período de seis a doce meses, y una vez vencido éste se encargaban de hacer llegar el pago a sus acreedores en Cartagena en oro, o en monedas. En igual manera, vendían la mercancía al por mayor y al detal en sus almacenes de la capital, o enviando pequeños lotes en consignación a otras poblaciones del interior del país, normalmente para extender las operaciones de crédito que se originaban en Cartagena, pero que generalmente tenían como fuente primaria a Cádiz.

De acuerdo con el administrador de la Aduana de Santa Fe, en 1789, en la capital no existía una clara distinción entre los comerciantes al por mayor o al detal. Eran muchos los que estaban dedicados a vender artículos europeos, pero no había una especialización formal entre ellos, ya que los comerciantes de “mayor clase” también vendían productos europeos al menudeo en sus almacenes.

¹⁴⁰ McFARLANE, Anthony. Comerciantes y Monopolio en la Nueva Granada. El Consulado de Cartagena de Indias. Publicado en: Anuario de Historia Social y de la Cultura. No. 11. Bogotá. 1983. p. 60.

Sin embargo, aunque los comerciantes al por mayor, estuvieran dispuestos a negociar a un nivel muy reducido, existían dentro de estos algunos que eran lo suficientemente ricos y capaces para comerciar en forma directa con España y reclamar igualdad de derechos y oportunidades con sus colegas de Cartagena.

En 1785, un representante nombrado por los diputados y comerciantes de Santa Fe, señaló que varios de sus representados estaban en contacto permanente y directo con Cádiz y con otros puertos españoles autorizados por la Corona, desde donde enviaban mercancías para vender en Santa Fe. Por esta razón, solicitaba al Virrey que permitiera la llegada de esas mercancías directamente a la capital, sin pasar por la Aduana de Cartagena, éste apoyó la medida. Sin embargo, el número de firmas que acompañó a la petición, dejaba ver que los comerciantes independientes eran muy reducidos.

La debilidad del gremio comercial de Santa Fe con respecto al de Cartagena se reconoció oficialmente en 1796, cuando a raíz de la creación del Consulado, los comerciantes de la capital solicitaron igual privilegio pidiendo una institución similar para la capital, que tuviera jurisdicción sobre las provincias del interior, y que fuera completamente independiente del Consulado de Cartagena. El gobierno español rechazó la propuesta, reconociendo la mayor importancia comercial del puerto de Cartagena y sus mercaderes, sobre el gremio comercial de la capital.

Sin embargo, esta rivalidad entre Cartagena y Santa Fe se hizo más fuerte después de 1796, debido a la suspensión del comercio con España durante la guerra contra Inglaterra, y al

aumento del contrabando, situaciones que debilitaron la hegemonía comercial de Cartagena.

A pesar del rechazo, los comerciantes de Santa Fe persistieron varias veces en su campaña para conseguir la autorización del establecimiento de un Consulado de Comercio independiente al de Cartagena, pero sólo lograron concesiones en asuntos referentes a jurisdicción y a derechos de apelación en casos mercantiles. Sin embargo, las peticiones capitalinas continuaron.

La figura más representativa de estas campañas, fue don José Acevedo y Gómez, quien era un comerciante criollo, que apoyado por las peticiones de los comerciantes y de los cabildos de las poblaciones vecinas a la capital, denunció el fracaso del Consulado de Cartagena como promotor del desarrollo económico y comercial del virreinato, y afirmó que el dominio de éste sobre el comercio exterior de la Nueva Granada era un impedimento para su desarrollo.

Como argumento señalaba que el crecimiento demográfico había ocasionado un aumento del comercio y de la producción interna, por lo que destacaba la necesidad de establecer un Consulado en la capital con el fin de superar los obstáculos que limitaban la explotación de los recursos internos. Sostenía además, que era fundamental desarrollar los medios para promover la “útil y continuada comunicación de España con su Colonia”¹⁴¹.

¹⁴¹ McFARLANE, Comerciantes y Monopolio, Op. Cit. p. 65.

Afirmaba que los comerciantes de Cartagena habían sido completamente incapaces de llevar a cabo este objetivo, e insistió en señalar que el Consulado de esta ciudad no sólo había descuidado los trabajos que le había encomendado la corona directamente, sino que además, había derrochado sus recursos en la construcción de un camino, que comunicaba la casa de los comerciantes ricos de Cartagena con sus haciendas y fincas de recreo en la población de Turbaco.

Por otro lado, las poblaciones del Socorro, Tunja y Pamplona, ricas en recursos agrícolas y mineros, al ver que carecían de la ayuda esencial del Consulado de Cartagena para fomentar el comercio de exportación de sus productos, apoyaron las denuncias hechas por Acevedo. Estas quejas también fueron apoyadas por el cabildo de Santa Fe y por el Virrey Amar y Borbón.

Acevedo, en comunicaciones posteriores, señaló que el clima de la ciudad de Cartagena era inapropiado para el funcionamiento de un Consulado que promoviera el desarrollo comercial del Virreinato¹⁴². Añadió además, que como los miembros del Consulado eran en su mayoría inmigrantes españoles e intermediarios, no podían promover el desarrollo económico de la colonia, ya que como casi todos los miembros del Consulado eran agentes de casas comerciales de Cádiz, sólo se quedaban el tiempo necesario para hacer fortuna y luego escapar del “clima desagradable” de Cartagena, por lo que podría decirse que estos

¹⁴² Acevedo se basaba en los escritos de Francisco José de Caldas, quien señalaba que en la Nueva Granada únicamente en las zonas de clima frío, se podían desarrollar actividades de gran calado que propiciaran el desarrollo. Véase. El Influjo del Clima sobre los seres organizados. Publicado en: Obras Completas. Bogotá. Imprenta La Luz. 1912. p. 79-119.

funcionarios carecían de interés por el desarrollo del país y solo utilizaban los cargos de este Consulado para distribuir los salarios asignados a sus funciones¹⁴³.

La desorganización causada por la guerra internacional, que terminó deteriorando la autoridad española en la colonia, impidió que pudiera llevarse a cabo el establecimiento de un Consulado independiente en Santa Fe.

Estos antagonismos interregionales entre la capital y Cartagena contribuyeron más tarde a crear rivalidades interurbanas e interprovinciales que llevaron a la fragmentación política interna del país durante los primeros años de la independencia. Como sucedió, por ejemplo, en el mismo año de 1810, en que Bogotá cambió de parecer y propuso un régimen centralista, con una constitución que debería ser redactada en la capital. Observemos las ideas que se expresaron en el boletín denominado “Diario Político” que circuló en ese momento,

En la capital del reino se verá cómo piensan las provincias de acuerdo a sus representantes; con arreglo a los poderes instrucciones que traigan resolverá la forma que más nos convenga adoptar.

Abrid los ojos; ved los riesgos, digamos mejor, los abismos de la división. La división, la rivalidad ese necio orgullo de ser la primera, nos precipitará en los males ineluctables de una guerra civil.

Que cada provincia ocupe su lugar, que la capital sea la capital y que la provincia sea la provincia. Alarguemos nuestras manos, liguémonos con vínculos indisolubles para siempre.

No se oiga sino una voz, y que no haya sino una y que no haya sino unos mismos sentimientos. Libertad, independencia, subordinación a las autoridades, patriotismo, humanidad. He aquí nuestro código y el único que nos puede salvar en esta crisis.

¹⁴³ McFARLANE, Comerciantes y Monopolio, Op. Cit. p. 67.

Las provincias del reino no deben tomar partido por sí solas en la presente crisis política. La capital esperaba que todas ellas se reuniesen por medio de sus diputados a tratar sobre este importante objeto.

Sería un procedimiento el más impolítico romper estos vínculos sagrados, separarnos cuando nos debemos reunir más estrechamente, tomar caminos diversos cuando debemos concurrir a un solo punto.

Las providencias que se dictasen para un departamento chocarían con las que se abrazasen por otro, lo que ocasionaría la mayor confusión y desorden.¹⁴⁴

A partir de entonces, Cartagena se convertirá en la abanderada del Federalismo y Bogotá en la del Centralismo, confrontación que persistirá hasta la reconquista española en 1816.¹⁴⁵

Más adelante la idea de la República Unitaria será la vencedora en esta contienda, pero no por méritos propios sino por la destrucción de que fue objeto Cartagena como resultado del sitio del pacificador Pablo Morillo, que duró más de cien días y que acabó con el poderío comercial de la ciudad caribeña. A partir de esta derrota se pretendió la creación de un Estado Nación, con el centro en los Andes¹⁴⁶. Mala solución, que restringió la visión de país al ignorar las diferencias regionales y étnicas.

¹⁴⁴ Citado por: LLANO ISAZA, Rodrigo. Centralismo y Federalismo (180-1816). Bogotá. Banco de la República. 1999. p. 66.

¹⁴⁵ El historiador francés Guerra explica estos enfrentamientos como un fenómeno común en la América española de ese momento: "(...) las ciudades capitales tuvieron que enfrentarse con otras ciudades importantes que no aceptaban su pretensión de preeminencia. Caracas tuvo que enfrentarse con Coro y Maracaibo; Buenos Aires, no sólo, como antes, con Montevideo, sino también con las ciudades del interior; Nueva Granada, se fragmentó en múltiples juntas rivales. Como en España en 1808, se planteaba la necesidad urgente de constituir gobiernos de orden superior al de las ciudades para impedir la aparición de múltiples gobiernos independientes en cada <pueblo> (en el Río de la Plata o Venezuela), o para reunir mediante un nuevo pacto las diferentes juntas ya formadas (en Nueva Granada). GUERRA, François – Xavier. Lógicas y ritmos de las revoluciones hispánicas. Publicado en: Las Revoluciones Hispánicas: Independencias americanas y Liberalismo español. Madrid. Editorial Complutense. 1995. p. 37.

¹⁴⁶ MUNERA CAVADIA, El Fracaso de la Nación, Op. Cit. p. 219.

Bogotá tomará su prevalencia para auto atribuir un origen europeo a su población, y para deslegitimar a las regiones de tierra caliente como el foco de las razas inferiores y atrasadas¹⁴⁷.

En la época federal, que comenzó en 1858 y se extendió hasta 1886, existió el proyecto de cambiar la capital a otra ciudad. En los debates de la Constitución de 1863 se presentó un artículo que pretendió radicar la capital en Panamá,¹⁴⁸ pero que desafortunadamente no tuvo acogida.

Este intento fallido, sumado a la falta de visión de los gobernantes bogotanos, trajo como consecuencia que en 1903 Panamá se independizara de Colombia. La falta de visión nacional de los gobernantes bogotanos sería tan notoria que no les importó la pérdida de nuestra principal ciudad en el Océano Pacífico¹⁴⁹. Los estadistas capitalinos preferían dedicar el tiempo al estudio de la gramática, que a preocuparse por una ciudad con un clima ardiente, y socialmente degenerada por estar habitada mayoritariamente por africanos¹⁵⁰.

2.3. El pensamiento de Bolívar, el proyecto constitucional de Angostura de 1819 y la Constitución Boliviana de 1826.

¹⁴⁷ MUNERA CAVADIA, Alfonso. Fronteras Imaginadas. La construcción de las razas y de la geografía en el siglo XIX colombiano. Bogotá. Editorial Planeta. 2005. p. 21-45.

¹⁴⁸ CAMACHO ROLDAN, Salvador. La Convención de Rionegro. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2000. p. 65.

¹⁴⁹ Gabriel García Márquez dice que este suceso le terminó de cambiar la visión al país, pues dejamos de ser caribeños y de tener una visión amplia de la vida para convertirnos en un país con mentalidad andina. Vivir para Contarla. Bogotá. Editorial Norma. 2002. p. 538.

¹⁵⁰ MUNERA CAVADIA, Fronteras Imaginadas. Op. Cit. p. 118-121.

Dentro de nuestra doctrina política constitucional se le atribuyen a las ideas de Bolívar una exclusiva influencia liberal de corte jacobino¹⁵¹ y Napoleónico.¹⁵² Por ello Bolívar sería el más digno hijo de la Revolución Francesa, pues puso en práctica los postulados de la Ilustración.

Para esta posición doctrinal los móviles Bolivarianos, son primeramente las ideas de Rousseau, que el libertador plasmó en el borrador de Constitución de Angostura de 1819 y en la Carta Boliviana de 1826. En ambos textos, por ejemplo, Bolívar habló de un poder moral como el encargado de controlar la educación de los niños en la Gran Colombia. Este hecho ha sido visto únicamente como un ascendiente de la obra “El Emilio” del filósofo de Ginebra. Mirémoslo,

Los 42 artículos que conforman el proyecto del poder Moral desarrollan minuciosamente una de las ideas más caras a la pedagogía política jacobina, tomada a su vez del capítulo 7 del libro IV de El Contrato Social, a saber, la institución de una instancia de control de la moralidad pública, que actúe en nombre del soberano y garantice la pureza, la transparencia, de las prácticas sociales. La imposición de esta moral, formal puesto que viene definida por el poder político y se expresa en el hierático lenguaje de la ley, está justificada por razones de estado. Es la virtud sancionada por la coerción.” Si hay alguna violencia justa, es aquella que se emplea en hacer a los hombres buenos y, por consiguiente, felices.¹⁵³

¹⁵¹ Véase LIEVANO AGUIRRE, Indalecio. Bolívar. 1783-1983. Bogotá. Editorial Oveja Negra. 1983. p. 421-432; VALENCIA VILLA, Hernando. La Constitución de la quimera. Bogotá. Editorial La Caja de Herramientas. 1982. p. 41-60; VASQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. El poder presidencial en Colombia. Barranquilla. Ediciones Norte. 1986. p. 23-58.

¹⁵² RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. El síndrome del presidencialismo en Colombia. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1989 p. 12. y VASQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. El Poder presidencial en Colombia, Op. Cit. p. 25-30.

¹⁵³ VALENCIA VILLA, Op. Cit. p.46.

Y en segundo lugar los pensamientos de Napoleón Bonaparte, que Bolívar tomará y los institucionalizará en primera instancia en sus anhelos monárquicos, al consagrar por ejemplo la Presidencia y el Senado Vitalicios, y en segunda instancia al implantar un poder legislativo compuesto por tres Cámaras, como manifiesta el profesor Vásquez Carrizosa,

El proyecto de Constitución de 1826 obedecía al criterio de 1819 de implantar el Estado fuerte con el aspecto más grave del presidente vitalicio dotado de facultad para designar al sucesor. Con esto, nada más, el conflicto de opinión en Nueva Granada resultaba inevitable. Para muchos era poco menos que la amenaza de la monarquía a favor del elemento militar. Dentro del derecho público de la época el proyecto de 1826, como el de 1819 no eran del todo originales. El senado vitalicio figuraba en una de las constituciones napoleónicas, la del 13 de diciembre de 1799 (22 del Frimario, año VII, en el calendario republicano). En cuanto a la presidencia vitalicia fue progresivamente implantada por Napoleón Bonaparte hasta culminar en el Imperio, con la institución del Primer Cónsul hecha en la misma Constitución de 1799, elegido por diez años, se convirtió en el “Primer Cónsul Vitalicio” en el acta senatorial del 2 de agosto de 1892 (14 del Termidor, año X), todo lo cual no podía menos de impresionar a los hombres cultos de la capital de Colombia. Por último, la subdivisión del poder legislativo en tres cámaras del proyecto de 1826, llamada según el artículo 26 tribunos, senadores, y censores, estuvo indudablemente inspirada por la Constitución Francesa de 1799, en la cual hallamos el mismo reparto.¹⁵⁴

El maestro Restrepo Piedrahita es de la misma opinión, al esbozar que Bolívar toma la idea de la Presidencia Vitalicia del pensamiento absolutista francés, y de su mejor representante Luis XIV,

Es un hecho que en la época de los movimientos de independencia de las comarcas iberoamericanas el influjo de la tradición monárquica sobre la sensibilidad y la mentalidad de los más sobresalientes líderes era considerablemente poderoso. Tal aconteció en la entonces denominada “República de Colombia”

¹⁵⁴ VASQUEZ CARRIZOSA, Op. Cit. p.56.

(Venezuela, Nueva Granada Ecuador). El Libertador Simón Bolívar, en su discurso sobre el proyecto de constitución que redactó para Bolivia (mayo de 1826) y que aspiró a imponer en la constelación estatal grancolombiana, expresó con heliocéntrico símil: “El presidente de la república viene a ser en nuestra constitución, como el sol que firme en su centro da vida al universo. Esta suprema autoridad debe ser perpetua; porque en los sistemas sin jerarquía, se necesita, más que en otros, un punto fijo alrededor del cual giren los magistrados y los ciudadanos, los hombres y las cosas. Dadme un punto fijo, decía un antiguo y moveré el mundo. Para Bolivia este punto es el presidente vitalicio.”¹⁵⁵

Nada más alejado de la realidad. Nosotros tenemos otros argumentos que nos llevan a plantear que la ideología de Simón Bolívar perteneció al pensamiento republicano, y no a las ideas liberales. Republicanismo que se origina en Roma, que será exaltado por Maquiavelo y que tendrá en Rousseau y en Robespierre a algunos de sus más grandes representantes. Es por esto, que estos últimos pensadores serán sólo unos de los exponentes de esta ideología y no unos filósofos liberales, como erradamente ha pensado nuestra doctrina. Analicemos pues las ideas bolivarianas para demostrar este aspecto.

Comenzaremos por entender que el Republicanismo como pensamiento moderno ha sido reivindicado por John Pocock¹⁵⁶. Este autor dio una nueva vitalidad a esta ideología señalando que la Constitución Norteamericana se nutre de ideas propias del Renacimiento y no de la filosofía liberal de John Locke. Hipótesis que es plenamente aplicable a Hispanoamérica, porque desvirtúa la exclusiva influencia liberal francesa en el proceso de formación de las jóvenes repúblicas.

¹⁵⁵ RESTREPO PIEDRAHITA, El síndrome, Op. Cit. p. 12.

¹⁵⁶ POCOCK, John. El Momento Maquiavélico. Madrid. Editorial Tecnos. 2002.

Pocock logró demostrar que los ingleses, después de la ejecución de Carlos I, indagaron en el pasado para encontrar una solución que les ayudara a salir de la crisis. La respuesta la hallaron en las ideas de Aristóteles, Polibio y Maquiavelo, que James Harrington expuso en su libro *Oceana*¹⁵⁷. En efecto serán los planteamientos del pensador florentino los que tomará la aristocracia terrateniente inglesa al haber sido excluida por la élite Whig de los beneficios comerciales. La virtud cívica será el arma con que se opondrán a la obtención de poder y riqueza. Este “momento maquiavélico” se mantuvo casi un siglo en Inglaterra, luego el pensamiento “hizo el viaje de ida a las colonias inglesas de América, donde se naturalizó. De esta forma, los norteamericanos recurrieron a ella cuando decidieron emanciparse de la metrópoli.”¹⁵⁸

Empecemos mirando cuáles fueron los planteamientos de estos filósofos de la antigüedad y del Renacimiento que estudiaron los anglosajones, y que son los que configuran el pensamiento republicano propiamente dicho.¹⁵⁹

En primer término Aristóteles desarrolló las formas de gobierno que existieron en su tiempo. Estableció que hay tres formas buenas y tres degeneraciones de ellas. Las primeras

¹⁵⁷ “El significado histórico de este libro radica en que representa el momento de un salto paradigmático, de una revisión capital en la historia del pensamiento político inglés y en la propia historia de Inglaterra, a la luz de conceptos extraídos del humanismo cívico y del republicanismo maquiavélico. La razón inmediata que llevó a Harrington a comprometerse en semejante revisión fue el deseo de justificar la república militar en que se había venido convirtiendo Inglaterra desde la guerra civil bajo el gobierno del *popolo armato*” Ibid. p. 466.

¹⁵⁸ AGUILAR RIVERA, José Antonio. En pos de la Quimera, Op. Cit. p. 50.

¹⁵⁹ Consideramos importante mostrar, a grandes rasgos, cuál ha sido la evolución del pensamiento republicano para que en Colombia se conozca y se pueda entender la ideología bolivariana.

eran la monarquía, la aristocracia y la *politia*; mientras que las segundas eran la tiranía, la oligarquía y la timocracia. Aristóteles consideró que la mejor forma de gobierno era la *politia*, pues en ella había una combinación de dos regímenes de gobierno, como la oligarquía y la democracia, que encarnaban a diversas clases sociales, situación que generaba una estabilidad, un equilibrio. Esas clases que convivían eran la alta y la baja. Esta unión solucionó las tensiones sociales y creó una muy fuerte paz social. Como dice Bobbio, Aristóteles concilia las dos formas de gobierno y crea una tercera forma mucho mejor que las que la integran, basada en el equilibrio, veamos

1. mientras en las oligarquías se establece una pena para los ricos que no participan en las actividades públicas y no hay un premio para los pobres si toman parte en ellas, al contrario en las democracias no se concede ningún premio a los pobres que intervienen en los asuntos políticos y no se fija ninguna pena a los ricos que no participan.

Como dice Aristóteles, la conciliación podría consistir “en algo intermedio y común”, por ejemplo, establecer una ley que estipule una pena para los ricos que no participen y un premio para los pobres que sí lo hagan.

2. Se toma el “medio” entre los ordenamientos extremos de los dos regímenes: mientras el oligárquico sólo atribuye el derecho de participar en las asambleas a quienes tienen un ingreso muy alto, el régimen democrático reconoce tal derecho para todos, incluso para los desposeídos, o de cualquier manera aun para quienes tienen un ingreso exiguo. El punto medio en este caso consiste en disminuir los altos requerimientos exigidos en el régimen de los ricos y en aumentar las estipulaciones establecidas en el régimen de los pobres.

3. Se admite lo bueno de los dos sistemas legislativos. Mientras en la oligarquía los cargos se atribuyen por elección aunque solamente a quienes tienen un determinado ingreso, en la democracia los cargos se sortean entre todos independientemente del ingreso. En este caso tomar lo bueno de cada sistema significa conservar el método de elección del régimen oligárquico y excluir los requisitos de ingreso que es una característica del democrático.¹⁶⁰

¹⁶⁰ BOBBIO. Norberto. La Teoría de las formas de gobierno en la Historia del Pensamiento Político.

El Estagirita también estableció que el objetivo que debía tener toda Constitución era el de fijar el orden del gobierno. Así las cosas, era un texto en donde se precisaba con claridad quien debía gobernar y quien debía ser gobernado.

En segundo término, analicemos la ideología de Polibio. Este filósofo griego propuso que la historia presentaba seis formas de gobierno que se sucedían cíclicamente, alternándose las buenas y las malas de la siguiente forma: se comenzaba con la monarquía, luego se pasaba a la tiranía, después venía la aristocracia que derivaba en oligarquía y por último la democracia que degeneraba en olocracia. Polibio sostuvo que el mejor régimen de gobierno era aquel que poseía las tres formas de gobierno buenas. El basó esta apreciación en la Constitución de Esparta, realizada por Licurgo. Texto que en su entender presentó un equilibrio entre las tres formas, es decir que fue un régimen en el que hubo un control mutuo entre los poderes. Roma, en la época de la República también tuvo una constitución mixta en donde los poderes se equilibraban y controlaban mutuamente. Así, las instituciones de los Cónsules, del Senado y de los Comicios del pueblo, participaban por igual en el gobierno de la cosa pública. El propósito de la Constitución romana era el de dar estabilidad a la República.¹⁶¹

En tercera instancia exponamos la situación de Europa en la época del Renacimiento. Allí se hizo un gran esfuerzo por recuperar los valores clásicos, por recobrar el pensamiento del

México. Fondo de Cultura Económica. 1997. p. 42-43.

¹⁶¹ Ibid. p. 49-52.

mundo antiguo. A partir de este momento los italianos comprendieron que existió una separación clara y contundente entre el mundo antiguo y el mundo medieval, y por ello intentaron una recuperación de ese pasado excelso. A comienzos del siglo XV se inició el proceso de conservación y cuidado de los monumentos de la Roma Imperial. También se impuso la búsqueda de las obras de los clásicos. Por ello escritos desconocidos de Cicerón, Tácito, Plutarco, Tucídides, Lucrecio, Estacio, Manilio; fueron encontrados en las bibliotecas y dados a conocer¹⁶².

Surgió, en el siglo XV, la denominada escuela Humanística. Esta pretendió recuperar las *studia humanitatis* romanas que estaban integradas por cinco áreas, que eran la gramática, la retórica, la poética, la historia y la filosofía moral. Se consideró que estos estudios recibieron ese nombre porque su función fue la perfección del hombre. Buscaron la diferenciación del hombre y de los animales, a partir de la preparación. Por eso se dijo que la escritura y la palabra eran los elementos esenciales de distinción entre los seres humanos y los animales. El fundamento entonces era estudiar las materias que estaban relacionadas con el lenguaje (como la retórica y la gramática) o con la ética, comprendiendo aquí obviamente la filosofía moral, la historia y la poética. El propósito de reencontrar este modelo educativo, fue la creación de los buenos ciudadanos, de los hombres virtuosos, que fueran capaces de rechazar los vicios. Por ello se comenzaron a crear centros educativos, para que desarrollaran el pensamiento humanista. En ciudades como Verona y Mantua, por ejemplo, se establecieron internados en donde se enseñó a los alumnos a hablar, leer y

¹⁶² SKINNER, Quentin. Los Fundamentos del Pensamiento Político Moderno. Tomo I. El Renacimiento. México. Fondo de Cultura Económica. 1993. p. 107-110.

escribir en latín clásico. De igual manera en Florencia y Padua se implementó la enseñanza del griego antiguo, circunstancia que propició que algunas interpretaciones de Platón y Hermes Trismegisto, por ejemplo, fueran reevaluadas. Muchos humanistas entendieron, de la misma forma que Polibio, la historia cíclicamente. Llegando a pensar que una época podía comprenderse como la reaparición de otra anterior. Por ello, ciertos humanistas se vieron a sí mismos y a sus compatriotas como los “nuevos romanos”.¹⁶³

Esta interpretación generó una exaltación de la época de la República Romana, fomentando una revalorización del republicanismo. Estos ideales fueron conservados en algunas de las ciudades de la Italia renacentista, como Venecia y Florencia, aunque en esta última se preservaron en menor medida. Mientras que en el resto de la península se presentó una situación de anarquía y de despotismo.

En Roma existieron dos facciones, que luchaban entre sí por la obtención del poder. Estas eran la de los Orsini y la de los Colonna. En el período de los Borgia, Alejandro VI se alió con estos últimos para derrotar a los Orsini. Y tiempo después, también acabó con sus aliados, consolidando el dominio papal sobre la ciudad eterna por casi cuatro siglos.

Bolonia también tuvo un enfrentamiento entre dos grupos, los Canneschi y los Bentivogli, situación que hizo expresar a Maquiavelo que “cuando los italianos excepcionalmente

¹⁶³ BURKE, Peter. El Renacimiento. Barcelona. Editorial Crítica. 1999. p. 27-34.

concertaban la paz, después de múltiples enfrentamientos, la naturaleza se encargaba de sembrar muerte y desorden, como si ella se rehusara a ver tranquila a la península.”¹⁶⁴

Génova, del mismo modo tenía una lucha intestina entre facciones que “revelan aquí un carácter tan salvaje y van acompañadas de tan violentas conmociones en la existencia toda del Estado, que no se concibe cómo los genoveses, después de tantas revoluciones y ocupaciones, conseguían recuperarse y volver las cosas a una situación llevadera.”¹⁶⁵

Venecia por el contrario tuvo una estabilidad bastante fuerte. Ella creó una Constitución en 1297 en donde coexistieron tres poderes; en primera instancia el *Consiglio grande*, institución que nombraba a la gran mayoría de la burocracia de la ciudad; en segunda instancia estaba el Senado, entidad encargada de manejar las relaciones exteriores y las finanzas, y en última instancia estaba el Dux, quien, asesorado por su Consejo, ejercía el gobierno. El funcionamiento de estos tres sistemas logró crear una forma estable de gobierno en la que el Dux representaba a la monarquía, el Senado a la aristocracia y el *Consiglio* a la democracia. A este régimen fundado en el equilibrio y en el control había que agregar el sistema que preveía que cada magistrado fuera elegido por votación y que cada decisión que se tomara se hiciera buscando el bien común.¹⁶⁶

¹⁶⁴ MAQUIAVELO, Nicolás. *Istorie Fiorentine*. Milán. Ed. Feltrinelli. 1962. Citada por: ARTEAGA NAVA, Elisur. *Maquiavelo: Estudios Jurídicos y sobre el poder*. México. Oxford University Press. 2000. p. 233.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ SKINNER, Op. Cit. p. 164-167.

Hablemos ahora de Florencia. Esta, en el período de poderío de Girolamo Savonarola (1494-1498), adoptó unas instituciones nuevas que trajeron un equilibrio a su situación interna. Se creó un *Consiglio* Grande que estaba integrado por 500 hombres, mayores de 29 años, elegidos entre los ciudadanos que hubieran sido priores, gonfaloneros o “buenos hombres”. Era el representante de más de 3000 ciudadanos y poseía potestades soberanas, como la de asignar todos los cargos públicos.

Savonarola expuso en su “Tratado sobre la República de Florencia”, una reforma a este *Consiglio*, que el profesor Fernández Buey atribuye como un intento de fortalecer la Democracia Directa, pero que por la caída de su autor no prosperó. Ojeemos cuáles fueron esos planteamientos:

1. Medios necesarios y leyes severas para asegurar el funcionamiento justo del Consejo, lo que incluye multas graves e individualizadas del incumplimiento de los deberes ciudadanos no justificados hasta la expulsión del Consejo en caso de reincidencia (medida que ya se había tomado en 1495). El criterio que rige aquí es la superioridad del bien común sobre el bien particular y la idea de que aquél está por encima de las riquezas y de la vida de los particulares.
2. Medidas para impedir que también el Consejo Grande, como órgano de representación de todo el pueblo, se deslice hacia la tiranía. Aquí se trata, en concreto, de impedir el tráfico de influencias y la compra de votos o sufragios, mediante penas o castigos duros.
3. Medidas para evitar la burocratización y exceso de reuniones por cualquier asunto mínimo: entre ellas Savonarola menciona: el establecimiento de un listado de las cosas realmente importantes; delegar en los subordinados los asuntos menos importantes, pero manteniendo siempre en la Señoría la autoridad de distribuir oficios y beneficios, horarios flexibles para facilitar la participación en las reuniones de la mayoría de los ciudadanos.¹⁶⁷

¹⁶⁷ FERNANDEZ BUEY, Francisco. Introducción al Tratado sobre la República de Florencia de

De igual forma, en la ciudad Toscana, se organizó un Consejo denominado de los Ochenta, que estaba compuesto por integrantes del *Consiglio* Grande que tuvieran más de 40 años. Este organismo desempeñaba las funciones de un Senado.

Estas dos nuevas instituciones se unieron al poder ejecutivo que era ejercido por la Señoría. Ente que tampoco escapó al espíritu reformista, y al que se le añadieron 16 gonfaloneros y 12 “buenos hombres”.

Con el desplome y posterior muerte de Savonarola, los florentinos decidieron crear un nuevo órgano que debía reforzar el poder ejecutivo. Este recibió el nombre de gonfalonero perpetuo, cargo que debía ser ejercido por un varón mayor de 50 años que era elegido por el *Consiglio*, quien presidía todos los Consejos, ante los cuales era responsable. Estas instituciones republicanas subsistieron hasta el año de 1512 cuando regresaron los Médicis al poder apoyados por las tropas españolas de Fernando el Católico.¹⁶⁸

En cuarta medida tenemos a Maquiavelo, quien representa el gran exponente de la teoría del republicanismo en la Italia renacentista. Parte de la exaltación de la República romana. De ésta etapa analiza los distintos enfrentamientos entre las clases altas y las bajas, que él ve como la fuente del equilibrio y de la subsistencia de la Ciudad. Posición que fue muy

Girolamo Savonarola. Madrid. Los Libros de la Catarata. 2000. p. 44.

¹⁶⁸ ANTONETTI, Pierre. Historia de Florencia. México. Fondo de Cultura Económica. 1985. p. 108-114.

criticada por los autores de ese momento por considerarla como generadora de anarquía¹⁶⁹. Maquiavelo fundamentó su postura aduciendo que las pugnas acarrearían un equiparamiento en los estratos sociales, debido a que ninguno podía legislar para su propio provecho, pues era neutralizado por el otro¹⁷⁰. Esta circunstancia conflictual es vista por Skinner como la manera “para anular todos los intereses faccionales, y al mismo tiempo servía para garantizar que las únicas propuestas que se convertían en ley eran las que beneficiaban a toda la comunidad”.¹⁷¹ Además de beneficiar a la República, la tensión social era la garantía de la libertad. Esta amplia participación en los asuntos políticos, significó para Maquiavelo un ejemplo de virtud cívica, diríamos hoy de democracia participativa, y no de una anarquía reinante.

Posteriormente analizó históricamente en qué régimen se garantizó mejor la libertad. Comenzó diciendo que la duración de las Repúblicas de Esparta y Venecia fue más larga que la de Roma. Pero en ambas ciudades la libertad era el fruto de la posición dominante de los nobles, y estos no respondían sino al anhelo primario de dominar. El caso de Roma fue diferente, pues en ella desde el momento de la Monarquía, la libertad fue una lucha constante por parte del pueblo para proteger sus intereses. Circunstancia que finalmente se produjo con el advenimiento de la República, en donde las clases bajas lograron imponer un defensor de su causa en la figura del Tribuno de la Plebe. Es en éste momento en el que el pueblo se convirtió en el garante de la libertad, ya que su función primordial fue la de

¹⁶⁹ Guicciardini, por ejemplo, decía que el “elogiar la desunión (los tumultos) es como elogiar el mal de un enfermo por causa de la virtud del remedio que se le aplicó”. SKINNER, Op. Cit. p. 207.

¹⁷⁰ MAQUIAVELO, Nicolás. Discursos sobre la primera década de Tito Livio. Madrid. Alianza Editorial. 2003. p. 41- 46.

¹⁷¹ SKINNER, Op. Cit. p. 207.

evitar que las otras clases se la apropiaran. La protección de la libertad se debía al deseo del pueblo de no ser dominado por ningún otro estrato social¹⁷².

En la misma dirección, Maquiavelo argumentó que el pueblo, como sustento de esa libertad, tenía que ser el que también detentara la fuerza de las armas; el pueblo debía ser la columna vertebral del ejército, en oposición al pensamiento de que la milicia debía ser controlada por mercenarios. Esta diferenciación fue clave, porque sirvió al autor florentino para exponer que las personas que hacen de la guerra su modo de subsistencia, nunca tendrán interés en que ésta se acabe; por el contrario quienes integran la tropa popular, y a su vez detentan el *status* de ciudadanos, se benefician de una ocupación y poseen una familia a la que deban defender, anhelarán la búsqueda de la paz¹⁷³; pues así garantizarán la preservación de su Ciudad y, como corolario, la conservación de la libertad. “La defensa de su propio interés como ciudadano implica asimismo una entrega mayor a la defensa de la república; y aún suponiendo que un ejército mercenario y permanente¹⁷⁴ pudiera ser a

¹⁷² MAQUIAVELO, Nicolás. Discursos, Op. Cit. p. 43-46.

¹⁷³ Hay autores que establecen que la guerra es más cercana al republicanismo que la paz, pues “En la guerra normalmente se produce una movilización general la cual impide, en principio, que nadie se pueda ocupar, como en la paz, sin más de unos negocios privados. Pero incluso en la paz, el republicano tiene que estar dispuesto para la guerra. Al revés que el burgués, que lo que intenta es precisamente impedir esa movilización general. Y lo consigue mediante un ejército permanente profesional que le permita no ya sólo en la guerra, sino incluso también en la paz, dedicarse por completo a sus propias ocupaciones tanto pecuniarias como, por ejemplo, culturales. Lo cual, sin impedimento alguno, no le es posible al auténtico republicano, ni siquiera en la paz. Porque el auténtico republicano, es miembro, por supuesto, no de un ejército profesional, pero sí de una milicia ciudadana que le obliga también en tiempos de paz a abandonar una y otra vez sus propias ocupaciones y participar en las maniobras para el caso de emergencia. Un rudimento de republicanismo se encuentra hoy día todavía en suiza simbolizado en el fusil en el armario de todo ciudadano helvético, dispuesto no sólo a la guerra sino a las continuas maniobras hasta edades bien avanzadas. INCIARTE, Fernando. Reflexiones obre Republicanismo. Publicado en: Liberalismo y Republicanismo. Ensayos de Filosofía Política. Pamplona. EUNSA. 2001. p. 22-23.

¹⁷⁴ Transcribimos la crítica que hizo Dónoso Cortés a la institución del ejército permanente por ser una muy buena expresión del pensamiento republicano en España: “Obsérvese señores...- se lee en su discurso de 1849 sobre la Dictadura – cómo con la corrupción va creciendo el gobierno:

primera vista más eficaz en el terreno estrictamente militar, colocar la defensa de la república en manos ajenas es entregarse a ser dominado, tarde o temprano, por quien dispone del poder militar”.¹⁷⁵

Roma entonces será la República que debe ser tenida en cuenta. Puesto que en ella existió una estabilidad y estuvo plenamente amparada la libertad. De igual manera, allí fue donde mejor se le pudo hacer frente a la fortuna, o al destino. La prolongada duración de la forma de gobierno republicana, no permaneció incólume con el paso del tiempo, pero fue la que mejor se adaptó a las variaciones temporales. Leamos al florentino en este punto:

Por eso una República tiene una vida más larga y conserva por más tiempo su buena suerte que un principado, porque puede adaptarse mejor a la diversidad de las circunstancias, porque también son distintos los ciudadanos que hay en ella, y esto es posible en un príncipe, porque un hombre que está acostumbrado a obrar de una manera, no cambia nunca, como decía, y necesariamente fracasará cuando los tiempos no sean conformes con su modo de actuar. Piero Soderini (en Florencia), a quien he citado antes en repetidas ocasiones, procedía en todos sus asuntos con humanidad y paciencia. El y su patria prosperaron mientras los tiempos fueron adecuados a ese modo de actuar, pero cuando luego vinieron épocas en las que era preciso desechar la paciencia y la humildad, no lo supo hacer y cayó con su patria. El Papa Julio II se comportó durante todo su pontificado de forma impetuosa y furibunda, y como las circunstancias le acompañaban, todas sus empresas le salieron bien; pero si hubiesen venido otros tiempos que requirieran

Llegan los tiempos feudales (...) y así se establece la monarquía feudal, la más débil de todas las monarquías (...). Llega el siglo XVIII (...). Las monarquías feudales se hacen absolutas (...) ¿y qué nueva institución se creó? La de los ejércitos permanentes, y ¿sabéis señores lo que son los ejércitos permanentes? Para saberlo basta saber lo que es un soldado, un soldado, o sea un mercenario – añadido yo- es un esclavo con uniforme (...) y pasa más allá. No bastaba a los gobiernos ser absolutos (...). ¿Qué nueva institución sería entonces? Los gobiernos dijeron “tenemos un millón de brazos, y no nos bastan; necesitamos más, necesitamos un millón de ojos” y tuvieron la policía y con la policía un millón de ojos (...) “. Ibid. p. 26.

¹⁷⁵ HILB, Claudia. Maquiavelo, la República y la “Virtu”. Publicado en: Fortuna y Virtud en la República Democrática. Ensayos sobre Maquiavelo. Buenos Aires. CLACSO. 2000. p. 135.

otro tipo de decisiones, sin duda hubiera fracasado, pues no hubiera cambiado ni su carácter ni su modo de actuar.¹⁷⁶

Agregamos, que la República Romana al instaurarse como el régimen protector de la libertad, también fue la que amparó más claramente la propiedad. Pues

Todas las tierras y las provincias que viven libres, hacen enormes progresos. Porque allí los pueblos crecen, por ser los matrimonios más libres y más apetecibles para los hombres, pues cada uno procrea voluntariamente todos los hijos que cree poder alimentar, sin temer que le sea arrebatado su patrimonio, y sabiendo que no solamente nacen libres y no esclavos, sino que pueden, mediante su virtud, llegar a ser magistrados. Las riquezas se multiplican en mayor número, tanto las que provienen de la agricultura como las que proceden de las artes, pues cada uno se afana gustosamente y trata de adquirir bienes que, una vez logrados, está seguro de poder gozar. De aquí nace que los hombres se preocupen a porfía de los progresos públicos y privados, y unos y otros se multiplican asombrosamente.¹⁷⁷

Terminamos añadiendo que entonces, el régimen republicano es aquel en el que el interés privado y el público están en conflicto, pero a su vez concuerdan en el crecimiento de la ciudad, al tener un buen y eficiente ejército; y en la riqueza de la misma, al garantizar la propiedad. Es decir que la Roma republicana fue el escenario más propicio para “defenderse, para prosperar y para expandirse”¹⁷⁸ que tuvo una ciudad antigua.

Estas ideas republicanas llegaron a la Francia revolucionaria y se plasmaron en la Constitución Jacobina de 1793, primer texto republicano de Europa, siguiendo la línea de Rousseau y Robespierre.

¹⁷⁶ MAQUIAVELO, Nicolás, Op. Cit. p. 349 - 50.

¹⁷⁷ Ibid. p. 200.

¹⁷⁸ HILB, Claudia. Maquiavelo, Op. Cit. p. 137.

Los Jacobinos fueron unos grandes exaltadores de Esparta y Roma. La influencia clásica fue palpable en el arte oficial, en la arquitectura, en la literatura, en la oratoria parlamentaria, en la educación, y de manera más fuerte “en el magisterio de la obediencia que constituyó el lazo de unión entre las repúblicas antiguas y el ensayo utópico de los hombres del 93”.¹⁷⁹

Rousseau constituyó el ideólogo perfecto que logró armonizar las ideas del mundo antiguo con las modernas. El punto en el que ellas convergieron fue en el poder disciplinario. Se descubrió que Esparta y Roma fueron los lugares en donde se pudieron implantar unos regímenes que consiguieron “la obediencia activa de sus súbditos mediante un discurso racional, cuya afirmación central era la de la identificación absoluta de los ciudadanos con el orden político.”¹⁸⁰

El ginebrino estableció que la salvación del hombre debía darse por intermedio de una buena legislación y de buenas instituciones, que necesitaban del sometimiento de la voluntad individual a la voluntad general. Para conseguir este hecho Le Peletier y Saint Just, aplicaron este planteamiento en sus textos “La Educación Republicana” y en las “Instituciones Republicanas”, respectivamente. Allí argumentaron que el Estado debía proporcionar una educación que garantizara la dominación del individuo por intermedio del entrenamiento militar, la práctica de las virtudes cívicas y la administración de las

¹⁷⁹ VALENCIA VILLA, Hernando. La Constitución, Op. Cit. p. 35.

¹⁸⁰ Ibid. p. 36.

instituciones sociales. Saint Just propuso, para reafirmar este último aspecto, que el Estado tenía que crear una Superintendencia de la Moral y de las Buenas Costumbres. Órgano tomado del Censor romano, que debía conservar la moral y garantizar la amistad.¹⁸¹

Para fundamentar la compenetración del pueblo con el orden político, se cambió el principio de la soberanía Nacional por la concepción Roussoniana de la Soberanía Popular, que el ginebrino expuso en el libro primero capítulo VII del “Contrato Social”.¹⁸²

Dicha noción estableció unos mecanismos de Democracia directa, al mejor estilo de Savonarola o Maquiavelo. Estos surgieron del ideario de Robespierre. El consagró un poder político que no se sustentaba en la burocracia, sino en un andamiaje basado en unos magistrados o funcionarios, que eran comisionados para ejercer sus competencias, y a los que se les denominó gobierno. Este incluía tanto al poder ejecutivo como al legislativo. El pensador de Arrás, desconfiaba del gobierno, ya que interpretaba que en el Estado Absoluto el despotismo gubernamental había ejercido una tiranía contra la libertad, según sus propias palabras:

Jamás los males de la sociedad vienen del pueblo, sino del gobierno (...) la miseria de los ciudadanos no es otra cosa que el crimen de los gobernantes (...) el primer objetivo de toda constitución ha de ser defender la libertad pública e individual contra el gobierno mismo.¹⁸³

¹⁸¹ Ibid. p. 37.

¹⁸² PRELOT, Marcel. Les Institutions Politiques Françaises. París. Les Tours du Droit. 1957. p. 83.

¹⁸³ MIRAS ALBARRAN, Joaquín. La Democracia Jacobina. Publicado en: El Viejo Topo. Nos. 205-206. Abril 2005. p. 67.

Por esta razón la Constitución de 1793 creó un poder central llamado la Convención, que era elegido por sufragio popular¹⁸⁴. Tenía una duración máxima de un año. Sus integrantes eran delegados o comisionados, siguiendo así la inspiración de Robespierre: de que “estos miembros de la nueva legislatura eran unos mandatarios a los que el pueblo entregó el primer poder”¹⁸⁵.

Esta Convención desempeñaba funciones legislativas, pero sólo con naturaleza propositiva. En el sentido de que esta entidad proponía los proyectos de ley, que posteriormente debían ser debatidos en el seno de las Comunas, de acuerdo a lo proveído por el artículo 53 del texto fundamental. Igualmente determinaban los artículos 59 y 60, del mismo documento, que si pasados cuarenta días luego de la remisión del proyecto de ley , y si “en la mitad de los departamentos, más uno, el décimo de las Asambleas primarias de cada uno de ellos (...) no se había reclamado, el proyecto (...) se convertía en ley.”¹⁸⁶ Pero si había reclamación, la Convención convocaba a las Asambleas primarias. Corporaciones, estas, que estaban integradas por los ciudadanos, y que poseían la competencia para autoconvocarse, por pedido de un quinto de los ciudadanos con derecho a voto.

¹⁸⁴ Este voto popular era ejercido de manera secreta, pero a petición de un solo elector podía ser cambiado por el voto en voz alta.” Barrère, interviniendo en nombre del Comité de Salud Pública, había recomendado esta modalidad (que se refería Mably) y que permitiría a los agentes gubernativos o los militares dirigir las elecciones de las Asambleas primarias, intimidadas por los activistas jacobinos. Es cierto que, queriéndolo así, cualquiera podía pedir el voto secreto, pero esta petición lo habría convertido en un pésimo ciudadano”. MARTUCCI, Roberto. La Constitución Inencontrable. Conflicto Político y Estabilización constitucional en Francia en la transición de la Monarquía a la República (1789-1799). Publicado en: Modelos Constitucionales en la Historia comparada. Oviedo. Universidad de Oviedo. 2005. p. 190.

¹⁸⁵ PRELOT, Marcel. Institutions, Op. Cit. p. 81.

¹⁸⁶ MIRAS ALBARRAN, Joaquín. La Democracia Jacobina, Op. Cit. 67.

Así las cosas tenemos, entonces, que la ciudadanía era la que realizaba la función legislativa. Situación que implantó un poder político, integrado por funcionarios delegados, y también por ciudadanos. Operando de esta manera una democracia directa, que no funcionaba como en la antigua Grecia, sólo para una pequeña ciudad sino para un Estado de 12 millones de ciudadanos¹⁸⁷. Al respecto Robespierre decía:

Dejad en los departamentos, y bajo la mano del pueblo, la porción de los tributos públicos que no sea necesario depositar en la caja general, y que los gastos sean pagados en las propias localidades, siempre que ello sea posible. Rehuid la manía antigua de los gobernantes de querer gobernar demasiado. Dejad a los individuos, dejad a las familias el derecho de hacer lo que no molesta a otro, dejad a las comunas el poder de reglar ellas mismas sus propios asuntos, en todo aquello que no concierna muy esencialmente a la administración de la república (...). Respetad sobre todo la libertad del soberano en las asambleas primarias.¹⁸⁸

Estos últimos entes, de las Asambleas y las Comunas, no eran delegadas. Las últimas por disposición de la Carta, eran transformadas en municipalidades, que detentaban la soberanía local y a su vez se constituían en el medio de implementación local de las normas promulgadas.¹⁸⁹ Mientras que las primeras eran las que elegían a la Convención. Según una votación anual, que se realizaba bajo la modalidad de sufragio universal de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 32 de la Constitución. No obstante, debemos aclarar que esa universalidad, no era tal, ya que sólo tenían derecho de sufragio activo los hombres franceses, mayores de 21 años, que tuvieran rentas o que devengaran un sueldo producto de un trabajo, y que no estuvieran en situación de servidumbre. Mientras que, para ser elegido, solamente existía una limitante que estaba dada por la edad. Lo anterior en concordancia

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Ibid.

con un decreto del 11 de agosto de 1793, en donde se reguló que el único requisito que se tenía para poder ser elegido, era el de ser mayor de 25 años. Traducido a cifras, el censo electoral de ese momento, arrojó siete millones de electores y efectivamente votaron 700.000 mil, hecho que demuestra el fracaso de la institucionalización del sufragio universal. De tal suerte que Francia sólo conocerá el verdadero voto universal en la Segunda República, en 1848¹⁹⁰.

El poder ejecutivo, de igual forma que la Convención era un cuerpo comisionado, elegido por este ente de unas listas que le mandaban las Comunas. Tenía una duración de un año y estaba integrado por 24 miembros. Cumplía funciones de vigilancia y dirección del Estado, es decir que desempeñaba tareas de Administración General. También nombraba a los jefes de la Administración, pero no les podía asignar funciones, pues esta era una competencia del poder legislativo.¹⁹¹

La Constitución reguló, bajo el principio Roussonian de la Voluntad General, la diferencia entre unas disposiciones denominadas leyes y otras llamadas decretos. Las primeras, eran normas universales que iban dirigidas en un plano de total igualdad a los ciudadanos. Mientras que las segundas, eran normas de contenido particular que tenían la misión de desarrollar las leyes, y que eran hechura del gobierno. Se proscribió así la legislación de

¹⁹⁰ PRELOT, Marcel, *Institutions*, Op. Cit. p. 84 - 85.

¹⁹¹ *Ibid.* p. 89-90.

intereses particulares, ya que estos “sólo podían ser atendidos en la medida en que quedaban comprendidos en la legislación de leyes universales.”¹⁹²

En desarrollo de estos postulados constitucionales Robespierre expuso, como expresión de su firme pensamiento republicano, el 5 de Febrero de 1794 en su discurso “Sobre los Principios de Moral Política”, el ideal básico del gobierno democrático de la Virtud, que se expresaba en la total aplicación del principio de igualdad, y por ende en la proscripción del interés particular:

Hablo de aquella virtud pública que tantos prodigios obró en Grecia y Roma y que en la Francia republicana deberá obrar otros mucho más asombrosos, hablo de la virtud que es en sustancia, el amor a la patria y a sus leyes.

Pero dado que la esencia de la república, o sea, de la democracia, es la igualdad, se deduce de ello que el amor a la patria implica necesariamente el amor a la igualdad. Además este sublime sentimiento presupone la prioridad del interés público sobre todos los intereses particulares, de ahí resulta que el amor a la patria presupone también – o produce todas las virtudes. En efecto, ¿acaso las virtudes son otra cosa que la fuerza de ánimo que hace posibles tales sacrificios? ¿Acaso puede el esclavo de la avaricia o de la ambición sacrificar sus ídolos a la patria? (...) Pero los franceses son el primer pueblo del mundo que han instaurado la verdadera Democracia, concediendo a todas las personas la igualdad y la plenitud de derechos del ciudadano (...).¹⁹³

En la América hispana todas estas ideas que hemos expuesto fueron recibidas por Bolívar y concretadas en el esbozo constitucional de Angostura de 1819 y en el texto fundamental de Bolivia de 1826, como ya hemos señalado.

¹⁹² MIRAS ALBARRAN, Joaquín. La Democracia Jacobina, Op. Cit p. 70.

¹⁹³ MIRAS ALBARRAN, Joaquín. Una Antología de textos clásicos sobre la democracia. Publicado en: El Viejo Topo. Nos. 205-206. Abril 2005. p.101.

Debemos no obstante interrogarnos sobre cómo descubrió Bolívar estos pensamientos. Indudablemente las ideas jacobinas, las recibió “El Libertador” de su maestro Simón Carreño, mejor conocido como Simón Rodríguez.¹⁹⁴ Pero y las de Maquiavelo, ¿cómo las conoció?

Según el profesor Aguilar Rivera la ideología de Maquiavelo llegó a España, y de ahí a América, a través de Nápoles¹⁹⁵. Que formó parte de los extensos dominios de la madre patria. No obstante no nos resulta convincente esta hipótesis, pues no está probado que el pensamiento del Florentino entrara por esa vía.

Lo que sí podemos corroborar es la opinión de José Antonio Maravall, de que Maquiavelo fue traducido por primera vez en España en 1535. Allí se publicó en Alcalá de Henares, “El Arte de la Guerra” según transcripción que realizó Diego de Salazar. Posteriormente, a mediados del siglo XVI, se difundió la impresión de los “Discursos de la Primera Década de Tito Livio” surgida del trabajo de Juan Lorenzo Otevantí. No será antes del siglo XIX cuando se conoció completa la traducción de “El Príncipe”, la obra maestra del florentino.¹⁹⁶

¹⁹⁴ “Durante sus viajes por la Francia revolucionaria, se transformó Rodríguez en admirador ferviente de Rousseau y en divulgador de sus ideas, y si nos adentramos en lo que más tarde fue su discípulo (Bolívar), hay que reconocerlo como el más eficaz de aquel reformador.” LUDWIG, Emil. Bolívar. México. Editorial Diana. 1962. p. 17.

¹⁹⁵ AGUILAR RIVERA, José Antonio. En pos de la Quimera, Op. Cit. p. 53.

¹⁹⁶ MARAVALL, José Antonio. Maquiavelo y Maquiavelismo en España. Publicado en: Estudios de Historia del pensamiento español. Vol. III. Madrid. Ediciones Cultura Hispánica. 2001. p. 44-45.

Así las cosas no tenemos una prueba contundente que nos demuestre cómo conoció Bolívar a Maquiavelo. Lo que si comprobamos es que los escritos de este último se difundieron en España y por ende en América.

Arranquemos pues, con el proyecto de Constitución de Angostura de 1819. Este nació del discurso pronunciado por “El Libertador” en el Congreso que se reunió para tal efecto en la aludida ciudad.

Bolívar argumentó que el régimen de gobierno republicano es y debe seguir siendo el que debe adoptarse. Este se fundamenta en la soberanía popular, en la división de poderes, en la libertad civil, en la proscripción de la esclavitud, en la abolición de la monarquía. Para implantar esta forma de gobierno había que recurrir a la historia, ya que

Atenas nos da el ejemplo más brillante de una Democracia Absoluta, y al instante, la misma Atenas, nos ofrece el ejemplo más melancólico de la extrema debilidad de esta especie de Gobierno. El más sabio legislador de Grecia no vio conservar su República diez años, y sufrió la humillación de reconocer la insuficiencia de la Democracia absoluta, para regir ninguna especie de sociedad, ni aún la más culta, morigerada y limitada, porque sólo brilla con relámpagos de Libertad. Reconozcamos, pues, que Solón ha desengañado al mundo; y le ha enseñado, cuán difícil es dirigir por simples leyes a los hombres.

La República de Esparta que parecía una invención quimérica, produjo más efectos reales que la obra ingeniosa de Solón. Gloria, virtud moral y por consiguiente la felicidad nacional, fue el resultado de la legislación de Licurgo. Aunque dos reyes en un Estado son dos monstruos para devorarlo, Esparta poco tuvo que sentir de su doble trono: en tanto que Atenas se prometía la suerte más espléndida, con una soberanía absoluta, libre elección de magistrados, frecuentemente renovados, leyes suaves, sabias y políticas, Pisístrato, usurpador y tirano fue más saludable a Atenas que sus leyes; y Pericles aunque también usurpador, fue el más útil ciudadano. La República de Tebas no tuvo más vida que la de

Pelópidas y Epaminondas; porque a veces son los hombres, no los principios, los que forman los gobiernos. Los códigos, los sistemas, los estatutos por sabios que sean son obras muertas que poco influyen sobre las sociedades: ¡hombres virtuosos, hombres patriotas, hombres ilustrados constituyen las Repúblicas!

La Constitución Romana es la que mayor poder y fortuna ha producido a ningún pueblo del mundo; allí no había una exacta distribución de los poderes: los Cónsules, el Senado, el Pueblo, ya eran legisladores, ya magistrados, ya jueces; todos participaban de todos los poderes: El ejecutivo, compuesto por dos Cónsules, padecía el mismo inconveniente que el de Esparta. A pesar de su deformidad no sufrió la República la desastrosa discordancia que toda previsión habría supuesto inseparable de una magistratura compuesta de dos individuos, igualmente autorizados con las facultades de un Monarca. Un gobierno cuya única inclinación era la conquista, no parecía destinado a cimentar la felicidad de su Nación. Un gobierno monstruoso y puramente guerrero elevó a Roma al más alto esplendor de virtud y de gloria; y formó de la tierra, un dominio romano para mostrar a los hombres de cuanto son capaces las virtudes políticas; y cuan indiferentes suelen ser las instituciones.¹⁹⁷

Más adelante continuó con la exaltación de la República Romana, pero comparándola con una República moderna como la inglesa, y añadiendo que ambas son las que más han descollado por ser las más estables. Apreciémoslo,

Roma y la Gran Bretaña son las Naciones que más han sobresalido entre las antiguas y modernas; ambas nacieron para mandar y ser libres, pero ambas se constituyeron no con brillantes formas de Libertad, sino con establecimientos sólidos. Así pues, os recomiendo, Representantes, el estudio de la Constitución Británica que es la que parece destinada a operar el mayor bien posible a los pueblos que la adoptan, pero por perfecta que sea, estoy muy lejos de proponeros su imitación servil. Cuando hablo del gobierno Británico sólo me refiero a lo que tiene de Republicanismo, y a la verdad ¿puede llamarse pura Monarquía un sistema en el cual se reconoce la soberanía popular, la división y el equilibrio de los poderes, la libertad civil, de conciencia, de imprenta, y cuanto es

¹⁹⁷ BOLIVAR, Simón. Escritos Políticos. Bogotá. El Ancora Editores. 1989. p. 61-62.

sublime en la política? ¿Puede haber más libertad en ninguna especie de República? (...).¹⁹⁸

Basándose entonces en estos dos modelos republicanos, Bolívar propuso el establecimiento de un Senado hereditario, que vendría a constituirse en un cuerpo que oficiaría de árbitro en los enfrentamientos políticos entre el gobierno y el pueblo. Este cuerpo sería el aliado del primero, evitando las invasiones del pueblo contra la jurisdicción y sus magistrados. Y con respecto al segundo, se constituiría en un fiel seguidor de sus intereses y de sus sentimientos. Instituido como poder neutral la elección de sus miembros no podía quedar en manos de ninguno de estos dos poderes políticos. Esta situación garantizaría que los senadores se comportaran como los de Roma y Londres, donde habían “sido las columnas más firmes sobre las que se ha fundado el edificio de la libertad política y civil”.¹⁹⁹

El Senado Hereditario tenía importantísimas competencias que le atribuía el proyecto constitucional. Encontramos, entre estas, las de juzgar y separar a los funcionarios y a los integrantes del Congreso, así como a los Ministros y al Presidente, cuando estos vulneraban la legalidad:²⁰⁰

Cualquiera que sea el ciudadano que llene estas funciones (jefe de gobierno), se encontrará auxiliado por la Constitución; autorizado para hacer bien, no podrá hacer mal, porque siempre que se someta a las leyes, sus Ministros cooperarán con él; si por el contrario, pretende infringirlas, sus Ministros lo dejarán aislado en medio de la república, y aun lo acusarán delante del Senado. Siendo los ministros los responsables de las transgresiones que cometan, ellos son los que gobiernan, porque ellos son los que pagan. No es la menor ventaja de este sistema la obligación en que pone a los

¹⁹⁸ Ibid. p. 63-64.

¹⁹⁹ Ibid. p. 65.

²⁰⁰ URUEÑA CERVERA, Jaime. Bolívar Republicano. Bogotá. Ediciones Aurora. 2004. p.199.

funcionarios inmediatos al poder ejecutivo de tomar la parte más interesada y activa en las deliberaciones del gobierno, y a mirar como propio este departamento. Puede suceder que o sea el Presidente un hombre de grandes talentos, ni de grandes virtudes, y no obstante la carencia de estas cualidades esenciales, el Presidente desempeñará sus deberes de un modo satisfactorio; pues en tales casos el Ministerio, haciendo todo por sí mismo, lleva la carga del Estado.²⁰¹

La conformación de este poder neutral sería de una forma un tanto paradójica, pues este se integraría con los denominados “Libertadores”, es decir con los héroes de la guerra de Independencia contra España y con los sucesores de los miembros que iban a integrar ese primer Senado. Para quiénes Bolívar dispuso que fueran educados en un colegio especial,

Estos Senadores serán elegidos la primera vez por el Congreso. Los sucesores al Senado llaman la primera atención del gobierno, que debería educarlos en un Colegio especialmente destinado para instruir aquellos tutores, legisladores futuros de la Patria. Aprenderían las artes, las ciencias y las letras que adornan el espíritu de un hombre público, desde su infancia ellos sabrían a que carrera la providencia los destinaba, y desde muy tiernos elevarían su alma a la dignidad que los espera. De ningún modo sería una violación de la igualdad política la creación de un Senado hereditario, no es una nobleza la que pretendo establecer porque como ha dicho un célebre Republicano, sería destruir a la vez la Igualdad y la Libertad. Es un oficio para el cual se deben preparar los candidatos, y es un oficio que exige mucho saber, y los medios proporcionados para adquirir su instrucción. Todo no se debe dejar al acaso y a la ventura en las elecciones: el Pueblo se engaña más fácilmente que la naturaleza perfeccionada por el arte; y aunque es verdad que estos Senadores no saldrían del seno de las virtudes, también es verdad que saldrían del seno de una educación ilustrada. Por otra parte los Libertadores son acreedores a ocupar siempre un alto rango en la República que les debe su existencia. Creo que la posteridad verá con sentimiento, anonadados los nombres ilustres de sus primeros bienhechores: digo más, es del interés público, es de la gratitud, es del honro nacional, conservar con gloria hasta la última posteridad, una raza de hombres virtuosos, prudentes y esforzados que superando todos lo obstáculos, han dado la

²⁰¹ BOLIVAR, Simón. Op. Cit. p. 67-68.

república a costa de los más heroicos sacrificios. Y si el pueblo de Venezuela (y Colombia) no aplaude la elevación de sus bienhechores, es indigno de ser libre, y no lo será jamás.²⁰²

Cierto sector doctrinal²⁰³ anota que en el poder neutro bolivariano, aparte de las influencias republicanas, también son importantes los influjos de Benjamín Constant y de Madame de Stael. En efecto, el primer pensador habló de la creación de un poder imparcial o neutro que debía ser encarnado por el Rey, en la Francia de la Restauración. El profesor Jardin afirma que para Constant,

El poder real debía ser un poder neutro: el soberano, que no tendría responsabilidad, nombraría y destituiría ministros, crearía pares según su entender y podría recurrir a los electores luego de disolver la Cámara de Diputados. La restauración monárquica aporta una solución al problema planteado por la anarquía directorial, es decir, el de la creación de un árbitro supremo entre los diferentes poderes, que ya Siéyes había intentado solucionar: Así pues, el rey debía estar dotado de un poder distinto del ejecutivo y no tomaría parte en las luchas políticas;(...).²⁰⁴

Constant, entonces tomó partido por el desarrollo de una Monarquía Constitucional, no obstante ser liberal de pensamiento. Por ello argumentó las ventajas de tal forma de gobierno para preservar el equilibrio entre los otros poderes del Estado:

La monarquía constitucional nos ofrece, ese poder neutral, tan necesario para el ejercicio normal de la libertad: El rey, en un país libre, es un ser aparte, superior a la diversidad de opiniones, sin otro interés que el mantenimiento del orden y de la libertad, sin poder jamás entrar en la condición común, inaccesible, en consecuencia, a todas las pasiones que tal condición hace nacer y a todas las que la perspectiva de volver a ella alienta en el corazón de

²⁰² Ibid. p. 65-66.

²⁰³ BARRON, Luis. La tradición republicana y el nacimiento del liberalismo en Hispanoamérica después de la Independencia: Bolívar, Lucas Alamán y el poder conservador. Publicado en: El Republicanismo en Hispanoamérica. México. Fondo de Cultura Económica. 2002. p. 260-278.

²⁰⁴ JARDIN, André. Historia del Liberalismo Político. De la crisis del Absolutismo a la Constitución de 1875. México. Fondo de Cultura Económica. 2005. p. 263.

los agentes que están investidos de una potestad momentánea: Esa augusta prerrogativa de la realeza debe infundir, en el espíritu del monarca, una calma, y en su alma, un sentimiento de tranquilidad, que no pueden ser patrimonio de ningún individuo situado en una posición inferior. El monarca flota, por decirlo así, por encima de las agitaciones humanas, y constituye un gran acierto de la organización haber creado en el seno mismo de los disentimientos sin los cuales ninguna libertad es posible, una esfera inviolable de seguridad, de majestad, de imparcialidad, que permite el despliegue de esos disentimientos sin ningún peligro, siempre que no excedan ciertos límites, y que, cuando aquel se perfila, le ponga término por medios legales, constitucionales y no arbitrarios.²⁰⁵

La segunda, Madame Stael, habló de igual manera de un poder que debía preservar la República frente a los embates de los otros poderes. Afirmaba que este poder tenía que estar inserto en una de las Cámaras legislativas, la cual debía ser integrada por miembros vitalicios, “ricamente dotados”²⁰⁶, que conformarían un poder conservador de la institucionalidad estatal. En otras palabras lo que se propuso era la conformación de un Jurado Constitucional, que tenía que garantizar la prevalencia del texto fundamental y el equilibrio entre los poderes públicos, especialmente entre Ejecutivo y Legislativo.²⁰⁷

De modo que estos dos pensadores fueron tenidos en cuenta por Bolívar para esbozar sus planteamientos. Pero estos dos ideólogos liberales franceses no son originales. Ya que ambos siguen, de alguna forma, los planteamientos de Siéyès sobre el *Jury de Constitution*, entidad esta que tendría como funciones básicas las de: 1. Velar por la guardia de la Constitución; 2. El desarrollo de las reformas constitucionales y 3. Llenar las lagunas que dejaba la Jurisdicción ordinaria en materia de protección de las libertades.

²⁰⁵ CONSTANT, Benjamín. Principios de Política. Madrid. Aguilar Ediciones. 1970. p. 22.

²⁰⁶ JARDIN, André. Historia del Liberalismo Político, Op. Cit. p. 230.

²⁰⁷ BARRON, Luis. La tradición republicana, Op. Cit. p. 261.

Constaría de 108 miembros, que se renovarían por tercios cada año, de acuerdo a una elección que debía realizar la propia Corte de entre los miembros pertenecientes al poder legislativo. Para Siéyés debía ser un honor que los legisladores, al final de su mandato, ejercieran el cargo de miembro de la Corte. Ya que esto sería entendido “como un testimonio sensible de los servicios prestados a la patria en este cargo de confianza”.²⁰⁸

El abate creía que esta institución de la Corte Constitucional era una expresión del genio francés, en tanto que situación derivada de la división establecida entre poderes constituyentes y poderes constituidos.

Llegados a este punto debemos aclarar que esta idea tampoco es original del pensamiento galo, sino de Norteamérica. Pues fue allí en la Constitución de Pennsylvania de 1776²⁰⁹, donde por primera vez se habló de un Senado Conservador, como el ente que debía garantizar la vigencia del texto fundamental.

Ecos de este planteamiento serían, entonces, las ideas de Constant, Stael y Siéyés, cuya aportación consistía en desarrollar este pensamiento nacido en las tierras de Guillermo Penn. En la misma forma, la Constitución de Cádiz de 1812²¹⁰ y las Constituciones de

²⁰⁸ PANTOJA MORAN, David. Escritos Políticos de Siéyés. México. Fondo de Cultura Económica. 1993. p. 269.

²⁰⁹ KETTLEBOROUGH, Charles. The State Constitutions. Indianápolis. Bowen & Company. 1918. p. 1176 - 1177.

²¹⁰ LORENTE SARIÑENA, Marta. Las infracciones a la Constitución de 1812: un mecanismo de defensa de la constitución. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1988.

Colombia en el período de la Primera República²¹¹ de 1811 a 1816²¹², y de Rionegro en 1863²¹³, desarrollarían este mismo modelo del Senado Protector.

Así las cosas, Bolívar resulta ser uno de los herederos de las ideas de los norteamericanos y no de los liberales franceses para instituir este poder conservador, denominado Senado Protector o Corte Constitucional.

Queda nuevamente demostrado, una vez más en este trabajo, que “El Libertador” no fue influenciado por las corrientes del liberalismo galo sino por el pensamiento anglosajón, que como anotamos anteriormente, se nutrió de Republicanismo.²¹⁴

²¹¹ Pensamos por esto que es un error del maestro Restrepo Piedrahita al atribuirle una influencia a estas primeras Cartas colombianas un influjo francés derivado de la Constitución de 1799. Véase Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela, Op. Cit. p. 59.

²¹² “En todas las provincias (de la Nueva Granada) el Senado fungía como Corte Constitucional, al tener la guarda y la defensa de la Carta Magna, y a pedido de cualquier ciudadano debía pronunciarse en relación con el cumplimiento por parte de cualquiera de los tres poderes de las normas allí establecidas. (...).

En Cundinamarca en el texto de 1811 se declaró que “el objetivo primitivo de este Senado es velar sobre el cumplimiento exacto de esta Constitución”. En Cartagena en 1812 se preceptuó que “El objetivo primario del Senado Conservador es mantener en su vigor y fuerza la Constitución.” Y por último en Mariquita se dijo que “El principal objeto del Senado es velar por el exacto cumplimiento de la Constitución.” LLANO ISAZA, Rodrigo. Centralismo y Federalismo, Op. Cit. p.183.

²¹³ Con mucho tino el profesor Tascón escribió que la Constitución de 1863 tenía una influencia de América del Norte al disponer “que los actos de las Asambleas Legislativas de los Estados que fueran contrarios a la Constitución o a las leyes de la Unión quedaran sujetos a la suspensión por la Corte Suprema de Justicia y a su posterior anulación por parte del Senado, es un principio tomado de la Constitución Americana (...).” TASCÓN, Tulio Enrique. Derecho Constitucional Colombiano, Op. Cit. p. 95.

²¹⁴ Transcribimos un fragmento de una carta que le envió Mably a John Adams, que nos corrobora nuevamente este aspecto: “Cuál será el porvenir de una República si no existe en ella un cuerpo permanente que conserve religiosamente el depósito de las leyes, de la política y del carácter nacional? Repase Ud. las historias de Lacedemonia y de Roma, y constatará que esas dos Repúblicas debieron sus virtudes a la presencia perpetua de ese Senado que era su alma. Gracias a él la aristocracia y la democracia se equilibraban resultando así una forma mixta, que conservaba las ventajas de los dos gobiernos, sin encarnar sus vicios”. MABLY, Gabriel. Observations sur le Gouvernement et les lois des Etats- Units d’ Amerique. Ámsterdam. 1791. Citado por: URUEÑA CERVERA, Jaime. Bolívar Republicano, Op. Cit. p. 241.

Bolívar sugiere además la constitución de un cuarto poder, llamado el poder moral. Este se encargaría de la educación y de la instrucción de la juventud. Idea que “El Libertador” tomó de Grecia y Roma, observémoslo

Tomemos de Atenas su Areópago, y los guardianes de las costumbres y de las Leyes; tomemos de Roma sus censores y sus tribunales domésticos; y haciendo una Santa alianza de estas instituciones morales, renovemos en el mundo la idea de un Pueblo que no se contenta con ser libre y fuerte, sino que quiere ser virtuoso. Tomemos de Esparta sus austeros establecimientos, y formando de estos tres manantiales una fuerte virtud, demos a nuestra República una cuarta potestad cuyo dominio sea la infancia y el corazón de los hombres, el espíritu público, las buenas costumbres y la moral Republicana. Constituyamos ese Areópago para que vele sobre la educación de los niños, sobre la instrucción nacional; para que purifique lo que se haya corrompido en la República; que acuse la ingratitude, el egoísmo, la frialdad del amor a la Patria, el ocio, la negligencia de los ciudadanos: que juzgue de los principios de corrupción, de los ejemplos perniciosos; debiendo corregir las costumbres con penas morales (...)

La jurisdicción de este Tribunal verdaderamente santo, deberá ser efectiva con respecto a la educación y a la instrucción, y de opinión solamente en las penas y los castigos. Pero sus anales o registros donde se consignen sus actas y deliberaciones; los principios morales y las acciones de los Ciudadanos, serán los libros de la virtud y el vicio. Libros que consultará el pueblo para sus elecciones, los magistrados para sus resoluciones y los jueces para sus juicios.²¹⁵

Este cuarto poder se dividía en dos: La Cámara Moral y la Cámara de la Educación. La primera poseía competencias preferentes para “dirigir la opinión moral de toda la República, castigar los vicios con el oprobio y la infamia y premiar las virtudes públicas con los honores y la gloria”²¹⁶ Su jurisdicción comprendía a los ciudadanos, a las familias, y a todos los entes territoriales, a todas las autoridades de la República. La segunda se

²¹⁵ Ibid. p. 72-73.

²¹⁶ ROZO ACUÑA, Eduardo. Bolívar y la Organización de los Poderes Públicos. Bogotá. Editorial Temis. 1988. p. 85.

ocupaba de la educación moral y física de los párvulos, desde el momento en que nacían hasta los doce años. Además esta institución vigilaba y creaba las escuelas primarias de ambos sexos. También dirigía a la sociedad en los estudios literarios.²¹⁷

Referente a este cuarto poder o poder moral, el profesor Urueña Cervera plantea la hipótesis de que Bolívar, además del mundo antiguo toma esta idea de la República de Nápoles. En efecto, esta ciudad había seguido muy de cerca las constituciones Jacobina de 1793 y Termidoriana de 1795. Allí Mario Pagano fue el artífice de la Constitución de 1799, que consagraba unas instituciones republicanas. Entre estas encontramos el Colegio de Censores o poder moral.

“El Libertador”, aparentemente, recibe estas ideas de la Nápoles Jacobina, durante su estancia en Italia en 1805. En ese año Bolívar se alojó en la casa de Guillermo de Humboldt, hermano del sabio Alejandro, quien había hospedado a pensadores republicanos de la talla de Madame de Stael o Sismondi. Ilustrados que lo pusieron en contacto con las ideas de las Repúblicas Jacobinas del trienio liberal²¹⁸.

Volvamos, pues, al trabajo de Pagano. Este reguló que el Colegio de Censores tenía como funciones las de controlar la actividad de los ciudadanos del común y de los funcionarios públicos. Sobre estos la Constitución le asignó las siguientes competencias: “1. sancionar la corrupción de los funcionarios públicos; 2. vigilar las cualidades morales de todo

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ URUEÑA CERVERA, Jaime. Bolívar Republicano, Op. Cit. p. 224.

ciudadano que aspirara a ser elegido; 3. publicar y fijar afiches en los lugares públicos con las sanciones pronunciadas”.²¹⁹

Las sanciones que se les imponían a ambos consistían en penas infamantes, como por ejemplo la privación individual de derechos civiles y políticos y la fijación pública de afiches de las condenas.

El Colegio se integraba no de forma estatal, sino Cantonal. Se determinó que en cada Cantón existiría una Tribunal de Censura que estaba integrado por cinco miembros democráticamente elegidos, de entre las personas más probas. Leamos en este punto textualmente a Pagano:

Inspirándonos en el ejemplo de las repúblicas antiguas, hemos recurrido a la censura y a sus nobles funciones de enmendar las costumbres y corregir los vicios: así, hemos establecido un colegio de censores que será creado cada año en cada cantón. Su tarea consistirá en imponer las penas de privación del derecho activo o pasivo de aquellos ciudadanos que no vivan democráticamente. Una vida excesivamente voluptuosa, una conducta familiar desarreglada, costumbres altaneras e insolentes, con incompatibles con el ideal democrático, y conducen inevitablemente a una vorágine, en la cual tarde o temprano también caerá la libertad. Meditando sobre el modo efectivo de regenerar el carácter y las costumbres que la tiranía y la guerra nos han dado, me he sentido la audacia de inventar un Poder moral, sacado del fondo de la oscura antigüedad y de aquellas olvidadas leyes que mantuvieron, algún tiempo, la virtud entre los griegos y los romanos.²²⁰

²¹⁹ Ibid. p. 232.

²²⁰ Ibid. p. 233.

Como complemento del Colegio, Pagano ideó otra institución a la que denominó Instituto de Educación. Aquí, siguiendo las reflexiones de Gaetano Filangieri, se diferenció entre educación e instrucción. Por la primera se entendía todo lo relativo a las costumbres republicanas, mientras que por la segunda lo concerniente al conocimiento. De tal suerte que el Colegio de Censores se debía ocupar de la educación, y el Instituto de la instrucción. Este ente estaba destinado a generar una conciencia cívica ciudadana y una opinión pública responsable. Así las cosas el Instituto debía “formar el espíritu cívico, el alma republicana, el sentido de la libertad política de los ciudadanos.”²²¹

Esto demuestra nuevamente, el influjo del pensamiento republicano moderno sobre Bolívar, al que la doctrina colombiana no ha dado ninguna trascendencia.

Pasemos ahora examinar la Constitución de Bolivia. Este texto fundamental constaba de diez títulos, veintiún capítulos y ciento cincuenta y dos artículos. Consagraba el centralismo; con un ejecutivo encarnado en un Presidente vitalicio y un Vicepresidente hereditario, un poder legislativo compuesto por tres cámaras, y finalmente un régimen de derechos humanos atenuado por unos mecanismos de estados de excepción. También estructuró el poder en cuatro ramas. De igual forma instauró la soberanía popular y la democracia representativa, disponiendo que el pueblo “es el titular de la soberanía pero el ejercicio efectivo de ésta corresponde a las agencias estatales y en especial a los representantes (los electores, los legisladores y el presidente)”.²²²

²²¹ Ibid. p. 235.

²²² VALENCIA VILLA, Hernando. La Constitución, Op. Cit. p. 55.

Analicemos cada de uno de los poderes. Arranquemos con el que denomina poder electoral. Estaba conformado por un Colegio Electoral compuesto por un elector por cada diez votantes. Este cuerpo debía designar a los miembros del poder legislativo; asimismo proponía a los aspirantes para los cargos administrativos, judiciales y eclesiásticos, pero exceptuando a los de nivel alto. Del mismo modo representaba a los ciudadanos ante las Cámaras. El sufragio que se contempló fue abierto, pues se permitió que pudieran votar los antiguos esclavos y los nacionales de cualquier Estado Iberoamericano. No obstante lo anterior, se impusieron unas limitaciones al derecho al voto, que consistieron en: 1. ser casado o mayor de 21 años; 2. saber leer y escribir; 3. tener empleo o profesión o devengar algún tipo de renta.²²³

En lo referente al poder legislativo, estaba conformado en tres Cámaras. La primera de la cuales era el Senado, realizado a hechura de la institución romana. Tenía como atribuciones, la de tener un papel protagónico en el nombramiento de magistrados, jueces, gobernadores, alcaldes. Su duración era de ocho años, pero sus integrantes debían ser reemplazados por mitad cada cuatro años, En segundo término estaba la Cámara de los Tribunos. Esta tenía la competencia en materia de gasto público, de impuestos, de obras públicas, de igual manera en materias de política exterior y administración regional y local. La permanencia de los Tribunos en el cargo era de cuatro años, debiendo renovarse el 50% cada dos años. Por último encontramos la Cámara de los Censores. Su integración era vitalicia, y estaba compuesta de treinta Censores. Poseía atribuciones para exigir el respeto

²²³ Ibid.

por la Constitución y la Ley. Asimismo podía acusar ante el Senado al Vicepresidente y a los Ministros. En desarrollo de esta función podía adelantar el “Juicio Nacional” en contra de cualquiera de los miembros de la Administración. También los Censores poseían la potestad para controlar la economía, la educación, la cultura, la libertad de expresión así como la de prensa.²²⁴

Hablemos ahora del poder ejecutivo. Aquí encontramos una división de funciones entre el Jefe de Estado y el Jefe de Gobierno. Para desempeñar la primera se creó la figura del presidente vitalicio. Institución tomada por Bolívar del pensamiento constitucional haitiano, y en concreto del órgano conocido como Gobernador Vitalicio, que instauró Toussaint L’ Overture en el primer texto fundamental de la República negra de 1801, que Bolívar conoce gracias a Alejandro Petion.²²⁵ Leamos cual era el parecer del Libertador en este aspecto:

Hay regímenes que establecen la presidencia de cuatro años; los hay según los cuales el Presidente dura seis años; en otros se establece la presidencia de siete años; ¿por qué una presidencia de mayor duración, aun vitalicia, ha de ser institución monárquica, si el Presidente vitalicio como todos los otros son simples ciudadanos encargados de un servicio público, sometidos a las leyes, sin privilegios ni clases privilegiadas, incorporados al sistema general de igualdad y responsabilidad? La esencia no cambia, porque el Presidente dure cuatro, o seis, o siete o catorce años.²²⁶

²²⁴ Ibid. p. 56

²²⁵ La Constitución de 1801 prescribía: “La Constitución nombra gobernador al ciudadano Toussaint L’ Overture, general en jefe del ejército de Santo Domingo y, en consideración a los importantes servicios que le ha prestado a la colonia, en las circunstancias más críticas de la revolución, y por el voto de los habitantes reconocidos, se le confían las riendas para el resto de su gloriosa vida”. ARCINIEGAS, Germán. Bolívar y Santander, Vidas Paralelas. Bogotá. Editorial Planeta. 1995. p. 61.

²²⁶ VELASCO IBARRA, J. M. Experiencias Jurídicas Hispanoamericanas. Buenos Aires. Editorial Américal. 1943. p. 50.

Su elección quedaba a cargo del poder legislativo, quien por “pluralidad absoluta” debía nombrar al primer Presidente. Como competencias tenía las de nombrar y remover al Vicepresidente y a los Secretarios de Estado; de igual forma ejecutar las leyes y las sentencias judiciales; ser el comandante supremo de las fuerzas militares; conducir las relaciones exteriores y vigilar a la Administración.²²⁷

Para cumplir la segunda se implementó la Vicepresidencia Hereditaria. Este órgano debía ser nombrado por el Presidente y confirmado por el poder legislativo. Era el responsable del funcionamiento diario del gobierno. Estaba acompañado por tres Secretarios, los de Gobierno y Relaciones Exteriores, de Hacienda y Guerra, quienes componían el gabinete, que tenía responsabilidad solidaria en materias de Estado.²²⁸

Como último poder encontramos al Jurisdiccional y la protección de los derechos humanos. Aquí se estructuraron unas garantías como la del juicio por jurados, el habeas corpus y la prohibición de la tortura. Igualmente se consagró una acción popular, que podía entablar cualquier ciudadano contra las arbitrariedades de los funcionarios judiciales y los empleados de la Administración en los niveles regional y local.

Por último debemos hacer mención a la posibilidad de una dictadura constitucional, mejor conocida como Estados de Excepción. Se dispuso que en caso de guerra o de peligro extraordinario, que pusiera en grave amenaza la seguridad y la tranquilidad pública, el

²²⁷ CORDOBA MARIÑO, Luis. Apuntes de Historia Constitucional y Política de Colombia. Bogotá. Universidad Jorge Tadeo Lozano. 1998. p. 33.

²²⁸ VALENCIA VILLA, Hernando. La Constitución de la Quimera, Op. Cit. p. 57.

ejecutivo era investido de facultades extraordinarias por parte del poder legislativo. Con ellas podía suspender la Constitución y asumir las competencias de los poderes legislativo y judicial para conjurar la crisis y restablecer la calma. Esta institución nos muestra una clara y contundente influencia del republicanismo romano, que, parece ser que, Bolívar conoce por Francisco de Miranda, prócer de la independencia venezolana con quien “El Libertador” luchó en la primera década del siglo XIX. Miranda redactó en 1808-1809 su *Esquise de Gouvernement Fédéral*, en el que había previsto el nombramiento de un Dictador, por el término de un año, en los términos siguientes:

Dans des Cas extrêmement difficiles le Concile décrètera la nomination d'un Dictateur (avec la même puissance qu'il avoit à Rome; et la charge expirera au bout d'un An, s'il n'a pas donné sa demission avant ce tems) et les Incas nomèront la Personne qui doit exercer cette sacrée, il aura 45 ans pour le moins devant avoir déjà exercé une ou plusieurs des grandes Charges d l'Èmpire.²²⁹

Debemos agregar que Bolívar implanta la dictadura romana, pero también la mezcla con el llamado senadoconsulto último, al disponer que el Presidente podía ser revestido de “poderes extraordinarios para salvar al país”. No obstante, estas competencias excepcionales eran muy limitadas, ya que el ejecutivo no podía limitar el derecho de *Habeas Corpus*. Pero sí pudo, por ejemplo, emitir decretos que tenían el carácter de ley para vetar leyes, potestades que Bolívar asumió para “restablecer conventos, reinstalar a los capellanes del ejército y para prohibir las sociedades secretas”.²³⁰

2.4. La Regeneración y la Constitución de 1886.

²²⁹ Citado por: CATALANO, Pierangelo. Derecho Romano Público y Revoluciones. Sassari. Gruppo di Recerca sulla diffusione del Diritto Romano. 198? p. 53.

²³⁰ AGUILAR RIVERA, José Antonio. En pos de la Quimera, Op. Cit. p. 179.

Dentro de la doctrina colombiana se ha interpretado que el movimiento político- cultural de la Regeneración, que tuvo una vigencia de 1886-1903, fue debido a una tendencia del pensamiento conservador que se originó en la Francia del Segundo Imperio.²³¹

En efecto, se le atribuye a Napoleón III el haber creado una reacción de orden mundial para eliminar los principios de las Revoluciones Francesas de 1789²³² y 1848. Estas ideas se fundamentaban principalmente en la religión católica, en el centralismo y en el autoritarismo.²³³

En Hispanoamérica se recibieron estas reflexiones por importantes políticos y pensadores, tales como Miguel Antonio Caro en Colombia; Lucas Alamán en México; Gabriel García Moreno en Ecuador; Carlos Walter Martínez en Chile. Estos ideólogos conservadores, basándose en las encíclicas de Pío IX, *Quanta Cura* y *el Syllabus*, intentaron implantar una situación bastante cercana a la que se presentaba antes de la Independencia²³⁴, para poder eliminar de raíz la influencia nefasta del liberalismo francés.²³⁵

²³¹ AGUILERA PEÑA, Mario y VEGA CANTOR, Renán. *Ideal Democrático y Revolución Popular*. Bogotá. Cerec. 1998. p. 141-150.

²³² En tiempos de Napoleón I Francia intentó ganar a las colonias americanas. El primer proyecto en este sentido fue el de la Constitución de Bayona, que no dio resultado. Ante este fracaso se implementó como segunda opción la de fomentar el ánimo independentista en Hispanoamérica. Napoleón pretendió crear la chispa de la revolución, para tal fin ideó el siguiente emblema que negaba cualquier relación con la revolución de 1789 y con el subsiguiente jacobinismo: “**Viva la religión Católica Apostólica Romana y muera el mal gobierno**”, a fin de que no quedase duda de la filiación no jacobina y de los sentimientos pro católicos y regeneradores del movimiento.” (negrillas nuestras) MARTIRE, Eduardo. *La Ineluctable pérdida de los dominios españoles de América*. Publicado en: *Revista de Historia del Derecho*. n. 23. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1995. p. 267.

²³³ AGUILERA PEÑA y VEGA CANTOR Op. Cit. p. 147.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ En opinión del profesor argentino José Luis Romero, estos conservadores eran conocidos como ultramontanos, por oposición a aquellos que en otra línea se caracterizaban por la aceptación de

Vemos entonces que, según esta postura, nos habíamos propuesto en la última parte del siglo XIX, establecer una República autoritaria de corte galo, para abandonar un modelo independentista liberal francés. Es decir que si nos atenemos a la doctrina actual, no hemos hecho otra cosa que seguir a nuestra estrella polar, que es la Nación francesa, en cualquiera de sus formas de pensamiento, ya sea liberal o conservador.

A nuestro entender, por el contrario, no se han estudiado concienzudamente las verdaderas bases del movimiento regenerador y de la Constitución de 1886.

Pensamos que es indudable el influjo francés en Hispanoamérica²³⁶, desde el punto de vista militar o ideológico. Como ejemplo del primero tenemos la invasión francesa a México en 1861, y la imposición del imperio de Maximiliano de Habsburgo²³⁷; mientras que referente al segundo encontramos, por ejemplo, la propuesta del presidente García Moreno de Ecuador, de solicitar el protectorado francés para su país para “alejar los

“ciertos principios del liberalismo, condicionada por una tendencia a moderar lo que consideraba sus excesos y, sobre todo, por la convicción de que sólo podrían ser traducidos en hechos políticos o institucionales de una manera lenta y progresiva. De esta manera la línea que podría llamarse del conservadurismo liberal entró en colisión con el pensamiento constitutivamente conservador, con el ultramontano y también con el liberal, lo cual lo obligó a defender su posición en varios frentes. En ambos casos el pensamiento conservador se mostró contradictorio. En el primero porque pretendía ser restaurador y no defensor de la situación real en el estado en que se hallaba, y en el segundo porque admitió el principio de cambio; y esta vez se aproximó al ala conservadora del liberalismo, que realizó un proceso inverso. ROMERO, José Luis. Situaciones e Ideologías en América Latina. Medellín. Editorial Universidad de Antioquia. 2001. p. 134.

²³⁶ Será en esta época del Segundo Imperio cuando Hispanoamérica empiece a ser llamada “Latinoamérica”. Napoleón III pretenderá crear una América bajo el influjo galo, que será una América latina para oponerse a la América sajona. PHELAN, John Leddy. El origen de la Idea de Latinoamérica. Publicado en: Ideas en torno de Latinoamérica. Vol. I. México. UNAM. 1986. p. 441-455.

²³⁷ RIDLEY, Jasper. Maximiliano y Juárez. México. Javier Vergara Editores. 1995.

peligros que sobre ese pequeño territorio se cernían en virtud de la probable amenaza de ser invadido por la fuerzas internas de la anarquía, del desorden y de la falsa libertad que se amparaban en los postulados igualitarios de la Revolución Francesa”.²³⁸

Para el caso colombiano el peso del pensamiento francés se manifiesta, sin duda, en el texto fundamental de 1886. Ya que se acogieron ideas como la de la Soberanía Nacional²³⁹, noción esta que se retoma de lo que se había estipulado en la Constitución de 1843²⁴⁰, texto de ideología fuertemente conservadora. Reproducimos el entendimiento de Miguel Antonio Caro sobre este postulado:

La soberanía nacional o poder público, limitada por el derecho natural, se ejerce por órganos diversos, que específicamente llamados poderes, limitados de igual modo, independientes por la naturaleza definida de las funciones que a cada cual corresponden y armónicas en sus relaciones recíprocas conforme al principio y a los fines que le son comunes.²⁴¹

²³⁸ AGUILERA PEÑA, Mario y VEGA CANTOR, Renán. Ideal Democrático y Revolución Popular. Op. Cit. p. 144.

²³⁹Transcribimos la opinión del Dr. Samper, uno de los redactores de la Constitución de 1886, que halaga la Soberanía Nacional, diciendo que “No se concibe el objeto de una nación, ni la razón de ser de su existencia, sin su soberanía, dado que esta soberanía es la autoridad moral al propio tiempo que la efectividad del poder con que cada nación dispone su suerte y figura, de igual a igual, en el concierto de todos los Estados constituidos o nacionalidades organizadas en que está dividido el mundo civilizado. SAMPER, José María. Derecho Público Interno de Colombia. Op. Cit. p. 300. Hoy la Constitución Colombiana conserva su influencia francesa, por ello en el artículo 133 se desarrolla el principio de la Soberanía Nacional, allí se establece que “los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.”. Los elegidos deberán actuar respetando la justicia y el bien común y no conforme al programa que presentaron. VELASQUEZ TURBAY, Camilo. Derecho Constitucional. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1998. p.283.

²⁴⁰El artículo 2do. de esta Carta prescribía que “La Nación granadina es para siempre esencial e irrevocablemente soberana, libre e independiente de toda potencia o dominación extranjera, y no es ni será nunca el patrimonio de ninguna familia ni persona”. RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Constituciones Políticas Nacionales de Colombia. Bogotá Universidad Externado de Colombia. 2003. p. 215.

²⁴¹ CARO, Miguel Antonio. Mensaje presidencial del 20 de Julio de 1898. Publicado en: Obras Completas. Tomo VI. Discursos y documentos públicos. Edición oficial hecha bajo la dirección de Víctor E. Caro y Antonio Gómez Restrepo. Bogotá. Imprenta Nacional. 1932. p. 244.

De igual manera se adoptaron conceptos como la primacía de la ley sobre la Constitución²⁴², la sujeción de los derechos humanos al texto legal²⁴³, el Centralismo Político²⁴⁴, la idea de la Codificación²⁴⁵; que sin duda alguna son derivadas del pensamiento galo. Pero creemos que los fundamentos de la Regeneración y de la Constitución de 1886 son españoles, como pasaremos a demostrarlo.

En Colombia, en el siglo XIX se generó un ambiente completamente hostil hacia todo lo que viniera de la península Ibérica. El impacto producido por la llamada guerra de la Independencia fue muy grande, ya que pretendió oscurecer la obra de España en

²⁴² Don Miguel Antonio Caro estableció en la ley 153 de 1887, en su artículo 6, que todas las leyes del país se presumían constitucionales. RODRIGUEZ PIÑERES, Eduardo. Relaciones entre los poderes Judicial y Legislativo. Publicado en: Por el Reinado del Derecho. Bogotá. Imprenta de la Luz. 1927. p. 339.

²⁴³ . En Colombia al igual que en Francia los derechos del hombre debieron ser anexados al Código Civil para que tuvieran eficacia, por ello el Título III de la Constitución de 1886 en su artículo 52 dispuso, que el capítulo de los derechos humanos fuera vinculado al Código como título preliminar y que no podía ser variado sino por acto reformativo de la Constitución. VALENCIA VILLA, Hernando. El Inconstitucional. Bogotá. Universidad de Los Andes. 1982. p. 45.

²⁴⁴ “En cuanto al centralismo, la Constitución consagraba el carácter unitario de la nación, en la que residía la soberanía, modificaba el nombre de estados por el de departamentos, ordenaba que la legislación penal, civil, comercial, minera, etc., fuese de orden nacional, y eliminaba la elección de funcionarios ejecutivos regionales. Ahora el presidente designaría a los gobernadores y estos a los alcaldes; todos los funcionarios del ejecutivo tendrían el origen de su nombramiento en el presidente de la República. (...) La Constitución, supuestamente para moderar el centralismo, incorporaba principios de descentralización administrativa, pero basta el más superficial examen para advertir que los contrapesos descentralistas no recibieron en ella expresión real. MELO, Jorge Orlando. La Constitución de 1886. Publicado en: Nueva Historia de Colombia. Tomo I. 1886-1946. Bogotá. Editorial Planeta. 1989. p. 49.

²⁴⁵ La Codificación en Colombia comenzó en 1859, cuando éramos un Estado Federal y algunos de los Estados Federados adoptaron el Código Civil realizado por Andrés Bello. Este se nutrió del Código de Napoleón de 1804, más otros componentes de Derecho Romano y de Derecho Español. En el año de 1887 se adopta para todo el territorio nacional el Código de Bello. VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo I. Parte General y Personas. Bogotá. Editorial Temis. 1972. p.36 -37. En igual sentido PINZON RAMOS, Martín Alonso. Andrés Bello Jurisconsulto. Santiago de Chile. Editorial Universitaria. 1982. p. 306-314.

América²⁴⁶. En 1819 fecha oficial de la ruptura con la península, los ideólogos buscaron distanciarse de las ideas que se producían en España, y comenzaron a mirar con profundo detenimiento el pensamiento norteamericano y el francés. Resultado de esto es la adopción del imaginario francés de modernidad que buscó una ruptura con el pasado.²⁴⁷

No obstante, a comienzos de 1870 se comenzó a mirar de nuevo a la madre patria, y a todo lo que conllevaba la herencia española. El gobierno de la península trajo al literato José María Gutiérrez de Alba, con el propósito secreto de “difundir el legado literario peninsular entre los criollos cultos de Colombia, con el fin de crear un sentimiento de proximidad entre los dos países.”²⁴⁸

Como consecuencia de estas gestiones en Colombia se estableció, en 1872, la Academia de la lengua española, segunda en antigüedad en Iberoamérica después de la peninsular. Según Miguel Antonio Caro el propósito de esta institución debía ser

El de ayudar a la Academia madre en esta tarea provechosa, cooperando con sus hermanas, fundadas ya o por fundar, a que conserve su hermosa unidad, la lengua española en ambos continentes. Propónese, por tanto nuestra academia estudiar el establecimiento y las vicisitudes del idioma en la nación colombiana, y honrar la memoria de los varones insignes que en ella lo cultivaron con decoro en épocas pasadas, ya fuesen venidos de la península, ya nacidos en el país, redimiendo a un ingrato olvido las noticias concernientes a sus vidas, que sea dable adquirir, no menos que sus principales obras. Hasta donde alcancen sus

²⁴⁶ Se acusó a España de “no haber organizado y traído a sus colonias la esencia de la civilización, es decir, la gran industria y la técnica, la economía de mercado libre, el estado neutral en materias religiosas, las libertades individuales, sobre todo las económicas; la libertad de prensa y el sufragio universal. JARAMILLO URIBE, Jaime. El pensamiento colombiano en el siglo XIX, Op. Cit. p. 77.

²⁴⁷ GUERRA, FRANÇOIS – Xavier. Lógicas y ritmos, Op. Cit. p. 41.

²⁴⁸ MARTINEZ, Frédéric. El Nacionalismo Cosmopolita. La referencia europea en la construcción nacional en Colombia 1845-1900. Bogotá. Banco de la República. 2001. p. 456.

facultades, ella desea ilustrar la historia de la literatura patria, y cooperar a la formación de la biblioteca completa de nuestros escritores ilustres.²⁴⁹

Fue a partir de la gramática como comenzó a rehabilitarse la influencia hispánica en nuestro territorio²⁵⁰. Grandes cultivadores del idioma castellano como Rufino José Cuervo, José Manuel Marroquín y Miguel Antonio Caro, escribieron libros sobre filología hispánica, también redactaron diccionarios y manuales ortográficos. La obra de estos autores traspasó las fronteras y llegó a España, en donde fue exaltada por Don Marcelino Menéndez y Pelayo. Quien calificó a Bogotá de “la Atenas Suramericana”²⁵¹, debido a las grandes traducciones de los clásicos que se hacían y a que se hablaba el mejor castellano de América.²⁵²

²⁴⁹ CARO, Miguel Antonio. Ideario Hispánico. Bogotá. Editorial Cosmos. 1952. p. 93-94

²⁵⁰ Para ver la gran influencia de los gramáticos en la segunda mitad del siglo XIX, Véanse las obras de DEAS, Malcom. Del poder y la Gramática. Bogotá. Tercer Mundo editores. 1993 y de POSADA CARBÓ, Eduardo. Miguel Antonio Caro y la política colombiana. Publicado en: El desafío de las ideas. Ensayos de historia intelectual y política en Colombia. Bogotá. Banco de la República. 2003.

²⁵¹ En la literatura colombiana se da por sentado que la denominación de Bogotá como la Atenas Suramericana es original de Don Marcelino Menéndez y Pelayo, quien publicó entre 1893 y 1895 la “Antología de poetas hispanoamericanos”. En el Tomo III, el gran literato español habla sobre Colombia y en concreto sobre su capital, en los siguientes términos: “La cultura literaria de santa Fe de Bogotá, destinada a ser con el tiempo la Atenas de la América del sur, es tan antigua como la conquista misma. El más antiguo de sus escritores es precisamente su fundador, el dulce y humano cuanto rumboso y bizarro abogado cordobés Gonzalo Jiménez de Quesada, conquistador y Adelantado del que llamó Nuevo Reino de Granada”. Pero según recientes estudios, el apelativo que recibió Bogotá fue creación del francés Eliseo Reclus. Autor de un artículo en la *Revue des Deux Mondes* en 1864, en donde le otorga esa denominación a nuestra capital y a otras dos ciudades en el continente americano, veámoslo: “Cada país pretende tener su Atenas. La América anglosajona muestra la suya en Boston; el continente hispano se pavonea de tener varias Atenas entre las cuales se citan dos principales: una en el sur, otra en el norte. Buenos Aires y Bogotá. El contraste es muy grande entre esas dos metrópolis literarias, que fueron también con Caracas, los focos de la libertad americana durante la guerra de la Independencia... En Bogotá, la Atenas neogranadina, la naturaleza exterior ofrece contraste absoluto con la de Buenos Aires...”. MONTENEGRO GONZALEZ, Augusto. La “Atenas Suramericana” búsqueda de los orígenes de la denominación dada a Bogotá. Publicado en: Memoria y Sociedad. Vol. 7. No. 14. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2003. p. 133-143.

²⁵² Don Marcelino elogiará las traducciones hechas por Miguel Antonio Caro de las obras de

Desde el punto de vista político se siguió muy de cerca la restauración borbónica y la Constitución de 1876. Este texto fundamental instauró una monarquía constitucional en la Península, en la que los dos principales partidos el conservador, dirigido Cánovas del Castillo y el liberal, por Sagasta, se alternaron en el poder.

Según algunos autores, estos políticos llegaron a celebrar un acuerdo que se denominó el “turno pacífico” por el cual el Ministro de Gobernación, los caciques electorales y la guardia civil, amañaban las elecciones para que los dos partidos se relevaran en el ejercicio del gobierno²⁵³.

Virgilio, llegando a exclamar que le causaron grande sorpresa y agrado “por lo bien entendido del original y lo fácil y elegante de la versión castellana”. En igual sentido se refería en los mejores términos a la obra titulada “Apuntaciones críticas sobre el lenguaje bogotano” escrita por el señor Cuervo, leámoslo: “Me asombra en éste como en los demás trabajos filológicos de Ud., la enorme y bien digerida lectura que en ellos manifiesta, el tino seguro y casi infalible con que procede en cuestiones dudosas, la sagacidad con que trae a su propósito diversas autoridades y la lucidez con que las interpreta. Pero lo que más admiro es el método y rigor científico, que si en toda obra humana son dignos de aprecio, mucho más deben serlo en materia de Filología, donde el método lo es todo y sin él, se cae irremisiblemente en lo arbitrario, fantástico y caprichoso, de lo que tenemos en España numerosos ejemplos”. MONTAÑA CUELLAR, Diego. Colombia: país formal y país real. Bogotá. Editorial Latina. 1985 p. 15.

²⁵³ JACKSON, Gabriel. La República Española y la Guerra Civil. Barcelona. Ediciones Orbis. 1985. p. 27. Consúltese también a VARELA ORTEGA, José. Los amigos políticos. Partidos, elecciones y caciquismo en la Restauración (1875-1900). Madrid. Alianza Editorial. 1977. Del mismo autor la obra en la que él es Coordinador que se titula “El poder de la influencia. Geografía del caciquismo en España (1875-1923)”. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 2001. En Colombia Diego Montaña Cuellar da su versión, bastante peyorativa, sobre el funcionamiento de la Restauración Borbónica y su influjo en nuestro país: “Los pilares sobre los cuales se constituyó la Restauración fueron la ficción y la fuerza. Cánovas del Castillo, ministro del Rey Alfonso XII, fue el más grande corruptor de la vida política española. En esta labor lo acompañaba el exradical Sagasta, desertor de la revolución, que había pasado al frente de un partido liberal monarquista. Entre Cánovas y Sagasta se organizó una política de comedia. Las elecciones se hacían desde Madrid. El director de la “política” que se llamaba Ministro de Gobernación, llegó a ser el técnico de las imposturas que aseguraban en cada distrito al candidato de agrado del gobierno. A tal fin, todos los métodos eran buenos: se empezaba por preparar cuidadosamente a las autoridades municipales. Si las elecciones locales no eran bastante favorables al Gobierno, éste o un delegado ad-hoc, descubriría oportunas irregularidades y suspendía a los concejales que estorbaban la acción gubernamental. Listas falsas de votantes, la “resurrección de los muertos” (que siempre votaban por el Gobierno),

La Regeneración tomó como imagen este pacto, este “turno pacífico”, para implantar un sistema de gobierno formado por una coalición de ambos partidos. Alianza que surgió como consecuencia del fracaso del período federal, que duró en Colombia de 1858 a 1886. El federalismo se basó en un modelo de exportaciones de tres productos principales, que eran la quina, el tabaco y el añil. A mediados de los setentas se presentó una quiebra en el modelo de exportación. Situación que generó una gran crisis económica, que a su vez ocasionó un conflicto social. Entonces parte de la élite del partido liberal y de la élite del partido conservador aplicaron el modelo español de la restauración, para generar un régimen conocido como frente nacional²⁵⁴, en el que ambos partidos gobernaron en coalición el país y otorgaron prebendas a sus miembros y a sus colaboradores.

Esta coalición premió a sus seguidores y a sus adeptos concediéndoles, por ejemplo, contratos de obra pública para desarrollar el ferrocarril, que no ayudaron a un efectivo desarrollo de la infraestructura vial, sino a mejorar el patrimonio de los contratistas, pues la mayoría quedaron inconclusos. De igual manera se creó por ley la Cámara de Comercio,

la presión de los funcionarios, directa o indirectamente dependientes del presupuesto y, finalmente si era necesario, un ataque a mano armada sobre las urnas o la falsificación de las actas, hacían lo demás. El Gobierno obtenía su mayoría y la oposición, en número conveniente, desempeñaba su papel en la comedia constitucional.

A imagen y semejanza de la Restauración, el señor Caro construyó en Colombia en 1886 el régimen denominado “La Regeneración”, planteado por un emigrante del radicalismo, el Dr. Rafael Núñez, como remedio para corregir los excesos disolventes del individualismo político y jurídico y del libre-cambio económico. Op. Cit. p. 19-20.

²⁵⁴ Este fenómeno del Frente Nacional, o de alternancia en el poder de los partidos políticos será reiterado en la historia del derecho público colombiano. Se inicia con este de la Regeneración, le seguirá el que surge tras la caída de la dictadura militar del General Gustavo Rojas Pinilla, que durará de 1958 a 1974, y el último será el que dio origen a la Constitución de 1991. Véase DAVILA LADRON DE GUEVARA, Andrés. El Frente Nacional y el proceso constituyente de 1991. Bogotá Universidad de Los Andes. 2002.

ente especializado en proteger los intereses de los comerciantes, mediante la implementación de un juez especial, nombrado por la propia Cámara para ayudar a los agremiados en los pleitos en que se vieran involucrados. En el mismo sentido se implantó un Banco Central, denominado el Banco Nacional²⁵⁵, que tuvo el propósito primordial de prestar dinero a los banqueros particulares que estuvieran en quiebra.²⁵⁶

El origen de este Frente Nacional se dio en 1880, año en que asumió la presidencia el liberal Rafael Núñez. Político caribeño que inició los contactos entre las élites de los dos partidos tradicionales, estableciendo un acuerdo que restableció la calma social, que evitó una revuelta a gran escala, y que además ayudó a salir de la quiebra económica. Núñez comandó un sector del partido liberal, conocido como independiente, que formó una liga política con los conservadores, liderados por Miguel Antonio Caro, con el objetivo de implantar una Constitución Centralista²⁵⁷, que sirvió para restablecer la situación anárquica del país. De este pacto se excluyó a los liberales radicales, que estos seguían abanderando la idea federal.

Como consecuencia del enfrentamiento entre los radicales y la coalición, se presentó una guerra civil en el año de 1885²⁵⁸. En ella resultaron derrotados los radicales, y entonces los

²⁵⁵ Este Banco tuvo una corta existencia de 1880 a 1894, cuando fue convertido en una agencia gubernamental en liquidación. A partir de ese momento sirvió para la financiación del ejército en las guerras civiles de finales del siglo XIX. PALACIOS, Marco. Entre la legitimidad y la violencia. Colombia. 1875-1994. Bogotá. Editorial Norma. 1995. p. 53.

²⁵⁶ GUILLEN MARTINEZ, Fernando. La Regeneración. Primer Frente Nacional. Bogotá. Bogotá. Carlos Valencia Editores. 1986. p. 71-87.

²⁵⁷ BUSHNELL, David. Colombia una Nación a pesar de sí misma. De los tiempos precolombinos a nuestros días. Bogotá. Editorial Planeta. 2004. p. 198-199.

²⁵⁸ ESPAÑA, Gonzalo. La Guerra Civil de 1885. Núñez y la derrota del radicalismo. Bogotá. El

miembros de la alianza convocaron un Consejo Nacional de Delegatarios par elaborar un nuevo texto fundamental.

Esta nueva carta tomó de la Constitución española de la Restauración, además de lo ya mencionado, la “restricción de la libertad de prensa, la consolidación administrativa, la modernización del ejército y la restricción del sufragio”.²⁵⁹ Pero sin lugar a dudas fue en materia religiosa en donde la Carta peninsular tuvo un influjo importantísimo. En efecto, España prescribió en su artículo 11 del texto fundamental que

La Religión católica, apostólica, romana, es la del Estado. La Nación se obliga á mantener el culto y sus ministros. Nadie será molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas, ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido á la moral cristiana. No se permitirán, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la Religión del Estado (...).²⁶⁰

Este precepto consagró que el Reino de España tenía una religión oficial que era la católica. También instauró la obligación para el Estado de mantener a la Iglesia católica.

En Colombia la Constitución de 1886 dispuso en su artículo 38 que “La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la de la Nación; los poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social (...)”.²⁶¹

Ancora Editores. 1985.

²⁵⁹ MARTINEZ, Frédéric. El Nacionalismo Cosmopolita, Op. Cit. p. 457.

²⁶⁰ CLAVERO, Bartolomé. Manual de Historia Constitucional de España. Madrid. Alianza Editorial. 1990. p. 136.

²⁶¹ RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Constituciones Políticas de Colombia, Op. Cit. p. 396.

A su vez el artículo 40 estableció que “Es permitido el ejercicio de todos los cultos que no sean contrarios a la moral cristiana ni a las leyes. Los actos contrarios a la moral cristiana o subversivos del orden público, que se ejecuten con ocasión o pretexto del ejercicio de un culto, quedan sometidos al derecho común”.²⁶²

En materia educativa, el artículo 41 reguló que “La educación pública será organizada y dirigida en concordancia con la Religión Católica. La instrucción primaria costeadada con fondos públicos, será gratuita y no obligatoria”.²⁶³

El artículo 55 consagró las exenciones fiscales sobre los bienes inmuebles de la Iglesia “Los edificios destinados al culto católico, los seminarios conciliares y las casas episcopales y curales no podrán ser gravados con contribuciones ni ocupados para aplicarlos a otros servicios.”²⁶⁴

En virtud del artículo 56 de la Constitución, que concedió la competencia al gobierno colombiano para celebrar convenios con la santa Sede, se celebró el concordato de 1887²⁶⁵ en el gobierno del cartagenero Rafael Núñez²⁶⁶. Allí se concertó que el Estado

²⁶² Ibid.

²⁶³ Ibid.

²⁶⁴ Ibid. p. 398.

²⁶⁵ No deja de ser paradójico, por no decir algo propio del realismo mágico, que el representante del Estado colombiano que firmó dicho Concordato, Joaquín F. Vélez, era masón grado 33 y “miembro del Supremo Consejo Neogranadino de las Logias masónicas del Grado 33, con sede en Cartagena, y exvenerable maestro de su Logia Madre “Unión”, Número 9”. PINZON RAMOS, Martín Alonso. Historia del Conservatismo. Bogotá. Tercer Mundo Editores. 1979. p. 192.

²⁶⁶ Para algunos autores el concordato sólo se firmó hasta la administración de Rafael Núñez de 1887, porque anteriormente este político se había opuesto a la firma de otro Convenio celebrado en 1880, debido a que la Santa Sede no le había concedido, en ese momento, la anulación de su primer matrimonio. Razón por la cual no podía contraer nupcias religiosas con su segunda esposa.

colombiano debía pagar una indemnización a perpetuidad a la Iglesia Católica²⁶⁷, como consecuencia de la desamortización de los bienes de manos muertas que se había dado en el período de las reformas liberales de 1861.²⁶⁸

Curiosamente estas regulaciones confirieron a la Iglesia Católica el papel de ser el principal elemento de cohesión del orden social. Este hecho ocasionó que tanto el Estado como la misma Iglesia, vieran que la crisis de la sociedad colombiana se debía a un problema religioso y moral que debía ser corregido con el progreso religioso. Este progreso se alcanzaba por medio del orden, ya que la sociedad tenía que ser construida a imagen y semejanza del orden celestial. Si por alguna razón se imponía el caos, la anarquía y en líneas generales el desorden, era debido a elementos disociadores formados en la herejía

ROMERO AGUIRRE, Alfonso. *Ayer, Hoy y Mañana del Liberalismo colombiano*. Tomo I. Historia de La Regeneración. Bogotá. Editorial Iqueima. 1949. p. 75-77.

²⁶⁷ En efecto el artículo 22 del Concordato estableció que " El Gobierno de la República reconoce a perpetuidad, en calidad de deuda consolidada, el valor de los censos redimidos en su tesoro y de los bienes desamortizados pertenecientes a las iglesias, cofradías, patronatos, capellanías, y establecimientos de instrucción y beneficencia regidos por la Iglesia, que hayan sido en cualquier tiempo inscritos en la deuda pública de la nación. Esta deuda reconocida ganará sin disminución el interés anual líquido de cuatro y medio por ciento, que se pagará por semestres vencidos.". GUILLEN MARTINEZ, Fernando. *La Regeneración*, Op. Cit. p. 90.

²⁶⁸ El 9 de Septiembre de 1861, el entonces Presidente de Colombia, el General Tomás Cipriano de Mosquera dictó el decreto de desamortización de los bienes eclesiásticos, allí se estipuló en los artículos 1 que " Todas las propiedades rústicas y urbanas, derechos y acciones, capitales o censos, usufructos, servidumbres u otros bienes que tienen o administran como propietarios o que pertenezcan a las corporaciones civiles y eclesiásticas y establecimientos de educación, beneficencia o caridad en el territorio de los Estados Unidos de Colombia, se adjudican en propiedad a la Nación por el valor correspondiente a la venta neta que en la actualidad producen o pagan, calculada como rédito al 6% en los términos de los artículos siguientes:(...) y en el que artículo 4. sólo se exceptúan de la adjudicación que queda prevenida, los edificios destinados inmediata y directamente al servicio u objeto del culto o del instituto, como los templos, casas de reunión episcopales y municipales, colegios, hospitales, hospicios, mercados y cárceles penitenciarias, casas de corrección y las habitaciones en que residan los religiosos o monjas". PLATA QUEZADA, William Elvis. *De las Reformas Liberales al triunfo del catolicismo intransigente*. Publicado en: *Historia del Cristianismo en Colombia. Corrientes y Diversidad*. Bogotá. Editorial Taurus. 2004. p. 225-226.

burguesa. Por ello la religión católica se encontraba en la obligación de formar nuevos ciudadanos, que fueran buenos creyentes.²⁶⁹

Se veía con malos ojos a aquellos países que aplicaban la ideología liberal, pues “es digno de observación el hecho de que los pueblos que fueron alejándose de María y mirando con indiferencia su culto, también fueron víctimas de continuas agitaciones y divisiones, y lo que es más sensible, terminaron por perder la fe y caer en el abismo de la herejía”.²⁷⁰ En consecuencia se generó una oposición frontal a los principios de Soberanía Popular y Libertad. A este respecto, es ilustrativo algún párrafo emitido por la jerarquía católica en Colombia:

Si el pueblo es el único soberano, no hay nadie superior a él, ni en el cielo, ni en la tierra, y él no debe estar sometido a otras leyes que a las que él mismo haga: oponer una voluntad a su soberana voluntad, es ofender su dignidad, atentar contra su suprema autoridad legislativa; él manda siempre, y no debe obedecer jamás, no debe ningún culto de sumisión a nadie; y a qué otra cosa queda reducida esta doctrina sino al funesto error de sustituir el orgullo humano a la autoridad divina.²⁷¹

En suma, se planteaba que la conducta que tenía que seguir el católico era la de mantener un acatamiento absoluto frente a los dictados de la Iglesia, entonces “la primera obligación

²⁶⁹ URREGO ARDILA, Miguel Angel. La Crisis del Estado Nacional en Colombia. Perspectiva Histórica. Michoacán. Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. 2005. p. 42-45.

²⁷⁰ Exhortación del ilustrísimo señor Pedro Adán Brioschi. Obispo de Cartagena y encíclica de su Santidad León XIII sobre el santísimo Rosario. Cartagena. Tipografía de San Pedro Claver. 1898. p. 3.

²⁷¹ Pastoral del ilustrísimo señor Arzobispo de Bogotá para la cuaresma. Bogotá. Imprenta de Echeverría hermanos. Febrero 20 de 1878. p. 6.

de los católicos es obedecer a la Iglesia, creer lo que ella cree y condenar lo que ella condena”.²⁷²

Por eso se le asignó a la Iglesia una competencia fundamental en materia educativa. El concertado reguló en su artículo 12 que

En las Universidades y en los colegios, en las escuelas y en los demás centros de enseñanza, la educación y la instrucción pública se organizará y dirigirá en conformidad con los dogmas y la moral de la Religión Católica. La enseñanza religiosa será obligatoria en tales centros, y se observarán en ellos las prácticas piadosas de la religión católica.²⁷³

En el mismo sentido el artículo 13, del mismo texto, prescribió que el “Gobierno impedirá que en el desempeño de asignaturas literarias, científicas y, en general en todos los ramos de instrucción, se propaguen ideas contrarias al dogma católico y al respeto y veneración debidos a la Iglesia”.²⁷⁴

Se reglamentó en igual forma, en el artículo 14 del nombrado tratado que “en caso de que los maestros encargados de la enseñanza de la religión y la moral se alejaran de la doctrina católica, el obispo puede intervenir para retirarlos de sus puestos”.²⁷⁵

²⁷² Nos José Telesforo Paúl. Por la gracia de Dios y la Santa Sede Apostólica. Arzobispo de Santa Fe de Bogotá y Encíclica de Nuestro Santísimo Padre León XIII. s.p.i. p. 9.

²⁷³ ARIAS, Ricardo. El Episcopado Colombiano. Intransigencia y Laicidad (1850-2000). Bogotá. Instituto Colombiano de Antropología e Historia. 2003. p. 51.

²⁷⁴ Ibid.

²⁷⁵ Ibid.

Además del ramo educativo, la Iglesia católica asumió como competencia la de llevar el registro civil de la personas, inscribiendo los nacimientos, los matrimonios y las defunciones.

La influencia de España en la Regeneración fue fundamental en la presencia de diversas comunidades religiosas hispanas a lo largo del territorio nacional. Uno de los principales proyectos de los regeneradores era el de fomentar la inmigración de campesinos españoles, pues estos eran los católicos por excelencia. Este propósito fracasó contundentemente, debido a la situación de inestabilidad política que padecía el país, así como también por su accidentada geografía y por sus climas ardientes. Entonces, se optó por importar religiosos españoles, comenzando por los jesuitas y dominicos que habían sido desterrados por el Gobierno del General Tomás Cipriano de Mosquera. Seguidos de los agustinos, y de los maristas. Aunque estos últimos eran franceses, a Colombia llegaron como miembros de esta orden, hermanos españoles mayoritariamente.²⁷⁶

Estos religiosos fueron los encargados de desarrollar las misiones en cerca del 70% del territorio nacional. Las misiones constituyeron el principal elemento civilizador de los indígenas, actuando como centros de enseñanza del castellano, de la religión católica, y en general de todos los valores de la vida occidental.

²⁷⁶ MARTINEZ, Frédéric. El Nacionalismo Cosmopolita, Op. Cit. p. 486-487.

Estas prerrogativas de la Iglesia Católica tuvieron una vigencia plena hasta el año de 1993, en el que la Corte Constitucional declaró inconstitucional gran parte del Concordato de 1887.²⁷⁷

2.5. Recepción del Modelo de Derecho Administrativo Francés en Colombia.

Pasemos ahora a analizar la llegada de la teoría francesa del derecho administrativo y sus consecuencias.

Se ha pretendido entroncar la creación del Consejo de Estado colombiano con la obra Napoleónica. Por ello se dice por algunos tratadistas que el origen de nuestro Consejo data del año 1815, y en concreto del acto de “Reforma del Gobierno de las Provincias Unidas de la Nueva Granada”. Momento histórico en que al igual que en Francia, el poder ejecutivo acumulaba muchas funciones. Como bien se anota, en ese período en Colombia “el poder ejecutivo concentrado significaba algunos riesgos en cuanto al ejercicio de la autoridad política. Con base en esa consideración el Congreso decidió crear un Consejo de Estado.”²⁷⁸

Como hemos mencionado en 1815 se inició el proceso de la reconquista española, y esta institución del Consejo de Estado desapareció de nuestro ámbito jurídico-político. Es por

²⁷⁷ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C – 027 de 1993. M .P. Simón Rodríguez Rodríguez.

²⁷⁸ URUETA AYOLA, Manuel Santiago. El Consejo de Estado. Publicado en: Revista de la Universidad Externado de Colombia. Vol. XVII. no. 2. Bogotá. 1976. p. 149.

esto que nuestra doctrina ve en el decreto del Libertador Simón Bolívar, promulgado en Angostura el 30 de Octubre de 1817, el origen más claro de este órgano dentro de nuestro marco institucional. Por este acto Bolívar en su calidad de “Jefe Supremo de la República de Venezuela y Capitán General de sus ejércitos y de los de la Nueva Granada” determinó

Establecer por ahora un buen gobierno representativo y una Constitución eminentemente liberal (...) y el deseo de que las providencias importantes, las leyes, los reglamentos e instrucciones saludables que deben entre tanto publicarse para la administración y organización de las provincias ya libres o que se liberten, sean propuestas, discutidas y acordadas en una Asamblea que por su número y por la dignidad de los que la compongan merezca la confianza pública.²⁷⁹

El profesor Rodríguez anota que,

Debe observarse, no obstante, que a pesar de que los citados considerandos podrían hacer pensar que se trataba de crear un órgano legislador, del artículo 10 del mismo decreto se desprendía claramente que sus funciones eran simplemente consultivas y de asesoría, pues “si convocado el Consejo de Estado o una o dos secciones, se conformará el Jefe Supremo con su dictamen, lo allí acordado era objeto de un decreto expedido por el mismo Jefe Supremo.”²⁸⁰

Más adelante este mismo autor concluye diciendo,

Dada la formación intelectual y filosófica de Bolívar y su reconocido fervor por las ideas y los resultados de la Revolución Francesa, puede fácilmente entenderse que este Consejo de Estado creado por él, encontraba un antecedente inmediato en la institución creada con el mismo nombre en Francia, apenas unos años atrás, en 1799, bajo la orientación de Napoleón.²⁸¹

²⁷⁹ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. Origen y Evolución de la Jurisdicción Administrativa en Colombia, Op. Cit. p. 44.

²⁸⁰ Ibid.

²⁸¹ Ibid.

Esta Corporación tuvo una integración diversa ya que en ella tomaron parte “los magistrados de la alta Corte de Justicia, secretarios de despacho, jefes militares, etc. -, previamente designados por el gobierno y presididos por el Jefe Supremo, y en ausencia de éste por el consejero en quien se haya delegado esa función”.²⁸²

Su estructura constaba de tres secciones, que eran las de Estado y Hacienda, Marina y Guerra, Interior y Justicia. Todos los integrantes de cada una de estas secciones tenían la competencia para proponer todo tipo de disposiciones que estimaran oportunas, pero únicamente el presidente de cada sección era el encargado de llevarlas al Consejo en pleno, solamente cuando hubieren sido aprobadas en la sección.²⁸³

Posteriormente en la Constitución de 1821, proferida en la fronteriza ciudad de Cúcuta, se creó una institución similar pero denominada Consejo de Gobierno. Ente que estaba compuesto por el Vicepresidente de la República, un Ministro de la Alta Corte de Justicia y los Secretarios del Despacho, sus “dictámenes debían ser oídos por el Presidente en algunos casos que indicaba la misma Carta y en los demás de gravedad que ocurran o que le parezca, pero sin que este parecer fuera obligatorio en su contenido”.²⁸⁴

En 1828 “El Libertador” se convirtió en Dictador, allí profirió su famoso Decreto Orgánico. En este texto el Consejo de Estado se reguló en el Título 3ero. disponiéndose que estaría

²⁸² URUETA AYOLA, Manuel Santiago. El Consejo de Estado, Op. Cit. p. 150.

²⁸³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo I, Op. Cit. p. 320.

²⁸⁴ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. Origen y Evolución de la Jurisdicción Administrativa en Colombia, Op. Cit. p. 44.

conformado por el Presidente del Consejo de Ministros, los Ministros Secretarios del despacho y por lo menos un Consejero por cada uno de los Departamentos. Sus competencias eran de preparación de “todos los decretos y reglamentos que haya de expedir el jefe del Estado; Dar su dictamen al gobierno en los casos de declaración de guerra, preliminares de paz, ratificación de Tratados Internacionales; e informar sobre las personas más aptas para desempeñar diversos cargos dentro del aparato estatal”.²⁸⁵

La Carta de 1830 también desarrolló la figura del Consejo de Estado. Estableciendo que su conformación era por el Vicepresidente de la República, los Ministros Secretarios del Despacho, el Procurador General de la Nación y doce Consejeros elegidos de entre los ciudadanos del común. Su función era la de ser un organismo consultor, de preparar proyectos de ley y “auxiliar al poder ejecutivo con sus luces en los diversos ramos de la administración pública”.²⁸⁶

El texto de 1832, en el mismo sentido de los anteriores, también instituyó esta institución. Contempló que su integración era de siete Consejeros nombrados por el Congreso. Tenía atribuciones de consulta y preparación de proyectos de ley, y una función nueva cual era la de presentar a la Cámara de Representantes una terna para elegir a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.²⁸⁷

²⁸⁵ RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Constituciones Políticas Nacionales, Op. Cit. p. 122.

²⁸⁶ SAMPER, José María. Derecho Público Interno, Op. Cit. p. 62.

²⁸⁷ POMBO y GUERRA. Constituciones Nacionales, Tomo II, Op. Cit. p. 322.

Posteriormente las Constituciones de 1843 y 1853 consagraron un Consejo de Gobierno, que actuó como cuerpo consultivo del Gobierno.²⁸⁸

Más adelante los textos de 1858 y 1863 no tuvieron Consejo de Estado ni una institución semejante. Hecho que ha sido visto como un fenómeno propio de estas Constituciones, ya que ambas se habían nutrido de la ideología liberal²⁸⁹, y esta era contraria a este organismo, por ser excesivamente centralista.

Llegamos así a la Carta de 1886. Constitución que trajo nuevamente este órgano a nuestra estructura político constitucional. Asignándole además de las tradicionales competencias consultivas, y de presentar proyectos de ley y códigos, las de ser el máximo juez de la Administración Pública²⁹⁰. El artículo 164 de este texto preceptuó que la “ley podrá establecer la jurisdicción contencioso-administrativa, instituyendo tribunales para conocer de las cuestiones litigiosas ocasionadas por la providencias de las autoridades

²⁸⁸ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. Origen y Evolución de la Jurisdicción Administrativa en Colombia, Op. Cit. p. 45.

²⁸⁹ El profesor Montaña Plata sugiere que el Consejo de Estado es una institución propia de las Constituciones conservadoras. Consúltese: Dimensión teórica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 80. Posición esta que no compartimos, ya que por ejemplo el texto de 1853 es de vertiente liberal y sin embargo prevé un Consejo de Estado.

²⁹⁰ En los debates de la Carta de 1886, y en concreto en lo tocante con el control de los reglamentos administrativos inconstitucionales o ilegales dijo Miguel Antonio Caro que “Los particulares agraviados por providencias administrativas podrán siempre ocurrir a los Tribunales ordinarios, según la práctica anterior, o a los especiales contencioso-administrativos, que por ley podrán crearse (...)”. Antecedentes de la Constitución Colombiana de 1886 y debates del Proyecto en el Consejo Nacional Constituyente. Bogotá. Librería Americana. 1913. p. 95. Vemos que esta posición del principal artífice de este texto constitucional, no considera como un imperativo el crear unos jueces particulares para la Administración. Debido a que se conocía el control que sobre este ente ejercía la Corte Suprema, el cual se consideraba como una práctica de protección de los derechos de los ciudadanos.

administrativas de los departamentos y atribuyendo al Consejo de Estado la resolución de las promovidas por los centros superiores de administración”.²⁹¹

El profesor Rodríguez comenta que se le asignó al Consejo esta función de ser el juez de la Administración, porque se llegó a la “consideración de que dichos asuntos (los administrativos) debían estar regidos por normas y principios especiales diferentes de los que regían la actividad de los particulares.”²⁹²

Continúa el mismo autor diciendo que

La afirmación anterior encuentra respaldo en el contexto histórico de derecho comparado de la época, que permite constatar fácilmente que esa idea estaba de moda en Francia, donde se había originado y donde, por razones históricas diferentes, a finales del siglo XVIII se había creado un Consejo de Estado con carácter consultivo del gobierno, el cual, por virtud del ejercicio de su propio poder, había venido creando una serie de principios y reglas especiales para regular la administración del Estado, hasta llegar a obtener, a finales del siglo XIX, el reconocimiento de juez de esa misma administración.

Como vemos, la creación del juez especial de la Administración, en palabras de este Catedrático y expresidente del Consejo de Estado, respondió a una moda imperante en Francia, y que Colombia como tributaria de ese pensamiento francés debía repetir. Nosotros no compartimos este punto de vista, porque nos parece que está impregnado de falta de identidad. Además no toma en cuenta los importantes influjos doctrinales imperantes en ese momento, como el español, tal como lo comentaremos más adelante.

²⁹¹ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. Un siglo de Derecho Administrativo en Colombia. Publicado en: El Derecho Público a comienzos del siglo XXI, Op. Cit. p. 1336.

²⁹² Ibid.

A partir de 1896 diversas normas legales le comenzaron a atribuir funciones jurídicas al Consejo. La primera de ellas fue la ley 163. Este texto se creó para reparar ágilmente los daños patrimoniales que se habían creado durante la guerra civil de 1895. Esta ley, entonces, reconoció obligaciones a cargo de la Nación y en favor de los particulares por concepto de Suministros, Empréstitos y Expropiaciones que habían sido exigidos por el Gobierno Nacional o sus agentes civiles o militares. También reconoció créditos provenientes de Exacciones atribuidas a los revolucionarios. Esta norma creó una comisión especial para que reconociera los créditos causados por las obligaciones antes mencionadas. El Consejo recibió la competencia para conocer los recursos de alzada contra las resoluciones de esta Comisión, cuya cuantía sobrepasara los tres mil pesos. En igual sentido le otorgó a la nombrada Corporación el resolver en grado de Consulta sobre las condenas a la Nación, en donde el Fiscal no hubiera interpuesto el recurso de apelación.²⁹³

Más adelante, la ley 27 de 1904 dispuso que el Consejo fuera el competente para conocer sobre la validez o nulidad de las Ordenanzas de las Asambleas Departamentales, cuando fueran atacadas por vulnerar la Constitución o las Leyes o por incompetencia.²⁹⁴

En el año de 1905 bajo el gobierno del General Rafael Reyes, que tomó matices bastante cercanos a la dictadura, se cerró el Congreso y se convocó una Asamblea Constituyente que

²⁹³ NARANJO GALVES, Rodrigo. La reforma contencioso administrativa de 1914. Publicado en: Revista de Estudios Socio-Jurídicos. Volumen 3. Número 1. Universidad del Rosario. Bogotá. 2001. p. 27.

²⁹⁴ Ibid. p. 28.

cumplió funciones legales y constituyentes. Esta Asamblea expidió el acto reformativo No. 10 del 27 de abril de 1905, por medio del cual se suprimió el Consejo de Estado.²⁹⁵

Con la reforma constitucional de 1910, la cual se produjo con la caída del General Reyes, se restableció con el acto legislativo 3, en el artículo 42, el Consejo de Estado como principal Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Se dejó que la ley desarrollara este postulado. Situación que efectivamente se presentó con la ley 130 de 1913.²⁹⁶

Se consagró en el artículo 1ero. de esta norma, que la jurisdicción contencioso administrativa “tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición del

²⁹⁵ En el mandato de Reyes “se eliminó el Consejo de Estado, cuyo trámite de consultas y papeleos impacientaba la actividad febril del primer mandatario, y que se había constituido lo mismo que la Corte, en trampa para atrapar al Presidente y bastión de los amargados que veían desmoronarse su imperio.” LEMAITRE ROMAN, Eduardo. Rafael Reyes. Biografía de un gran colombiano. Bogotá. Ediciones Espiral. 1967. p. 309.

²⁹⁶ En ese momento histórico no todas las voces eran unánimes para atribuirle al Consejo de Estado competencias judiciales. Citamos el parecer de José Vicente Concha, importante jurista y expresidente de la República, para quien esta institución sólo debía tener potestades de consulta, y principalmente la facultad de presentar proyectos de ley, “(...) los motivos que hacen necesaria la existencia de una corporación permanente, compuesta de jurisconsultos de excepcional versación en la ciencia del derecho, que tenga á su cargo la tarea de preparar la mayor parte de los proyectos que han de ser materia de las deliberaciones de la Cámaras legislativas, cuya misión, en la generalidad de los casos, debería limitarse á discutir los proyectos que se le presenten para adoptarlos o rechazarlos. (...) La existencia de un Consejo de esta especie en nada afecta la autonomía y prerrogativas de los dos poderes á los cuales va á prestar un concurso ilustrado y provechoso. Ninguna de las funciones del parlamento se restringe con la existencia de esta corporación, que apenas coopera en la obra de aquel, ilustrando los antecedentes de cada cuestión, y reuniendo los elementos necesarios para que sus debates sean más precisos y sus resultados más eficaces. El Consejo sólo ha de tener carácter consultivo, y con esto se dice cuál es el límite de sus atribuciones y la extensión de sus poderes.” Apuntamientos de Derecho Constitucional. Bogotá. Librería Americana. 1912. p. 198-199.

Ministerio Público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, (...)”²⁹⁷

Tenemos que con esta disposición, por vez primera se le asignaron competencias judiciales al Consejo de Estado²⁹⁸. Miremos cuáles fueron las fuentes que se tuvieron en cuenta para implementar esta Jurisdicción Particular.

Según el profesor Montaña Plata la inspiración para esta ley llegó de Francia. Ya que en los debates de este proyecto que se surtieron en el Senado, se tuvieron muy en cuenta los escritos de Barthelemy, al desarrollar un juez especial para la administración pública, distinto al juez ordinario, leámoslo:

Los Tribunales judiciales no pueden conocer de los litigios que se suscitan entre los actos de autoridad de la administración (H. Barthelemy. Droit Administratif). Es anormal y contrario a la noción que tenemos de la administración y de la justicia administrativa (el

²⁹⁷ RODRIGUEZ PIÑERES, Eduardo, Constitución y Leyes Usuales de Colombia. Bogotá. Librería Colombiana. 1939. p. 438.

²⁹⁸ Según autores colombianos de esta época el propósito del Consejo de Estado se “funda en la imprescindible necesidad de establecer medios y sanciones que hagan efectivas las garantías sociales consagradas en la Constitución. Si se dan reglas y se organizan poderes encargados de proteger y amparar el patrimonio material de los ciudadanos, cabe también pedir otras reglas y organizar otros poderes que vigilen y hagan restar las garantías que cada hombre adquiere por el hecho de formar parte de una sociedad, los intereses colectivos, y en fin, medios que aseguren la inviolabilidad del patrimonio moral de la ciudadanía. Para resolver las controversias surgidas por oposición entre las intereses privados existe el Poder Judicial; era indispensable crear una jurisdicción encargada de decidir las muy frecuentes entre la administración, es decir, las autoridades, y los individuos, porque los actos de esa administración pueden lesionar los intereses individuales o el mismo interés colectivo. La jurisdicción de lo contencioso - administrativo se ejerce de esta suerte, por entidades que son el amparo de las garantías sociales consignadas en la Carta Fundamental, y que están investidas de la facultad de anular los actos públicos que sean violatorios de ella, llámense leyes, decretos, ordenanzas o acuerdos. Pudiera decirse que es una institución de defensa social. Como salvaguardia de la justicia y del derecho, es una jurisdicción distinta de la jurisdicción civil, especialista, con autoridades inferiores y superiores, independiente, y capaz de dictar disposiciones definitivas de obediencia obligatoria. ARGUELLO, Alcibíades y BUENAHORA, Luis. Derecho Administrativo Colombiano. Bogotá. Talleres de Ediciones Colombia. 1927. p. 37.

que) la autoridad judicial resuelva los conflictos que surjan de los mandatos o disposiciones de la autoridad administrativa.²⁹⁹

El principal ponente de este estatuto, fue el prestigioso abogado Eduardo Rodríguez Piñeres. Este en su estudio crítico, menciona que el establecer un Juez especial para la administración responde al principio constitucional de separación de poderes. Postura esta muy francesa, ya que como hemos visto, para ellos el Consejo de Estado deriva principalmente de este nombrado principio constitucional. Analicémoslo:

(...) era muy natural que la Revolución Francesa trajese la consecuencia del establecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, porque la misma revolución que derrocó el régimen antiguo, fundado en la plenitud de la soberanía nacional residente en el Rey, consagró el canon fundamental incorporado en el derecho político moderno, de la separación de los poderes públicos.

Quiere esto decir que la jurisdicción a que nos referimos se funda en el principio elemental, no disputado hoy en los pueblos de régimen constitucional, de la separación de los poderes públicos. Más concretamente: la jurisdicción contencioso-administrativa tiene su fundamento esencial en la separación, en la independencia que debe haber entre la rama administrativa y la rama judicial del poder público. Y como la constitución que hoy rige en Colombia, de igual manera que todas las que han regido durante nuestra vida de nación independiente, consagra el principio de dicha separación de poderes, es claro que se impone el establecer la jurisdicción de que se trata, para asegurar y garantizar el derecho individual.³⁰⁰

Otro autor francés muy citado en la exposición de motivos fue AUCOC. Este fue utilizado para fundamentar este mencionado principio de la separación de poderes. Se decía que la materia administrativa era muy diversa y que los jueces civiles no la podrían manejar

²⁹⁹ MONTAÑA PLATA, Alberto. Dimensión teórica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Op. Cit. p. 86.

³⁰⁰ RODRIGUEZ PIÑERES, Eduardo. Estudio Crítico a la Ley colombiana sobre la Jurisdicción de lo Contencioso - Administrativo. Bogotá. Librería Americana. 1914. p. 10.

adecuadamente, por ejemplo en temas como las leyes y los contratos administrativos, pues estos

Pertencen a un orden de principios, de intereses y de ideas completamente extraño a las jurisdicciones civiles; para aplicarlos se necesitan conocimientos prácticos, estudios legales que no se encuentran en las otras jurisdicciones. Habría peligro para la administración en someter a jueces que no están iniciados en estas necesidades, en esos usos y quienes por deber se preocupan casi exclusivamente del Derecho privado, y cuya invasión en el dominio administrativo destruiría brevemente el principio tutelar de la separación de los poderes.³⁰¹

Debemos aclarar que nuestra posición es que no todo en esta ley es derivado de Francia. En la exposición de motivos se cita aparte de estos dos autores franceses al profesor italiano ORLANDO. La ponencia tomó de este importante doctrinante la explicación para darle el mote de Administrativa a la Jurisdicción que se acababa de crear, mirémoslo:

El calificativo de administrativa, agregado a jurisdicción, dice Orlando, no tiene ni puede tener otro sentido que el mismo en fuerza del cual se dice: jurisdicción comercial o militar; esto es, como declaración de una materia especial a la cual se aplica la jurisdicción, y no como la declaración de un derecho estrictamente comprendido entre los dos poderes de la Administración Pública.³⁰²

Otro aspecto que también tenemos que expresar es el de haberse creado un Juez especial, pero al contrario del caso Francés, incluido dentro de la rama judicial. Es decir que los galos con su Consejo de Estado tendrán un juez con competencias exclusivas para regular a la administración, dentro de la rama ejecutiva. Mientras que Colombia conformará un modelo de derecho administrativo diferente del galo. Ya que si bien instituimos una

³⁰¹ AHUCHÓ. *Conferences sur l'administration et le Droit administratif*, Tomo I. p. 394. citado por: RODRIGUEZ PIÑERES, Eduardo. *Estudio Crítico*, ibid. p. 8.

³⁰² ORLANDO, Vittorio. *Principi di Diritto Administrativo*. Citado por: RODRIGUEZ PIÑERES, Eduardo. *Estudio Crítico*, ibid p. 17.

Jurisdicción Contenciosa como el principal órgano de control administrativo, no se constituyó como el único ente de encauzamiento. Pues dentro del poder Judicial también la Corte Suprema de Justicia, siguió siendo juez de la administración, como lo había venido siendo desde el siglo XIX.

El siglo XX fue un proceso de reducción de competencias de control a la Corte Suprema y de asunción de las mismas por parte del Consejo de Estado. Tenemos que, éste último cuando fue creado tenía como funciones las de “declarar la nulidad de las Ordenanzas y otro actos de las Asambleas Departamentales; declarar la nulidad de los Acuerdos de los Concejos municipales; la revisión de los actos del gobierno y de los ministros; los asuntos de cuentas; el conocer los suministros, empréstitos y expropiaciones; resolver los Juicios sobre pensiones y recompensas; y asuntos de impuestos.”³⁰³ Vemos que estas atribuciones eran principalmente para controlar actos administrativos ya fueran de carácter general o particular.

En 1964 el Consejo asumió por primera vez la competencia para resolver los conflictos derivados de los contratos estatales y además para solucionar los litigios ocasionados por la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Hoy en día la Corte Suprema continúa encauzando la actividad administrativa en la materia de bienes públicos y en los litigios societarios.³⁰⁴

³⁰³ NARANJO GALVES, Rodrigo. La reforma contencioso administrativa de 1914. Op. Cit. p. 34.

³⁰⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Op. Cit. p. 331.

De tal suerte, que podemos observar que nuestro derecho administrativo posee un control mixto y no concentrado en un sólo órgano. Por lo tanto no somos tan tributarios del modelo francés con un juez único, sino que tenemos una regulación por derecho público y otra por derecho privado en cabeza de entes diferentes.

Agregamos que nuestros primeros escritos de derecho administrativo de comienzos del XX, no se basaron exclusivamente en autores franceses. Documentos estos, que nuestra tradicional doctrina nunca se ha detenido a examinar. Encontramos en primer lugar la “Recopilación de Leyes y Disposiciones Administrativas” del año de 1901, en donde se mencionan a autores españoles de la talla de Colmeiro, Abella, Santamaría de Paredes, Cuesta Martín y Adolfo Posada. Estos doctrinantes son utilizados para definir el derecho administrativo y para entender la moderna teoría de la Administración³⁰⁵. Situación que es muy importante, pues este texto es el primero que se publicó en Colombia en el siglo XX y con él podemos comprobar que al país no llegaban única y exclusivamente libros y autores franceses.

En igual sentido hallamos la Revista Jurídico - Administrativa llamada “El Foro” que se editó en el año de 1905. Allí encontramos una interesantísima alusión a la legislación y doctrina españolas, y en concreto al Congreso Jurídico Español de 1886, en donde se habló de la importancia del proceso de Codificación Administrativa. Este evento resaltó que dicho resultado se podía obtener “por medio de la Codificación parcial, hecha oficialmente

³⁰⁵ OLARTE CAMACHO, Vicente. Recopilación de Leyes y Disposiciones Administrativas. Bogotá. Imprenta La Luz. 1901. p. 7-14.

por materias, comenzando por aquellas en que las leyes sean más completas y adelantadas y tengan mayor carácter sistemático”³⁰⁶.

Este proceso estaba sometiéndose a debate aquí, y en él se escucharon voces a favor y contra. Una de las más resonantes fue, otra vez, la de Adolfo Posada, autor que fundamentó la urgencia de tener un Código Administrativo para “evitar que las leyes sufran menos influencia de los partidos y situaciones políticas, y (que sí reciban) la de los trabajos doctrinantes que preparen la sistematización que hoy no existe del Derecho Administrativo”.³⁰⁷

Desafortunadamente estas alusiones españolas a la Codificación no fueron tenidas en cuenta y nuestro derecho sufrió un importante atraso en esta materia, ya que el primer Código Administrativo que tuvimos data del año de 1941. Por esto el autor del artículo que comentamos, expresó con cierta desilusión que

Varios han sido los trabajos de codificación administrativa que se han propuesto a la consideración de nuestros Congresos, pero que no han llegado a complementar una ley sobre la materia. El Dr. Demetrio Porras, notable jurisconsulto y muy autorizado publicista, presentó uno en 1884, que no fue discutido; luego en 1886 se elaboraron varios que no fueron siquiera abiertos al debate, y por último en 1904 el extinguido Consejo de Estado formuló un laborioso trabajo que tampoco mereció los honores de la discusión.

La legislación de carácter administrativo, entre nosotros, propiamente se halla incluida en otras codificaciones que rigen como tales, y así, el Código Político y Municipal, el de Policía, el de Elecciones y el de Instrucción Pública, materias todas que pertenecen al ramo administrativo, allí están más o menos regadas, sin constituir un

³⁰⁶ GARCIA, Alejandro. Nociones Elementales de Derecho Administrativo. Publicado en: El Foro. Revista Jurídico- Administrativa. Nos. 48 y 49. Bogotá. 1905. p.323.

³⁰⁷ Ibid.

conjunto armónico y concreto. Otras materias, como lo relacionado con caminos, correos, telégrafos, agricultura, estadista, civilización de indígenas, beneficencia, colonización, etc. son leyes dispersas, sin orientación conocida, y que necesitan verdadera labor para conocerse, y citarse en su aplicación.³⁰⁸

Debemos mencionar para concluir con este acápite, lo referente a las Acciones que operaron en Colombia después de haber copiado en 1914 el modelo Francés. Tenemos un primer momento que dura desde 1914 a 1941. Aquí los particulares poseían dos acciones para proteger sus derechos. La primera de ellas era la Acción Pública con la que contaba toda persona a la que la Administración Pública le hubiera “violado el derecho público representado en la Constitución o la Ley”³⁰⁹. La segunda Acción era de carácter privado, ella la podía interponer una “persona determinada, cuyos derechos civiles se ofendían con el acto acusado, produciéndose con ello doble violación del derecho público y del derecho privado. Esta condición emana directamente del hecho de que no puede haber derecho civil que no esté reconocido o garantizado en la ley sustantiva”.³¹⁰ Posteriormente, encontramos un segundo momento que va desde 1941 hasta hoy. En este lapso se adoptaron plenamente las Acciones Francesas para proteger los derechos de los administrados. En el Código de 1941 se implementaron la Acción de Nulidad Simple, que era calcada del recurso por exceso de poder, y la Acción de plena jurisdicción, que como su nombre lo indica provenía del recurso del pleno contencioso galo. En el año de 1984, se derogó el mencionado Código y se implantó otro, que es el que todavía rige. En éste se conservan estas dos Acciones, con

³⁰⁸ Ibid. p. 325.

³⁰⁹ BECERRA LOPEZ, Luis. Apuntamientos de Derecho Administrativo Colombiano. Santa Marta. Imprenta Mogollón. Sin año de edición. p. 174.

³¹⁰ CARREÑO, Pedro María. Apuntes sobre Derecho Administrativo. Bogotá. Editorial Cromos. 1934. p. 256-257.

la única diferencia de que la de plena jurisdicción tomó el nombre de acción de Nulidad y Restablecimiento del derecho.

2. 5.1. Acogida de la Teoría del Acto Político.

Concluimos este capítulo estudiando la acogida que tuvo, y sigue teniendo, dentro de nuestro derecho público la invención francesa del acto político o de gobierno.

2.5.1.1. El primer liberalismo francés, su influencia en Hispanoamérica y la diferencia del siglo XIX colombiano.

Empezaremos por desarrollar una primera etapa que sobre esta materia que se da en el siglo XIX.

El liberalismo imperante en Hispanoamérica fue tributario en algunos aspectos del francés. Particularmente al no contemplar el denominado estado de sitio o estado de excepción, en las primeras décadas del ochocientos. Esta circunstancia ha sido descubierta y estudiada muy recientemente por la doctrina de nuestro subcontinente.

El autor Mexicano José Antonio Aguilar Rivera ha planteado que el fracaso del experimento liberal constitucional en estas tierras, fue causado por la importación del pensamiento liberal de Montesquieu y Constant,³¹¹ que estudiamos en el capítulo primero.

Esta hipótesis va en contravía de aquellas que sugieren que el Estado Liberal fue un desastre porque los hispanoamericanos no estábamos preparados para poder asumir, entender y aplicar adecuadamente los postulados liberales, pues habíamos sido educados en una tradición completamente diferente como lo era la católica.³¹²

El profesor Aguilar demuestra como entre los años 1811 y 1830 el modelo liberal fue un rotundo fiasco en casi toda Hispanoamérica, por la no implementación de las facultades extraordinarias, y por la interpretación de la división de los poderes públicos, y su control sustentada en los límites funcionales defendida por Montesquieu. Situaciones ambas que condujeron que ante un hecho anormal el poder ejecutivo no tuviera medios constitucionales y legales para afrontarla, trayendo como consecuencia la vulneración de las diversas cartas para poder sobreponerse a la situación extraordinaria.³¹³

Colombia al contrario de los otros países de la América Hispana si consagró los estados de excepción en gran parte del siglo XIX, por influjo de las ideas bolivarianas y del republicanismismo. Empecemos mirando la Constitución de Cúcuta de 1821, que es la primera

³¹¹ Mírese En pos de la Quimera, Op. Cit.

³¹² Esta es la opinión más generalizada en Colombia y ha sido defendida por el expresidente Alfonso López Michelsen en “El Estado Fuerte”, Op. Cit.

³¹³ AGUILAR RIVERA, José Antonio. En pos de la Quimera, Op. Cit. p. 27-43.

para todo el Estado después de la independencia. Allí encontramos unos estados de excepción fuertes, pero con limitación temporal, de acuerdo a los siguientes términos:

En caso de conmoción interior a mano armada, que amenace la seguridad del Estado, puede el Presidente suspender el imperio de la Constitución en los lugares conmovidos o insurrectos por un tiempo determinado, si el Congreso estuviere en receso: Las mismas facultades se le conceden en los casos de una invasión exterior y repentina, en los cuales podrá también hacer la guerra; pero ambos decretos contendrán un artículo convocando al Congreso para que confirme o revoque la suspensión.³¹⁴

Esta norma es muy interesante porque se venía de las batallas por la independencia en las que el Jefe del Ejecutivo, “El Libertador”, poseía facultades extraordinarias ilimitadas y fue la primera vez en que una Constitución limitó estas prerrogativas para evitar su degeneración.

La carta de 1830 de igual modo reguló esta institución en el artículo 85 no. 1, asignándole al Presidente la competencia para “conservar el orden y la tranquilidad interior y asegurar al Estado contra toda agresión exterior”.³¹⁵

La Constitución de 1832 le atribuyó en el artículo 108 al jefe del Ejecutivo la facultad, para que en los casos de grave peligro por causa de conmoción interior o de ataque exterior que amenazara la seguridad de la República, concurriera al Congreso, y en su receso al Consejo

³¹⁴ RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. El Congreso Constituyente de la Villa del Rosario de Cúcuta de 1821. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1990. p. 194.

³¹⁵ URIBE VARGAS, Diego. Las Constituciones de Colombia. Historia, Crítica y Textos. Tomo II. Madrid. Ediciones Cultura Hispánica. 1977. p. 761.

de Estado, para que le concedieran, con las restricciones que estimara convenientes, potestades para solucionar la eventualidad.³¹⁶

El texto de 1843 en el artículo 101 permitió al Presidente mantener el orden y tranquilidad interior de la República, repeler todo ataque o agresión exterior y reprimir cualquier perturbación del orden público en el interior³¹⁷.

De otro lado las Constituciones de 1853, 1858 y 1863, no implementaron esta figura, o lo hicieron de forma muy débil³¹⁸, porque se sucedieron en un momento histórico en que para Colombia se aplicaron plenamente las ideas liberales.³¹⁹

³¹⁶ En opinión de un comentarista constitucional de la época “Durante los momentos críticos del peligro casi cesan los demás poderes menos el Ejecutivo, y si aquellos obran es para auxiliar á éste que despliega entonces sus recursos, la fuerza pública, y los movimientos prontos capaces de aterrar al enemigo y de salvar al Estado; y aún no contando esos instantes, siempre la ejecución de los decretos legislativos, la administración de la República exigen más uniformidad, más energía en su marcha que la formación de las leyes ó el arreglo de las diferencias de los particulares.” DEL REAL Antonio. Elementos de Derecho Constitucional seguidos de un examen crítico de la Constitución Neo - Granadina. Publicado en: Derecho Constitucional Siglo XIX. Tomo I. Bogotá. Cámara de Representantes. 1997. p. 50-51.

³¹⁷ Según palabras de un profesor de derecho constitucional de este período, publicado recientemente, estas competencias eran claves porque: “(...) es necesario observar que para estas sociedades, cuyo objeto es el mayor bienestar posible de los que la componen, debe ser una de sus principales atenciones la de evitar y remediar los males que pueden sobrevenir, y estos son tantos, y las causas que los producen son varias, que no se puede preverlos, ni establecer todas las reglas necesarias para precaverlos y remediarlos. Así viene a ser indispensable que el jefe del Estado esté autorizado, por la constitución y las leyes, en términos generales, para emplear en semejantes casos los medios que crea convenientes. Pero como entre estos podría haberlos tan abusivos, que siempre produjesen mayores males que los que trataban de evitar, la constitución y las leyes deben señalarlos, prohibiendo que se empleen.

Además, las leyes pueden disponer simplemente que se haga tal o tal cosa, sin señalar cuáles de los diversos medios que puedan emplearse hayan de preferirse; y en este caso es evidente que a quien está encargada la ejecución de la ley, le está conferida la facultad de emplear los medios que mejor le parezcan, con tal que no sean de los que le están prohibidos. MOSQUERA, José Rafael. Nociones de Derecho Constitucional. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2003. p. 68.

³¹⁸ El texto de 1858 no obstante ser liberal, instauró unos estados de excepción, aunque más tenuous que los de las constituciones anteriores, por lo que es considerado presidencialista “debido al inmenso margen de facultades otorgadas de manera directa al Ejecutivo para la solución del

2.5.1.2. La Constitución de 1886 y la recepción de la teoría francesa del control formal del decreto de Estado de Sitio.

Este texto reguló la figura del estado de sitio en el muy mencionado artículo 121. Allí se le otorgaban al Presidente de la República facultades muy amplias, para tiempos de guerra o perturbación del orden público, incluyendo las reglas aceptadas por el derecho internacional para las guerras entre naciones.

El Jefe del Ejecutivo podía en casos de guerra exterior o de conmoción interior, con la firma de todos sus ministros (de su libre nombramiento y remoción), declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, sin plazo fijo.³²⁰

Lo anterior originaba una serie de problemas puntuales de la siguiente envergadura: primero, no se establecían diferencias claras entre las dos figuras excepcionales mencionadas; segundo, no había tampoco una delimitación de las normas internacionales

conflicto, sin la intervención activa por parte de la rama legislativa". BERNAL PINZON, Diana Patricia y SANDOVAL ESPITIA, Jenny del Pilar. Alcances y limitaciones del estado de conmoción interior. Tesis para optar al título de abogado. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2003. p. 85. Con respecto a la Constitución de 1863, encontramos que esta estableció como prerrogativa del poder ejecutivo la de conservar el orden interior. Expresión esta que según Florentino González, autor de ese momento, comprendía "la conservación de la buena armonía entre los Estados, provincias o secciones territoriales, de la forma de gobierno que estas deben establecer para el ejercicio del poder que se les reserva, y la observancia de las leyes generales, tanto por los gobiernos de los dichos Estados, provincias o secciones, como por los ciudadanos particulares". Lecciones de Derecho Constitucional. Publicado en: Derecho Constitucional Siglo XIX. Tomo II. Bogotá. Cámara de Representantes. 1997. p. 209.

³¹⁹ NIETO ARTETA, Luis Eduardo. Economía y Cultura en la historia de Colombia. Bogotá. Banco de la República. 1996. p. 110 y s.s.

³²⁰ GONZALEZ CHARRY, Guillermo. El Estado de Sitio y los poderes del presidente. Publicado en: Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. Enero – Junio. 1974. p. 20.

susceptibles de ser aplicadas; tercero, el Congreso no ejercía ningún tipo de control al acto político y como si fuera poco, no se establecía un límite de temporalidad para la aplicación.³²¹

Como consecuencia la declaratoria del estado de sitio ocasionaba tres efectos concretos: el primero de ellos se tradujo en la facultad del Presidente para legislar a través de decretos legislativos de carácter obligatorio, lo que condujo a que estos se adoptaran de una manera permanente en algunos casos; en segundo lugar, el gobierno podía suspender todas las leyes que fueran contrarias al estado excepcional; y por último, podía suspender sin límite ni medida los derechos fundamentales y las garantías individuales.

Esta filosofía del estado de sitio contemplado en Colombia en la constitución de 1886, tuvo su causa próxima en el derecho público francés, en concreto en la Constitución de 1793, y en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que analizamos en el capítulo primero.

En el sistema jurídico colombiano el estado de sitio se aplicó para el manejo del Orden Público. Se concibió la alteración de este como un fenómeno fruto de la descomposición socio - política del país, y de la necesidad de no ponerle límites a los medios defensivos del poder político. Debido a ello, en algunas reglamentaciones constitucionales se consideró

³²¹ CAMARGO, Pedro Pablo. Los Estados de Excepción en Colombia. Bogotá. Editorial Leyer. 1996. p. 53.

como una tradición constante la concesión de poderes extraordinarios e ilimitados al presidente³²².

Aunque no existieron unos criterios evidentes de variabilidad en las causas reproductoras del desorden público, la incidencia social e institucional de los estados de excepción sí tuvo una mutación bajo la constitución de 1886, y específicamente desde 1949, cuando el presidente Mariano Ospina Pérez, decidió cerrar el Congreso, porque le iba a adelantar un juicio político, y gobernar al país bajo estado de sitio permanente.³²³

Alrededor de 1957, con la implantación del segundo frente nacional, y hasta 1978 con el final del gobierno del presidente Alfonso López Michelsen, aumentaron las protestas populares y el estado de sitio fue el mecanismo utilizado para reprimir las revueltas y los problemas económicos suscitados en el país a raíz de la violencia.

Otro tanto, pero con un matiz sutilmente diferente, se vivió desde el inicio del gobierno Turbay Ayala (1978) hasta el fin del gobierno del presidente Virgilio Barco (1990). En este

³²²VÁSQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. El Poder Presidencial en Colombia, Op. Cit. Capítulo 17.

³²³ El partido liberal en las elecciones municipales de 1949 sufrió una estruendosa derrota. Ante esta situación argumentó que el Gobierno no le había proporcionado las garantías necesarias para adelantar una contienda electoral transparente. Entonces los liberales “pensaron utilizar su mayoría en el Congreso para adelantar un juicio contra Ospina Pérez en el Senado y deponerlo. En un acto de ingenuidad, el 9 de noviembre, en las horas de la mañana, los presidentes del Senado y la Cámara visitaron al presidente Ospina para anunciarle que se iba a tramitar una acusación contra él. Al mismo tiempo le solicitaron garantías para los liberales mientras se adelantaba el proceso en el Senado. A las 4 p. m. de ese mismo día, Carlos Lleras Restrepo, Julio César Turbay y otras personalidades del liberalismo se dirigieron hacia el parlamento con el fin de iniciar el proceso. Se encontraron con la sorpresa de que el edificio del Congreso estaba rodeado por tropas del ejército que les impidieron la entrada. Horas antes Ospina había declarado el estado de sitio, suspendido el Congreso y todas las asambleas departamentales. (...)” REYES CARDENAS, Catalina. El Gobierno de Mariano Ospina Pérez. Publicado en: Nueva Historia de Colombia. Historia Política. II. 1946-1990. Bogotá. Editorial Planeta. 1989. p.31.

período los estados de excepción perdieron fuerza como instrumentos de control social³²⁴, debido al debilitamiento de los movimientos obreros y estudiantiles. Sin embargo ganaron importancia como instrumento de represión de actividades ilegales, colocando la normatividad excepcional en el límite entre la legalidad y la ilegalidad.

Relacionado con el control de este acto político, podemos decir que con la implementación del estado de sitio casi permanente³²⁵, se afectó de manera negativa el desarrollo de la jurisprudencia constitucional durante casi medio siglo. Contribuyendo al protagonismo de la Corte Suprema de Justicia en contra de las libertades individuales. Así, mientras que Estados Unidos y muchos países de la Europa de la posguerra, luchaban por la defensa de los derechos fundamentales como uno de los principales factores de la legitimación del Estado, Colombia encaminaba su historia jurídica hacia el rumbo del derrocamiento de esas garantías.³²⁶

2.5.1.3 La Justiciabilidad formal del decreto del estado de sitio

La carta de 1886 no estableció la atribución política de control por parte del Congreso para

³²⁴ GARCIA VILLEGAS, Mauricio. El Constitucionalismo Perverso. Publicado en: El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Tomo I. Bogotá. Editores Varios. 2001. p. 329.

³²⁵ Citamos la opinión de un doctrinante de esa época que difiere del manejo ilimitado que se le dio a esta institución por parte del Gobierno. Lo que demuestra que si bien la Corte tenía una posición permisiva, la doctrina no lo era tanto. “(...) existe una legalidad especial que regula la administración en este caso (el estado de sitio), pero existen consideraciones que impone la naturaleza de los caracteres esenciales al estado de sitio. El está limitado en el tiempo y en el espacio, de manera que no puede prolongarse indefinidamente, sino que debe suspenderse inmediatamente que cesen las circunstancias que dieron lugar a él. TOBON ARBELAEZ, Diego. Principios Fundamentales del Derecho Administrativo. Medellín. Tipografía Industrial. 1939. p. 139.

³²⁶ Prueba de ello, es la cita de Oscar José Dueñas de la sentencia de 12 de junio de 1945 de la Corte Suprema de Justicia que señalaba que durante el estado de sitio había unas garantías individuales constitucionales que se suspendían y otras que se limitaban, pese a que la Constitución no establecía dicha limitación. Control Constitucional. Bogotá. Librería El Profesional. 1997. p. 54.

este acto del ejecutivo. Así las cosas, este cuerpo de representación no tuvo facultades para aprobar o improbar el decreto del estado de sitio, teniendo en cuenta los derechos y garantías suspendidos de manera temporal y en forma delimitada.³²⁷ Mientras que el control judicial constitucional de los decretos de estado de sitio era realizado por la Corte Suprema de Justicia en forma *a posteriori*, es decir, el gobierno no tenía la obligación expresa de enviar el decreto declarativo a la Corte al día siguiente a su expedición para su revisión constitucional. Además, cualquier ciudadano podía intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos legislativos.³²⁸

De acuerdo con lo anterior, algunos estudios³²⁹ han considerado que el control de la Corte Suprema al acto político sufrió dos períodos: el primero comenzó con el inicio del segundo Frente Nacional, en 1957, hasta comienzos de la década del ochenta; y el segundo desde 1985 hasta 1992, con las funciones de control asumidas por la Corte Constitucional con la expedición de la Constitución de 1991. Como consecuencia de ello, no cabe duda acerca de la debilidad del control ejercido por la Corte Suprema en la primera etapa, evidenciado en la exequibilidad de estos decretos, y en la legitimación del aumento de los poderes del gobierno, para encubrir razones de estado en discursos de naturaleza jurídica y negando la injerencia de los jueces en asuntos de orden público del Estado.

Es evidente que los jueces avalaron en la mayoría de los casos presentados las acciones del

³²⁷ CAMARGO, Pedro Pablo. Los Estados de Excepción en Colombia, Op. Cit. p. 53.

³²⁸ Ibid. p.61.

³²⁹ Al respecto obsérvese Estudios Ocasionales. Estados de Excepción y Razón de Estado en Colombia. Centro de investigaciones socio jurídicas CIJUS. Bogotá. Universidad de los Andes. 2003.

gobierno para el restablecimiento de lo que ellos denominaban desorden público, sobreponiendo los poderes estatales a los derechos y libertades individuales. Prueba de ello fue el Estatuto de Seguridad de 1978, que introdujo serias restricciones a los derechos y garantías a través de la creación de nuevos tipos penales, del aumento considerable de las penas, de la tipificación de arrestos inconvertibles por largos períodos de tiempo, y del juzgamiento de civiles por parte de los militares. Se adujo que estas medidas eran necesarias para el restablecimiento del orden y la conservación de la seguridad nacional.³³⁰

Conviene, sin embargo, advertir que en su segunda fase, la Corte Suprema se pronunció con un poco más de rigidez sobre los decretos legislativos. Debido a la experiencia sufrida con la implementación del estatuto antiterrorista del presidente Turbay de 1978. Ejemplo de esto, fue la sentencia de 5 de marzo de 1987 que tras la declaratoria de inexecutable del decreto legislativo N° 3671 de 1986, concluyó que la Constitución no permitía, ni siquiera en tiempos de paz que los civiles fueran juzgados por militares. Sin embargo, este control continuó siendo incipiente y simplemente formal, sin aceptar valoración alguna de los motivos del ejecutivo para acudir a la figura excepcional.³³¹ Dicha constitucionalidad estaba estrictamente ligada a la verificación del cumplimiento de las solemnidades exigidas por la Constitución Política.

³³⁰ Según algún doctrinante estas medidas eran necesarias y oportunas porque el país debía ser gobernado con mano dura, que sirviera para disciplinar a la mayoría de nuestra población. Leámoslo “Era, el estado de sitio, una institución de guerra, para hacer la guerra con eficacia y restablecer prontamente el orden perturbado; muy adecuada para pueblos indisciplinados, dados a solucionar los problemas directamente”. SACHICA APONTE, Luis Carlos. Nuevo Constitucionalismo Colombiano. Bogotá. Editorial Temis. 1992. p. 306.

³³¹ PENAGOS, Gustavo. Los Actos Políticos. Bogotá. Librería del Profesional. 1989. p. 393-403.

Quizás el único intento verdadero por superar la crisis implantada por la intención de convertir la excepción en regla general para el país, fue el salvamento de voto del entonces magistrado Luis Sarmiento Buitrago. Respecto a un fallo sobre emergencia económica en 1974, donde replanteó las tesis sobre discrecionalidad ilimitada del gobierno y donde adujo que el control sobre los estados de excepción debía ser integral, obligando a la Corte Suprema a pronunciarse tanto por los vicios de forma como de fondo.³³²

2.5.1.4. La Constitución de 1991 y el rechazo de la teoría francesa de la ausencia de control material del acto político.

Para 1991, período en la historia constitucional colombiana que se inicia con la promulgación de la Constitución. La situación de orden público en el país había conseguido un mayor grado de estabilidad, debido a la “erradicación” del narcoterrorismo y al debilitamiento de los movimientos populares, estudiantiles y sindicales que habían tenido fuerza en la década de los ochenta. Sin embargo, la alteración del orden público seguía teniendo su origen en las mismas causas mencionadas arriba, y adicionalmente con la aparición de otros fenómenos sociales de violencia en la sociedad colombiana, como el de la intensificación de los secuestros y homicidios, sumado al aumento en la privatización de la violencia y de los mecanismos de justicia³³³.

³³² GAONA CRUZ, Manuel. Control y Reforma de la Constitución en Colombia. Tomo II. Bogotá. Ministerio de Justicia. 1988. p. 350-359.

³³³ GARCIA VILLEGAS, Mauricio. El Constitucionalismo Perverso, Op. Cit, p. 329.

La Constitución Política de 1991 introdujo un cambio radical en la concepción y en el manejo de los estados de excepción en el país. No cabe duda, si se observan las nuevas disposiciones a la luz de la carta anterior, que se intentó restringir al máximo las facultades discrecionales del ejecutivo para acudir a las figuras extraordinarias. Como consecuencia de esta restricción se introdujeron límites temporales, se exigieron más requisitos formales y se consagró la prohibición expresa de suspender derechos humanos y libertades fundamentales.

Añádanse a estos puntos, la reorganización normativa de los estados de excepción, es decir, el nuevo mandato constitucional dividió la figura del estado de sitio en dos instituciones separadas: por una parte el Estado de Conmoción Interior, y por el otro el Estado de Guerra Exterior. Precisó las circunstancias necesarias para acudir a la conmoción, limitando de manera considerable el ámbito de interpretación de la norma constitucional³³⁴, le otorgó un límite temporal y recogió la teoría de la Corte Suprema sobre la imposibilidad del juicio de civiles a cargo de las fuerzas militares.

Otro aspecto importante a citar en esta reconstrucción, además de la introducción de otras modalidades excepcionales, fue el de la expedición de una normatividad genérica a todos los estados de excepción que ha obligado al respeto de las garantías individuales. Circunstancia que ha acontecido con la promulgación de una ley Estatutaria, en donde se consagró el principio de proporcionalidad entre las medidas a adoptar y la gravedad de los

³³⁴ Ibid. p.350.

hechos; y también en la que se buscó el normal funcionamiento de las demás ramas del poder público; y la consagración de la responsabilidad del Ejecutivo y el control constitucional.

2.5.1.4.1. La Corte Constitucional: Juez de la Administración.

Acorde con la tendencia constitucionalista moderna, la Carta Política de 1991 creó la Corte Constitucional como organismo de la rama judicial, convirtiéndola en una institución novedosa que rompió la historia constitucional de nuestro país. Desde su creación hasta la actualidad, es necesario hacer un análisis sobre las implicaciones de sus actuaciones en el sistema político colombiano, puesto que sus decisiones han incidido y generado controversia en todos los ámbitos de la nación. De manera específica, el poder ejecutivo ha padecido los efectos jurisprudenciales de la Corte, especialmente cuando ha hecho uso de las facultades extraordinarias que la Constitución le atribuye en los llamados estados de excepción.³³⁵

Como es sabido, corresponde a la Corte Constitucional el control de los decretos que el Presidente expide en virtud de dichos estados de excepción³³⁶. Dada la trascendencia de este control, se ha discutido de forma continua en los ámbitos jurídicos y políticos del país, sobre si tal control tiene implicaciones específicamente políticas, que rebasarían la competencia estrictamente jurídica de la Corte. De esta forma se hace necesario el estudio

³³⁵ Ibid. p.349.

³³⁶ Constitución Política de Colombia, Artículos 212, 213, 214, 215 y 241.

de este aspecto de la vida institucional del Estado, para establecer que ese ejercicio de funciones esté armonizado dentro del ordenamiento jurídico, delimitando las competencias y atribuciones de control y ejecución de la Corte y el Gobierno, en aras de la materialización de los fines esenciales del Estado³³⁷.

La naturaleza del control constitucional colombiano es un tema que ha estado sujeto a fuertes discusiones jurídicas. En materia específica de estados de excepción, la carta política introduce los controles político y jurídico sobre las actuaciones del gobierno dentro de sus facultades para asumir poderes extraordinarios, como son la declaración del estado excepcional y los decretos legislativos que en éste se expidan para adoptar medidas a lo largo de la vigencia del período de anormalidad.

El control político consiste en el análisis que hace el Congreso de la República sobre la conveniencia, oportunidad, bondad, magnitud y aceptación de las determinaciones gubernamentales, tal como lo consagra el artículo 114 de la Constitución Política³³⁸. Por su carácter excepcional y en consideración de las facultades extraordinarias que en materia legislativa que se le atribuyen al Ejecutivo dentro de un marco constitucional para tiempos de anormalidad, corresponde al legislador en los casos de estados de excepción evaluar las medidas que se dictan en vigencia de éstos. El Congreso no tiene limitación alguna para tratar los temas que dan lugar a la declaratoria, y a las medidas que son objeto del proceso.

³³⁷ Constitución Política de Colombia, Artículo 2 en especial, la convivencia pacífica.

³³⁸ HERNANDEZ GALINDO, José Gregorio. Poder y Constitución. Bogotá. Editorial Legis. 2001. p. 151.

El control político del Congreso al Ejecutivo significa el desempeño de una función encargada por disposición constitucional, y que tiene como fin que la rama legislativa equilibre las actuaciones de la ejecutiva mediante el ejercicio de su propio poder³³⁹, atendiendo las exigencias de los requisitos constitucionales de fondo que recaen sobre el estado excepcional. Cuando la Constitución asigna al Congreso el control político ante los estados de excepción se encamina en la búsqueda de múltiples objetivos. Uno de ellos, y quizá el más importante, es aquel que destaca el concreto ejercicio de la discrecionalidad del poder del Presidente en estas situaciones anormales; es decir, ese control político establece restricciones a esta potestad del ejecutivo, que pueden traducirse de la siguiente manera: en primer lugar, el límite que constituye el juicio de responsabilidad que puede seguirse al Presidente de la República, y a sus ministros, cuando se declara un estado de anormalidad sin que se reúnan las causales objetivas consagradas en la Constitución; en segundo lugar, la limitación se traduce en la responsabilidad que a dichos funcionarios puede endilgárseles por el abuso de esas facultades extraordinarias.

Por su parte, el control jurídico, según el exmagistrado José Gregorio Hernández, es el control relativo al cotejo entre los decretos que el Presidente dicte –al asumir los poderes extraordinarios y al desarrollarlos- y la Constitución Política, tanto en los aspectos formales como en los sustanciales; es de la competencia exclusiva de la Corte Constitucional, la que

³³⁹ Para una visión muy completa del fundamento del Control Político consúltese a ARAGON REYES, Manuel. Constitución y Control del Poder. Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina. 1995. p. 143-193.

según la Carta debe decidir definitivamente y con efecto *erga omnes* acerca de la exequibilidad o inexecuibilidad de tales actos³⁴⁰. La armonía del ordenamiento jurídico deviene de la efectiva legitimación de la norma inferior, al derivar su validez y vigencia tanto formal como material de la Constitución. Su revisión, en ejercicio del control que le hace la Corte Constitucional, le da oportunidad de vida a la norma en sí; de lo contrario debería salir del ordenamiento jurídico, bajo la figura de la nulidad o la inexecuibilidad.

El control jurídico no puede ser ejercido en razón de la oportunidad ni de la conveniencia de la norma acusada, ya que simplemente se extiende al cumplimiento de los requisitos formales y al respeto de los principios orientadores del Estado, conocidos como principios constitucionales. El examen deberá reducirse a la confrontación normativa, de la cual se concluirá si la norma acusada encaja o no dentro de la dinámica Constitucional actual. Estos dos tipos de controles, a la luz del sistema constitucional democrático colombiano, buscan evitar la concentración de poder y la posibilidad de abuso del gobernante en concordancia con el principio de división de poderes, como el mecanismo básico de equilibrio y control entre los mismos.

El gobierno está en la obligación de enviar dichos decretos a la Corte Constitucional para que ésta los estudie en ejercicio del control de constitucionalidad, o sea que el control recaea sobre el decreto declarativo del estado de excepción; sobre los decretos que dicta el Presidente cuando ha asumido las atribuciones propias dentro del estado excepcional, bien

³⁴⁰ HERNANDEZ GALINDO, José Gregorio. Poder y Constitución, Op. Cit.p. 151.

sea: estado de Guerra Exterior, estado de Conmoción Interior, o estado de Emergencia Económica; además, sobre los decretos que prorrogan los estados de anormalidad³⁴¹, y sobre el decreto que declara superada la crisis.

La Corte Constitucional en ejercicio del control jurídico abandonó la teoría del exclusivo control formal, a la francesa, desarrollado por la Corte Suprema de Justicia y adoptó la tesis del control material para proteger la supremacía constitucional. Aún así, es preciso afirmar que la introducción de este elemento de justiciabilidad del acto político o de gobierno, invierte la relación entre los poderes y derechos, sobreponiendo las garantías y libertades individuales desde una perspectiva disímil a la planteada por la teoría gala acogida en la Constitución de 1886.

2.5.4.1.2 La Estrategia Global de Reforma del Presidente Uribe y el resurgimiento de la tesis francesa de control formal del Acto Político o de Gobierno.

El acto legislativo n° 2 de 2003, llamado también Estatuto Antiterrorista, es uno de los cuatro elementos integrantes de la estructura global de reforma a la Constitución de 1991, propuesta por el presidente Alvaro Uribe Vélez, a través de su proyecto de ley de convocatoria a un referendo y a una reforma constitucional³⁴².

³⁴¹ Constitución Política de Colombia, Artículo 213.

³⁴² QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Reforma Política y Referendo en Colombia dentro de los Procesos de Reforma de la Constitución Política de 1991. Bogotá. Universidad del Rosario. 2004. p. 76.

Los otros tres elementos estarían conformados por la reforma política³⁴³, la reforma a la estructura del Estado y a la Administración Pública³⁴⁴ y la reforma a la Administración de Justicia³⁴⁵ adelantados por este Gobierno.

Elemento importante de dicha estructura global de cambios, es el de la reforma de la Seguridad Nacional. Motor que ha orientado, desde su campaña, el actual Presidente bajo la denominación de Seguridad Democrática. Buscando la defensa del Estado de Derecho y no del Estado Social de Derecho ni del Estado Constitucional.³⁴⁶ En ese sentido la normativa planteada, en el acto legislativo mencionado, señalaba la urgencia de implementar disposiciones de carácter permanente para enfrentar el terrorismo debido a la insuficiencia de los órganos judiciales actuales. Además, argumentaba la ineficiencia del estado de conmoción interior, por causa de los controles ejercidos por la Corte Constitucional³⁴⁷ en defensa de los derechos y garantías fundamentales; y también permitía marcar límites a algunos derechos fundamentales, tales como los derechos a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad de tránsito y de residencia, a la libertad personal, y de manera adicional, facultaba a las fuerzas militares para cumplir funciones de policía judicial.

³⁴³ Ley 796 de 2003 y Acto Legislativo N° 1 de 2003.

³⁴⁴ Ley 790 de 2002.

³⁴⁵ Proyectos de Actos Legislativos de 2002 y 2004.

³⁴⁶ QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Reforma Política y Referendo, Op. Cit. p.83.

³⁴⁷ Resulta muy interesante estudiar el análisis que hace Manuel Quinche con respecto a la práctica asumida por los últimos gobiernos de no dictar decretos legislativos para solucionar situaciones de emergencia, sino que promulgan actos que materialmente tienen contenido de normas con fuerza de ley, es decir de decretos legislativos, pero a los que formalmente denominan resoluciones ejecutivas. De tal suerte que estas resoluciones son consideradas actos administrativos y por ello son controlados por el Consejo de Estado, tradicional aliado del poder ejecutivo, y no por la Corte Constitucional, quebrantando de esta manera el ordenamiento jurídico del país. QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. La Lectura Administrativa de la Constitución Política. Publicado en: Revista Universitas. No. 104. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. Diciembre 2002. p. 149-165.

La proposición de este proyecto fue aprobada y como resultado se presentó la reforma constitucional que modificó varios artículos de la Carta.³⁴⁸ Una de las variaciones de vital relevancia fue la que se introdujo en su último artículo. Allí se reguló que por medio de un proyecto de iniciativa gubernamental, que debía ser presentado a más tardar el 1 de marzo del año anterior, se tenía que proponer una ley estatutaria que desarrollara tales cambios antes del 20 de junio del 2004. Sin embargo este artículo también disponía que si dicha ley no entraba en vigencia a los nueve meses de promulgado el acto legislativo, el gobierno nacional podía expedir un reglamento que regulara en forma transitoria la materia.

Los comentarios acerca de la anterior situación, giran en torno a considerar que la expedición de esta reforma retomó las prácticas del estado de sitio de la Constitución de 1886 bajo el presupuesto de limitar los derechos de los individuos para salvaguardar la integridad del Estado. Esta intención no resulta del todo satisfactoria ante los graves problemas que enfrenta el país, y por el contrario contribuye a favorecer la impunidad penal para los excesos o arbitrariedades contra los derechos fundamentales o para los crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad³⁴⁹, máxime aún cuando lo que comporta es una

³⁴⁸ Se modificaron los artículos 15, 24, 28, y 250, mediante el cual se estableció el Estatuto Antiterrorista, que otorgaba facultades de Policía Judicial a los militares.

³⁴⁹ Tenemos que resaltar el Acuerdo Bilateral firmado por el Estado Colombiano con el Norteamericano del 19 de Septiembre de 2003, por medio del cual se garantiza la inmunidad para los ciudadanos norteamericanos que cometan cualquiera de los crímenes que tipifica el Estatuto de Roma, y que establece que no puedan ser juzgados por la Corte Penal Internacional. Para nosotros es absolutamente claro como el gobierno colombiano sigue en procura de la Seguridad por encima del respeto de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Véase. Seminario de Países Andinos. Corte Penal Internacional: Un nuevo instrumento de lucha contra la impunidad. Bogotá. Septiembre 29 de 2004.

situación de ineficacia estatal para contrarrestar la delincuencia y la violencia endémica.

Los anteriores intentos quedaron frustrados por la Corte Constitucional en sentencia C - 816 del 2004 con ponencia de los Magistrados Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes, mediante la cual se declaró inexequible el Acto Legislativo 02 de 2003. La decisión del Tribunal se fundamentó en vicios del procedimiento en el último debate en la plenaria de la Cámara de Representantes y en que no se obtuvo la mayoría absoluta necesaria para la aprobación del Acto Legislativo.

Tenemos que mencionar igualmente, los nombrados, proyectos de reforma a la Administración de Justicia de los años 2002 y 2004. En estos se pretendió limitar de manera explícita las facultades de la Corte Constitucional para controlar la declaratoria de los Estados de Excepción. El primer proyecto de Noviembre de 2002 que se presentó al Senado de la República, prescribía en el artículo 14 que era función de la Corte el “decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno. En ningún caso la Corte se pronunciará sobre el contenido material de los decretos que declaran la ocurrencia de los estados de excepción, cuyo control político corresponde al Congreso”³⁵⁰

En la exposición de motivos se argumentó que con estas limitaciones se buscaba:

³⁵⁰ Gaceta del Congreso. Año XI No. 484. Bogotá. Imprenta Nacional. 2002. p 3.

Cerrar para siempre el capítulo de cuáles son las facultades que tiene la Corte Constitucional con respecto al decreto que declara la conmoción interior o cualquier otro de los estados de excepción. El proyecto sigue la línea dominante en el mundo occidental, en el sentido de que se trata de un decreto político, no revisable jurisdiccionalmente sino en cuanto a su forma. No es común en las constituciones modernas, que el recurso al derecho de necesidad, o de ley marcial, o de estado de sitio, o de conmoción interior como se llama en el nuestro, pueda ser decidido por la corte judicial encargada del control constitucional. Ese control lo ejerce en todo caso el Congreso de la República y los hechos en que se funda la conmoción deben solamente ser examinados por el Presidente de la República, quien es el que tiene a su cargo la guarda del orden público comprometido hasta el extremo de que sea necesario romper el orden jurídico institucional.³⁵¹

El otro proyecto de reforma presentado en Marzo de 2004, disponía en su artículo 6 como competencia de la Corte Constitucional, la de “decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en los estados de excepción. En ningún caso la Corte Constitucional se pronunciará sobre el contenido material de los decretos que declaren los estados de excepción.”³⁵²

³⁵¹ Ibid. p. 9.

³⁵² Gaceta del Congreso. Año XII No. 496. Bogotá. Imprenta Nacional. 2004. p. 2.

CAPITULO III

3. LA CIENCIA DE LA POLICIA

Este proceso de formación del derecho administrativo francés, que se copió en Colombia, no es suficiente para explicar claramente el nacimiento de este subsistema jurídico. Porque, como bien lo expresa Giannini, por ejemplo, los países anglosajones tuvieron sus revoluciones liberales y accedieron antes que Europa continental al Estado de Derecho y no tuvieron derecho administrativo hasta el fenómeno del intervencionismo estatal. Entonces los caracteres del Estado de Derecho no ayudan por sí solos a entender el surgimiento del derecho administrativo³⁵³, y por ende a comprender la institución del control sobre el poder.

En el mismo sentido Parejo, nos dice que si bien el momento histórico de la Revolución Francesa nos muestra la “conquista del Estado por el derecho Administrativo, no explica el por qué de que esa conquista se haya producido precisamente en el marco y bajo la forma de un Derecho Público específico, concretamente el administrativo.”³⁵⁴

Para suplir esta deficiencia hay diversas posiciones doctrinarias³⁵⁵ que han demostrado la existencia de unas reglas concretas y específicas, de unas técnicas, para la administración

³⁵³ GIANNINI, Massimo Severo. Premisas Sociológicas e Históricas del Derecho Administrativo. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. 1987. p. 48.

³⁵⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. Op. Cit. p. 40.

³⁵⁵ VILLAR PALASI, José Luis. Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las Normas.

antes del siglo de las revoluciones. Dichas reglas eran distintas a las del derecho privado³⁵⁶ y con ellas se controlaba a la administración y se protegían los derechos de los particulares.

La expresión más clara de subsistencia de técnicas es la ciencia de la policía, concepto que surge en el siglo XV, y que subsiste en el ordenamiento administrativo hasta hoy en día. El concepto de policía constituía la fuente de las normas administrativas del antiguo régimen³⁵⁷ que buscaban el bienestar general.³⁵⁸

Madrid. Universidad de Madrid. 1968 y más recientemente en Técnicas Remotas del Derecho Administrativo. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. 2001. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Administración y Jueces: Gubernativo y Contencioso. Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado Constitucional y los fundamentos del Derecho Administrativo Español. Madrid. Instituto de Estudios Administrativos. 1971. NIETO GARCIA, Alejandro. Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. 1986. MESTRE, Jean Louis. Un Droit Administratif a la fin de l'Ancien Régime: Le Contentieux des Communautés de Provence. París: Librairie Générale de droit et de jurisprudence. 1976. y también Introduction Historique au Droit Administratif Français. París. PUF. 1985.

³⁵⁶ “ Y este sector diferenciado del ordenamiento jurídico no puede calificarse sino como Derecho Administrativo, pues reúne el rasgo característico del mismo: la exorbitancia frente al Derecho Privado como medio necesario para que las autoridades públicas encargadas de la gestión administrativa puedan lograr una adecuada satisfacción de determinados fines públicos. Puede concluirse, pues, que ya había un Derecho Administrativo en el Antiguo Régimen, que a su vez se basó en las instituciones que el Derecho Canónico recibió del Derecho Romano, así como en el Derecho regio del período intermedio creado por las curias regia también a partir del Derecho Romano. Sobre la base de ese Derecho Administrativo del Antiguo Régimen y sin una ruptura completa con el mismo, pero moldeándolo con los nuevos principios ideológicos y políticos, el constitucionalismo moderno y, sobre todo, la Revolución Francesa y la obra napoleónica, dieron nacimiento a un nuevo Derecho Administrativo: el Derecho Administrativo propio de un Estado de Derecho. Pero el hecho de que antes de ese momento no existiera el Derecho Administrativo propio de un Estado de Derecho no puede llevarnos a afirmar la ausencia de todo Derecho Administrativo. Cada etapa histórica imprime la huella de los principios ideológicos y políticos predominantes sobre las normas, instituciones y técnicas administrativas, pero la sustantividad o especificidad del Derecho Administrativo no desaparece” DESDENTADO DAROCA, Eva. La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones Independientes. Valencia. Tirant lo Blanch. 1999. p. 14.

³⁵⁷ “Eran órdenes del príncipe formalmente dirigidas a los súbditos y a los funcionarios. A los súbditos se les ordenaba, por ejemplo, que mantuvieran encendidos faroles en los portales de sus viviendas a determinadas horas de la noche, mientras que a las autoridades se les ordenaba que, además de vigilar por el cumplimiento de lo anterior por parte de los vecinos, encendieran otros faroles en las esquinas. En cualquier caso se trata, sin embargo, de simples especificaciones de una obligación u objetivo genérico del Estado, que se resumen en la policía. La policía autoriza y - obliga- al Monarca y a sus funcionarios a *cura avertenda mala futura*. NIETO, Alejandro. Estudios Históricos, Op. Cit. p. 243.

Pero que a su vez también poseían defectos y limitaciones como por ejemplo, “los entes hospitalarios son instituciones de beneficencia para los enfermos pobres, y no instituciones para la asistencia de los enfermos, en general; los problemas de la agricultura son el ordenamiento del catastro y las obras públicas para regular las aguas, pero los campesinos quedan como estaban; la educación se debe difundir, pero la libertad de enseñanza es reprimida, etc.”³⁵⁹

3.1. Historia y Evolución del Concepto - La Cameralística.

El origen de la policía se dio en Alemania y Austria con la aparición de la cameralística. Esta nació en el Estado feudal con el *Kammerer*, el tesorero del electorado de la Marca de Brandenburgo, que más tarde se convirtió en el reino de Prusia. Este funcionario único fue evolucionando hasta conformar el Consejo de Cámara del príncipe, organismo que se ocupó, a parte de las finanzas, de la política internacional y la administración del Estado.³⁶⁰

Los antecedentes de esta Cámara se remontan al Imperio Romano. Octavio Augusto creó el Concilio, organismo colegiado con funciones consultivas que estaba integrado por familiares y amigos del emperador. Se ocupaba de asuntos tales como la justicia, la guerra, la política exterior y la administración. Posteriormente Tiberio y luego Adriano, le dieron

³⁵⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano. Op. Cit. p. 41.

³⁵⁹ GIANNINI, Massimo Severo. Derecho Administrativo. Vol. I. Madrid. INAP. 1991. p. 55.

³⁶⁰ NIETO GARCIA, Alejandro. El Mito de la Administración Prusiana. Sevilla. Instituto García Oviedo. 1962. p. 29 y s.s.

funciones oficiales e incluyeron entre sus miembros a jurisconsultos reconocidos, que se encargaban de redactar los dictámenes judiciales y los decretos imperiales. En tiempos de Diocleciano se creó una figura nueva denominada el Consistorio, no difería mucho de la anterior, en ella se dividieron los cargos en superiores e inferiores, los primeros eran el Canciller, el Maestro de los Oficios, el Ministro de la Hacienda y el Ministro del Tesoro Real; los segundos eran reconocidos miembros de las oficinas administrativas. Con Constantino apareció otra institución llamada el Comité, organismo conformado por hombres de confianza del Emperador y que se reunía en circunstancias excepcionales como la reforma de la administración pública o la inspección de alguna provincia imperial.³⁶¹

En la alta edad media existió con los Carolingios una Cámara, que también constituye un antecedente de la Cameralística. Esta no era otra cosa que la tesorería, allí se guardaban oro, joyas y monedas. Se conformó con funcionarios como el Senescal, el Copero (administrador de las cavas), y el Condestable (Conde de los Establos).³⁶²

Estas ideas llegaron a Alemania, como ya se vió, y concretamente a la Marca de Brandenburgo. Este territorio hizo parte del Sacro Imperio Romano Germánico y fue dado en encargo administrativo por el emperador Segismundo al Conde Federico Hohenzollern³⁶³. Por esta concesión un pequeño terruño que tenía a Berlín como capital, evolucionó más adelante como el reino de Prusia y luego como el Estado alemán moderno.

³⁶¹ GUERRERO, Omar. Las Ciencias de la Administración en el Estado Absolutista. México. Editorial Fontamara. 1996. p. 61-62.

³⁶² Ibid. p. 63-64.

³⁶³ NIETO GARCIA, Alejandro. El Mito, Op. Cit. p. 22.

Así en el año de 1525 se anexó Prusia oriental, cuya capital Konisberg fue la patria de Kant. Esta tierra era mucho más rica que Brandenburgo y fue el dominio de los Caballeros Teutónicos, orden militar que había recibido la misión de propagar la fe y la civilización entre los pueblos eslavos.³⁶⁴ Fue en esta época cuando se afianzaron instituciones como el Consejo de la Cámara, que tenía encomendadas funciones políticas, administrativas, financieras y judiciales. Su prevalencia fue tal que desplazó al Canciller en el manejo de la administración pública, pero necesitando el refrendo de éste en todas las decisiones importantes. La Cámara salió victoriosa en 1598 cuando el Príncipe anuló el refrendo del Canciller en todos los decretos del Estado. En este momento la Cámara adquirió funciones de hacienda, policía, comercio, industria, guerra y política exterior. En 1615 durante el gobierno de Joaquín Federico II la Cámara no atendió más asuntos financieros y se dedicó exclusivamente a asuntos de justicia. Desde 1648, fecha de conclusión de la guerra de los treinta años, se unificó la administración pública alrededor de la Administración Cameral y se limitaron los poderes estamentales.³⁶⁵

El último período de la Administración Cameral va desde 1791 a 1797, en este lapso se creó el Gabinete de Ministros al que se le asignó el manejo de las relaciones internacionales. Más tarde apareció el Directorio General; organismo que funcionó colegiadamente por cinco miembros y se dividió en cinco departamentos estudiando temas como: talas, cámaras de cuentas, vituallas, negocios militares, correos, moneda, justicia, policía, fomento e interior. Con Federico el Grande (1740-1786) la cameralística se

³⁶⁴ REDDAWAY, W. F. Federico el Grande. Barcelona. Circulo de Lectores. 1974. p 6.

³⁶⁵ GUERRERO, Omar. Las Ciencias de la Administración, Op. Cit. p 67 - 69.

extendió a la administración de justicia, función que recayó en el estamento judicial.³⁶⁶ Apareció así en Prusia el Estado de Policía, ente en el que la administración pública regulaba todos los poderes del Estado y buscaba el bienestar general. En 1770 se presentó un cambio en la forma de elegir a los miembros de la administración pública, ya no se atendió a su origen noble sino a la meritocracia que se expresó en la aprobación de exámenes de ingreso³⁶⁷. En el año de 1797 se acabó con la Cameralística, se cambió el Directorio General por un Gabinete; la colegialidad comenzó a extinguirse e hizo su entrada la burocracia.³⁶⁸

En la actualidad el último vestigio del mundo cameral, que sobrevivió al liberalismo y sus revoluciones, está en la Cámara apostólica de la organización de la curia romana de la Iglesia Católica.³⁶⁹

Esta a grandes rasgos ha sido la evolución de la Cameralística alemana, veamos ahora el devenir de la Ciencia de la Policía como parte integrante de las Ciencias Camerales.

3. 2. La Ciencia de la Policía.

La primera vez que se usó el término policía fue en Alemania en el cuatrocientos, de allí se extendió a Francia apareciendo por primera vez en las Ordenanzas Reales de 1403, en donde existen referencias a la “*police et bon gouvernement*” de París. En otras Ordenanzas

³⁶⁶ NIETO GARCIA, Alejandro. El Mito. Op. Cit. p. 119.

³⁶⁷ HOOD, Christopher y JACKSON, Michael. La Argumentación Administrativa. México. Fondo de Cultura Económica. 1997. p. 291.

³⁶⁸ GUERRERO, Omar. Op. Cit. p. 72.

³⁶⁹ GIANNINI, Massimo Severo. Derecho Administrativo, Op. Cit. p. 57

de 1465 referentes a la Cámara de Cuentas se dice “*la conduite et police de la chose publique de nostre royaume.*”³⁷⁰

En España la primera vez que se utilizó este vocablo fue en 1440 en las Cortes de Valladolid, donde “los procuradores reclaman que < la cosa pública sea regida en toda buena policía e gobernada e sostenida en verdat e justicia>, poco después, en la reunión celebrada en Olmedo en 1445, se postula la superioridad del poder regio aduciendo, entre otros argumentos, que la subordinación del monarca a sus súbditos sería < repugnante a toda buena policía>.”³⁷¹

La policía se constituyó en el instrumento en manos del monarca para expandir su poder absoluto frente a los estamentos. La pax pública vendrá a ser de esta manera la razón de ser de la Ciencia de la Policía y del Estado Absoluto. En un principio este mantenimiento de la tranquilidad era competencia de los señores feudales, los gremios y los municipios, estos tenían, por ejemplo, la misión de conservar y custodiar los caminos públicos y los puentes, cobrando para ello un peaje³⁷², esta situación cambió al ir asumiendo cada vez más poder y competencias el soberano hasta llegar a controlar cualquier perturbación de la paz.³⁷³

³⁷⁰ MESTRE, Jean Louis. Op. Cit. p.161.

³⁷¹ GONZALEZ ALONSO, Benjamín. Las Raíces Ilustradas del Ideario Administrativo. De la Ilustración al Liberalismo. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1995. p. 164.

³⁷² MESTRE, Jean Louis. Introduction, Op. Cit. p. 36.

³⁷³ VILLAR PALASI, José Luis. Derecho Administrativo. Tomo I. Introducción y Teoría de las normas. Madrid. Universidad de Madrid. 1968. p. 118.

Su primera definición se identificaba con la conservación del buen orden de la comunidad³⁷⁴, con el gobierno, la administración y el orden interiores. En la obra política para Corregidores de Castillo de Bovadilla, escrita en 1597, se asimiló policía con el vocablo griego *politeia*, y se señaló que esta significaba “buena gobernación de ciudad que abraza todos los buenos gobiernos, que trata y ordena las cosas corporales que tocan a la Policía, conservación y buen encaminamiento de los hombres”³⁷⁵. En Francia se usaron indistintamente los dos términos, un escrito de Boutillier de finales del siglo XIV lo confirma, sin tener en cuenta que política se empleaba a veces como el adjetivo de policía.³⁷⁶ Vemos entonces una influencia aristotélica sobre la policía designándola como el buen gobierno público de la ciudad y el Estado, conforme a las coordenadas de la época (en las que entran no sólo el orden y la salubridad públicos, sino también el orden moral y religioso).³⁷⁷

El entender la policía como la administración interior del Estado excluyó los asuntos eclesiásticos que en Alemania estaban en cabeza del Príncipe después de la reforma protestante, y que lo habían convertido en soberano espiritual de los súbditos.³⁷⁸ En España se profirieron en el siglo XVIII disposiciones que desarrollaron la comprensión de este concepto de policía. En primer lugar el Real Decreto de 2 de abril de 1717 por el que se dividió el Despacho Universal en tres Secretarías que eran la de Estado y Negocios

³⁷⁴ CARRO, José Luis. Policía y Dominio Eminente como técnicas de intervención preconstitucional. Publicado en: Revista Española de Derecho Administrativo. 1981. p. 289.

³⁷⁵ GALLEGU ANABITARTE, Alfredo. Formación y Enseñanza del Derecho Público en España (1769-2000). Un ensayo crítico. Madrid. Marcial Pons. 2002. p. 67.

³⁷⁶ MESTRE, Jean Louis. Introduction, Op. Cit. p. 162.

³⁷⁷ PAREJO, Luciano. Op. Cit. p. 44.

³⁷⁸ GARRIDO FALLA, Fernando. Las Transformaciones del Concepto Jurídico de Policía Administrativa. Publicado en: Revista de Administración Pública. No. 11. Mayo- Agosto 1953. p. 13.

Extranjeros, la de Guerra y Marina, y la de Justicia, Gobierno Político y Hacienda, aquí se asimiló el gobierno político a la policía. De igual forma se expidieron la Ordenanza de Intendentes y Corregidores de 13 de Octubre de 1749 y la Real Cédula, aclaratoria de la Ordenanza de Intendentes, del 13 de Noviembre de 1766, que buscaron dividir las competencias de justicia y policía y hacienda y guerra entre Corregidores e Intendentes respectivamente. Aquí se observa que se excluyó de la policía los asuntos de la hacienda real y de la guerra, lo que aclaraba aún más el concepto de administración interior del Estado.³⁷⁹

La evolución del concepto continua y se agrega a la anterior el eudemonismo, o mejor la postura de que la policía busca el bienestar de los súbditos, su felicidad³⁸⁰. Esta posición correspondió al último período del absolutismo, en el que aparentemente se intervenía en la vida pública para alcanzar el bienestar general y no el beneficio del propio príncipe. El soberano asumió estas tareas que antes correspondían a la iglesia, primero con la reforma y luego con el despotismo ilustrado, así en Alemania el príncipe controlaba la beneficencia y las universidades, funciones que anteriormente estaban en manos de los clérigos.³⁸¹ Es una cobertura ideológica de las medidas mercantilistas del autoritarismo regio³⁸², pues el soberano no consultaba a sus súbditos para averiguar por su felicidad, sino que de forma

³⁷⁹ NIETO, Alejandro. Algunas precisiones sobre el concepto de policía. Publicado en: Revista de Administración Pública. No. 81. 1976 y también en Estudios de Derecho y Ciencia de la Administración. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 2001. p 344 -345.

³⁸⁰ Esta idea de felicidad tiene su creador en Christian Wolff, y en la Escuela del Derecho Natural Racional, que predicaba la idea del pacto social y que entendía que "la felicidad de cada uno no sería otra cosa que la contrapartida que todo individuo puede pretender de la entidad abstracta a la que con el pacto social le ha sacrificado su propia libertad." CARRO, Op. Cit. p. 292.

³⁸¹ VILLAR PALASI, José Luis. Derecho Administrativo, Op. Cit. p. 194.

³⁸² NIETO, Alejandro. Algunas, Op. Cit. p. 349.

paternalista asumía cual era el bienestar general. No obstante lo anterior es indudable que la postura por alcanzar la felicidad o el bienestar general, que asumió la ciencia de la policía en manos del príncipe es una técnica jurídico-política que subsiste hoy en día en el derecho administrativo, aunque con otra interpretación ideológica como es la del Estado Social de Derecho.

Con el advenimiento del siglo de las revoluciones la policía volverá a sufrir variaciones conceptuales y se verá reducido su campo de acción, nuevamente, a la garantía de la seguridad pública y del orden, “o más exactamente a la idea de que la coacción sólo debe emplearse para apartar peligros, no para hacer más feliz al súbdito.”³⁸³ Así se entenderá que la policía tiene una faceta negativa que se desarrolla en la seguridad y el orden y otra positiva que se expresa en el bienestar. Surge así la división entre policía de seguridad y policía de bienestar. La actividad administrativa se reducirá a la coacción³⁸⁴ y no al fomento o bienestar, que pasarán a ser tareas de la sociedad civil. Estas variaciones ocasionaron el derrumbamiento de los ideales del autoritarismo, el cual encontrará ahora barreras a sus poderes y a su intervencionismo en las libertades de los ciudadanos, que ya no son súbditos, porque se han establecido límites garantizados por las leyes, que transforman a la Administración en mera ejecutora del poder legislativo y que imposibilitan su actuación sin una habilitación previa.³⁸⁵

³⁸³ CARRO, Op. Cit. p. 293.

³⁸⁴ GARRIDO FALLA, Op. Cit. p. 14.

³⁸⁵ NIETO, Alejandro. Algunas, Op. Cit. p. 351-352.

En el siglo XIX la policía padecerá múltiples contradicciones fruto de la ideología liberal de que estaba imbuida. Porque algunas veces al pretender conservar y proteger los derechos individuales limitando la actuación de la policía, se generó un abuso de estas libertades y otras, porque ocasionó una acción ilimitada de la policía al demostrarse que los controles establecidos para contenerla resultaban insuficientes debido a “ los intereses políticos de quienes ostentan el poder y disponen de la policía”.³⁸⁶

Para tratar de contrarrestar esto último a lo largo del ochocientos se intentará fortalecer el control sobre la policía, trayendo como consecuencia un desdoblamiento de su tratamiento, en un aspecto jurídico y otro técnico. Este dará a origen a la ciencia de la administración cuyo padre será Lorenz Von Stein; y el jurídico al derecho de policía, entendiéndose por este un “instrumento de protección de los derechos del individuo.”³⁸⁷

En el siglo XIX también se produce otra división en el concepto de policía, ya sabemos que ésta en éste momento se entendía como policía de seguridad encargada de velar por el orden público. Por influencia francesa en España e Hispanoamérica se acogerá la institución del poder municipal, que llegará ser visto como el cuarto poder dentro del Estado. A éste poder municipal se le asignarán unas competencias de policía municipal, tales como el ornato, la limpieza, la salud de los habitantes, el urbanismo, etc. Estas

³⁸⁶ Ibid. Op. Cit. p. 360.

³⁸⁷ Ibid.

facultades conformaron la policía administrativa por oposición a la policía general, la de seguridad.³⁸⁸

3. 3. Policía y Justicia.

Esta variación del concepto de la policía acrecentará su autonomía frente a las Ciencias Camerales, haciendo que se vuelva completamente independiente de ellas a partir del siglo XVIII³⁸⁹. Este cambio en la noción de policía dará origen al control judicial sobre la misma, es así que al existir derechos que se pueden hacer valer frente a la administración, los ciudadanos pueden recurrir las actividades de policía que les causen daños. Surgió así la distinción entre policía y justicia, diferenciación importantísima porque termina con la máxima de que no existía apelación en materias de policía.³⁹⁰

El origen de esta separación es medieval, en esta época surgió la diferencia entre la *gubernaculum* y *jurisdictio*. El primer término se refería a las relaciones con los otros Estados y al orden interno, estas competencias eran denominadas *arcana imperii*, eran de naturaleza discrecional, no podían ser ejercidas por medio de leyes establecidas sino por la prudencia y la sabiduría reales. Por la *jurisdictio* se entendía el poder de administrar justicia, esa potestad limitaba al rey por el derecho y sus actuaciones debían hacerse siguiendo la ley. Esta prerrogativa del manejo de la justicia hacía al rey soberano, porque era la fuente de la justicia, esto le confería un carácter sacro, ya que dictar justicia según la

³⁸⁸ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Formación y enseñanza del Derecho Público, Op. Cit. p. 105-109.

³⁸⁹ SCHIERA, Pierangelo. Il Cameralismo e L'assolutismo Tedesco. Milán. Antonino Giuffré. 1968. p. 272.

³⁹⁰ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La Formación Histórica del principio de autotutela. Moneda y Crédito. No. 128. 1974. p.67.

concepción medieval era una tarea que pertenecía a Dios y no al hombre. El gobierno era absoluto, pero limitado. El monarca para gobernar necesitaba oír el “parecer de órganos institucionales con funciones específicas que lo informaban sobre el estado del reino y a través de una administración de oficiales reclutados en los distintos estamentos que, actuando en nombre del rey, estaban vinculados a límites legales.”³⁹¹ A pesar de todas estas limitaciones no existía una institución que juzgara las violaciones reales de la *jurisdictio*, el monarca no era responsable jurídicamente y sólo existía el tiranicidio o la deposición como remedios excepcionales ante un mal gobernante.³⁹²

Esta distinción en la edad moderna se da por primera vez en Francia, allí la disputa se va a desarrollar entre los intendentes y los parlamentos. Una vez superada la edad media, la competencia de la *jurisdictio*, se había dividido entre el rey y el parlamento, detentando éste las potestades de veto y registro de las leyes regias. Con la llegada de unos nuevos comisarios denominados intendentes se presentó un conflicto entre la justicia retenida, que ellos tenían, y la justicia delegada que recaía en el parlamento. El antecedente intencional más claro se dio en 1564 con la creación del cargo de “*Superintendant de Finance*”, asignándole las competencias de controlar y supervisar las finanzas reales redactando presupuestos anuales. Por debajo de ellos se crearon unos intendentes de finanzas, que en un comienzo habían sido *maîtres des requêtes*, estos eran abogados, magistrados de la casa

³⁹¹ MATTEUCCI, Nicola. Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid. Editorial Trotta. 1998. p. 39-40. Para ahondar recomendamos a KANTOROWICZ, Ernest. Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval. Madrid. Alianza Editorial. 1985. p. 144-187; VON GIERKE, Otto. Teorías Políticas de la Edad Media. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1995. p. 210-238; ULLMANN, Walter. Principios de Gobierno y Política en la Edad Media. Madrid. Alianza Editorial. 1985. p. 174-176.

³⁹² Ibid.

del rey y miembros de dos Consejos, el Consejo Privado y el Consejo de Estado y de Finanzas, que formaban parte del Consejo Real. “El primero era tribunal de apelaciones para las cuestiones contenciosas derivadas de decisiones judiciales o administrativas que contraviniesen los principios legales establecidos; y el segundo tenía jurisdicción sobre toda cuestión relativa al patrimonio real y a las finanzas de la nación, incluyendo los asuntos tributarios.”³⁹³ Los primeros intendentes militares aparecieron en Córcega y Lyon en 1555. En esta última ciudad se crearon los primeros intendentes de justicia con carácter permanente (1601-1607). Posteriormente con Luis XIII se quiso progresar en el manejo de los impuestos, para ello se le asignó esta tarea a los *maîtres des requêtes*, y a nuevos intendentes de finanzas, justicia y policía. Estas tres competencias se dividían en potestades voluntarias y contenciosas, las primeras se referían al poder de reglamentación, que concretamente para la policía se iba a expresar en edictos destinados a conservar el orden público y la disciplina, y las segundas a competencias judiciales propiamente dichas, en las que se resolvían conflictos entre las partes. Hay que anotar que no todos los oficiales poseían ambas competencias, como por ejemplo el *Grand voyer de France*, que sólo tenía la jurisdicción voluntaria. Por el contrario el parlamento sí tenía de forma plena las dos facultades.³⁹⁴

Vemos entonces que los intendentes irrumpen así en el mundo jurídico, como unos jueces concurrentes con el parlamento, sirviendo de instrumento de centralización del poder real,

³⁹³ REES JONES, Ricardo: El Despotismo ilustrado y los intendentes de la Nueva España. México. UNAM. 1979. p.51.

³⁹⁴ MANNONI, Stefano. Storia dell'`acentramento amministrativo in Francia. Vol. I. La formazione del sistema (1661-1815). Milano. Giuffré Editore.1994. p. 13-19.

no en vano serán considerados antecedentes de los prefectos napoleónicos, y como parte importantísima en el proceso de lucha contra los poderes intermedios y contra la nobleza, como estamento que integraba el poder judicial³⁹⁵. El enfrentamiento entre policía y justicia fue en realidad un conflicto entre justicia retenida y justicia delegada, es por ello que no estamos ante el nacimiento de un poder administrativo diferente de la tradicional *jurisdictio*. El Consejo de Estado y Finanzas constituyó el eje de la jurisdicción retenida que se encargó de resolver los asuntos en los que se veía involucrada la administración interior, es decir la policía. Durante el reinado de Luis XIV con una decisión del 8 de julio de 1661 este Consejo pudo avocar el conocimiento de cualquier asunto, vetando a la Corte o a los parlamentos de conocer negocios o procesos en donde el rey había retenido y reservado su juzgamiento para sí mismo ó para su Consejo.³⁹⁶

Esta disposición dio origen un siglo más tarde a que se comenzara a asimilar el control general, la centralización, y sus agentes los intendentes, con la administración. De igual manera se entendió que ésta actuaba, además de estar al servicio del rey, buscando el servicio público. El eje por lo tanto de la administración, de acuerdo con la reglamentación de Luis XIV, fue la facultad de avocarse asuntos que eran propios de la jurisdicción contenciosa, de la justicia ordinaria, en donde estaba involucrado el interés general. Es por ello que un jurista provenzal, el famoso Portalis, formulará la acertada separación entre la jurisdicción ordinaria, antes actividad jurisdiccional, y la jurisdicción del intendente

³⁹⁵ MANNORI, Lucca y SORDI, Bernardo. Storia del diritto amministrativo. Op. Cit. p. 108.

³⁹⁶ MANNONI, Stefano. Op. Cit. p. 21-22.

*les formes juridiques, les tribunaux, les loix civiles sont des institutions admirables pour qu'un citoyen puisse défendre ses biens et sa vie contre un autre citoyen. Elles sont admirables encore pour protéger le citoyen contre le public, dans le cas et dans les choses où le public est vis-à-vis de ce citoyen à l'instar d'un particulier qui traite avec un particulier. Mais, on ne doit plus se gouverner pas les mêmes règles dans les objets de police ou d'administration générale, c'est-à-dire quand le public traite pour l'intérêt de tous, quand il agit ou quand il opère pour le bien de l'universalité. Alors, la loi civile doit faire place à la loi politique, et le bien commun devient la loi unique et suprême.*³⁹⁷

Estamos ni más ni menos a un paso de reconocer el derecho de la administración como un derecho diferente del aplicado por los jueces ordinarios en los pleitos sobre las leyes civiles.³⁹⁸

En Alemania en un principio los doctrinantes clásicos como Mayer, Fleiner y Forsthoff plantearon que en el Estado de Policía no existía Derecho Público sino única y exclusivamente el derecho civil. Por esto el Estado tenía una doble personalidad, el fisco para asuntos de derecho privado, patrimoniales, en los que podía ser demandado y actuaba como un particular más, y el Estado “propriadamente dicho, la asociación política, la persona jurídica de derecho público” que no podía ser llevada ante los tribunales, y sus actuaciones se manifestaban a través del poder de mando y del empleo de la fuerza.³⁹⁹ El origen de este planteamiento radicó en la pérdida de soberanía por parte del príncipe frente a sus súbditos en materia de derechos individuales por el abuso que había hecho de su posición de

³⁹⁷ MESTRE, Jean Louis. Un droit administratif, Op. Cit. p. 530.

³⁹⁸ MANNONI, Stefano. Storia, Op. Cit p. 24.

³⁹⁹ MAYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán. Tomo I. Buenos Aires. Editorial Depalma. 1949. p. 61-63.

privilegio, y la consecuente creación de tribunales independientes del monarca para resolver los litigios de derecho civil y penal.

Así se conformó un ordenamiento especial que siguió siendo creado por el Soberano, pero que tenía carácter obligatorio para sus súbditos y para sus funcionarios, pues su violación podía ser alegada por cualquiera ante los jueces. La policía y sus normas también siguieron en cabeza del soberano, pero sus preceptos no eran obligatorios ya que podían ser dejados de lado por sus funcionarios y no podían ser alegados por los particulares ante los tribunales.⁴⁰⁰ Esta llevó a que se creara el concepto de un sujeto especial que detentaba el patrimonio estatal y los derechos económicos, distinto del monarca y de su patrimonio dinástico. Dicho ente recibió el nombre de fisco y sirvió para garantizar los derechos de los particulares que se vieran vulnerados por las actuaciones del Estado como particular y después, por ampliación del concepto, por las conductas del Estado como poder soberano “interpretando como de derecho civil las relaciones jurídicas de soberanía que se hallaban siempre en el fondo de las demandas contra el fisco.”⁴⁰¹

La teoría del fisco no es otra cosa que una ficción de personalidad jurídica para imputar responsabilidades al Estado, y que en palabras de García de Enterría y Fernández, es “una

⁴⁰⁰ Ibid. p. 51 - 56.

⁴⁰¹ “Esta interpretación era obvia para el pensamiento de la ilustración, determinado por el derecho natural, para el cual el contrato revestía una significación fundamental. De esta suerte se convirtió la expropiación en una venta forzosa, la relación de los funcionarios con el estado en un contrato de servicios, la requisita de los campos de cultivo para maniobras militares en un contrato de arrendamiento. La consecuencia de ello fue una gran penetración del Derecho Público por elementos civilísticos, (...)”. FORSTHOFF, Ernest. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1958. p. 51-52.

reelaboración de los juristas del absolutismo, antecedente en la explicación del tema de la personalidad jurídica de la Administración”.⁴⁰²

Hoy los estudios en Alemania⁴⁰³ han reformulado estas hipótesis y han demostrado los errores en que incurrieron los juristas clásicos alemanes, citados anteriormente, por extrapolar una situación histórica concreta del siglo XIX alemán al siglo XVIII. Esta nueva visión plantea que el Estado Absoluto no diferenció nunca entre derecho civil y derecho público, porque esta distinción no existía en ese momento, simplemente se impugnaban todos los asuntos de derecho que pudieran ser justiciables, *justizsache*, ante los tribunales o incluso ante las Cámaras como órganos de la administración. El *quid* del asunto lo daba la categoría de asunto justiciable, que incluía temas que hoy serían de derecho civil y de derecho público, que garantizaba los derechos de los súbditos y que incluso llegó hasta la anulación de las decisiones del Príncipe; su extensión dependía del momento histórico en el que operó, entendiendo que en el absolutismo su concepto fue mucho más limitado por el excesivo poder del soberano⁴⁰⁴

La distinción entre policía y justicia en España es mucho más compleja que en los otros países, allí se ha presentado una interesantísima polémica doctrinal de una parte por

⁴⁰² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Madrid. Editorial Civitas. 1999. p. 359.

⁴⁰³ Concretamente los de Martín Bullinger, Ruffner y Erichsen que son analizados con detenimiento en la tesis doctoral de Santiago GONZALEZ - VARAS IBAÑEZ publicada bajo el título de La jurisdicción contenciosa - administrativa en Alemania. Madrid. Editorial Civitas. 1993.

⁴⁰⁴ “Si creemos la interpretación histórica tradicional que afirma que durante el absolutismo los Príncipes tomaron tal poder que causaron el efecto de la restricción de los controles sobre sí mismos, la explicación ha de ser igualmente, la de que en ese momento histórico la *Justizsache* sufre una restricción respecto al derecho anterior”. GONZALEZ - VARAS IBAÑEZ, Santiago. La jurisdicción, Op. Cit. p. 29-37.

Eduardo García de Enterría y de otra por Alfredo Gallego Anabitarte y Alejandro Nieto. Analizaremos cronológicamente los planteamientos de cada autor.

Primero hablaremos de Gallego Anabitarte, este escribió en 1971 su obra fundamental “Administración y Jueces: Gubernativo y Contencioso. Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado Constitucional y los fundamentos del Derecho Administrativo Español”. En el 2001 escribió un artículo extenso para intervenir en el seminario de Homenaje Posada Herrera, denominado “Influencias Nacionales y Foráneas en la creación del Derecho Administrativo Español”, en el que desarrolla nuevamente sus planteamientos. Más recientemente en el 2002 publicó su libro “Formación y Enseñanza del Derecho Público en España (1769-2000)”.

El autor parte por negar el principio de la teoría jurídico-política del absolutismo de que el rey en España fuera *princeps legibus solutus*, postura que es reafirmada por Gaspar Ariño⁴⁰⁵ y Alejandro Nieto.⁴⁰⁶ El príncipe en España estaba controlado por el derecho, los súbditos podían recurrir ante los tribunales las actuaciones del poder que les causaran perjuicio, ya sea en recurso de suplicación, que en América vino a ser el “se obedece pero no se cumple”, o por los contrafueros, por el recurso de agravios, por los procesos de firma y manifestación del Justicia Mayor de Aragón, que constituyeron antecedentes de los procesos de control de constitucionalidad y de *habeas corpus*. Esto demuestra que el

⁴⁰⁵ Derechos del Rey y Derechos del Pueblo. Actas del II Simposio de Historia de la Administración. Madrid. Instituto de Estudios Administrativos. 1971. p 41-93.

⁴⁰⁶ El Derecho como límite del poder en la Edad Media. Publicado en: Revista de Administración Pública. No. 91. 1980. p.7-73.

príncipe estaba *legibus alligatus*, es decir controlado y sometido al derecho, situación que se expresa en la distinción de asuntos gubernativos o de policía y contenciosos. Los primeros se resolvían con audiencia de parte y por vía de expediente y los segundos con figura y estrépito de juicio y por autoridades distintas tales como el Corregidor y su asesor, el Gobernador y su asesor, etc.⁴⁰⁷

Es decir que los funcionarios principales Gobernadores, Intendentes, Corregidores, detentaban la potestad gubernativa, mientras que sus asesores tenían la judicial. Se trae así a Guardiola y su obra el “Corregidor Perfecto” de 1796 en la que se dice que los Alcaldes Ordinarios y los Alcaldes Mayores, con acuerdo de su asesor pueden sustanciar los asuntos de sus respectivos pueblos. De igual forma la Real Cédula de 22 de septiembre de 1793 prescribía, “que los Gobernadores, Intendentes, Corregidores y demás jueces legos, a quienes nombro asesor no sean responsables a las resultas de las providencias y sentencias que dieren con acuerdo y parecer del mismo asesor, el cual únicamente lo deberá ser (...).”⁴⁰⁸ Otra Real disposición de 1795 que regulaba la Gobernación para el real sitio de Aranjuez, establecía que éste funcionario manejara los asuntos de gobierno, mientras que el Teniente de gobernador, su asesor, en las causas civiles y criminales actuaba como juez. Los asuntos gubernativos-económicos eran susceptibles de recurrirse por esta vía gubernativa reservada, siguiendo las directrices del derecho canónico.

⁴⁰⁷ GALLEGO, Influencias, Op. Cit. p. 34.

⁴⁰⁸ Ibid.

El procedimiento de los asuntos gubernativos y contenciosos era diferente. Estos últimos presentaban un procedimiento en primera instancia ante los corregidores o alcaldes mayores y las apelaciones ante los tribunales del reino, que eran las Audiencias y Chancillerías o ante el Consejo de Castilla, en estas materias siempre se estaba en la figura de pleito; en los gubernativos, económicos o políticos conocía en primera instancia el Corregidor, la apelación cabía ante la Audiencia o Chancillería que se convertía en cuerpo gubernativo por juntarse todos los ministros de las salas civiles en una junta llamada <acuerdo>, o ante la sala de gobierno del Consejo de Castilla, en estos asuntos no existía la figura de pleito, que no debe entenderse como ausencia de audiencia de parte sino sólo como exclusión de trámites judiciales.⁴⁰⁹

La diferencia sustancial entre asuntos gubernativos y contenciosos no es fácil de hacer debido a que no existía distinción entre derecho público y derecho privado, sino que todo quedaba cobijado bajo la expresión derecho común y con la denominación más concreta de justicia⁴¹⁰. Esto conlleva una matización de cualquier diferencia que pretenda hacerse entre estas categorías. No obstante lo anterior, Gallego piensa que los asuntos contenciosos no eran otra cosa que los negocios civiles y penales, es decir aquellos en los que la decisión versaba sobre un derecho, un interés jurídico, un perjuicio de derecho, y también en los procesos de partición de bienes, los pleitos de cuentas, concursos de acreedores, juicios

⁴⁰⁹ GALLEGO, Administración y Jueces, Op. Cit. p. 64-67.

⁴¹⁰ Ibid. p. 95.

posesorios, demandas de alimentos, en definitiva los que miraban al interés privado. Los asuntos gubernativos, eran los de policía y economía, los que afectaban al interés común.⁴¹¹

Es importante anotar que un asunto gubernativo no se volvía contencioso por la vulneración de un interés económico, y por ende por la existencia de un recurso para hacerlo valer, como por ejemplo cuando un vecino tenía que cambiar su taller porque no cumplía las ordenanzas. En esta situación el negocio seguía siendo gubernativo, y su medio de defensa era un recurso gubernativo-económico, además para tomar cualquier decisión al respecto era imprescindible “oír a los interesados o a las personas que podían tener de cualquier manera derecho”.⁴¹²

Estas categorías de gubernativo y contencioso se asimilaron y permanecieron vivas con el advenimiento del Estado Constitucional. La ley-instrucción de ayuntamientos de 1823 le asignó al alcalde y al jefe político los negocios político-gubernativos, a los ayuntamientos los económicos-gubernativos y a los alcaldes de primera instancia los contenciosos. En el siglo XIX la categoría de policía en España se asumió como Gobierno interior, entendiendo como gobierno el político-ejecutivo y el económico administrativo, es decir más concretamente por Gobierno se comprendía lo que hoy se denomina administración. La constitución de Cádiz de 1812 contiene esta expresión, que pervivirá hasta 1845, y reaparecerá después en leyes de 1870, 1924 y 1955.⁴¹³

⁴¹¹ Ibid. p. 95 - 105.

⁴¹² Ibid. p. 91.

⁴¹³ GALLEGO, Influencias, Op. Cit. p. 34.

Por ello se puede decir que el derecho administrativo, entendido como las normas y las instituciones que regulan las relaciones entre la autoridad y los súbditos nace en España desde la formación de los grandes estados territoriales (Castilla y Aragón) y después nacional (Reino de España) desde la edad moderna. Para ampliar este concepto se traen los siguientes hechos

En 1443 (Juan II) ordena que los acuerdos de los Concejos y Regimientos de cualquier ciudad <valla y sea firme> y si alguno reclamase que las justicias lo oigan y hagan sobre ello lo que fuera Derecho, esto es sencillamente la eficacia y validez del acto administrativo moderno (artículo 57 de la ley 30 de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: los actos de las Administraciones Públicas se presumen válidos y producen efectos desde la fecha en que se dicten).

La pragmática del 26 de junio y Provisión del Consejo del 22 de octubre de 1502 sobre el modo de proceder las Chancillerías en los recursos sobre cosas tocantes al gobierno de los pueblos y ordenanzas. Esta notabilísima ley recoge la protesta de los reyes Católicos porque los jueces y magistrados de las Audiencias y Chancillerías no hacen caso de la ejecución de las cosas que se mandan en las ciudades y villas y lugares sobre la <gobernación> de ellas y se desentienden <mandándolas sobreseer> y los Reyes Católicos exigen que estos magistrados miren mucho estos asuntos considerando el <bien público>. ⁴¹⁴

En este último ejemplo puede verse “el derecho administrativo público sobre los pueblos, lo gubernativo en una palabra, frente a lo único que preocupaba a las Chancillerías lo contencioso, el pleito entre partes, la propiedad.”⁴¹⁵

Gallego expone la hipótesis de que

⁴¹⁴ Ibid. p. 41.

⁴¹⁵ Ibid.

cualquiera que se ha acercado al Derecho del Antiguo Régimen, sin prejuicios y sin estar lavado su cerebro por la ideología liberal revolucionaria del siglo XIX, se encuentra con un mundo jurídico de competencias, de Tribunales, de respeto a las normas y a los derechos subjetivos (*iura quaesita*), que hace imposible afirmar que el sometimiento del poder al Derecho se produzca, tras la Revolución Francesa, con la separación de poderes y la creación de un Derecho específico, que sería el Derecho administrativo (...).⁴¹⁶

García de Enterría⁴¹⁷ analiza la situación en el antiguo régimen para contrarrestarla con la surgida después de la Revolución Francesa. Su trabajo es del año 1974 y lleva por título “La formación histórica del principio de autotutela”, reafirmado después por su “Curso de Derecho Administrativo”, cuya primera edición también es de 1974 y la última de 2004. La única y exclusiva fuente que ha utilizado es la Novísima Recopilación de las leyes de España, promulgada en 1805.

El punto de partida es que el monarca actuaba en los asuntos administrativos sin los jueces, estos no tenían frente a los miembros de la administración el mismo poder que frente a los súbditos. No obstante lo anterior, se daba una diferencia entre asuntos gubernativos y contenciosos, es decir de policía frente a justicia, esta distinción era común a toda Europa y era expresión de la concentración y confusión de poderes propia del Estado Absoluto. Eran las mismas autoridades las que resolvían lo gubernativo y lo contencioso pero con distintas formas procesales. Este fenómeno de atribución de asuntos contenciosos y gubernativos,

⁴¹⁶ Ibid. p. 35.

⁴¹⁷ La opinión de este autor sobre la tesis de Gallego, es “ Si yo no he entendido mal - reserva acaso no innecesaria-, lo que pretende demostrar es esto: el Derecho Administrativo no ha sido creación de la Revolución Francesa, sino de nuestro derecho histórico, que bien mucho antes que la Constitución inglesa o que Montesquieu, alumbra el principio de la división de los poderes; esta formidable y desconocida originalidad hispánica estaría en la diferenciación entre lo gubernativo y lo contencioso (...).” GARCIA DE ENTERRIA, La formación, Op. Cit. p. 83.

derivaba del origen común de la soberanía real y de que era imposible gobernar sin actuar simultáneamente como juez criminal y civil. Existían unas materias en las que se causaba un perjuicio a un particular, que se debían tramitar < con figura y estrépito de juicio >, así una de las partes fuera la administración, la que se veía obligada a < oír y vencer > a su contrario. Estos asuntos eran por ejemplo las expropiaciones forzosas, las separaciones de empleados públicos con título real, las causas concernientes al patrimonio real. En estos casos vemos que

Se trata, sencillamente, de la necesidad de seguir cauce procesal para decidir asuntos que son concebidos como materialmente contenciosos, aunque tanto éstos como los estrictamente gubernativos estén atribuidos exactamente a los mismos órganos (Alcaldes y Justicias locales, Corregidores, Audiencias - presididas por los Capitanes generales o Comandantes generales de las Armas-, Chancillerías, Reales Consejos, etc.). No se trata por tanto de que la Administración deba solicitar asistencia de los Tribunales (...).⁴¹⁸

Posteriormente aduce que la administración moderna sólo se desarrolló a partir de la ilustración, pues anteriormente únicamente era embrionaria y el Estado se ocupaba en exclusiva de la justicia que era la principal función de los monarcas. Esta renovación administrativa se llevó a cabo con las reformas borbónicas y la importación de modelos monocráticos frente al régimen de consejos de la dinastía de los Austrias. Surgieron así funcionarios como los Intendentes, Superintendentes, subdelegados de hacienda, comandantes de marina, que tenían funciones judiciales separadas de las asignadas a las justicias ordinarias, por esta razón las Audiencias y Chancillerías no podían conocer de las apelaciones en su contra, con la excepción en el Consejo de Castilla en las materias de

⁴¹⁸ Ibid. p. 65.

hacienda y guerra. Estas autoridades iban a operar basadas en procesos sumarios, con exclusión de las formas solemnes y sacramentales, que se desarrollaban exclusivamente con audiencia de parte. Dichas medidas aún teniendo una base contenciosa, se resolvían con facultades gubernativas, y sin ningún proceso, por procedimiento sumario y oyendo en descargos extrajudicialmente a la parte involucrada.⁴¹⁹ Como resultado de esto se pretendió evitar que a la administración se le perjudicara con las dilaciones y se explicitó la brevedad de los procedimientos sin necesidad de audiencia y juicio, como por ejemplo para el caso de los Intendentes que despachaban “ la quejas e instancias de los que se sintieran agraviados <tomando el conocimiento necesario de ellas>, de modo que <verificado el agravio lo deshagan>, simplemente con fórmula que remite ya a lo que hoy llamaríamos procedimiento administrativo y no judicial.”⁴²⁰

En este momento aparece el principio de la inmediata ejecutoriedad de las decisiones primeras

< Sin embargo de apelación o recursos> contra el principio procesal común, regla que se impone incluso en materia penal. La suspensión de los actos de las autoridades ejecutivas, por ser excepcional, requiere consulta del Consejo del Rey, porque como precisa en un tecnicismo plenamente actual un jurista alemán de finales del siglo XVIII, Strube, *pro Príncipe militirende Prasumption*, en favor del acto regio milita la presunción de validez.⁴²¹

Estos planteamientos demuestran

⁴¹⁹ Ibid. p. 66-67.

⁴²⁰ Ibid. p. 68.

⁴²¹ Ibid.

La intención de dispensar a la Administración de la necesidad de obtener mediante un proceso una tutela judicial a sus pretensiones y derechos, apoderándola para una actuación autónoma y jurídicamente suficiente. Aparece por ello la misma clave del sistema, la prohibición a los jueces de interferir y perturbar el actuar autosuficiente de la Administración, de no <embarazar el buen expediente>, no <embarazar lo que toca a la administración y beneficio de mi hacienda>. Las justicias ordinarias no se mezclen, se dice en proposición cuyo eco va a ser largo e incluso más específicamente, en relación con la fórmula que veremos destacarse en la Revolución: <Las Chancillerías, Audiencias y demás Tribunales no se entremetan en cosas tocantes a la administración de mi Real Hacienda, dexando obrar y actuar a los Superintendentes y sus Subdelegados a quienes toca privativamente este manejo y sus incidentes y en apelación al Consejo de Hacienda, que debe dar las órdenes en estos puntos>.⁴²²

Luego analiza el surgimiento del principio de autotutela de la administración, por medio del cual ésta se autoregula y controla como consecuencia del dogma revolucionario de la división de poderes, que para el caso francés va a ser el creador del derecho administrativo. Los revolucionarios excluyeron a la administración del control de los parlamentos, por ser estos miembros del estamento nobiliario, entonces para evitar los enfrentamientos que se habían presentado se estableció el principio de que la administración tenía que empezar a controlarse a sí misma. Por esto se expidieron las leyes de 16 - 24 de agosto y las 6-7 y 11 de septiembre de 1790, por medio de las cuales se prohibió la interferencia de los jueces en los asuntos administrativos y se estableció el control sobre la administración. Con la llegada de Napoleón surgió el Consejo de Estado, como organismo asesor de la administración en la resolución de los litigios, apartándose el ejecutivo solo dos veces de la propuesta del

⁴²² Ibid. p. 69.

Consejo.⁴²³ Posteriormente el Consejo de Estado asumió formalmente su función de juez a partir de 1872 y el control de la administración pasó a ser judicial.

La Revolución Francesa trajo unos privilegios para la administración frente a los particulares, el primero de ellos fue el de que las decisiones administrativas eran ejecutivas por la propia autoridad administrativa; el segundo consistía en que estas medidas eran imponibles por la misma administración sin necesidad de acudir a un proceso judicial, ya sea declarativo o ejecutivo; por último la impugnación de las actuaciones administrativas sólo podía hacerse en un momento específico, que era perentorio, y la sola apertura del proceso no entrañaba la suspensión de la actuación administrativa.⁴²⁴

Estudiados el antiguo régimen y la revolución francesa se pueden encontrar tres similitudes que hay que resaltar, la primera la misma radicación de la administración absolutista y de los tribunales judiciales modernos en un mismo principio soberano que justifica su autosuficiencia; la segunda la oportunidad para la actuación administrativa sin intervención ni perturbación del poder judicial y la tercera la sumariedad procesal en las reclamaciones administrativas.⁴²⁵

Estos planteamientos dejan vislumbrar una contradicción, como muy bien lo ha anotado Gallego⁴²⁶, en el pensamiento de Enterría porque en su obra “Derecho Administrativo”

⁴²³ CASSESE, Sabino. Las Bases del Derecho Administrativo. Op. Cit. p. 54.

⁴²⁴ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La formación, Op. Cit. p. 61-63.

⁴²⁵ Ibid. p. 78.

⁴²⁶ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Influencias, Op. Cit. p.42.

esgrime que “el derecho administrativo surgió como manifestación de las concepciones jurídicas de la Revolución Francesa y como una reacción directa contra las técnicas de gobierno del absolutismo.”⁴²⁷

Por último tenemos a Alejandro Nieto García, quien en 1986 publicó su obra “Estudios Históricos sobre Administración y de Derecho Administrativo”, allí se va por la línea de Gallego Anabitarte, aunque modulándola con precisiones históricas.

El autor parte de la idea de que el Estado absoluto tuvo la concentración de poderes como regla general, pero esta en un proceso gradual fue disminuyendo hasta llegar al momento de las revoluciones liberales donde se dio la separación total, es decir que estos movimientos revolucionarios no rompieron de un tajo la realidad existente y construyeron otra totalmente diferente, sino que tuvieron una evolución lenta pero perceptible de este fenómeno. Es por ello que Tocqueville afirmó que todo lo nuevo existía ya antes, “pero con un significado distinto impuesto por las concepciones del absolutismo.”⁴²⁸

Bajo esta premisa es que debemos comprender la distinción entre órganos y funciones que tenían asignadas las competencias gubernativas y de justicia. La distinción debe ser analizada con detenimiento, ya que la mayoría de los magistrados poseían ambas funciones,

⁴²⁷ GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, Op. Cit. p. 482.

⁴²⁸ NIETO GARCIA, Alejandro. Estudios Históricos, Op. Cit. p. 95; mírese también del mismo autor: Los primeros pasos del Estado Constitucional. Barcelona. Ariel. 1996.

con la excepción de los alcaldes ordinarios que sólo detentaban la materia de justicia. Las Audiencias y Chancillerías, por ejemplo, eran los Tribunales Superiores de los Alcaldes Mayores y de los Corregidores, pero también poseían una función gubernativa como era la del Acuerdo. De igual manera el Consejo Real de Castilla era una prueba de esa mezcla funcional. Estaba dividido en Salas de Gobierno (primera y segunda) y Salas de Justicia (de Mil y Quinientas, de Justicia y de Provincia), estas salas, no obstante esta delimitación, resolvían sin ninguna distinción asuntos de gobierno y de justicia, como por ejemplo la Sala de Justicia resolvía un asunto gubernativo como la expedición de licencia de caza con galgos.⁴²⁹ Adicionalmente las Salas del Consejo resolvían los asuntos con sus propios magistrados, pero en la circunstancia de no existir una mayoría suficiente la competencia se pasaba a otra Sala, acabando así con cualquier distinción competencial.

Vemos que la confusión de órganos y poderes es innegable, “a despecho de la tendencia diferenciadora, que es, a todas luces, una tendencia funcionalmente racionalizadora y constitucionalmente progresiva; pero que no logró imponerse sobre el desbarajuste tradicional”.⁴³⁰

El otro punto a resaltar es la diferencia entre lo gubernativo y lo contencioso. De esta va ser fundamental, a mi juicio, la presencia de terceros en el procedimiento. Si se trata de un pleito donde estos comparecen se debe entender que este es contencioso, esto como expresión del interés de parte que domina estos asuntos, por oposición al interés común de

⁴²⁹ Ibid. p. 98-102.

⁴³⁰ Ibid. p. 112.

los gubernativos. Pero que sucedía cuando un asunto gubernativo le causaba perjuicio a un tercero y este recurría esa actuación, ¿todavía se estaba en presencia de un negocio gubernativo, cuando la regla general es que no haya apelación sobre las medidas de policía? o será que el asunto se vuelve contencioso por la presencia del tercero y su derecho adquirido?

Ya sabemos que la postura de Gallego es que el negocio seguía siendo gubernativo. La respuesta de Nieto es que nos encontramos ante un vacío, que en la actualidad sería llenado por el contencioso administrativo, pero que en ese momento no sería posible suplirlo porque esta categoría jurídica era inexistente. Entonces nos podríamos hallar frente a una situación como la del derecho anglosajón en la que tampoco existe la institución procesal del contencioso-administrativo, sino exclusivamente la de lo gubernativo y lo contencioso. El piensa que el negocio se vuelve contencioso, es decir civil, porque se está mirando por el interés particular, para esto se basa en una Real Provisión de 1593, que permitía las apelaciones del Asistente y Ayuntamiento de Sevilla en asuntos de Policía y Abastos ante la Audiencia, pero también cabían ante el Consejo, estos recursos se podían ejercer por una persona en su propio y particular interés. Esto demuestra que

No bastaría el simple dato de la presencia de partes para convertir un asunto en contencioso sino que se precisaría, además, la legitimación de dichas partes para comparecer ante la Audiencia. Dicho con otras palabras: para frenar el abuso de la propensión de las partes a acudir ante las Audiencias se les exigía que estuviesen legitimadas; y esta legitimación consistía en haber padecido un perjuicio, que es lo que hace surgir el interés particular.⁴³¹

⁴³¹ Ibid. p. 120.

Esta tesis es confirmada por el Real Decreto de 17 de marzo de 1782 que dice

Se crea una Superintendencia General de Policía para Madrid para velar en la ejecución de las leyes, autos acordados, bandos, decretos y demás providencias tocantes a la policía material y formal; corrigiendo y multando a los contraventores... Asimismo declaró S.M. que la Sala de Corte, Alcaldes de Cuartel y de Barrio, el de la Comisión de vagos, el Corregidor de Madrid y sus tenientes, y demás obligados a cuidar de la policía en lo material y formal continuasen acumulativamente, sin estorbar al superintendente general... obedeciendo sus providencias; y que estas facultades y jurisdicción del superintendente fuesen por vía económica, gubernativa y ejecutiva, como son todas las leyes y bandos de policía, sin apelación o recurso; pues cualesquiera quejosos en casos graves podrían recurrir a la Real Persona, o directamente por medio de la Secretaría de Estado, o por medio del Gobernador del Consejo; y en los casos en que de los procedimientos resultase descubrirse algún delito, **perjuicio de tercero**, o motivo de formal instancia judicial, **cuidaría el superintendente de remitirlo todo al juez o Tribunal correspondiente.**⁴³² (Negrillas nuestras)

Llegados a este punto del análisis en España de la diferencia entre policía, o gobierno, y justicia, vamos a analizar la situación en América, que no hay que olvidar que hacía parte de la Corona española, y que nos puede ayudar a aclarar o concretar ideas en torno a este debate planteado.

⁴³² Ibid. p. 88.

CAPITULO IV

4. EL CONTROL DE LA POLICIA EN LAS INDIAS.

En este capítulo mostraremos el desarrollo de la Policía en las Indias. Comenzaremos explicando la primera aplicación que tuvo este concepto en la Colonia, y la subsistencia del mismo término en la República. Luego estudiaremos los controles a los que estuvo sometida la Policía en Hispanoamérica. Esta institución del control nos sirve para mostrar que este fenómeno no es una invención de la Revolución Francesa, y en concreto del derecho administrativo francés, como hemos visto. Sino que este instituto de control es bastante nítido durante trescientos años de dominación española; circunstancia que ocasionó que para el caso colombiano perviviera el encauzamiento de la policía, hoy mejor conocida como administración, durante todo el siglo XIX y parte del XX, hasta la copia de las figuras del modelo de control del país galo.

4.1. Primeras acepciones de Policía. Las Reducciones, Misiones religiosas y los pueblos de indios.

La policía fue el instrumento empleado por los religiosos para cristianizar a los aborígenes. La evangelización se complicó en los primeros años de la colonización en Hispanoamérica, debido a la dispersión de los poblados indígenas. En palabras de un misionero del siglo XVI,

Los unos pueblos están en lo alto de los montes, otros están en lo profundo de los valles, y por esto los frailes es menester que suban a las nubes, que por ser tan altos los montes están siempre llenos de nubes, y otras veces tienen de abajar los abismos, y como la tierra es muy doblada y con la humedad por muchas partes llena de lodo y resbaladeros aparejados para caer, no pueden los pobres frailes hacer estos caminos sin padecer en ellos grandes trabajos y fatigas.⁴³³

Debido a esta situación lo primero que se buscó fue agrupar a los aborígenes para conformar reducciones, misiones y pueblos de indios, donde los indígenas pudieran ser convertidos al catolicismo.

Por esta razón en las Indias, la primera noción que se tuvo de policía hacía referencia a la reorganización a que eran sometidos los indios al ser juntados para vivir en policía, “esto en la práctica resultó ser un pueblo al estilo europeo, dispuesto como tablero de ajedrez, de acuerdo con las mejores ideas europeas sobre planeación, con calles que se encontraban en ángulos rectos, e iglesias y edificios administrativos agrupados en torno a la plaza central y gobernados por autoridades completamente europeas”.⁴³⁴

⁴³³ RICARD, Robert. *La Conquista Espiritual de México*. México. Fondo de Cultura Económica. 1986. p. 231-232.

⁴³⁴ BORAH, Woodrow. *El Juzgado General de Indios de la Nueva España*. México. Fondo de Cultura Económica. 1996. p. 48.

Las misiones y reducciones se dieron entre indígenas nómadas que habitaban grandes extensiones de tierra y que se dedicaban a la caza y a la recolección. Mientras que los pueblos de indios se dieron entre aborígenes sedentarios y en “zonas de cultivo o en las mineras y en lugares de clima propicio para el cultivo de la caña de azúcar o la cría del gusano de seda.”⁴³⁵

Una vez sometidos los indios venía el proceso de “humanización”, consistente en enseñar a los aborígenes a comportarse como seres humanos. Esto significaba que se vistieran sin mostrar sus partes nobles, que aprendieran el castellano, que tuvieran prácticas sexuales monógamas, que no tuvieran sexo con consanguíneos, que no practicaran la sodomía, que se comportaran de acuerdo a la moral y a las costumbres cristianas, que organizaran sus poblaciones de conformidad con las reglas del urbanismo occidental.⁴³⁶

Como vemos este proceso de “humanización” concuerda hoy con lo que llamaríamos de Civilización. Es coincidente esta práctica de la policía ejercida sobre los indios, con la primera idea que tuvo Erasmo de Róterdam de un ser civilizado. Esta concepción se refería a los modales que deberían ser usados en la mesa, tales como comer en un plato, partir los alimentos, beber en vasos o copas.⁴³⁷

⁴³⁵ KLUBER, George. *Arquitectura Mexicana del siglo XVI*. México. Fondo de Cultura Económica. 1990. p. 89.

⁴³⁶ BORGES, Pedro. *Métodos Misionales en la Cristianización de América*. Madrid. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. 1960. p. 203- 243.

⁴³⁷ ELIAS, Norbert. *The Civilizing Process*. London. Blackwell. 1994. p.44-46.

De tal suerte, que como bien lo demostró Lucien Febvre, la policía y la Civilización son la misma cosa. La primera evolucionó, y dejó de utilizarse, en el siglo XVIII, y pasó a convertirse en la segunda, en la Civilización.⁴³⁸

Así las cosas, nosotros podemos explicar porque una de las partes fundamentales del Derecho Administrativo Colombiano en los siglos XIX y XX fue la de Civilización de aborígenes. Ya que esta materia era heredera directa de la policía colonial. De hecho la primera ley del período republicano sobre esta materia data del año de 1821 y se tituló “De Civilización de Indígenas”, allí se reguló la abolición del tributo y el repartimiento de los resguardos. En 1824 se expidió otra ley que distribuyó las tierras baldías entre los indios que quisieran abandonar la vida errante y se redujeran a parroquias formales. Posteriormente en 1826 se promulgó una norma que dispuso que las tribus aborígenes de la Guajira, el Darién y la Costa de Mosquitos y las demás “no civilizadas que existían en la República serían protegidas por el Gobierno como los demás colombianos.”⁴³⁹

Más adelante en 1833, 1840, 1849, 1851 se desarrollaron unas leyes que impusieron las Misiones en la zona de los Llanos Orientales, frontera con Venezuela.⁴⁴⁰

En 1888 se profirió la ley 35 por la que se aprobó el Concordato celebrado con la Iglesia Católica. Documento que dedicó un capítulo especial al fomento de las Misiones.

⁴³⁸ FEBVRE, Lucien. *Civilisation. Histoire d'un mot et d'un groupe d' idées*. Publicado en: *Civilisation. Le mot et idée*. París. La Renaissance du livre. 1930. p. 5 y s.s.

⁴³⁹ OLARTE CAMACHO, Vicente. *Recopilación*, Op. Cit. p. 51.

⁴⁴⁰ RAUSCH, Jane. *La Frontera de los Llanos en la Historia de Colombia (1830-1930)*. Bogotá. Banco de la República. 1999. p. 61-94.

Como desarrollo de este Convenio se expidió la Ley 89 de 1890 “por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”. Aquí se dispuso en el artículo 1ero. que las leyes de la República no regirían entre los salvajes que fueran reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. La iglesia y el Gobierno colombiano eran los que determinaban la forma como estas comunidades debían ser gobernadas. También se reguló la forma como tenía que ser distribuida la tierra para la conformación de los Resguardos. Se dijo que los indígenas debían ser asimilados a la condición de menores de edad para poder vender sus parcelas en las mencionadas tierras. Siendo necesaria la aprobación judicial para poder adelantar cualquier transacción sobre las porciones de terreno antes nombradas.⁴⁴¹

Debemos comentar que esta ley de 1890 permaneció en vigencia en Colombia hasta el año de 1996, cuando fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional con la sentencia C-139, cuyo ponente fue Carlos Gaviria Díaz. Entre otras cosas en esta providencia se dijo que

La terminología utilizada en su texto, que al referirse a “salvajes” y reducción a la civilización” desconoce tanto la dignidad de los miembros de las comunidades indígenas como el valor fundamental de la diversidad étnica y cultural. Una concepción pluralista de las relaciones interculturales, como la adoptada por la Constitución de 1991, rechaza la idea de dominación implícita en las tendencias integracionistas.⁴⁴²

⁴⁴¹ OLARTE CAMACHO, Vicente. Recopilación, Op. Cit. p. 54.

⁴⁴² GAVIRIA DIAZ, Carlos. Sentencias: Herejías Constitucionales. Bogotá. Fondo de Cultura Económica. 2002. p. 350.

Posteriormente continua diciendo que la “ley 89 de 1890 fue promulgada con el fin de “reducir a los salvajes a la vida civilizada”, dentro de un contexto histórico claramente contrastante con el contemporáneo. La ley buscaba fortalecer la política integracionista, dentro de la concepción ética universalista que consideraba lo diferente como incivilizado.”⁴⁴³

4. 2. Los controles a la Policía.

4.2.1 Los controles de ingreso a la Policía.⁴⁴⁴

4.2.1.1. La Adecuación.

Se partía de la premisa de que “la principal función del príncipe y de sus consejeros deberá ser aplicar el trabajo y entendimiento de cada uno al ministerio para el que fuere más propósito.”⁴⁴⁵

⁴⁴³ Ibid. p. 351.

⁴⁴⁴ Estos requisitos para el ingreso nosotros los asimilamos con lo que hoy en día se conoce como Carrera Administrativa. El principal exponente del derecho administrativo laboral en Colombia, el profesor Diego Younes Moreno expone en su obra que la primera disposición que existió en nuestro país sobre estos temas data de la década de los treinta del siglo pasado. Leámoslo: “En Colombia, los esfuerzos legales para administrar más técnicamente el personal se remontan al año de 1938, fecha en que se expide la ley 165, época desde la cual se han llevado a cabo sucesivas tentativas para regular el manejo de los recursos humanos al servicio del Estado. Ese primer estatuto creó la carrera administrativa para todos los servidores públicos que prestaran servicios de carácter permanente en el sector oficial, excluyendo de ella solo a los empleados que ejercen jurisdicción y autoridad, a los agentes del presidente de la República o de los gobernadores, y como, regla general, a todos aquellos tuvieran una significación esencialmente política o se rigieran por preceptos especiales. (...) aquí se fijaban unos requisitos mínimos para el ingreso al servicio, tales como ser colombiano, estar a paz y salvo con el tesoro nacional, haber cumplido los deberes militares, no tener enfermedad contagiosa y someterse a un período de prueba que en ningún caso podría ser superior a un año. Derecho Administrativo Laboral. Bogotá. Editorial Temis. 1994. p. 150. Este párrafo no deja rastro de duda acerca de como ha sido, y sigue siendo, interpretado el derecho administrativo en Colombia, el cual sólo se considera como existente desde bien entrado el siglo XX.

⁴⁴⁵ PEREZ, Antonio. L ‘art de gouverner. Citado por: MARILUZ URQUIJO, José María. El agente de la administración pública en indias. Buenos Aires. Instituto Internacional de Historia del Derecho

En este sentido se estableció que no se deberían utilizar a los eclesiásticos para funciones seculares o profanas, aunque en Castilla esta disposición se cumplió a medias porque son varios los prelados que ocupan diversas posiciones:

Lo cierto es que, en la práctica, alrededor del rey los prelados siguieron ocupando puestos importantes en la administración, si bien la mayoría de tales cargos sólo comportaban para su titular el disfrute de la dignidad propia del oficio, pero no el ejercicio efectivo del mismo que - como se sabe - corría por lo común a cargo de un tercero o lugarteniente de aquél. Les vemos ocupando puestos en el Consejo Real, en cuya primitiva constitución, en el acto fundacional de las cortes de Valladolid de 1385, entran cuatro prelados a formar parte en paridad numérica con los caballeros y ciudadanos. Su presencia en este organismo será permanente y se hace notar a través de las sucesivas reorganizaciones de que aquél va ser objeto en el tiempo. Es también de sobra conocida la vinculación que a los arzobispos de Santiago y Toledo se hace del oficio de canciller mayor de los reinos de León y Castilla, respectivamente, adscripción respetada por los monarcas sucesivos después de su primitiva confirmación por Alfonso VII al arzobispo de Santiago, Diego Gelmírez, en 1127, y por Alfonso VIII al de Toledo en 1206.⁴⁴⁶

En el siglo XVI los teólogos sirvieron como cuerpo asesor del Rey. Tuvieron un papel primordial en la confección de las Leyes de Burgos de 1512-1513 y en las Leyes Nuevas de 1542⁴⁴⁷. No hay que olvidar que ambas disposiciones sirvieron para humanizar el trato al indígena⁴⁴⁸.

Indiano e Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1998. p 101.

⁴⁴⁶ GARCIA MARIN, José María. El oficio público en Castilla durante la baja edad media. Colección Historia de la Administración. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. 1987. p. 195.

⁴⁴⁷ YBOT LEON, A. Las Juntas de Teólogos asesoras del Estado para Indias, 1512-1530. en Anuario de Estudios Americanos. Tomo V. Sevilla. 1948. p.397-438.

⁴⁴⁸ Las Leyes de Burgos trataban sobre el modo de exigir el trabajo a los indios; regularon los cupos de indios que había que entregar a cada encomendero; por su parte las Leyes Nuevas preceptuaron sobre la condición de los indios, prohibiendo su esclavitud y establecieron que las Encomiendas se extinguirían con la muerte de sus titulares. TOMAS y VALIENTE, Francisco.

Las Indias tampoco fueron la excepción pues existieron religiosos que ocuparon sillas virreinales, entre nosotros nos basta citar con a Antonio Caballero y Góngora, Arzobispo Virrey.⁴⁴⁹

En 1739 el Marqués de Torrenueva, quien llegaría a ser miembro de la Cámara de Indias, redactó un memorial en el que expuso las desventajas de esta práctica, entre las que resaltan que “los preladados no suelen ser aptos para dirigir el ramo de la guerra y que, regularmente, confunden las jurisdicciones, defendiendo la eclesiástica con menoscabo de las Regalías y del Real Patronato”.⁴⁵⁰

Siguiendo estas recomendaciones y por consulta al Consejo de Indias, Felipe V resolvió por la Real Cédula del 22 de Julio de 1739 que en el futuro no se uniesen las dos jurisdicciones en una misma persona. Con Carlos III se volvió a la situación anterior, hecho que redundó en perjuicio de ambas esferas, la política y la espiritual.⁴⁵¹

Debemos referirnos a un caso bastante curioso que se presentó con el oidor de la Real Audiencia de Chile, doctor José Blanco Rejón. Este magistrado solicitó autorización para

Manual de Historia del derecho español. Madrid. Editorial Tecnos. 1988. p. 333-335.

⁴⁴⁹ PEREZ AYALA, José María. Antonio Caballero y Góngora: Virrey y Arzobispo de Santa Fe 1723- 1796. Bogotá. Imprenta Municipal. 1951.

⁴⁵⁰ MARILUZ, Op. Cit. p. 103. Es por esto mismo que el Marqués de Bajamar aconsejaba que debía ser un requisito sine qua non “en los preladados indianos el amor al Rey para observar y guardar escrupulosamente el Patronato, regalías y órdenes de su Majestad” RIPODAS ARDANAZ, Daisy. Un ilustrado Cristiano en la Magistratura Indiana. Antonio Porlier, Marqués de Bajamar. Buenos aires. Prhisco – Conicet. 1992. p. 197.

⁴⁵¹ Ibid.

ordenarse de presbítero, petición que le fue concedida por la real cédula de 18 de Mayo de 1700. De manera casi simultánea, a través del decreto de 20 de Septiembre de 1702 “se mandó al Consejo que tuviera presentes sus méritos para consultarlo al arcedianato de la Plata, como se hizo el 1 de Junio de 1705, dándosele dicha prebenda.”⁴⁵²

4.2.1.1.2. Nacionalidad

El principio que regía era que los extranjeros no podían desempeñar ningún oficio o cargo en la administración pública. En los municipios de Castilla, en la baja edad media, se estableció que no podía ejercer sus derechos políticos y detentar cargo alguno, quien no fuera vecino de la localidad, para lo cual se exigía que se inscribiera en la collación o parroquia.⁴⁵³

De igual forma, en las poblaciones que no tenían fueros, se exigió al rey que nombrara en los oficios a personas de la villa y en su defecto a gente de la misma región.⁴⁵⁴

Este tema fue muy álgido y conllevó problemas de distinta índole, como por ejemplo las rebeliones de los Comuneros de Castilla⁴⁵⁵ y de las Germanías de Valencia y Mallorca,⁴⁵⁶

⁴⁵² BARRIENTOS GRANDON, Javier. La selección de ministros togados para indias. XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios. Tomo III. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1997. p. 314.

⁴⁵³ GARCIA MARIN, Op. Cit. p. 206.

⁴⁵⁴ Ibid. p. 207

⁴⁵⁵ La Rebelión de los comuneros castellanos se produce en 1520 por la prepotencia de los flamencos traídos por Carlos V, sumado a la designación como regente, por la salida de España del emperador, de Adriano de Utrecht. Las comunidades de Castilla se levantan, empezando por Toledo, exigiendo que la regencia tenga en cuenta al pueblo. Las ciudades y villas mandan delegados a la llamada Junta Santa, asamblea representativa que defiende las tesis comuneras. Esta Junta se enfrenta al regente, ocasionando la guerra con el ejército imperial, la derrota comunera en Villalar y la ejecución de sus tres principales líderes, Pradilla, Bravo y Maldonado.

que se dieron en época de Carlos V, originadas en que los extranjeros, especialmente alemanes y flamencos, detentaban diversos cargos de la administración. De igual manera en 1590, en tiempos de Felipe II, en Aragón se presentó una sublevación como consecuencia del nombramiento como Virrey de un castellano,⁴⁵⁷ y por la detención de Antonio Pérez⁴⁵⁸, secretario del rey.

En las Indias, la regla general la constituía la prohibición de que sólo los nacionales pudieran acceder a los empleos, “que según una ley recopilada eran los naturales de Castilla, León, Aragón, Valencia, Cataluña y Navarra.”⁴⁵⁹

Estos últimos, a partir de la segunda mitad del siglo XVI, quedaron asimilados con los castellanos, como resultado de la incorporación del reino Navarro a la corona de Castilla en

ESCUADERO, José Antonio. Curso de historia del derecho. Madrid. Gráficas Solana. 1995. p. 710. Véase también PEREZ, Joseph. Los Comuneros. Madrid. Historia 16. 1990. p.163-190.

⁴⁵⁶ Las germanías, o hermandades, fueron enfrentamientos entre artesanos y élites gremiales y campesinos y terratenientes apoyados por los moriscos. Los agermanados consiguieron poder municipal, creando la Junta de los Trece, que se encargó de suprimir los impuestos y de bautizar forzosamente a los mudéjares. Los agermanados son derrotados por el Virrey Hurtado de Mendoza, quien toma Valencia y ejecuta al líder del movimiento Juan Llorens. ESCUDERO, Op. Cit. p. 712.

⁴⁵⁷ Felipe II nombra como Virrey al Marqués de Almenara, perteneciente a la casa castellana de Mendoza y emparentado con el Conde de Chinchón personaje hostil al reino de Aragón. PARKER, Geoffrey. Felipe II. 4ta. Edición. Madrid. Alianza Editorial. 1988. p. 225-228.

⁴⁵⁸ Pérez, en la época de Felipe II, era, junto con el príncipe de Ebóli, el líder de uno de los grupos políticos existentes que se oponía al grupo del Duque de Alba. Estos últimos eran belicistas y tenían la postura de la mano dura con Aragón y con Flandes. Los primeros eran más conciliadores, eran partidarios de los fueros. Pérez es el autor intelectual del asesinato de Juan de Escobedo, secretario de Juan de Austria, aparentemente porque iba a entregar unos secretos que lo comprometían con respecto a su postura referente a Flandes. Posteriormente caerá en desgracia con Felipe II, huirá de Castilla y se refugiará en Aragón en donde se acogió al proceso de manifestación, el equivalente aragonés del Habeas Corpus. Posteriormente, fue detenido por la inquisición por el delito de herejía, por lo cual el pueblo se rebeló, atacó el palacio del Virrey y liberó a Pérez. La rebelión terminó con la entrada del ejército real. ESCUDERO, Op. Cit. p. 714 - 716. Véase también TENENTI, Alberto. De las Revueltas a las Revoluciones. Barcelona. Editorial Crítica. 1999. p. 31- 33.

⁴⁵⁹ MARILUZ, Op. Cit. p. 109.

1515, pero es hasta 1553, fecha en la que se plasmó la equiparación en una pragmática de 28 de Abril emanada de la Audiencia de Valladolid, que ordenaba que al clérigo de Navarra, Pedro de Lújar, se le tuviera por castellano para obtener un beneficio en Valladolid.⁴⁶⁰

Con respecto a los aragoneses, estos tenían reserva de plazas en la Administración Indiana, aparentemente desde las cortes de Monzón en 1585 cuando fueron equiparados a los castellanos, pero esta disposición, comenta el profesor Sánchez Bella, fue escasa y sólo es a partir de 1590, con los sucesos de Antonio Pérez, que se va a materializar pero “sólo para los naturales de Aragón en sentido estricto (es decir, sin incluir a catalanes, valencianos y mallorquines, ni a los territorios italianos).”⁴⁶¹

Con Felipe IV, en 1626, se compensó al reino de Aragón por los sucesos del nombramiento del Virrey extranjero, como ya se vió, y se determinó que mientras en Zaragoza hubiera un gobernante foráneo, los aragoneses deberían tener un natural en alguno de los gobiernos de la monarquía, incluyendo las Indias.⁴⁶²

⁴⁶⁰ SANCHEZ BELLA, Ismael. Reserva a aragoneses de plazas de justicia y gobierno en indias. Publicado en: Estudios de Derecho Indiano. Vol. II. Pamplona: EUNSA, 1991. p. 594.

⁴⁶¹ Ibid. p. 595.

⁴⁶² LALINDE ABADIA, Jesús. La reserva de magistraturas indianas a aragoneses. Publicado en: “Estructuras, Gobierno y Agentes de la Administración Pública en la América Española (Siglos XVI, XVII XVIII). Valladolid. Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. 1984. p.281.

En 1646 la situación se concretó aún más, por la ayuda prestada por los aragoneses a la corona contra la rebelión catalana de 1640⁴⁶³. Como consecuencia de este hecho, las Cortes de Aragón proveen 2 plazas de gobierno y 2 de justicia para aragoneses en las Indias.⁴⁶⁴

Por último, en 1678 se aumentó la reserva de magistraturas en el ramo de gobierno a tres aragoneses.⁴⁶⁵

El inicio de los extranjeros en el ejercicio de cargos públicos en las Indias se llevó a cabo en el siglo XVI, con las concesiones que hizo Carlos V a los banqueros alemanes Welzer, como contraprestación a la ayuda financiera que le dieron para alcanzar la Corona de Emperador de Alemania. Estos financieros enviaron a varios conquistadores a las tierras de la Nueva Granada y de la Capitanía General de Venezuela, destacando entre estos a Ambrosio Alfinger, fundador de Maracaibo, Jorge Spira y Nicolás de Federman.⁴⁶⁶ La Corona les concedió los títulos de Adelantado, Gobernador y Capitán General, respectivamente.

⁴⁶³ Esta rebelión se produce por “la castellanización de la Monarquía y su tendencia a reforzar sus poderes a costa de limitaciones parlamentarias con que se topaba en Cataluña, muy superiores a las castellanas, condujo a la revuelta y a la separación de España. Las tropas del rey de España recuperaron el dominio sobre el país después de doce años de guerra, pero Cataluña perdió la quinta parte de su territorio y de su población en beneficio de Francia en 1659.” BALCELLS, Albert. El Nacionalismo Catalán. Historia 16. Madrid. s. n. 1999. p. 9. Véase igualmente REGLA, Juan. Historia de Cataluña. Madrid. Alianza Editorial. 1978. p. 85 - 88.

⁴⁶⁴ SANCHEZ BELLA, Op. Cit. p. 598 - 599.

⁴⁶⁵ LALINDE ABADIA, Jesús. Op. Cit. p. 284.

⁴⁶⁶ Para un panorama completo de la participación de los alemanes en la conquista véase ARCINIEGAS, Germán. Los Alemanes en la Conquista de América. Buenos Aires. Editorial Losada. 1941. y también CASALLA, Mario. América Latina en perspectiva. Dramas del pasado, huellas del presente. Buenos Aires. Editorial Altamira. 2003. p. 52-62.

En los siglos posteriores se atenuó la llegada de extranjeros, aunque seguían existiendo instituciones de la administración que eran muy proclives a ello, como el ejército donde por ejemplo

El barón de Carondelet, nacido en Francia de familia flamenca, (fue) gobernador de la Luisiana y más tarde presidente de Quito; los hermanos Carlos Francisco y Teodoro de Croix, naturales de Lille y virreyes de México y Perú, respectivamente, o el francés Santiago Liniers, virrey del Río de la Plata; originarios de los estados italianos fueron el príncipe de Santo Buono, virrey del Perú, y el Marqués de Branciforte, virrey de Nueva España.⁴⁶⁷

A los foráneos se les exigía carta de naturalización para venir a las Indias. Este documento tenía unas condiciones mínimas, tales como veinte años continuos de residencia en América o en la Península, diez de ellos con casa y bienes raíces por valor de cuatro mil ducados y estar casados con españolas. El Consejo de Indias examinaba estos requisitos y daba la carta de naturalización en la que aclaraba si el beneficiario podía ejercer algún oficio.⁴⁶⁸

Los irlandeses católicos fueron considerados por Carlos II y Felipe V como iguales frente a los nacionales, proceder similar al de Carlos IV, logrando con ello acceder a cargos indianos, como el caso en Uruguay de Tomás Hilson quien en el siglo XVIII entró a la Administración Pública porque sus padres eran irlandeses como el primer ministro Ricardo Wall.⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ MARILUZ, Op. Cit. p. 109.

⁴⁶⁸ Ibid. p. 110.

⁴⁶⁹ Ibid. p. 111.

Debemos referirnos a la situación que se presentó con los americanos en las Reales Audiencias. En un principio, en el período comprendido entre 1511 y 1687, no se les otorgaban cargos en dichos tribunales, razón por la cual, hacia 1667, un neo granadino natural de Cartagena de Indias, Pedro de Bolívar y de la Redonda, presentó un memorial de Agravios ante la Corona protestando por esta situación. En él comienza analizando las desventajas de tener a peninsulares desempeñando los cargos de las Audiencias pues en la gran mayoría de las veces llegaban siendo pobres, ya que los gastos de transporte eran muy grandes, para lo cual se endeudaban en grandes sumas que después tenían que ser canceladas por medio de relaciones ilícitas que establecían con familias locales, fenómeno que en su opinión no le sucedía a los americanos, pues estos tenían fortuna familiar y no se tenían que desplazar para poder acceder a los cargos.

El escrito continua criticando el amor a su patria que sentían los españoles, circunstancia que les hacía carentes de los incentivos emocionales requeridos para alcanzar el bienestar de las regiones donde se desempeñaban. En cambio el amor a su patria de los criollos era beneficioso para poder ejercer un gobierno firme.

Por último, esgrime la necesidad de una autonomía de facto, alegando el pago de los impuestos locales y la prestación de servicios dentro de la región de que eran oriundos y aduciendo, igualmente, que cuando un mismo rey gobierna diversos territorios es principio

aceptado el del derecho que tienen los nativos de ocupar los cargos públicos existentes en los mismos.⁴⁷⁰

Entre 1687 y 1750 los criollos accedieron a los puestos públicos como consecuencia de la venta de cargos, fenómeno originado en el propósito de sanear y revitalizar la hacienda pública. De 1750 a 1808, con el advenimiento borbónico, se restringió el acceso de los americanos a los cargos en las audiencias y los peninsulares vuelven a ser mayoría dentro de los tribunales indianos.

Con la Rebelión Comunera en la Nueva Granada, en 1781, se exteriorizó el sentimiento de una mayor participación criolla en el ejercicio de los cargos, según vimos en el Capítulo II. Por ello en la cláusula veintidós de las Capitulaciones de Zipaquirá se estipuló que los americanos debían ser preferidos, frente a los españoles, para ocupar “los empleos de primera, segunda y tercera plana (...)”⁴⁷¹

Entre 1808 y 1821 se vivió la guerra contra España para buscar la autonomía. Bajo la dominación francesa de la península, los criollos presentaron a las Cortes de Cádiz una petición de igualdad en la representación de dichas Cortes y, en general, de todos los empleos civiles, eclesiásticos y militares. La propuesta contemplaba que la mitad de los cargos disponibles debían ser para los americanos. Las cortes acogieron la igualdad, pero

⁴⁷⁰ BURKHOLDER, Mark y CHANDLER, D. S. De la impotencia a la autoridad. La corona española y las Audiencias en América 1687-1808. México. Fondo de Cultura Económica. 1984. p. 21 -23.

⁴⁷¹ PHELAN, John Leddy. El auge y la caída de los criollos en la audiencia de Nueva Granada, 1700-1781. Bogotá. Boletín de Historia y Antigüedades. Vol. LIX. Nos. 687-98. 1972. p. 602.

nunca se ocuparon de manera expresa del problema de dar cargos a los nativos en sus órganos de gobierno y de justicia.⁴⁷²

Con la vuelta de Fernando VII al poder, entre 1814 y 1820, los criollos fueron bien tratados, pues este monarca otorgó la mitad de los nombramientos a los nativos y, al restablecer el Consejo de Indias, buscó que algunos de sus miembros fueran permanentemente criollos.⁴⁷³

4.2.1.1.3. Religión

En tercer lugar tenemos la religión. Estaban inhabilitados para ejercer cualquier cargo y oficio en la administración las personas pertenecientes a otras religiones diferentes a la católica. Las partidas instituyeron la prohibición en relación con los judíos al establecer que “ningún judío nunca ouiesse jamás lugar honrrado, ni officio público con que pudiese apremiar a ningún christiano en ninguna manera”⁴⁷⁴.

En la práctica sucedió una cosa bien distinta. En Castilla, en la baja edad media, los oficios de recaudadores de rentas y tributos, corredores de concejo, tesoreros, físicos, etc. eran desempeñados por judíos hasta el momento de su expulsión en 1492.

⁴⁷² ROCA ROCA, Eduardo. América en el Ordenamiento Jurídico de las Cortes de Cádiz. Bogotá. Universidad del Rosario. 1999. p.37-39; BLANCO VALDES, Roberto. El problema americano en las primeras Cortes liberales 1810-1814. México. UNAM. 1995. p. 39-74; FRADERA, Josep. Gobernar Colonias. Barcelona. Ediciones Península. 1999. p. 51-70.

⁴⁷³ BURKHOLDER, Mark y CHANDLER, D.S. Op. Cit. p. 196.

⁴⁷⁴ Partida VII, 24, 3. Alfonso X El Sabio. Las Siete Partidas (El libro del fuero de las leyes). Madrid. Editorial Reus. 2004. p. 960.

Los judíos durante los siglos XVI y XVII tuvieron un importante papel en el desarrollo de las Indias. En Cartagena, este grupo humano llegó a constituir el 10% de la población, y sobresalió en actividades como el comercio de esclavos y la tenencia de estancias. También llegaron a ocupar cargos de gobierno como “alguaciles mayores y menores, alcaldes y regidores”.⁴⁷⁵

Los moros también estaban excluidos de la administración, agravándose su situación a partir de la toma de Granada por parte de los reyes Católicos quedando como marginados sociales. Aunque, excepcionalmente, también desempeñaron el cargo de corredor de concejo.⁴⁷⁶

Una pragmática dada el 20 de Septiembre de 1501 en Granada disponía que “los reconciliados por delitos de herejía o apostasía y los hijos o nietos de quemados y condenados por dichos delitos, hasta la segunda generación por línea masculina y hasta la primera por línea femenina, no podían tener oficio público ni real so pena de confiscación de bienes y de que las personas quedasen a la merced Real.”⁴⁷⁷ En 1511 esta prohibición se hizo extensiva a las Indias, contemplándose que los hijos y nietos de quemados no podrían desempeñar ningún oficio.

4.2.1.1.4. Edad

⁴⁷⁵ NAVARRETE, María Cristina. Judeo -conversos en la Audiencia del Nuevo Reino de Granada. Siglos XVI y XVII. Publicado en: Historia Crítica. No. 23. Bogotá. Universidad de los Andes. 2002. p. 79.

⁴⁷⁶ GARCIA MARIN, Op. Cit. p. 189.

⁴⁷⁷ MARILUZ, Op. Cit. p. 117.

La Edad constituía el cuarto requisito para acceder a la Administración. En las fuentes no existe unanimidad acerca de la edad mínima para ingresar a la Carrera Administrativa. Según el derecho común, la edad que se requería para ser escribano era de catorce años, es decir, la pubertad. Baldo pensaba que se debía tener diez y ocho años. Para los oficios jurisdiccionales el Espéculo establecía que se debía tener treinta años para poder ser juez; mientras que las Partidas señalaban que la edad idónea para ser juez era la de veinte años en adelante.⁴⁷⁸

En las Indias la edad mínima era de 25 años. Esta era la edad que “fijaba la capacidad ordinaria civil romana que concedía la *in integrum restitutio* en favor del menor de dicha edad, y que correspondía a la opinión de Azo de Bolonia.”⁴⁷⁹ Excepcionalmente, los menores que adquirirían algún oficio debían obtener dispensa para ejercerlo por intermedio de algún familiar hasta alcanzar la mayoría de edad.⁴⁸⁰

Antes de 1745 la dispensa la otorgaba el Consejo de Indias y los Virreyes, pero a partir de esta fecha se les prohibió. Posteriormente, en 1765, se les volvió a autorizar, pero únicamente para oficios que no tuviesen anexa la administración de justicia, es decir, corregidores y oficiales reales.⁴⁸¹

⁴⁷⁸ GARCIA MARIN, Op. Cit. p. 180.

⁴⁷⁹ BARRIENTOS GRANDON, Op. Cit. p. 303.

⁴⁸⁰ MARILUZ, Op. Cit. p. 122.

⁴⁸¹ Ibid. p. 124 -125.

Para los oficios renunciables, la Real Cédula del 4 de Junio de 1627, exigió que las renunciaciones se hicieran en personas hábiles y capaces, reguló que no se podría renunciar en menores y que la falta de edad no se podría suplir por dispensa. Esta disposición se incluyó en la Recopilación de Indias.⁴⁸²

4.2.1.1.5. Sexo

Las partidas tenían establecido que las mujeres no podían ser jueces. En el siglo XVI se consagró que “aunque las mujeres sean hábiles y agudas, carecen de la aptitud necesaria para ocupar oficios públicos, pues la naturaleza les negó constancia, madurez, asiento y discreción y regularmente son incapaces de guardar un secreto.”⁴⁸³ Se exceptuaron aquellas mujeres que por herencia tuviesen algún señorío sobre un territorio, capacitándolas para administrar justicia dentro del mismo y siempre que contaran con el consejo de “omnes sabidores, porque si en alguna cosa errase, la supiesen aconsejar e enmendar”.⁴⁸⁴

En América hubo dos casos de mujeres que ejercieron funciones de gobierno. El primero ocurrió en Guatemala en el siglo XVI, en donde el cabildo de Santiago de los Caballeros eligió como gobernadora interina a Beatriz de la Cueva viuda del adelantado Pedro de Alvarado.

El segundo sucedió en el Perú en el siglo XVII, en donde el virrey Conde de Lemos tuvo que ausentarse de Lima y nombró como gobernadora a su esposa, limitándole las facultades

⁴⁸² Ibid. p. 123.

⁴⁸³ Ibid. p. 125.

⁴⁸⁴ Partidas III, 4, 4. Op. Cit. p. 391.

por medio de una instrucción secreta en la que le indicaba que personas la podían asesorar en temas de guerra, indios y españoles.⁴⁸⁵

En los Mares del Sur se presentó un caso bastante interesante a finales del siglo XVI. Desde Lima partió, en Abril de 1595, una expedición española con el encargo de colonizar las Islas Salomón, cercanas a Australia. Dichas ínsulas fueron descubiertas por Alvaro de Mendaña y Castro en 1595⁴⁸⁶. A este se le confirieron, a través de capitulaciones, firmadas por Felipe II en 1574, la colonización de dichas tierras y los cargos de gobernador, capitán general y juez supremo. Al fallecer en las islas por una epidemia de influenza, en Octubre de 1595, nombró en su testamento a su esposa Ysabel Barreto como gobernadora, cargo que ejerció hasta su abandono, como consecuencia de la epidemia, en Noviembre de ese mismo año y quien posteriormente comandó la expedición hasta Filipinas, caso único en la historia naval moderna⁴⁸⁷. El fracaso de ésta colonización le costó a España perder el Pacífico sur a manos de los ingleses.

4.2.1.1.6. Factores Económicos y Sociales

El sexto requisito hacía referencia a los factores económicos y sociales de los miembros de la Administración Pública. Las partidas preceptuaban que los miembros de la clase media son los más aptos para desempeñar cargos y señalaban que a los grandes se les debía poner en los grandes oficios, porque los oficiales

⁴⁸⁵ MARILUZ, Op. Cit. p. 127.

⁴⁸⁶ TORQUEMADA, Juan. Monarquía Indiana. Tomo II. México. UNAM. 1975. p.535-559.

⁴⁸⁷ Para una lectura completa de estos interesantes hechos véase GRAVES, Robert. Las Islas de la Imprudencia. Barcelona. Edhasa. 1984.

Non deuen ser muy pobres, nin muy viles; nin otrosí muy nobles, ni muy poderosos, porque probedad trae a los omnes grand cobdicia, que es raíz de todo mal; e la vileza les faze non conozcan, nin se paguen de las cosas buenas, nin grandes... E otrosí de los nobles omes e poderosos, no se puede el Rey bien seruir de cada dia: ca por la nobleza desdeñarían el seruicio cotidiano, e por el poderío atreuerse yen, a fazer cosas que se tornarían en daño o en despreciamiento del. Mas por esto deue tomar de los omes medianos, catando primeramente que sean de buen logar, e leales, e de buen seso, e que ayan algo... Pero a los grandes deue poner en los grandes officios e fazerles que usen dellos en tales tiempos que el Rey mas noblemente seruido dellos, e su Corte mas honrada por ellos.⁴⁸⁸

En las Indias se pensaba que los extremos de pobreza o riqueza podían ser peligrosos para los officios. Si el agente debía velar por los pobres y los desvalidos debía ser de clase media, ya que los ricos y poderosos eran los que más oprimían a los naturales. Para cargos de la Real Hacienda se prefería a personas ricas que, se suponía, podían responder por su conducta.⁴⁸⁹

Lohmann nos trae un caso del siglo XVII peruano, el señor Manuel Villa presentó al Virrey un despacho real en el que se le nombraba Corregidor, no se atendió a esta solicitud por considerarse que el aspirante “era un hombre de baja estofa, que había desempeñado el oficio de platero y con anterioridad el de vendedor de baratijas” y era indigno de suceder en el cargo al Conde del Portillo.⁴⁹⁰

4.2.1.1.7. Estado Civil

⁴⁸⁸ Partidas II, 9, 2. Op. Cit. p. 213.

⁴⁸⁹ MARILUZ, Op. Cit. p. 133 -134.

⁴⁹⁰ LOHMANN VILLENA, Guillermo. El Corregidor de Indios en el Perú bajo los Austrias. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2001. p.138.

El estado civil era el séptimo requisito de acceso a la administración. Al respecto no hay unanimidad doctrinal ya que algunos pensaban, como los romanos, que la soltería debería ser el mejor estado por lo cual proponían, que los ministros enviados a las provincias no fuesen acompañados de sus familias, tal como ocurría en el imperio persa, el cual “se servía de eunucos en los cargos de mayor responsabilidad para que no tuvieran el embarazo de atender esposas ni el deseo de enriquecer a los hijos.”⁴⁹¹

Para las Indias se acogió la tesis de la posibilidad del matrimonio para los funcionarios pero con limitaciones. Casi todos los oidores que llegaban a América ya estaban casados, por lo cual la Corona estableció la regla de que ningún funcionario, ni sus hijos, podían casarse con un residente que hubiera nacido en el territorio al que estaba asignado el funcionario. Sin embargo, con dispensa real, se permitía el casamiento con una residente de otros territorios de las Indias, precepto que tuvo algunas excepciones, como el caso de Juan de Solórzano y Pereira a quien se le concedió el permiso para casarse con una peruana, cuando él era oidor en Lima.⁴⁹²

En 1627 el Conde-duque de Olivares, ministro de Felipe IV, propuso al Consejo de Indias que ningún oidor pudiera casarse con alguna mujer que habitara en cualquier lugar de las Indias, lo cual fue rechazado “porque dificultaría mucho la vida de los ministros y ellos se verían obligados a traerse nuevas esposas de la península.”⁴⁹³

⁴⁹¹ MARILUZ Op. Cit. p. 138.

⁴⁹² PHELAN, John Leddy. El reino de Quito en el siglo XVII. Quito. Ediciones del Banco Central del Ecuador, 1985. p. 233 - 234.

⁴⁹³ Ibid.

4.2.1.1.8. Capacidad e Incompatibilidad

Por último vamos a estudiar la capacidad y la incompatibilidad como requisitos de acceso a la burocracia indiana. En Castilla, a fines de la edad media, se estableció en la administración local como causal de incapacidad permanente el haber adquirido ilícitamente el oficio, bien fuera por haber llegado al cargo por intervención coactiva de parientes o de extraños, por recomendación del rey o del señor de la villa; por compra realizada a su anterior titular, o por mediar cualquier clase de acuerdo o estipulación, entre el postulante y los electores que pudiera quitarle legitimidad a la elección. El contraventor quedaba inhabilitado para seguir con el oficio.⁴⁹⁴

En las Indias también se prohibió a las autoridades locales que nombraran, en oficios de justicia o en comisiones, a parientes dentro del cuarto grado de virreyes, presidentes, oidores, alcaldes del crimen, fiscales, contadores de cuentas, gobernadores, corregidores, alcaldes mayores, oficiales reales y otros ministros. De igual manera, tampoco podían emplear a sus criados o allegados. Como garantía del cumplimiento, los virreyes llevaban al Real Acuerdo⁴⁹⁵ cada designación que se propusiera para que el oidor decano, con ayuda del fiscal, recibiera informes de que no tenían la calidad de parientes, criado o allegado de

⁴⁹⁴ GARCIA MARIN, Op. Cit. p. 204 - 205.

⁴⁹⁵ Las Audiencias en las Indias ejercieron funciones de gobierno, que en España no llegaron a desempeñar, como la de los Reales Acuerdos, allí esta institución actuaba como Corporación, controlando “en buena parte las funciones de gobierno de los Virreyes”. OTS CAPDEQUI, José María. El Estado Español en las Indias. México. Fondo de Cultura Económica. 1993. p.58.

algún ministro.⁴⁹⁶ También se estableció que los deudores de la Real Hacienda quedaran impedidos para cualquier cargo público.⁴⁹⁷

4.2.2. Requisitos para la toma de posesión

En primera instancia encontramos el título. Este era un documento reglado en el que se atribuía la competencia, constaban las obligaciones, la historia del cargo que se iba a desempeñar, las prohibiciones que deberían observarse y a veces alguna prerrogativa especial. También se utilizaba el título para dar recomendaciones al que iba ser nombrado, como por ejemplo “que parta para su destino en la primera ocasión que se presente, so pena de quedar separado del cargo, o de que envíe a los oficiales reales testimonio auténtico de la toma de posesión dentro del mes de haberla realizado.”⁴⁹⁸

En segunda instancia tenemos los derechos de cancillería y la media anata. Estos eran derechos de nombramiento. En Castilla, en la baja edad media existían diferentes cuantías dependiendo de los oficios, presentándose la situación curiosa de que algunos oficios de menor cuantía devengaban mayores derechos, el Espéculo expone esta paradoja refiriéndose al alguacil de la casa del rey “ca maguer que gran lograr tenga, porque a mayor trabajo su renta es poca (...) por eso tenemos por guisado que non de mas de treynta maravedíes (...).”⁴⁹⁹

⁴⁹⁶ MARILUZ, Op. Cit. p. 148.

⁴⁹⁷ Ibid. p. 146 -147.

⁴⁹⁸ MARILUZ, Op. Cit. p. 184.

⁴⁹⁹ Espéculo IV, 12, 55c. Alfonso X El Sabio. Espéculo. Madison. Universidad de Richmond. 1990. p. 178.

Pero al referirse al mandadero en tierra de moros, empleo de categoría menor, señala “que cada uno dozientos maravedis... E esto dezimos porque las ganancias de ellos son grandes e de muchas maneras...”⁵⁰⁰

En el primer cuarto del siglo XVII, con Felipe IV, la Real Hacienda presentó una situación económica bastante precaria y para sanearla se fijó una contribución denominada media anata que consistió en el pago de media anualidad de la retribución, que toda persona designada para un cargo público debía hacer al erario y en el abono que tenían que hacer los súbditos que hubieran recibido mercedes reales, tales como compensaciones por honores, dignidades, etc. Esta se debía hacer en dos contados, la primera antes de partir para las Indias y la otra al llegar a su destino, exigiéndose certificación de haber pagado para poder tomar posesión del cargo.⁵⁰¹

Esta obligación era de carácter general, pero tenía sus excepciones ya que se eximía a determinados funcionarios de la contribución, como por ejemplo los que ocupasen un cargo de nueva creación, y los que por reales cédulas fueran eximidos del pago, como la de 2 de Junio de 1678 para los empleados del presidio de Buenos Aires, la de 1677 para los empleados de la aduana de la Nueva España, extensión que se hizo en 1792 a todos los empleados de la hacienda en el Virreinato del Perú.⁵⁰²

⁵⁰⁰ Ibid.

⁵⁰¹ RODRIGUEZ VICENTE, María Encarnación. El Derecho de Media Anata. Publicado en: Poder y Presión Fiscal en la América Española (SIGLOS XVI, XVII y XVIII).VI Congreso de Historia del Derecho Indiano. Valladolid. 1986. p.465-504.

⁵⁰² MARILUZ, Op. Cit. p. 190.

Como consecuencia de este casuismo excepcional Carlos III expidió el 26 de Mayo de 1774 una Real Cédula que aligeró las cargas de los contribuyentes, estableciendo que

A los virreyes, gobernadores y demás provistos por la Corona para empleos americanos se les descontaría del sueldo por cuartas partes en el término de cuatro años sin forzarlos a dar fianzas, y si fallecieren antes sólo se descontaría la parte correspondiente al tiempo en que ejercieron el cargo; a los que ascendieron en sus respectivas carreras se les retendría la cantidad relativa al aumento en un plazo de dos años; a quienes pasasen a cargos de mayor graduación y descanso pero dotados con el mismo sueldo se les rebajaría una décima parte del sueldo por razón de lo honorífico, a quienes fuesen removidos a otras plazas de igual honor y sueldo no se les descontaría cosa alguna.⁵⁰³

El tercer requisito era la aceptación del oficio. A mediados del siglo XVI una Real Cédula, permitió, con justa causa, que los ministros abandonaran el real servicio. En 1559 se solicitó a los no aceptantes que no hicieran público el ofrecimiento, con lo que se reconoció la licitud de rechazar el nombramiento. Felipe IV reaccionó contra esta situación y advirtió al Consejo de Indias que no se debía promover a ningún funcionario que se hubiera excusado de cumplir lo que se le había mandado. Posteriormente endureció aún más esta disposición y optó por separar del servicio al desobediente, tal como ocurrió con un ministro de la audiencia de Granada que perdió su plaza de oidor por negarse a ir México como visitador.⁵⁰⁴

En el siglo XVIII, con el cambio dinástico, se impone aún más la sumisión hacia las ordenes reales, incluyendo entre estas a la aceptación del nombramiento, estableciéndose

⁵⁰³ Ibid. p. 192.

⁵⁰⁴ Ibid. p. 196.

que nadie “que sirva al Estado puede sustraerse a las cargas, que este le impone, ni frustrar el derecho que tiene el mismo Estado de valerse de sus talentos y virtudes.”⁵⁰⁵

Como cuarto requisito tenemos el juramento, que constituía el acto central de la posesión, ya que era la garantía moral. En Castilla en la baja edad media había dos juramentos distintos, el primero hacía referencia a los oficios de provisión real y que se regulaba por el derecho regio, el cual abarcaba la obligación de fidelidad al rey y al orden normativo. Este se llevaba a cabo ante el rey, y en su ausencia ante un delegado real, que podía ser el Canciller Mayor, el Consejo Real o el Concejo Municipal. Para el primer caso, ante el rey, las partidas preceptuaban que el juramento del elegido debía hacerse “fincando lo ynojos antel Rey, e poniendo las manos entre las suyas e jurando a Dios primeramente e después a el como su Señor natural (...).”⁵⁰⁶ Cuando el soberano no se encontraba presente, la segunda hipótesis, se cambiaba esta prescripción por la pronunciación del juramento ante los santos evangelios.

El otro juramento era para oficios que no eran de provisión real, es decir aquellos que se regían por los fueros municipales, también se hacía ante los evangelios en presencia de todo el Concejo, haciendo énfasis en la fidelidad que se le debía guardar al rey y en la protección de su honor.⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ Ibid. p. 197.

⁵⁰⁶ Partidas, II, 9, 26. Op. Cit. p. 225.

⁵⁰⁷ GARCIA MARIN, Op. Cit. p. 228.

En las Indias, a comienzos del siglo XVI, los designados juraban ante el Consejo de Indias. Los gobernadores y corregidores se comprometían a “usar bien y fielmente del oficio, atendiendo al servicio del Rey y al bien común de la tierra sin pedir ni recibir directa o indirectamente más derechos que los que fijara el arancel.”⁵⁰⁸

Los residentes en América que no juraban ante el Consejo lo hacían, según el caso, ante el virrey, el gobernador, el cabildo o el obispo.⁵⁰⁹ En la Nueva Granada, por ejemplo, los corregidores de indios juraban ante la real audiencia de la siguiente manera:

(...) y juro por dios n(uest)ro señor y una señal de la crux que hiso en toda forma de d(e)r(ech)o de usar bien y fielmente el cargo de tal corregidor de d(i)cho partido de(...) y guardar las leyes, cédulas i ordenanzas reales que de ello tratan que no llebara d(e)r(ech)os al real fisco ni a los yndios y que obserbara las provisiones y mandatos que por esta Real Audiencia le fueren conferidos y a la conclusión de d(ic)ho juramento dijo si juro amen y los d(ic)hos señores lo rubricaron y el dicho(...) lo firmo.⁵¹⁰

La sanción que se estableció, tanto en la península como en las Indias, por no respetar lo que se había prometido, era el perjurio, lo que algunas veces se le mencionaba al postulante en el acta que se levantaba para tomar posesión del oficio.⁵¹¹

La fianza era el quinto requisito, el cual hacía referencia a la garantía económica que se le solicitaba al elegido que iba a ser nombrado. El propósito de esta prestación económica era que al finalizar su gestión los posibles afectados por sus actuaciones pudieran obtener

⁵⁰⁸ MARILUZ, Op. Cit. p. 201.

⁵⁰⁹ Ibid. p. 203.

⁵¹⁰ HERRERA ANGEL, Martha. Poder Local, Población y Ordenamiento Territorial en la Nueva Granada. Siglo XVIII. Bogotá. Archivo General de la Nación, 1996. p. 119 - 120.

⁵¹¹ MARILUZ, Op. Cit. p. 203.

reparación en el juicio de residencia, pues, al culminar su tarea, las personas que ocuparan una magistratura jurisdiccional, debían permanecer, de acuerdo con las partidas, cincuenta días en el sitio donde realizaba sus labores hasta que se le tomara la residencia⁵¹².

En las cortes de Toledo de 1489, los reyes católicos mandaron que “el juez que al entrar en el oficio no jure que al cesar en él hará residencia, dando para ello fianza suficiente, no será investido en el oficio. Al mismo tiempo como medio para garantizar a los ciudadanos la satisfacción de todo daño que de la actuación del funcionario pueda venirles (...)”.⁵¹³

En los fueros municipales la garantía se expresaba en poner a disposición del concejo en prenda un bien inmueble, siendo lo más común que fuera una casa poblada de la villa.⁵¹⁴

Por último, tenemos la toma de posesión y la investidura. La primera consistía en el acto solemne por medio del cual la persona designada o nombrada por autoridad competente ocupaba el cargo u oficio para el que había sido elegido, era la entrada al servicio representando derechos y obligaciones. El momento para tomar posesión debía ser un lapso bastante corto, fijado a partir del nombramiento. Para el caso de los oficios de duración temporal se estableció que el agente posesionado debía informar, a más tardar pasado un mes después de la toma de posesión, para efectos de devengar el salario oportunamente. Si

⁵¹² Con la fianza se asumía un riesgo que iba “más allá de la confiabilidad del afianzado, pues en caso de morir el funcionario mientras ejercía sus funciones o sin haber finiquitado el trámite de sus cuentas o el juicio de residencia, el fiador debía hacerse cargo.” HERRERA ANGEL, Op. Cit. p. 117.

⁵¹³ GARCIA MARIN, Op. Cit. p. 229.

⁵¹⁴ Ibid. p. 231.

esta obligación se omitía la Corona despachaba el sucesor a penas se venciese el plazo de la designación, contado a partir de la expedición del título.⁵¹⁵

Por otro lado, la investidura significaba la entrega al posesionado de un símbolo que representara la autoridad de que había sido revestido. Es así como tenemos que para el caso de un almirante se le entregaban una sortija, una espada y un estandarte,⁵¹⁶ o al virrey un bastón⁵¹⁷ o a los Jueces una Vara de Justicia.⁵¹⁸

La entrega del símbolo entraña el surgimiento de unos poderes para el funcionario, y *a contrario sensu* su retiro significa la pérdida de las potestades asignadas y por ende del empleo.⁵¹⁹

4.2.3. Controles Disciplinarios y Fiscales.

Como límites o controles de la gestión hay que referirse a las visitas, las residencias y el juicio de cuentas, instituciones que juzgaban el desempeño de los agentes.

⁵¹⁵ MARILUZ, Op. Cit. p. 200.

⁵¹⁶ GARCIA MARIN, Op. Cit. p. 233.

⁵¹⁷ MARILUZ, Op. Cit. p. 204.

⁵¹⁸ "Materialmente la vara era del grosor de una lanza y de la altura de una persona. En la parte superior tenía una cruz que servía para tomar juramento. Sobre ella juraban, por ejemplo, decir la verdad los testigos o desempeñar fielmente su oficio quienes recibían de él. Tales eran las varas altas que llevaban los alcaldes, los oidores, los gobernadores, corregidores, alcaldes mayores y sus tenientes como insignia de jurisdicción. Pero las había también más cortas, de los ministros inferiores." BRAVO LIRA, Bernardino. Símbolos de la Función Judicial en el Derecho Indiano. Publicado en: Poder y Presión Fiscal en la América Española, Op. Cit. p. 243.

⁵¹⁹ GARCIA MARIN, Op. Cit. p. 234.

4.2.3.1. Las Visitas

4.2.3.1.1. Aspectos Generales.

La institución de la visita fue creada en el derecho canónico como un instrumento de fiscalización, de vigilancia que ejercía el Obispo sobre su diócesis. La inspección tenía que verificar los edificios, los bienes muebles, las cuentas de gestión de sus subordinados y la vida espiritual y temporal de sus fieles⁵²⁰. El Obispo debía proceder paternalmente, corrigiendo las infracciones mediante la imposición de penas menores como ejercicios espirituales, obras de penitencia y ocasionalmente contra, sus subalternos, la pena medicinal de la suspensión temporal por corto tiempo⁵²¹.

La periodicidad de la visita varió, en un principio fue establecida anualmente por una normativa del concilio de Tarragona del 516, más tarde el Concilio de Trento reguló que la visita debía ser hecha cada dos años y hoy de acuerdo al Concilio Vaticano II la inspección debe hacerse cada cinco años.⁵²²

El derecho castellano conoció esta forma de control por ser un ordenamiento influenciado por el derecho común (normativa que surgió de la unión del derecho romano y el derecho canónico). La visita consistía en “una información secreta practicada por un juez especial,

⁵²⁰ LE BRAS, George. Les origines canoniques du droit administratif. Publicado en: L' Evolution du droit publique. Etudes offertes a Achille Mestre. Paris. Sirey. 1956. p. 401.

⁵²¹ CLAEYS-BOUUAERT, F. y Otros. Traité de Droit Canonique. Tome I. Paris. Leouzey et Ané. 1946. p. 442.

⁵²² Código de Derecho Canónico. Tomo I. Pamplona. EUNSA. 2002. p. 302.

que como resultado de serias denuncias, se podía decretar en cualquier momento contra un oficial del rey o un grupo de ellos, bien en una ciudad o en todo un virreinato”⁵²³.

Era una manera de eludir los procedimientos ordinarios de la Administración para obtener noticias sobre “el estado del gobierno organizado y de conseguir la información necesaria, o asegurar la acción correctiva, sin los prolongados retrasos que normalmente obstaculizaban la acción política”.⁵²⁴

Su origen data de las Cortes de Toro de 1371, en donde Enrique II creó la figura de los visitadores, haciendo saber que enviaría a hombres buenos para controlar la gestión de adelantados, merinos y alcaldes⁵²⁵. Estos visitadores tenían facultades para dictar justicia en lugar de los oficiales incumplidos y poseían facultades disciplinarias “et para que fagan justia... también en los ofiçiales commo en los que la meresçieren”⁵²⁶. En las Cortes de Toledo de 1480 se reguló que los visitadores debían enviarse cada año para controlar a los jueces y se les otorgó la competencia de “remediar lo que fuere necesario”⁵²⁷.

Posterior a esta fecha la evolución de la visita castellana presenta dos etapas claramente diferenciadas,

la primera de 1484 a 1508 se caracteriza principalmente por el titubear de la institución: de una parte, todas las visitas realizadas

⁵²³ CESPEDES DEL CASTILLO, Guillermo. América Hispánica (1492-1898). Tomo VI de la Historia de España dirigida por Manuel Tuñón de Lara. Barcelona. Editorial Labor. 1983. p. 240.

⁵²⁴ GIBSON, Charles. España en América. Barcelona. Ediciones Grijalbo. 1977. p. 169.

⁵²⁵ ESCUDERO, José Antonio. Curso de Historia del Derecho. Op. Cit. p. 551.

⁵²⁶ GARCIA MARIN, José María. El Oficio Público en Castilla Op. Cit. p.314.

⁵²⁷ MARILUZ URQUIJO, José María. El Agente de la Administración Pública en Indias. Op. Cit. p.425.

entre esos años presentan como característica común la condición de pesquisas generales ordenadas para controlar el estado de las Chancillerías; de otra parte difieren en punto al poder concedido a los visitadores, quienes ocasionalmente llegaron a disfrutar - según parece- de cierta potestad resolutoria sobre el objeto de la visita, para facilitar así la exigencia de responsabilidad a los componentes de las Chancillerías. Una segunda etapa, durante la cual tuvo lugar, estrictamente hablando, la formación de la visita, abarca los años 1513 a 1525, y estuvo determinada por la introducción del principio contradictorio (traslado de las culpas y recepción de los descargos), expediente que convirtió a la visita, definitivamente, en un procedimiento idóneo para la exigencia de responsabilidad, sin desvirtuar un ápice su carácter de procedimiento de control.⁵²⁸

En las Indias las visitas existieron desde que se inició el derecho indiano. En el siglo XVI se presentó una confusión entre las visitas y las residencias: es así como en 1573 se ordenó la inspección de Alonso de Cáceres a la Florida, las diligencias que tiene que practicar se llaman visita y residencia; de igual manera en la visita ordenada en 1599 sobre el General de la flota de la Nueva España y su tripulación, también presentó la misma confusión.⁵²⁹

Con el discurrir del tiempo se diferencian ambas formas de control de la Administración Pública en las Indias, teniendo como principales las siguientes:

1. En la visita el juez podía comenzar a actuar antes de publicar los edictos. En las residencias el pregón marcaba la iniciación del procedimiento.
2. En la generalidad de los casos, los funcionarios visitados permanecían en sus puestos, mientras que los residenciados debían hacer abandono de ellos durante el juicio. La diferencia obedecía a que, como en las residencias, el enjuiciado conocía el nombre de los testigos que habían declarado en su contra - cosa que no ocurría en la visita- y hubiera podido vengarse más

⁵²⁸ GARRIGA, Carlos. La Audiencia y Las Chancillerías Castellanas (1371-1525). Historia Política, Régimen Jurídico y Práctica Institucional. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1994. p. 426.

⁵²⁹ CESPEDES DEL CASTILLO, Guillermo. La Visita como Institución Indiana. Publicado en: Anuario de Estudios Americanos. No. 3. Sevilla. 1946. p. 986.

fácilmente permaneciendo en el cargo. Sin embargo, si mediasen hechos graves que dificultasen las investigaciones, el visitador podía suspender al visitado. A la inversa, los oficiales subalternos residenciados, que ocupaban cargos de escasa importancia, desde los cuales serían incapaces de presionar sobre los testigos, podían continuar en sus puestos. 3. En las residencias se inquiriere siempre sobre un período de tiempo anterior al juicio y limitado entre dos fechas: la iniciación del residenciado en el oficio y la cesación en él. En la visita puede investigarse sobre hechos acaecidos después de haber comenzado la visita. 4. Los nombres de los testigos en los que se fundan los cargos se comunican al residenciado pero no al visitado. 5. Las sentencias del Consejo de Indias que contenían condenaciones de privación perpetua del oficio o pena corporal, podían ser objeto del recurso de suplicación en las residencias pero no en las visitas. 6. Algunos agentes fueron eximidos de la residencia pero sometidos a la visita. 7. En general, el juez gozaba de menos libertad en las residencias que en las visitas, pues las primeras habían sido más reglamentadas que las segundas. En las instrucciones a los jueces de residencia figuraba el término, generalmente breve, en el que debía substanciarse el juicio; a los visitadores se les fijaban plazos mayores o no tenían término limitado. 8. El juez de residencia se ciñe a dictar sentencia sin ocuparse de remediar los problemas de la tierra. El visitador suele ser facultado para tomar algunas medidas y dictar ordenanzas.⁵³⁰

La decisión de iniciar una Visita era competencia del Consejo de Indias “al ser informado de la posible existencia de abusos graves, pero incluso sin dicho motivo para informarse de las condiciones de la administración.”⁵³¹

Existían visitas específicas y generales. Las primeras se aplicaban a un solo funcionario, a una sola provincia o una sola institución, tales como las visitas sobre castillos y fortalezas, a las universidades, a las estancias, a los obrajes e ingenios, la visita a la tierra⁵³² y las

⁵³⁰ MARILUZ URQUIJO, José María. El Agente de la Administración, Op. Cit. p. 426 - 427.

⁵³¹ BENNASSAR, Bartolomé. La América Española y la América Portuguesa. Madrid. Ediciones Akal. 1987. p.102.

⁵³² “En la historia administrativa del Nuevo Reino de Granada se destacan tres ciclos de visitas a la

visitas a las cajas reales⁵³³; mientras que las segundas consistían en la inspección o investigación de una audiencia perteneciente a una presidencia o a un virreinato⁵³⁴, “si el virrey estaba incluido en la visita, era sólo en su carácter de presidente de la audiencia, quedaba para la residencia el examen de sus actos como funcionario político y militar”.⁵³⁵

Bajo la dinastía de los Habsburgo el número de visitas realizadas fue al menos de cuarenta y tres⁵³⁶.

Durante el siglo XVIII, con los borbones la visita general dejó de ser un instrumento para castigar las malas conductas y fue empleada como elemento reformador para implantar un nuevo conjunto de políticas, como por ejemplo la visita de José Gálvez en México, de 1765 a 1771, que sirvió para reorganizar las finanzas e imponer las reformas ilustradas de

tierra. Las de la segunda mitad del siglo XVI (1550-1600), momento de fundación de la Real Audiencia; las de comienzos del siglo XVII y las de mediados del siglo XVIII. La principal finalidad de estas visitas era el recuento de la población indígena y el examen de sus condiciones de vida, la tasación de los tributos y el control del cumplimiento de las normas que regulaban el régimen de encomiendas. Las del siglo XVIII suministran un material informativo más amplio relacionado con el estado general de las provincias, las rentas de la Real Hacienda, el funcionamiento de los cabildos, los problemas de la tierra y el poblamiento y la situación demográfica de los diversos grupos socio-raciales.” JARAMILLO URIBE, Jaime. La Administración Colonial. Publicado en: Nueva Historia de Colombia. Vol. 1. Colombia Indígena, Conquista y Colonia. Bogotá. Editorial Planeta. 1989. p.180. Hay que anotar que esta Visita a la tierra tiene un antecedente en el Imperio Inca, es así como citamos como prueba una referencia hecha por el licenciado Vaca de Castro, en la que comenta que: “Guaina Cápac Inga... trabajó mucho y bien en tener toda la tierra tranquila, quieta y pacífica, visitando toda la tierra personalmente desde Chile hasta Quito (...) que no le quedó rincón que en toda la tierra no le hubiese visitado personalmente”. GUEVARA GIL, Jorge Armando y SALOMÓN, Frank. La Visita Personal de Indios: ritual político y creación del “indio” en los Andes Coloniales. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuadernos de Investigación. 1996. p. 12.

⁵³³ CESPEDES DEL CASTILLO, Guillermo. La Visita, Op. Cit. p. 999 - 1000.

⁵³⁴ SANCHEZ BELLA, Ismael. Visitas a Indias (siglos XVI-XVII). Publicado en: Estudios de Derecho Indiano. Vol. I. Las Visitas Generales en la América Española. Pamplona. EUNSA. 1991. p. 16 - 17.

⁵³⁵ HARING, Clarence. El Imperio Hispánico en América. Buenos Aires. Ediciones Solar - Hachette. 1966. p. 160.

⁵³⁶ SANCHEZ BELLA Ismael y De la Hera Alberto. Historia del Derecho Indiano. Madrid. Colecciones Mapfre. 1992. p. 240.

Carlos III⁵³⁷. Otro ejemplo es la visita realizada a la Audiencia y a la Presidencia de Quito entre 1778 y 1784, llevada a cabo por José García de León y Pizarro. Esta visita fue exitosa porque vigorizó la Real Hacienda al crear el Tribunal de Cuentas, pero sobrecargó con tributos al pueblo.⁵³⁸

Hay que anotar que estas visitas no siempre fueron exitosas, como las anteriormente citadas, pues en el caso del virreinato del Perú, la visita practicada en 1776 por José Antonio de Areche, tenía como misión fundamental “la acción coordinadora en el reajuste territorial y económico de las Indias del Sur”⁵³⁹. Esta termina en un rotundo fracaso porque el visitador se enfrenta con el Virrey Guirrior, logrando su destitución, hecho que le crea un clima muy desfavorable entre la sociedad peruana; adicionalmente el visitador afronta en 1780 la rebelión de Tupac Amarú, que aunque la reprime con éxito, su conducta no es bien vista en la península, “porque se le había enviado para que reorganizara la hacienda y no para que sometiera rebeldes”⁵⁴⁰. Además de lo anterior, el fracaso del asiento de la mina de Huancavélica, generó un gran gasto para las finanzas de la Corona.⁵⁴¹

Otro caso de Visita fallida fue la de Juan Francisco Gutiérrez de Piñeres a la Nueva Granada durante los años de 1778 a 1781. El visitador fue investido también con el cargo

⁵³⁷ PIETSCHMANN, Horst. Las Reformas Borbónicas y el Sistema de Intendencias en Nueva España. Un Estudio Político Administrativo. México. Fondo de Cultura Económica. 1996. p. 8.

⁵³⁸ REIG SATORRES, José. Visita General a la Presidencia y Audiencia de Quito realizada por el Licenciado José García de León y Pizarro. (1778-1784). Actas y Estudios del XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Tomo III. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1997. p.127 - 128.

⁵³⁹ CESPEDES DEL CASTILLO, Guillermo. La Visita, Op. Cit. p. 1024.

⁵⁴⁰ PALACIO AFARD, Vicente. Observaciones sobre el Fracaso de una Visita al Perú. Publicado en: Anuario de Estudios Americanos. No. 3. Sevilla. 1946. p. 320.

⁵⁴¹ Ibid. p. 325.

de regente, sus tareas eran restringir el acceso de los criollos a la administración, aminorar el poder del virrey, la creación de un monopolio de tabaco rentable y la administración directa por la Corona del sistema fiscal. Su gestión fue exitosa en la medida en que logró el retiro del clan de los Álvarez de la administración, además, dividió al Virreinato en cinco distritos administrativos con jurisdicción sobre los monopolios reales del tabaco y los licores. Sus medidas referentes al monopolio del tabaco dieron origen a la revolución de los Comuneros, según lo estudiamos en el Capítulo anterior. Este hecho impidió que se aplicara la reforma intencional y que ocasionó el fracaso de esta visita general.⁵⁴²

En la Nueva Granada son de resaltar las visitas generales practicadas por el fiscal de la Real Audiencia Francisco Antonio Moreno y Escandón en 1775, la de José María Campuzano y Sanz en 1776 y las de los oidores Andrés Verdugo y Oquendo y Joaquín de Aróstegui en 1755. Estas visitas mostraron unos importantes cambios demográficos y sociales, como es el caso de poner en evidencia el descenso de la población indígena y el correspondiente aumento de los mestizos, así como de igual forma también se vio la necesidad de la reducción de las tierras de los resguardos para dar paso a las tierras de ganadería de los españoles y los criollos. Estas inspecciones ordenaron el traslado y la reducción de los pueblos de indios como consecuencia de la disminución de su población.⁵⁴³

⁵⁴² PHELAN, John Leddy. El pueblo y el rey. La revolución comunera en Colombia, Op. Cit. p. 19-50.

⁵⁴³ MELO, Jorge Orlando. Francisco Antonio Moreno y Escandón: Retrato de un burócrata colonial. En MORENO y ESCANDON, Francisco Antonio. Indios y Mestizos en la Nueva Granada a finales del siglo XVIII. . Bogotá. Biblioteca Banco Popular. Vol. 124. 1985. p. 25 - 36.

La reforma intendencial del siglo XVIII, contempló para el caso de los Virreinos de Nueva España, Perú y del Río de la Plata, la visita como una forma de actuación del Intendente, por la que se garantizaba el buen gobierno, la policía. Estos agentes debían buscar la felicidad de los súbditos, por ello tenían que fomentar la agricultura, promover el comercio, expandir la industria, robustecer la minería⁵⁴⁴, pero también tenían otros objetivos como el recaudo de las tasas y los tributos, el control de los bienes comunales, de las escribanías, la situación de los pueblos de españoles y de indios, la recta administración de justicia, la evangelización y el cuidado de los indios, etc.⁵⁴⁵

4.2.3.1.2. Aspectos Procesales

- NOMBRAMIENTO

La elección del Visitador era una tarea bastante compleja. La decisión la tomaba el Monarca por asesoramiento del Consejo de Indias, y, en casos excepcionales, se delegó en los virreyes la facultad de nombrar visitadores⁵⁴⁶. Se elegían personas con formación jurídica, y, en algunos casos, se le daban potestades legislativas que les permitían redactar ordenanzas⁵⁴⁷. Existió predilección en el nombramiento de inquisidores, ya que estos poseían “rigurosidad e independencia de criterio”.⁵⁴⁸

⁵⁴⁴ MARTIRE, Eduardo. La Visita de los Intendentes. Publicado en: Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene. No. 24. Buenos Aires. Imprenta de la Universidad. 1978. p. 206.

⁵⁴⁵ MARTIRE, Eduardo. Una Instrucción de Visita en la Audiencia de Potosí (1785). Publicado en: Revista de Historia del Derecho. No. 4. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1976. p. 429.

⁵⁴⁶ SANCHEZ BELLA, Ismael. Visitas a Indias, op. cit. p. 21 a 24.

⁵⁴⁷ En la visita realizada en 1611 y 1612 a las Gobernaciones de Tucumán y Paraguay por Francisco de Alfaro, se dictaron ordenanzas referentes a los indios de Tucumán, en la cuarta de ellas se prescribía: “Iten, declaro no haber podido los gobernadores sacar de los repartimientos piezas para encomendar aparte; y, demás que en las visitas particulares he dispuesto lo que me ha parecido justicia y convenir, agora, conforme a una cédula real, su fecha a catorce de diciembre de mil e seiscientos y seis, mando que todos los indios que se han sacado y desmembrado de sus

- LAS COMISIONES

La competencia de los visitadores les estaba dada por un poder general, documento que tenía la forma de Real Provisión, en donde se exponían detalladamente las facultades asignadas, no pudiendo actuar por fuera de la comisión⁵⁴⁹. Adicionalmente se les expedían delegaciones complementarias por medio de Reales Cédulas.⁵⁵⁰ Los visitadores vienen a enmarcarse dentro del fenómeno de la moderna administración pública de fines del absolutismo que enfrentó a los oficiales y a los comisionados, los primeros adquirían sus cargos por compra mientras que los segundos eran delegados del monarca, del poder central. Estos últimos eran los representantes de la justicia real por oposición a la justicia estamental representada por la nobleza y radicada en cabeza de los oficiales. Por ello la pugna entre nobleza y monarquía se presentó como un enfrentamiento entre diversas formas de justicia y no como una lucha entre justicia y administración.⁵⁵¹

repartimientos luego, sin excusa ni dilación alguna, so pena de perdimiento de indios cualesquiera que tenga la tal persona, y más de cient pesos por cada uno de los dichos indios que dexare de volver” DOUCET, Gastón Gabriel. Comisiones para un Visitador. El Marqués de Montesclaros y la Visita de Don Francisco de Alfaro a las Gobernaciones de Tucumán y Paraguay. Publicado en: Anuario de Estudios Americanos. Tomo XXXIV. Sevilla. 1977. p. 12.

Para el caso de la Nueva Granada debemos resaltar las ordenanzas dictadas por el Visitador Juan Antonio Mon y Velarde, en la provincia de Antioquia entre 1785 y 1788. Estas disposiciones regularon temas muy diversos, tales como el aseo de las ciudades y el gobierno económico de los indios. ROBLEDO, Emilio. Bosquejo Biográfico del señor Oidor Juan Antonio Mon y Velarde. Visitador de Antioquia. Tomo II. Bogotá. Banco de la República. 1954. p. 107 y s.s. y 275 y s.s.

⁵⁴⁸ CESPEDES DEL CASTILLO, Guillermo. La Visita, Op. Cit. p. 1005.

⁵⁴⁹ CRUZ BARNEY, Oscar. Historia del Derecho en México. México. Oxford University Press. 1999. p. 366

⁵⁵⁰ SANCHEZ BELLA, Ismael. Visitas a Indias, Op. Cit. p. 24 - 25

⁵⁵¹ MANNORI, Lucca y SORDI, Bernardo. Justicia y Administración. Publicado en: El Estado Moderno en Europa. Madrid. Editorial Trotta. 2004. p 73-74. Véase también de los mismos autores Storia del Diritto Amministrativo. Op. Cit. p.102-127; HINTZE, Otto. El Comisario y su significación en la historia general de la administración. Publicado en: Historia de las formas Políticas. Madrid. Revista de Occidente. 1968. p. 161-174; BONNIN, Charles Jean. Principios de Administración Pública. México. Fondo de Cultura Económica. 2004. p.37-48; MANNONI, Stefano. Storia dell `Acentramento Administrativo, Op. Cit. p. 13-19; HAROUJEL, Jean Louis y otros. Histoire des

- MEDIDAS CAUTELARES

La principal medida cautelar era el secreto que debía guardarse sobre la visita, cuyo objeto era impedir que los abusos se encubrieran, por lo cual el visitador debía actuar con presteza, como en el caso del Visitador de la Nueva España, Valderrama, que envió a su secretario a prender ciertos libros “los cuales - escribe al Rey- tuve aviso que trasladaban, porque éste y otros embustes hartos se usan en esta tierra”⁵⁵².

- PUBLICACION

La Visita debía ser publicada de acuerdo a una Real Cédula que se le entregaba al visitador al momento de su nombramiento, como puede verse en esta fechada en 1606:

y porque conviene que todas las provincias, ciudades y villas sujetas a la dicha Audiencia sepan de la dicha visita, para que si hubieren recibido algún agravio puedan venir ante vos a se quejar de ello, y pedir la justicia del daño que hubieren recibido: os mando que deis aviso a todas la dichas provincias, ciudades y villas, sujetas a la dicha Audiencia de la dicha visita, para que todas las personas que quisieren venir ante vos a pedir su justicia de los agravios que así hubieren recibido de los dichos Presidente y Oidor, Alcaldes y Fiscales y Oficiales Reales y de las otras personas a quien mandamos visitar lo puedan hacer, y para ello les señalaréis el término que os pareciere.⁵⁵³

La publicación debía hacerse de viva voz y tenía que fijarse un edicto informando el contenido de la visita.

Institutions de l'époque franque á la Revolution. Paris. PUF. 1987. p. 312-319.

⁵⁵² SANCHEZ BELLA, Ismael. El Juicio de Visita en Indias. Publicado en: Estudios de Derecho Indiano. Vol. I. Las Visitas Generales en la América Española. Pamplona. EUNSA. 1991. p. 66.

⁵⁵³ Ibid. p. 69.

- RECUSACION

Se podía recusar al visitador por causa justificada, pero esta se utilizaba para retardar las pesquisas, por lo cual se les dio competencia a los Virreyes y Presidentes para nombrar un adjunto (acompañado) que asistía al visitador en las causas en las que este hubiera sido recusado.⁵⁵⁴

- DEMANDAS PÚBLICAS (AGRAVIOS)

El visitador contaba con un término de 60 días para atender las reparaciones de agravios⁵⁵⁵, el cual se contaba desde el momento de la publicación. El procedimiento se realizaba en audiencia pública donde los particulares interponían demandas contra los visitados, finalizada la cual, el visitador sentenciaba. Esta práctica no fue conocida en Castilla, pues era considerada anómala por el derecho común.⁵⁵⁶

- SUMARIA

a) Información Secreta: Dentro de la sumaria se daban la recepción de testimonios y la inspección de libros. De estos últimos se revisaban principalmente el libro de acuerdos de

⁵⁵⁴ CESPEDES DEL CASTILLO, Guillermo. La Visita, Op. Cit. p. 1010.

⁵⁵⁵ Solórzano y Pereyra comenta que "El qual juicio de visita tiene su apoyo, en lo que Dios se refiere en el Génesis, quando hablando á nuestro modo dixo que quería baxar y vér, si era cierto el clamor que havia llegado á sus oídos. Y también aluden á él algunos textos, que dicen que una de las más propias y precisas obligaciones del Príncipe, es, vér y procurar que sus súbditos no sean agraviados, ni mal tratados por los Jueces y Oficiales que les han diputado para que los librasen de éstos agravios y vexaciones. SOLÓRZANO y PEREYRA, Juan. Política Indiana. Libro V. Madrid. Compañía Iberoamericana de publicaciones. 1931. Cap. X. Ítem. 11.

⁵⁵⁶ GARRIGA, Carlos. La Expansión de la Visita Castellana a Indias. Actas y Estudios del XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Tomo III. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1997. p. 69 - 74.

la Audiencia y los libros de la Real Hacienda⁵⁵⁷. En cuanto a los testimonios, estos se tomaban con gran sigilo, se ocultaba la identidad de los testigos a los visitados, el visitador elegía arbitrariamente a las personas que debían testificar y tenían como fin primordial la averiguación de la verdad.⁵⁵⁸

b) Cargos: Una vez finalizada la “secreta”, el visitador formulaba los Cargos a los visitados, los cuales podían ser comunes para todos los miembros del ente visitado o particulares para cada visitado. Los cargos se le notificaban al investigado, dándoles, en el caso de los oidores un término de 10 días para que los contestaran.⁵⁵⁹

Según Pilar Arregui, a la Audiencia de México la visitaron seis veces durante los Austrias, y señala como irregularidades más frecuentes, que dieron origen a los cargos formulados, la dilación de las causas y la parcialidad de los jueces por parentesco, los abusos de orden económico y los excesos de poder.⁵⁶⁰

En la visita a la Audiencia de Quito al presidente Antonio Morga se le formularon setenta y tres cargos. Los más importantes eran tener un casino público en su casa; el haber contrabandeado seda desde la China; el no pagar el impuesto del quinto del valor de todos

⁵⁵⁷ SANCHEZ BELLA, Ismael. El Juicio de Visita, Op. Cit. p. 93 - 94.

⁵⁵⁸ GARRIGA, Carlos. La Audiencia, Op. Cit, p. 427.

⁵⁵⁹ SANCHEZ BELLA, Ismael. El Juicio de Visita, Op. Cit. p. 95 - 97.

⁵⁶⁰ SANCHEZ BELLA, Ismael. La Eficacia de la Visita en Indias. Anuario de Historia del Derecho Español. L. 1980. p. 405.

los metales preciosos que él había adquirido; por sus aventuras amorosas y por estrechas relaciones con un vecino indeseable de Quito.⁵⁶¹

En la Nueva Granada en la época de los Austrias se presentaron seis visitas a la Audiencia, que mostraron como anormalidades más comunes los atropellos a los indios, el abuso de poder, la parcialidad de los magistrados, las materias fiscales, la extralimitación de funciones, las faltas contra la dignidad de la justicia y se formularon otros cargos por el incumplimiento de horario; la no fiscalización de una obra encomendada, y por último, el incumplimiento de los deberes propios del cargo, que comprende la omisión de lo preceptuado por las ordenanzas, y que incluye, por ejemplo, la no verificación de que los oficiales reales cobraran por sus emolumentos la cuantía permitida, o la no construcción en los pueblos del distrito de la audiencia de iglesias de cal y piedra y la reparación de las ya existentes.⁵⁶²

c) Descargos: En esta fase se traslada a los inculcados el impulso del procedimiento⁵⁶³, los cuales se defendían solicitando testimonios, cuyo coste debía ser asumido por ellos.⁵⁶⁴

d) Suspensión: El visitador podía suspender en el desempeño de sus oficios a los inculcados, informando luego al Consejo de Indias, al Virrey o Presidente, dependiendo de los casos.⁵⁶⁵

⁵⁶¹ PHELAN, John Leddy. El Reino de Quito en el siglo XVII. Quito. Op. Cit. p. 438.

⁵⁶² MAYORGA GARCIA, Fernando. La Real Audiencia de Santa Fe en los siglos XVI y XVII. Bogotá. Instituto Colombiano de Cultura Hispánica. 1991. p. 343 y s.s.

⁵⁶³ GARRIGA, Carlos. La Audiencia, Op. Cit. p. 427.

⁵⁶⁴ SANCHEZ BELLA, Ismael. El Juicio de Visita, Op. Cit. p. 98.

Un ejemplo de suspensión se dio por parte del visitador Mañozca en la visita a la Audiencia de Quito, donde el 22 de julio de 1625 suspendió al Presidente de la Audiencia, Antonio Morga, al oidor mayor Matías de Peralta y al oidor Manuel Tello de Velasco. La determinación se tomó porque, según el visitador, los testigos no se atrevían a testificar contra los oidores mientras estos estuvieran en los estrados.⁵⁶⁶

Otros casos se dieron en 1568 en la visita a la Audiencia de Santa fe, en la cual el visitador Monzón suspendió al presidente Lope de Armendáriz; en Lima en 1662, donde el visitador Cornejo suspendió al oidor más antiguo⁵⁶⁷ y en la de México en 1563 en la cual se suspendieron a los Oidores Vasco de Puga y Luis de Villanueva y Zapata, por exceso de poder⁵⁶⁸.

Durante el lapso de la suspensión los visitados no devengaban ningún salario, y si luego la medida era revocada por el Consejo de Indias no se pagaban los sueldos dejados de percibir.⁵⁶⁹

- SENTENCIA: Una vez finalizado su encargo, el visitador remitía todos los documentos al Consejo de Indias para que este dictara sentencia. Cuando el expediente llegaba al Consejo,

⁵⁶⁵ OTS CAPDEQUÍ, José María. Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano. Madrid. Editorial Aguilar. 1969. p. 189.

⁵⁶⁶ PHELAN, John Leddy. El Reino de Quito, Op. Cit. p. 381.

⁵⁶⁷ SANCHEZ BELLA, Ismael. La Eficacia de la Visita, Op. Cit. p. 389 - 390.

⁵⁶⁸ DE LA TORRE VILLAR, Ernesto. Estudios de Historia Jurídica. México. UNAM. 1994. p. 102.

⁵⁶⁹ SANCHEZ BELLA, Ismael. El Juicio de Visita, Op. Cit. p. 106.

se procedía a la vista con citación de los procuradores de los inculpados. Posteriormente, se procedía a la votación de la providencia en la cual si

Los votos no fueren conformes, se haya de estar y esté por lo que la mayor parte determinare, siendo a lo menos tres votos conformes de toda conformidad, y habiendo votos iguales o no habiendo los dichos tres votos conformes, se remita a más jueces que por los menos los que lo vieron en remisión sean tres y se junten con los demás a determinarlo.⁵⁷⁰

Las sanciones que se impusieron con mayor frecuencia fueron las multas y suspensiones temporales de los oficios, de manera excepcional, las suspensiones definitivas, los traslados a otras audiencias, y en dos casos únicos en los siglos XVI y XVII la pena de muerte para dos oidores. Consta que, en esos mismos siglos, hubo treinta y cinco suspensiones de oidores y fiscales, ocho privaciones de oficio y dos traslados⁵⁷¹. Para las visitas de encomiendas de indios, las penas más usuales a los encomenderos eran la pérdida de la encomienda, prisión, destierro, multas a favor de la Cámara de su majestad, gastos de la visita e indemnizaciones a favor de los indios.⁵⁷²

4.2.3.1.3. Críticas.

Como críticas negativas, encontramos, en primera instancia, su extensa duración. De las practicadas en el siglo XVII, la de Quito duró de 1624 a 1637; la de México de 1649 a 1654; la de Bogotá de 1630 a 1637; la de Lima de 1625 a 1638 y la de Charcas 20 años.⁵⁷³

⁵⁷⁰ Ibid. p. 111.

⁵⁷¹ SANCHEZ BELLA, Ismael. La Eficacia de la Visita, Op. Cit. p. 405.

⁵⁷² JARAMILLO MEJIA, William. Antioquia Bajo los Austrias. Tomo I. Bogotá. Instituto Colombiano de Cultura Hispánica. 2da. Edición 1998. p. 246 -246.

⁵⁷³ MARILUZ URQUIJO, José María. El Agente de la Administración, Op. Cit. p. 427, véase también SANCHEZ BELLA, Ismael. La Eficacia de la Visita, Op. Cit. p. 388.

Adicionalmente, la visita resultaba muy costosa para la corona. Así, el visitador Mañozca recibió 3.600 ducados anuales, además de su sueldo normal, y el obispo de Puebla y visitador de México, Juan de Palafox y Mendoza, gastó 32.000 pesos durante su gestión de 1640 a 1642.⁵⁷⁴

Otro defecto era el rigorismo excesivo de los visitadores que traía como consecuencia la perturbación de la paz en la ciudad que estaba siendo visitada, defecto que generalmente derivaba en el abuso, y para ello la Corona tenía el arma de la suspensión de los visitadores, como ocurrió con Cornejo, Mañozca y Monzón.⁵⁷⁵

El Marqués de Montesclaros, Virrey de la Nueva España, tenía un juicio bastante negativo de las visitas:

Nunca fueron inspección fría y metódica que saneara a fondo la vida pública colonial, sino torbellino de viento que hace desaparecer algunas basuras, pero levanta todas hasta los ojos del transeúnte, le daña, le irrita, y una vez aquietado, deja la mayor parte de las cosas aproximadamente como estaban.⁵⁷⁶

Debemos resaltar como aspectos positivos, siguiendo a Sánchez Bella:

Hay que destacar la independencia de los visitadores, sobre todo los Generales, respecto a las altas autoridades indianas, Virreyes, Presidentes y Audiencias especialmente. Amparados en la amplitud de sus poderes o comisiones, dotados muchos de ellos de carácter enérgico, con una larga experiencia en Tribunales, bastantes veces

⁵⁷⁴ PHELAN, John Leddy. El Reino de Quito, Op. Cit. p. 325 - 326.

⁵⁷⁵ SANCHEZ BELLA, Ismael. La Eficacia de la Visita, Op. Cit. p. 391.

⁵⁷⁶ CESPEDES DEL CASTILLO, Guillermo. La Visita, Op. Cit. p. 1020.

en el de la Inquisición, solían actuar con una libertad y firmeza que imponía temor a los visitados y daba seguridad a los súbditos.⁵⁷⁷

Los Resultados de las Visitas servían, según Garriga, “para orientar de manera decisiva la política regia de nombramientos mediante la provisión de oficios y la promoción de los oficiales y para la reglamentación del aparato jurisdiccional indiano.”⁵⁷⁸

En opinión de Pietschmann:

La significación de las visitas generales no radica tanto, sin embargo, en sus consecuencias judiciales, sino en su función política como instrumento para la reforma de la administración, ya que los visitadores generales disponían de poderes muy vastos, que los colocaban en posición de relevar a funcionarios, cambiar la organización de autoridades y tomar otras medidas de semejante trascendencia. Ya que las circunstancias extraordinarias de tal procedimiento creaban la posibilidad de contraer especiales méritos, que por regla general redundaban en un ascenso profesional, los visitadores tomaban su misión muy en serio y realizaban investigaciones severas que casi siempre conducían a un mejoramiento del modo de trabajar de las autoridades. Las visitas eran probablemente, pues, el procedimiento más efectivo para el control de la actividad administrativa (...).⁵⁷⁹

Hay que destacar, también, el importante papel que cumplieron las visitas y los visitadores, dentro del gobierno de las Indias, ya que estos colaboraban en los asuntos gubernativos a los Virreyes y Presidentes, como

Cuando en 1591 se ordena que los indios del Perú sirvan con un quinto, además de las tasas, para mantener una armada en el océano, el Virrey Luis de Velasco reúne una junta en Lima a la que

⁵⁷⁷ SANCHEZ BELLA, Ismael. La Eficacia de la Visita, Op. Cit. p. 407.

⁵⁷⁸ GARRIGA, Carlos. La Expansión de la Visita, Op. Cit. p. 78.

⁵⁷⁹ PIETSCHMANN, Horst. El Estado y su evolución al principio de la colonización española de América. México. Fondo de Cultura Económica. 1989. p. 158 - 159.

asiste el Visitador Bonilla, donde se acuerda que no se cobre el quinto, lo cual es confirmado por el Rey.⁵⁸⁰

Para concluir es interesante traer a colación la comparación del visitador con el *ombudsman* escandinavo:

Este funcionario es un investigador público encargado de examinar las quejas de los diferentes ciudadanos respecto de la manera en que los tratan los organismos gubernamentales. Tal como al *ombudsman*, al visitador general se le podía acercar cualquier ciudadano con una queja o reclamo de que la administración le había dado un trato ineficiente o injusto. Aunque las similitudes entre estas dos instituciones son reales, también son las diferencias. El cargo del *ombudsman* es permanente, el cargo del visitador general es ocasional. La función de *ombudsman* es la de persuadir a los burócratas que hagan ajustes y concesiones a los ciudadanos agraviados, de justificarlo así las leyes. El visitador general, por otra parte, procuraba documentar los abusos de autoridad por los cuales el consejo podía imponer sanciones. Con todo, ambos mecanismos han entregado a los ciudadanos un medio para desagraviarse de los actos arbitrarios de los burócratas.⁵⁸¹

4.2.3.1.4. Pervivencia de la Visita en el siglo XIX.

Hemos encontrado un ejemplo de subsistencia de esta institución en el ochocientos, y concretamente en el año de 1882. Según el artículo 31 de la Ley del 4 de Junio de 1868, el Prefecto de los denominados Territorios Nacionales tenía que visitar los diferentes corregimientos que componían estas tierras. Este funcionario era el representante del poder central en estos espacios geográficos alejados de las llamadas entonces zonas civilizadas; terrenos estos que eran poblados mayoritariamente por indígenas y por africanos.

⁵⁸⁰ SANCHEZ BELLA, Ismael. La Eficacia de la Visita, Op. Cit. p. 408.

⁵⁸¹ PHELAN, John Leddy. El Reino de Quito, Op. Cit. p. 451.

La zona visitada fue la de la Sierra Nevada de Santa Marta, en el Caribe colombiano. El prefecto visitó en primera instancia al Corregidor y le planteó que el objetivo primordial de la Visita era el de

Mejorar en lo posible la mala administración de él, consistente en su mayor parte, en el modo temerario con que se tratan los indígenas: alcoholizados y engañados las más veces en sus negocios por los civilizados, por falta de un individuo apto para las funciones de Corregidor que sepa evitar tales estorciones, á lo cual le llama particularmente la atención, en el sentido de que haga efectiva la protección del Gobierno á esta raza inculta, inocente y sumisa por naturaleza.⁵⁸²

El Prefecto para la buena marcha de la administración del Corregimiento formuló además al Corregidor las siguientes prevenciones:

1. Atender á que la Corporación municipal del Corregimiento se reúna ordinariamente cuando lo determina la ley, y extraordinariamente, cuando lo exija algún motivo de conveniencia pública; durando las sesiones todo el tiempo que sea necesario para el despacho de sus negocios;
2. Remitir á la Prefectura copia de la visita que debe pasar cada mes á la Tesorería del Corregimiento, para enterarse del estado y manejo de las rentas y del cumplimiento de los deberes que le corresponden al empleado de dicha Oficina;
3. Cuidar de que las vías de comunicación del Corregimiento se mantengan en estado transitable, haciéndoles las mejoras que sean necesarias; y
4. Propender por cuantos medios estén á su alcance, al mejoramiento moral y material de este Corregimiento de su mando. Con lo cual el señor Prefecto dio por terminado el acto; disponiendo se remita copia de esta diligencia al Señor Secretario de Gobierno de la Unión y se deje constancia en la Oficina de la Corregiduría.⁵⁸³

⁵⁸² Estados Unidos de Colombia. Diario Oficial. Año XVIII. Nos. 5437-5438. Bogotá. Imprenta Oficial. 1882. p. 10800.

⁵⁸³ Ibid. p. 10801.

Tenemos que esta Visita se asemeja bastante a las Visitas Generales implantadas en el siglo XVIII, de igual manera vemos que se aproxima a las visitas a la tierra. Aquí se pretendió fiscalizar el funcionamiento de la administración de estas lejanas tierras, habitadas por aborígenes no occidentales y a donde no pudo llegar el brazo del poder central. Por otro lado debemos resaltar las mejoras que se tenían que implantar, por medio de las recomendaciones que formuló el Prefecto, que buscaban conservar la policía o el buen orden en este Corregimiento.

4.2.3.2. Juicio de Residencia.

4.2.3.2.1. Aspectos Generales

El origen del juicio de residencia se remonta al imperio romano de oriente, en el año 475 cuando el emperador Zenón, establece que “el juez que hubiese sustituido debía permanecer durante cincuenta días en el lugar donde ejerció sus funciones para contestar las demandas civiles y criminales que interpusieren los afectados por su actuación.”⁵⁸⁴

En España, en Castilla, su origen se remonta a las Partidas⁵⁸⁵ y al Ordenamiento de Alcalá, en las cortes de Toro de 1371 se pide a Enrique II que no dé oficios por más de un año, y que una vez finalizada la gestión se deben pedir las cuentas a los agentes de como han

⁵⁸⁴ MARILUZ URQUIJO, José María. Ensayo sobre los juicios de Residencia Indianos. Sevilla. Escuela de Estudios Hispanoamericanos. 1952. p. 6.

⁵⁸⁵ El texto prescribía que los jueces y los adelantados debían permanecer después del cese de su cargo cincuenta días en el lugar donde habían desempeñado el mismo, para contestar las posibles quejas y denuncias. ESCUDERO, José Antonio. Op. Cit. p. 551.

administrado las villas y las ciudades⁵⁸⁶. En 1500 se profiere una instrucción para corregidores y jueces de residencia, que va a pervivir por más de tres siglos⁵⁸⁷. Disponiéndose en ella que el Juicio debía constar de dos partes, “una secreta con procedimiento de oficio y otra pública, destinada a substanciar las quejas presentadas por los particulares”.⁵⁸⁸

En las Indias todos los agentes de la Corona estaban sometidos a este control, desde el virrey hasta el más modesto oficial. El Consejo de Indias designaba un juez residenciador encargado de juzgar la actuación de los empleados y de los que habían estado subordinados a ellos, y muchas veces se nombraba como tal al reemplazante del residenciado.⁵⁸⁹

Desde 1634 se reemplazó la residencia por la visita en el caso de los generales, almirantes, maestros, oficiales y en general de toda la gente de la marina.⁵⁹⁰

En el siglo XVIII se produjo una crisis de esta institución, ocasionando que se le reformara. En 1720 se ordena que los gobernadores y corregidores, no salieran de su provincia hasta que se les tomara la residencia. La realidad es que no venían de la península los jueces que debían iniciar las residencias de los oficios de provisión real, por lo que los virreyes y

⁵⁸⁶ GARCIA MARIN, Op. Cit. p. 318.

⁵⁸⁷ MARILUZ, El Agente. Op. Cit. p. 418.

⁵⁸⁸ RENGIFO, Diana y Otras. Estudio Preliminar a los Juicios de Residencia en la Provincia de Venezuela. Tomo I. Los Welzer. Caracas. Biblioteca Nacional de la Historia. 1977. p. 53.

⁵⁸⁹ ZORRAQUIN BECU, Ricardo. Historia del Derecho Argentino. Buenos Aires. Editorial Perrot. 1969. p. 147-148.

⁵⁹⁰ MARILUZ, El Agente. Op. Cit. p. 419.

presidentes al pasar cuatro meses sin que comparecieran, ordenaban que los nombraran las Audiencias conforme a la legislación vigente. Es por ello que Muro Romero afirma

Que este mecanismo se aprovechó para llegar en la práctica a la corrupción de que las altas autoridades indianas negocien con los residenciados el coste de una absolución, como también ocurre, a juicio de la Duque de Alba, gran canciller de Indias, con la costumbre seguida, desde fines del siglo XVIII de señalar tres jueces en cada despacho, lo que facilita el acuerdo entre ellos y el residenciado.⁵⁹¹

En contraposición a la recopilación de 1680 que ordenaba sustanciar en España las residencias de los corregidores nombrados por el rey, entre 1723 y 1756, sólo 23 de ellos se hacen ante el Consejo, el resto se tramita en las Indias.⁵⁹²

Otro cambio fue el de dispensar de la parte secreta de los juicios, siguiendo sólo con la pública⁵⁹³, llegándose a eximir de la misma en el Río de la Plata al Virrey Pedro de Cevallos.⁵⁹⁴ Este caso se debe contrastar con el del virrey Florez de la Nueva Granada, el rey Carlos III se encontraba satisfecho por el celo que había demostrado éste magistrado,

⁵⁹¹ MURO ROMERO, Fernando. La Administración Pública en América bajo los primeros borbones. Madrid. Ediciones Rialp. 1983. p. 288.

⁵⁹² Ibid.

⁵⁹³ "Así una real cédula de 13 de marzo de 1803, al dar comisión al nuevo Virrey D. Antonio Amar y Borbón, por su falta a D. Lucas Muñoz y Cubero y por la de ambos a D. Francisco Ignacio Cortines, para tomar la residencia pública a D. Pedro Mendinueta, "del tiempo que hubiere servido el virreinato de Santa Fe", se declaraba que quedaba relevado Mendinueta de la residencia secreta. Análoga dispensación se concedió al Mariscal de Campo don Benito Pérez, electo Virrey del Nuevo Reino por el tiempo que había ejercido el Gobierno y Capitanía General de la provincia de Yucatán, según real orden del Consejo de Regencia de 1810." OTS CAPDEQUI, José María. Las Instituciones del Nuevo Reino de Granada al tiempo de la Independencia. Madrid. Instituto Gónzalo Fernández de Oviedo. 1958. p. 68.

⁵⁹⁴ . MARTIRE, Eduardo y TAU ANZOATEGUI, Víctor. Historia de las Instituciones Argentinas. 6ta. Edición. Buenos Aires. Ediciones Macchi. 1996. p. 121.

pero no accedió a la petición de eximirle del juicio de residencia, por no sentar un precedente en ese sentido.⁵⁹⁵

Las dispensas se sustentaban en alguna causa: “los méritos y servicios del agraciado, el que no hubiese quejas contra él, el haber ejecutado el cargo por muy corto tiempo o el de haber sufrido trabajos y perjuicios dignos de ser compensados.”⁵⁹⁶

En 1799 se introdujeron más reformas por medio de la Real Cédula de 24 de agosto, allí se preveía que se siguiera con la antigua severidad sólo en los juicios de virreyes, presidentes, gobernadores políticos y militares, gobernadores intendentes e intendentes corregidores. Se eximió a los alcaldes ordinarios, regidores, escribanos, procuradores, alguaciles, porque parecía suficiente el control de sus inmediatos superiores. Por último a los corregidores y alcaldes mayores sólo se les enjuiciaba si existían acusaciones contra ellos.⁵⁹⁷

Durante el siglo XVIII se presentaron propuestas para acabar con el juicio de residencia, hay que resaltar dos de ellas que salieron de la Nueva Granada.

La primera fue la petición realizada por los Comuneros, y que quedó plasmada en las Capitulaciones de Zipaquirá, en su artículo 30. Pasada la rebelión esta propuesta tuvo eco

⁵⁹⁵ OTS CAPDEQUÍ José María. Historia del Derecho, Op. Cit. p. 192. En España en los debates de la Constitución de Cádiz, 1812, “se recordó la obligación de observar la legislación de Indias que establecía la duración de los empleados en ellas, así como la residencia, sin que pueda concederse dispensa de ninguna clase.” ROCA ROCA, Eduardo. América en el Ordenamiento Jurídico de las Cortes de Cádiz. Op. Cit. p. 63.

⁵⁹⁶ MARILUZ, El Agente. Op. Cit. p. 421.

⁵⁹⁷ MARTIRE y TAU, Op. Cit. p. 121.

en el fiscal de la real audiencia, quien se la presentó al arzobispo-*virrey* Caballero y Góngora, que la rechazó por razones de escarmiento, es decir por no atender una petición que había nacido de una sublevación.⁵⁹⁸

La segunda la originó el *virrey* José de Ezpeleta, él proponía que se debía cambiar la residencia por otro procedimiento más sencillo, porque en su opinión los *corregimientos* de indios estaban muy pobres y las residencias eran muy costosas.⁵⁹⁹

A partir de la segunda década del siglo XIX en la América Española desapareció esta institución para dar paso a las prácticas y leyes francesas, inglesas y norteamericanas sobre responsabilidad.

Por esta razón si comparáramos el juicio de residencia de la España colonial con el juicio político consagrado en la Constitución Norteamericana, encontramos notorias diferencias como las siguientes:

El primero se proponía hacer efectiva la responsabilidad del empleado público por las faltas cometidas por el funcionario durante el desempeño de su cargo, mientras que el segundo tiene por objeto principal separar al funcionario de su cargo, destituirlo. En este último se sigue la causa por acusación de alguien, mientras que en el de residencia se abría un término de oficio para que se presentaran todos los perjudicados a exponer sus quejas contra el presunto culpable; y todavía si faltaba el querellante, no pocas veces el Estado condenaba procediendo a la manera de tribunal administrativo de cuentas o imponiendo penas por las faltas o delitos cometidos.⁶⁰⁰

⁵⁹⁸ MARILUZ, Ensayo sobre los Juicios. Op. Cit. p. 279 - 280.

⁵⁹⁹ Ibid. p. 280 - 281.

⁶⁰⁰ JOFRE, Tomás. Prólogo a las "Causas Instruidas en Buenos Aires durante los siglos XVII y

4.2.3.2.2. Aspectos Procesales

Antes de iniciarse el juicio, el residenciado debía prestar fianza para que amparara la posible condena, esta era la manera de garantizar la indemnización de los agraviados.⁶⁰¹

Posteriormente se elaboraba un Edicto, por medio del cual se informaba a la población del comienzo del Juicio, y que en el lapso instituido para ello “podían introducir demandas públicas contra los funcionarios que se iban a residenciar.”⁶⁰²

Más adelante se hacía la lectura de un pregón que informaba el inicio del procedimiento⁶⁰³ y se establecían los términos del mismo.⁶⁰⁴ En el juicio de residencia realizado a Francisco Beltrán Pinzón, corregidor de indios⁶⁰⁵ en Ubaté en 1755, los términos fueron de 15 días

XVIII”. Buenos Aires. Universidad de Buenos Aires. 1913. p. 58 - 59.

⁶⁰¹ MARILUZ, Ensayo. Op. Cit. p. 125.

⁶⁰² RENGIFO, Diana. Op. Cit. p. 57.

⁶⁰³ Para los casos de los pregones de los Juicios de Residencia de los Corregidores de Indios los aborígenes “desempeñaban el oficio de pregoneros públicos y fijaban los edictos en las puertas de las iglesias de las respectivas ciudades. Así mismo se hacían pregones en las diferentes comunidades indígenas en lengua nativa, mediante intérpretes, dirigidos a todos los indios naturales, para que los que tuvieran alguna querrela la pudieran exponer sin temor alguno.” PONCE, Marianela y VACCARI, Letizia. Estudio Preliminar a los Juicios de Residencia en la Provincia de Venezuela. Tomo II. Juan Pérez de Tolosa y Juan de Villegas. Caracas. Biblioteca Nacional de la Historia. 1980. p. 19-20.

⁶⁰⁴ MARILUZ, El Agente. Op. Cit. p. 421.

⁶⁰⁵ El corregidor de indios era un oficial que se crea primero para la Nueva España y después para el Perú. Era un juez lego que administraba justicia a los indios, y también en los conflictos entre estos y los españoles. Conocía casos civiles y penales, su sentencia podía ser apelada ante el corregidor de españoles más cercano, ante el alcalde ordinario del cabildo más próximo o ante la real audiencia, a voluntad del impugnante. DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio. Manual de Historia del Derecho Indiano. México. UNAM. 1994. p. 318.

para la parte privada y otros 15 para la pública.⁶⁰⁶ En el caso de residencia de los virreyes, no se fijaba un término limitado⁶⁰⁷.

La comentada Real Cédula de 24 de agosto de 1799 dispuso que el término para tomar la residencia debía ser de 60 días.⁶⁰⁸

La primera parte del juicio era secreta, como ya dijimos. Allí se investigaba de oficio la conducta del funcionario, se realizaba el interrogatorio de los testigos, previa instrucción enviada por el superior. Para el caso en estudio, del corregidor Beltrán Pinzón, el fiscal de la real audiencia envió la instrucción y pidió que se formularan las preguntas a los testigos.

⁶⁰⁹ Estas iban encaminadas a comprobar el buen gobierno, la policía, y la correcta

⁶⁰⁶ ARCHIVO GENERAL DE LA NACION (Bogotá). Residencias Cundinamarca. Tomo 7 .folio. 574r. En adelante A.G.N.

⁶⁰⁷ SÁNCHEZ BELLA, Ismael y DE LA HERA, Alberto. Historia del Derecho Indiano. Op. Cit. p. 239.

⁶⁰⁸ OTS CAPDEQUI, José. Las Instituciones del Nuevo Reino. Op. Cit. p. 68.

⁶⁰⁹ Nos tomamos la penosa tarea de transcribir el interrogatorio para que nuestra doctrina administrativista lo conozca:

1. Primeramente serán preguntados los testigos de la sumaria por el conocimiento del dicho corregidor y demás que en su tiempo administraron justicia en el enunciado corregimiento y alcaldes pedáneos si los hubiese habido, si les vieron administrar justicia y si saben la jurisdicción que se les concedió.

Ítem por las generales de ley

Ítem digan si saben que los dichos residenciados guardaron las ordenanzas reales, accediendo a las cosas del servicio de Dios nuestro señor, viviendo bien y cristianamente, dando buen ejemplo así a los españoles como a los indios.

Ítem. Si respetaron a los padres curas doctrineros haciendo que los indios ejecutasen lo mismo, sin consentir a estos y si es en juntas, borracheras, supersticiones, heridas o muertes u otras ofensas a Dios.

Si saben que ha consentido que los indios estén amancebados y en pecado y por disimularles y consentirles que lo estén, les ha llevado o quitado alguna cosa o si los ha castigado por ello, o por otros delitos y que pena les ha impuesto, y a que las ha aplicado, o si las ha recibido y quedase con ellas, digan.

Ítem. si ha mandado que los dichos indios tuviesen o hiciesen sementeras de comunidad en cada pueblo de las de dicho corregimiento, aunque nunca se hayan hecho, ni acostumbrado, digan.

Si hizo que hubiese arca de tres llaves en que entrase lo procedido de dichas sementeras, y si les ha tomado cuenta de dichas comunidades y si tuvo en la caja libro en que asentar las partidas que

le dieren, digan.

Si hizo cargar a los indios o consentido cargasen o fuesen llegados de unos pueblos a otros y si por ello le dieron algún interés y lo recibió.

Ítem, si saben les ha quitado algo o consintiendo les quiten a los indios sus cabalgaduras, pollos, gallinas, huevos u otra cosa de sus bienes y hacienda y hecho que les pagasen y si les pagó el dicho corregidor o lo que les quitó, y si les recibió alguna cosa que les diesen, digan.

Si ha hecho sementeras o huertas en los pueblos de dicho corregimiento.

Ítem, si ha ocupado o sembrado las tierras de dichos indios, y si fuera de los resguardos en el partido de dicho corregimiento ha tenido agregadas algunas estancias o sementeras, crías de ganado mayores o menores, ocupando en ella indios de dicho corregimiento, o si ha tenido compañías con algunos estancieros, tratos o granjerías ocupando los indios en ellas y se les ha pagado su trabajo conforme las ordenanzas y si los ha obligado porque le acudiesen a trabajar en dichas labranzas, crías de ganado o compañías con otros, digan.

Si ha dado a hilar a los indios algodón o lana y que tejiesen mantas o lienzo, y si por esto les pagó su trabajo y ocupación y cuanta cantidad fue la de la paga, y si por dichas sus granjerías dejó de dar a las estancias, hacienda y otras públicas sementeras y labores de los demás vecinos, y guarda de sus ganados, beneficios de los hatos y haciendas y dejado el cuidado de acudir a los indios a sus particulares aprovechamientos, labores y granjerías, para su sustento, mujer e hijos y para la paga de sus demoras ; y si tuvo otros tratos y granjerías en los términos de dicho corregimiento o fuera de él, ocupando a los indios, digan.

Si ha vendido a los dichos indios caballos, ovejas u otras cosas o sí les ha comprado haciéndoles algún engaño en los dicho tratos y compras y si les quitó sus mujeres e hijos para usar mal de ellos, o consentido que otras personas lo hiciesen, o que les hiciesen otros malos tratamientos.

Si consintió que los encomenderos, sus mujeres o criados, entrasen y asistiesen a los pueblos de dicho corregimiento y que viviesen entre ellos u otras personas de las prohibidas como son negros, mulatos, mestizos o españoles, y por haberlo consentido han resultado algunos daños y perjuicios que se les hiciesen a los indios, y si dio a las haciendas los necesarios para su servicio y estancia de ganados, repartiéndolos con igualdad y hecho que los indios cumpliesen enteramente sus conciertos y que fuesen bien tratados de las personas y estancieros a quienes se concertaron y que estos les pagasen su trabajo si por haberlos dado y alquilado les ha llevado alguna cosa a las personas a quienes los concertó fuera de lo que se debe conforme a su ordenanza por las cartas de concierto y si el dicho les tomó alguna parte de los derechos de alquileres a los dichos indios, digan.

Si cobró de los dichos indios a los tiempos que se debió los tributos y se les tuvo en pagar en la real caja los requintos pertenecientes a su majestad y a los encomenderos sus demoras, o si los retuvo en su poder, y sobre eso causó pleito a los encomenderos y si dio mano para que estos y los doctrineros cobrasen de los indios sus demoras, y si para ello se hizo malos tratamientos a los dichos indios, y si cobró en los mismo géneros que están tasados, y si les llevó algo dicho corregidor para sí, por esperarles a la cobranza de dichas demoras y requintos, digan.

Si dicho corregidor pagó a los encomenderos y a la real caja en las mismas mantas y géneros que recibió de los indios, por sus demoras y requintos.

Si solicitó algunos embargos de las demoras contra los encomenderos aprovechándose de ellos, digan.

Si pagó enteramente los mandamientos que se le libraron sobre dichas demoras.

Si llevó algún interés a las personas a quienes se libraron, digan.

Si ha tenido cuidado que los indios del partido hagan sus sementeras y crías en ganados y aves, y que trabajasen cada cual en su oficio y ministerio, y si hizo que las personas que les hicieron daño en ellas, se lo pagasen, y satisficiesen, digan.

Si procuró les dejasen a los indios sus resguardos desembarazados, sin consentir que los vecinos y otras personas se los quitasen, ni ocupasen.

Si hizo en cada año discreción, poniendo en ella los que son, de que edad para tributar, o si lo dejó de hacer por algunos intereses o paga que se le hiciese, y si cobró el dicho corregidor alguna

administración de justicia. Para tal fin se indagaba sobre el desenvolvimiento moral de los indígenas y sobre su proceso de conversión al catolicismo; también se preguntaba sobre el uso y respeto de las tierras comunales de los resguardos; sobre el cobro de los tributos, etc.

Excepcionalmente en la pesquisa secreta se tenían en cuenta pruebas documentales, que consistían en “procesos acumulados que no son más que causas que fueron evacuadas por

demora o requinto de indios reservados.

Si hizo que estos acudiesen a la doctrina cristiana y se les llevó algo por no acudir, y si hizo que los dichos indios viejos o los demás viviesen en sus pueblos, digan.

Y si consintió viviesen apartados en sus poblaciones viejas donde no pueden acudir a misa ni a las demás cosas, digan.

Si cobró la demora de los dichos indios que la deben, y no de otros, y si hizo molestias a las personas para cobrar de los ausentes, digan.

Si cobró de los indios otra cosa alguna más que el tomín de plata corriente que está señalado de cada indio por su salario.

Si les administró justicia con igualdad sin que por ello les llevase interés alguno, digan.

Ítem, si saben que los corregidores además que administraron justicia en su tiempo a quienes se hubiese consentido ordinaria, usaron de la jurisdicción que se les concedió sin excederse y si procedieron a conocer en más de lo que les es permitido por sus despachos, digan en que caso y que resultó de la contravención.

Ítem, si los que administraron justicia en dicho corregimiento en el tiempo de esta residencia en los lugares que lo eran, fuera de los resguardos de los indios, rondaron, prendieron los delincuentes, hicieron sumaria y dieron cuenta a las justicias ordinarias con remisión de los autos, sin determinarlos, o si por disimularlos se concertaron con los ricos o llevaron algunos cohechos.

Ítem, digan si con su color de jueces trataron mal de palabras o hicieron algún daño o extorsión a los vecinos y les impusieron o llevaron algunas multas, digan con toda claridad a que personas, qué cantidades les sacaron y en qué casos.

Ítem, digan si con pretexto de buscar delincuentes han entrado en casa de mujeres casadas, viudas, doncellas o solteras a persuadirlas o comunicarlas ilícitamente, y si han hecho alguna fuerza con escándalo de los vecinos.

Ítem, si han cumplido y ejecutado los despachos superiores que se les han cometido sin omisión, y si por no haberlo hecho puntualmente se siguieron algunos daños, digan a quienes y cuales.

Ítem, digan si los instrumentos que ante ellos se otorgaron los protocolaron en el oficio del cabildo a donde para su seguridad deben existir, y si por ellos llevaron derechos demasiados a las partes.

Si han echado algunas multas o condenaciones para la cámara de su majestad y si las han entrado en cajas reales.

Ítem, digan si saben que en el referido tiempo de la dicha residencia ha muerto alguno ab intestato en aquel partido sin herederos, si dieron cuenta al juzgado general de bienes de difuntos, o si dissiparon sus bienes, quienes y en que poder paran.

Ítem, digan si saben que las dichas justicias actuaron algunos procesos u otorgaron algunos instrumentos en papel común, cobrando a las partes el interés del sellado que correspondía, y si lo entregaron en las reales cajas, expresen a que personas y en que causas.

Ítem, digan de público y notorio, publica voz y fama, etc. A.G.N. (Bogotá).Residencias Cundinamarca. Tomo 7. folios 562r. a 566v.

los residenciados en el momento en que desempeñaron empleos y se incluyen en el expediente como constancia de su actuación”.⁶¹⁰

Después de la recepción de los testimonios se continuaba con la formulación de cargos, al corregidor Beltrán Pinzón se le imputaron tantos cargos como testimonios hubo.⁶¹¹

⁶¹⁰ PONCE, Marianela. El Control de la gestión administrativa en el juicio de residencia al gobernador Manuel González Torres de Navarra. Tomo I. Caracas. Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia. 1985. p. 251.

⁶¹¹ Primeramente se hace cargo a dicho corregidor en la declaración de don Gabriel Ignacio, Cacique de la parte de Gacha a la pregunta 6, que no hizo hacer sementera de comunidad.

Hacésele cargo a la séptima pregunta que no hizo hacer arca de tres llaves.

Hacésele cargo a dicho corregidor a la pregunta 10 que sembró en las tierras de los indios de este pueblo trigo y cebada.

Hacésele cargo a la pregunta 14 que consintió viviesen blancos mestizos y mulatos.

Hacésele cargo a la pregunta 21 que consintió labrasen en los resguardos de los indios sementeras y viviesen en ellos algunos blancos.

Por la declaración de don José García los mismos capítulos antecedentes.

En la misma forma por la declaración de José Matallana.

Hacésele cargo a dicho corregidor por la declaración de don Luis Saboya, gobernador de la parte de Sicaga, de este pueblo de Ubate.

A la sexta pregunta que no hizo hacer sementeras de comunidad.

Hacésele cargo a la 7 pregunta que no hizo hacer arca de tres llaves.

Hacésele cargo a la décima pregunta que sembró en las tierras de los indios de este pueblo.

Hacésele cargo a la 14 pregunta que consintió vivieran en los pueblos de este partido mestizos, blancos y mulatos, resultando de este consentimiento pendencias con los indios como acaeció que en el pueblo de Suta un mestizo mató a un teniente de él.

Hacésele cargo a la 21 pregunta que consintió viviesen los blancos y mestizos en los resguardos sembrando trigo, maíz y cebada en sus tierras.

Hacésele cargo por la declaración de don Casimiro Masato, gobernador del pueblo de Simijaca, a la sexta pregunta no hizo hacer sementeras de comunidad.

Hacésele cargo que no hizo hacer arca de tres llaves a la séptima pregunta.

Hacésele cargo a la 14 pregunta que consintió viviesen en el dicho pueblo las personas prohibidas.

Hacésele cargo que consintió sembrasen los blancos en las tierras de los indios de aquel pueblo.

Hacésele cargo por la declaración de Juan Martín, hombre blanco y residente en el pueblo de Suta que consintió viviesen en el pueblo, mestizos, mulatos y blancos.

Hacésele cargo por la declaración de don Domingo Agatón, gobernador del pueblo de Suta, a la decimocuarta pregunta consintió viviesen en el pueblo mestizos, mulatos y blancos.

Hacésele cargo por la declaración de Bernardo Huérfano, capitán de la parte de Gacha de este pueblo de Ubate, que hizo sementeras en dicho pueblo a la pregunta décima.

Hacésele cargo a la decimocuarta pregunta que consintió viviesen mestizos, blancos y mulatos, resultando por esto pendencias entre los indios y unos con otros.

Hacésele cargo a la vigésimo primera pregunta que consintió sembrasen en los resguardos de los indios, blancos y mestizos.

Hacésele cargo por la declaración de don Domingo de la Cruz, indio principal del pueblo de Fuquene, a la décimo cuarta pregunta que consintió en los pueblos de este partido mestizos, blancos y mulatos.

Continuaba el procedimiento corriendo traslado de los cargos, para que el residenciado presentara los descargos correspondientes, que se sustentaban en pruebas testimoniales y documentales, principalmente certificaciones. En el juicio del corregidor Beltrán Pinzón se presentaron certificaciones de los curas de Ubaté y de los pueblos vecinos donde se daban fe del cumplimiento de sus deberes.⁶¹²

Luego de presentados los descargos, se iniciaba la parte pública. En ella se examinaban las posibles demandas contra el residenciado, estas se tramitaban como en la sumaria pero abreviando los términos. Para demandar no se necesitaba haber sido agraviado, cualquier persona⁶¹³ lo podía hacer siempre y cuando se hubiese prestado fianza. En el caso en estudio, vencido el término no se presentó ninguna demanda contra el corregidor.⁶¹⁴

Hacésele cargo a la declaración de Ignacio Neme, indio principal del pueblo de Cucunubá, a la sexta pregunta que no hizo hacer sementeras de comunidad.

Hacésele cargo a la séptima pregunta que no hizo hacer arca de tres llaves.

Hacésele cargo a la décimo cuarta pregunta que consintió viviesen en aquel pueblo mestizos, blancos y mulatos.

Hacésele cargo a la vigésimo primera pregunta que consintió viviesen en los resguardos de los indios, blancos y mestizos.

Hacésele cargo por la declaración de Ambrosio Cabra, indio capitán del pueblo de Susa. Que no hizo hacer sementeras de comunidad ni arca de tres llaves y consintió viviesen mestizos, blancos y mulatos.

Hacésele cargo por la declaración de Dionisio Ballén, hombre blanco, residente en este pueblo de Ubaté que sembró en las tierras de los indios a la décima pregunta.

Hacésele cargo a la décimo cuarta pregunta que consintió viviesen blancos mestizos y mulatos en los pueblos de este partido.

Hacésele cargo a dicho corregidor a la pregunta vigésima que hizo a las alcaldes del campo condujesen los ganados que hacían daños en las sementeras a su casa llevando de cada cabeza a los blancos y mestizos a 2 reales de cada cabeza y a los indios a 1 real.

Hacésele cargo que consintió sembrasen mestizos y blancos en los resguardos de los indios.

Hacésele cargo a la trigésima pregunta que multó a José Cortés en 6 pesos y que el dicho lo remitió preso a Santa fe sin saber si sacó la multa o no. A.G.N. (Bogotá). Residencias Cundinamarca. Tomo 7. folios 594v. - 596r.

⁶¹² A.G.N. (Bogotá). Residencias Cundinamarca. Tomo 7. folios 615r. - 619v.

⁶¹³ Como por ejemplo se podía demandar a un corregidor por haber usado él o su mujer trajes en desacuerdo con las pragmáticas contra el lujo. MARILUZ, Ensayo. Op. Cit. p. 200.

⁶¹⁴ A.G.N. (Bogotá). Residencias Cundinamarca. Tomo 7. Folio 621r.

En la parte pública del juicio Hernán Cortés, se recibió una acusación de soberbia con el rey, imputación que fue desvirtuada con testimonios de sus soldados y de los curas doctrineros, quienes manifestaron que el conquistador cada vez que pasaba por un retrato del Monarca se quitaba el bonete en señal de respeto.⁶¹⁵

En la residencia contra el Gobernador González Torres de Navarra, en Venezuela, se demandó en la parte pública a uno de sus Tenientes por haber destituido y detenido a un oficial de la Real Hacienda sin justa causa. El juez de residencia lo condenó y el demandado apeló ante la Audiencia, quien confirmó la condena.⁶¹⁶

El juicio finalizaba con la sentencia, que contenía lo favorable y lo desfavorable. Como ejemplos de aspectos positivos se citan el desinterés o la pureza, tal como aparece en el fallo que se pronunció en el juicio de residencia del gobernador de Venezuela Francisco Dávila Orejón, en donde se decía “que fue un buen gobernador y juez limpio y desinteresado”,⁶¹⁷ o también se hacía referencia a pequeños defectos, que por ser tan insignificantes no era conductas delictuales, como el tener mal genio, pero que ayudaban a tener un mejor perfil del investigado.⁶¹⁸

⁶¹⁵ THOMAS, Hugh. La Conquista de México. 5ta Reimpresión. México. Editorial Patria. 1996. p. 703-704.

⁶¹⁶ PONCE, Marianela. Op. Cit. p.375-385.

⁶¹⁷ VACCARI, Letizia. Estudio Introdutorio a los Juicios de Residencia en la Provincia de Venezuela. Don Francisco Dávila Orejón. 1673-1677. Tomo I. Caracas. Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia. 1983. p. 378.

⁶¹⁸ MARILUZ, El Agente. Op. Cit. p. 422.

Las sentencias de los jueces de residencia se apelaban ante el Consejo de Indias y las demandas interpuestas por las partes se resolvían en las Reales Audiencias⁶¹⁹ de la provincia donde se desarrollaba el juicio.

Las penas más usuales eran las multas, pero de igual manera podían ser penas corporales, la inhabilitación temporal o perpetua, suspensiones del empleo sin percibir sueldo, reintegros a la Real Hacienda de cantidades indebidamente percibidas, o satisfechas indebidamente,⁶²⁰ el destierro y el traslado.⁶²¹

En el juicio de Beltrán Pinzón no se encontró la sentencia, el expediente se remitió a la real audiencia, y allí el fiscal presentó un proyecto de sentencia condenatoria⁶²², que no sabemos si fue acogido, por las circunstancias mencionadas.

El punto más débil fue el de las sentencias se dio en las de los alcaldes mayores y a los corregidores, en donde se hacían comisiones para la instrucción; éstas se vendían para tomar la residencia por unos quinientos pesos, y por una sentencia absolutoria se pagaban

⁶¹⁹ PONCE, Marianela. Op. Cit. p. 341.

⁶²⁰ OTS CAPDEQUI, José María. El Estado Español en las Indias. Op. Cit. p. 52.

⁶²¹ MARILUZ, El Agente. Op. Cit. p. 422.

⁶²²El proyecto decía lo siguiente: "El fiscal de su majestad habiendo visto estos autos de residencia tomada a don Francisco Pinzón, corregidor que fue del partido de Ubaté, dice que por lo que mira haber labrado y cultivado en las tierras de los indios, es la parte formal para pedir lo conveniente al protector para que se les pague el arrendamiento o el daño. Y por lo que mira ha haber llevado el dicho corregidor por las reses que llevaban a su casa, 2 reales por cada una siendo de blancos y 1 real siendo de indios, vuestra señoría se servirá declarar no deberle llevar sin embargo de lo que alega y que deberá devolver las cantidades que constare haber percibido imponiéndole la pena que hubiere por conveniente. Por cuanto por la denuncia de don Luis Saboyá, se dice que un mestizo mató al teniente del lugar de Tuta, se servirá vuestra señoría mandar que este corregidor dé noticia de esta causa, proveyendo sobre toda justicia. A. G. N. (Bogotá). Residencias Cundinamarca. Tomo 7. folio 622v.

mil pesos; y si resultaba condenado algún alcalde mayor o corregidor en su residencia, corría normalmente a cargo del virrey o presidente como parte interesada, el cuidado de que la segunda no prosperara.⁶²³

Como conclusiones referentes a la efectividad de las sanciones se pueden citar las siguientes:

1. No se evitaron - cosa menos que imposible - las extralimitaciones, pero no prevaleció la impunidad para los desmanes realizados.
2. Se acogieron con facilidad toda clase de denuncias y quejas, lo mismo las que provenían de los propios particulares perjudicados, como las presentadas por algunos funcionarios contra sus inmediatos superiores.
3. No se estimó necesario que el desafuero denunciado encuadrarse precisamente dentro de las figuras de delito conocidas: la simple negligencia y aún el mero error no disculpable, acarrearon sanciones más o menos proporcionadas con las infracciones cometidas.
4. Nadie por elevado que fuera su rango, pudo considerarse libre de una orden punitiva llegada desde España: lo mismo se castigó a simples regidores y alcaldes ordinarios, que a oficiales de la Real Hacienda; gobernadores y oidores de la audiencias, presidentes y virreyes, sin excluir las autoridades eclesiásticas.
5. Se impusieron amonestaciones y reprensiones públicas, multas en cuantía mayor o menor, suspensiones de empleo y sueldo, reintegros a la Real Hacienda de cantidades indebidamente percibidas o satisfechas indebidamente, etc. - todo ello sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder en casos de gravedad mayor;
6. Todo este rigor punitivo se manifestó, sin embargo, de manera más acusada, en la defensa de los intereses del fisco que en la protección política de los súbditos.⁶²⁴

⁶²³ SÁNCHEZ BELLA, Ismael y DE LA HERA, Alberto. Op. Cit. p. 239.

⁶²⁴ OTS CAPDEQUI, El Estado. Op. Cit. p. 53.

Existió el debate en torno a la transmisión por muerte de la responsabilidad por el juicio de residencia, en él tuvo un papel protagónico Juan de Solórzano y Pereira, que se desempeñaba como fiscal del Consejo de Indias en ese momento. Las partidas se oponían pues la “muerte desata y deshace a los yerros como a los que los hicieron”.⁶²⁵ Solórzano resolviendo el caso del gobernador de Cartagena Francisco Vanegas, quien había muerto y no se sabía si se podía adelantar el juicio y condenar a los herederos⁶²⁶, dijo que la responsabilidad no terminaba en los siguientes casos:

1. Cuando contra un juez se procedía por delitos y excesos particulares, por razón de los cuales debía satisfacer algún interés o penas pecuniarias a la parte o al fisco, si en su vida se comenzó y contestó el juicio, las demandas, capítulos, visita, residencia ;
2. Cuando el juez moría habiendo cometido algún delito, por cuyo respeto tenía en su poder y debía restituir alguna cosa mal llevada al fisco o a otros particulares ;
3. Cuando moría el juez capitulado, residenciado o visitado después de que se había dado y pronunciado sentencia condenatoria en su contra ;
4. Cuando aunque no había condenación, estaban sustanciadas y concluidas para sentencias las causas ; y liquidados y averiguados sus maleficios ;
5. Cuando se trataba de delitos de extrema gravedad, como los de herejía, traición al rey o a la patria y la sodomía ;
6. Cuando se trataba de delitos de cohecho o baratería ;
7. En todos los casos en que el juez gobernador u otro ministro y oficial había delinquido en usurpar o defraudar algo de las rentas y cajas reales, públicas o sagradas, u otras cosas cuya administración había tenido a su cargo o estaba alcanzando en las cuentas que se le tomaran de ellas ;
8. Por los tratos y contratos, compras y edificios de casas y otras cualquiera granjerías y negociaciones que había tenido y usado con los súbditos de sus gobiernos o audiencias ; y

⁶²⁵ MARILUZ URQUIJO, Ensayo. Op. Cit. p.115.

⁶²⁶ Ibid. p. 117.

9. Por el hecho de que algún virrey, oidor, alcalde, fiscal u otro cualquier ministro de los prohibidos de casar en sus distritos, durante el tiempo de sus oficios o gobiernos, por sí o por sus hijos e hijas, hubiere contravenido a esta prohibición.⁶²⁷

El rey siguiendo la opinión de Solórzano expidió la real cédula de 17 de abril de 1635, en la dispuso que los cargos pasaban a los herederos por tratos y contratos, a lo que añade Mariluz, que también por cohechos, baraterías, fraude y usurpación de la real hacienda.⁶²⁸

En 1677 en Venezuela, en el caso ya citado, el Gobernador falleció antes de que comenzara el juicio, circunstancia que no impidió que este se le iniciara y que se condenara a su viuda y a sus herederos.⁶²⁹

Al Gobernador de Puerto Rico Antonio de Vega se le siguió en 1550 un juicio *post mortem*, ya que había fallecido en 1547, no hubo condena para la familia del gobernador, sino únicamente para los alcaldes actuantes entre 1548 y 1550.⁶³⁰

Una vez proferida la sentencia se establecían las costas y los salarios causados en el juicio, repartiéndose entre los culpables su pago.⁶³¹

4.2.3.2.3. Críticas.

⁶²⁷ OTS, Historia del Derecho. Op. Cit. p. 192.

⁶²⁸ MARILUZ, Ensayo, Op. Cit. p. 119.

⁶²⁹ VACCARI, Letizia. Op. Cit. p. 370 - 380.

⁶³⁰ MOSCOSO, Francisco. Juicio al Gobernador. Episodios Coloniales de Puerto Rico 1550. San Juan. Publicaciones Puertorriqueñas. 1998. p 54.

⁶³¹ PONCE, Marianela. Op. Cit. p. 346.

Mariluz opina que las residencias fueron un positivo recurso para sanear la burocracia indiana. Además sirvieron para mostrar algunos vicios en la administración y lograr que se corrigieran con la promulgación de nuevas disposiciones. De igual forma las residencias actuaron como un elemento de equilibrio social, pues el más encumbrado funcionario podía ser demandado por el indio más humilde. Por último constituían “válvulas de escape que se abrían a la libertad de expresión”, ya que cualquier persona podía libremente dar su opinión sobre un gobernante que acaba de cesar en su oficio.⁶³²

Según Alejandro Humboldt las residencias no fueron activos medios de control porque

Si un Virrey es rico, astuto, y tiene el respaldo de un desvergonzado consejero en América y poderosos amigos en Madrid, puede gobernar arbitrariamente sin temor a una residencia. Además, un oficial deshonesto estaba siempre listo a usar el soborno con grandes probabilidades de éxito, para vencer los escrúpulos del comisionado para escapar a las sanciones, y con frecuencia esta conducta delictuosa surgía de la misma información sumaria de la residencia.⁶³³

Al comparar la forma de control que existió en la América española con la América portuguesa, encontramos que esta última tuvo menor eficacia porque

A pesar de las prohibiciones, todos los gobernadores poseían grandes explotaciones de azúcar y numerosos esclavos negros. En el interior, los ricos propietarios agrarios, *los poderosos do sertão*, eran todopoderosos, controlaban según sus conveniencias a la administración y la justicia. A pesar de la introducción del sistema de residencia (disposición del 11 de marzo de 1718), llegada, por otra parte, con excesivo retraso, los funcionarios portugueses en Brasil sufrieron un control menos severo, y pudieron entregarse con

⁶³² MARILUZ, Ensayo. Op. Cit. p. 292-295.

⁶³³ Citado por: JARAMILLO URIBE, Jaime. La Administración Colonial, Op. Cit. p.179.

mayor facilidad a las arbitrariedades y a las actividades lucrativas.⁶³⁴

4.2.3.2.4. Pervivencia del Juicio de Residencia en los siglos XIX y XX.

El juicio de residencia subsistió en Colombia en la época de la independencia, en las Cartas de 1.811 a 1815. La promulgada por el Estado soberano de Cundinamarca, en 1811, consagraba

Un capítulo interesante porque los constituyentes estaban animados por un saludable anhelo de fiscalización en los asuntos administrativos, instaurando el mandato de que todo miembro de la representación nacional (se comprendía el Gobierno en sus diversas ramas), estaba obligado a responder de su conducta en el ejercicio de sus funciones en un juicio de residencia. Se creó con tal fin un tribunal nombrado por el Colegio Electoral, compuesto de cinco miembros de su seno o de ciudadanos particulares que al efecto se determinasen.⁶³⁵

Al respecto José María Esguerra Samper comenta que

Esta comisión es una institución curiosa. Tiene por objeto residenciar a todos los funcionarios, inclusive los senadores y los representantes, cuando las Cámaras han sido totalmente renovadas, al finalizar cada uno en el ejercicio de sus funciones. Así nadie es llamado a cuentas antes de concluir su servicio; pero al concluirlo, ni los legisladores escapan al juicio de residencia: todos han de responder de sus actos y someterlos a examen y todos son acusables.⁶³⁶

Bajo esta disposición se residenció a Jorge Tadeo Lozano, José María Domínguez y Manuel Camacho y Quesada, ex - Presidente y ex - Senadores, respectivamente. Lozano

⁶³⁴ BENNASSAR, Bartolomé. La América Española, Op. Cit. p. 108.

⁶³⁵ PEREZ, Francisco de Paula. Estudios Constitucionales. Bogotá. Ediciones Lerner. 1936. p. 11 - 12.

⁶³⁶ SAMPER, José María. Op. Cit. p. 41.

dejó el cargo el 19 de Septiembre, presentando un escrito en el que decía que una vez admitida la renuncia y

Que para vindicación de mi honor ó castigo de mis defectos se hagan las diligencias previas para la apertura de mi juicio de residencia que, según el artículo 39 del Título 5, debe tener principio el 19 de Noviembre próximo venidero, y siendo una de estas diligencias previas la de librar la convocatoria de que habla el artículo 10 del Título 7. A V. S. I. suplico se dignen mandar librar dicha convocatoria, para que su falta no induzca nulidad ó demora en el juicio, que es el único que puede ponerme a cubierto de los tiros de los malévolos y fijar la opinión pública sobre mi conducta, como es de justicia que pido. Otrosí digo: que para en guarda de mi derecho, inocencia y justicia se digne V.S. I. mandar se me dé testimonio del discurso que pronuncié en el Colegio Electoral al tiempo de mi elección; de los escritos de renuncia presentados a V. S. I. y decretos puestos a su continuación; del Acta que motivó la reunión de la Representación Nacional en 19 de Septiembre; de las dos Actas que a su consecuencia se celebraron, y, últimamente de este escrito y lo que en él se provea, por convenir a mi justicia y natural defensa(...).⁶³⁷

Posteriormente el Secretario del Senado expidió la convocatoria y con oficio la dirige al Supremo Poder Ejecutivo para su publicación en Santa fe y en los alrededores, más adelante,

El Senado convocó a los pueblos de Cundinamarca para concurrir a la residencia de Lozano, Domínguez y Camacho, por acuerdo de 22 de Octubre de 1811 firmado por D. José Camilo Manrique, D. Pantaleón Gutiérrez, D. Dionisio Gamba, D. José Miguel Pey y D. Luis Eduardo Azuola y por el secretario D. Crisanto Valenzuela. Llegado el 20 de Noviembre, resolvió el Senado aplazar el juicio de residencia, por no poderlo seguir D. Camilo Manrique, Presidente-Prefecto del Senado contra Lozano, por ser inmediatos parientes y por haber sido compañero en el cuerpo Legislativo con D. Manuel Camacho, y con respecto a Domínguez por haber sido otros los senadores sus compañeros en aquella Cámara. D. Jorge Tadeo Lozano apeló de lo resuelto por el Senado, por creer tal medida

⁶³⁷ Boletín de Historia y Antigüedades. Academia Colombiana de Historia. Bogotá. Noviembre de 1902. Año 1. Número 3. p. 143.

infundada, injurídica é ilegal, más no logró que se revocase lo resuelto. El juicio continuó el 4 de Enero de 1812, ante el nuevo Serenísimo Colegio Electoral. El 7 de Febrero declaró el Senado que no habiéndose presentado contra Lozano, Domínguez y Camacho queja ó demanda alguna, con justicia hacían pública declaratoria de que tales funcionarios eran ilustres ciudadanos, beneméritos de la Patria y que la declaratoria hecha sirva de perpetuo monumento que caracterice su patriotismo, honestidad, justificación y desinterés en el servicio del Estado. Dicho Auto lo firmaron D. José Camilo Manrique, D. Juan Jurado, D. Francisco Javier de Vergara, D. Joaquín de Hoyos, D. Victorino Ronderos y el secretario interino D. Vicente Rojas. El Presidente del Estado ordenó que se publicase el Auto en el periódico oficial.⁶³⁸

La Constitución de Cartagena de 1814 estableció que el Senado y el Supremo Tribunal de Justicia eran los que integraban “la alta corte de residencias y acusaciones”. Para que pudiera ser operativa cualquier denuncia debía ser procedente una “acusación formal hecha por la Cámara de Representantes. Esta debía ser calificada por cuatro Representantes.”⁶³⁹

En Argentina, la Asamblea de 1813 dispuso someter a residencia a todos los que habían ejercido el gobierno de las provincias unidas desde el 25 de mayo de 1810 hasta el 20 de Febrero de 1813, estableciéndose un procedimiento especial para sustanciar los juicios⁶⁴⁰.

Para tal fin se creó:

Una comisión de siete miembros, de instancia única, residencia limitada a los que hubieren ejercido el poder directivo de las provincias unidas y encomendada a un órgano no perteneciente a la estructura común judicial. El juicio se ajustaba a normas procesales estipuladas en un reglamento sancionado por la Asamblea del 27 de marzo de 1813. Según él se iniciaba el proceso con la publicación

⁶³⁸ Ibid. p. 144.

⁶³⁹ LLANO ISAZA, Rodrigo. Centralismo y Federalismo. Op. Cit. p. 175-176.

⁶⁴⁰ MARTIRE y TAU, Op. Cit. p. 291 y 292.

de edictos en las provincias y podían interponer la acción “todos los pueblos, tribunales, jueces, municipalidades o ciudadanos”; con enorme amplitud se establecía que para iniciarla no era necesario tener interés personal pues todo ciudadano tenía “derecho de acusar ante la comisión a los que han de ser residenciados por cualquier atentado o crimen que hayan cometido contra los derechos de los pueblos”. El reglamento especificaba también los elementos de la prueba, de la defensa y advertía que la sentencia era inapelable. Este Tribunal sustanció 35 residencias y en ellas campeó un móvil político: castigar a los promotores de las jornadas del 5 y 6 de abril de 1811. Después de un proceso extraño, con ciertas anomalías, se sentenció al destierro a Cornelio Saavedra y a Joaquín Campana.⁶⁴¹

En la península la institución del juicio de residencia persistió hasta finales del siglo XIX, se les aplicaba a los funcionarios de los territorios de ultramar, como Cuba, Filipinas y Puerto Rico. La residencia de virreyes, presidentes y gobernadores que tenían mando superior, como los de La Habana y Puerto Rico, debían ser tomadas por tres sujetos de conocida idoneidad nombrados por el rey.

En el real decreto de 20 de Noviembre de 1841 se introdujeron cambios con el propósito de eliminar los abusos que se estaban produciendo, en primera instancia se estableció que las leyes de Indias pertinentes a las residencias de los funcionarios públicos de ultramar se observaran puntualmente, de igual forma se prescribió que las residencias de los gobernadores de Cuba, Filipinas y Puerto Rico, eran competencia del Tribunal Supremo de Justicia en la sala de Indias; posteriormente se asignó esta competencia a la sala de lo criminal del Tribunal Supremo

⁶⁴¹ SEGHESSO DE LOPEZ ARAGON, María Cristina. El juicio de Residencia en el Derecho Patrio Provincial. Revista de Historia del Derecho No. 13. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1985. p. 277.

En 1894 se clamó por una reforma de esta institución, debido a la ausencia absoluta de reglas procesales que la regularan adecuadamente y por la necesidad de nuevos preceptos acomodados a los principios de la moderna legislación.⁶⁴²

En la actualidad esta institución sobrevive en la Argentina, y en concreto en la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, que establece en su artículo 190, que los

Funcionarios que ocupen cargos electivos, así como los ministros, secretarios y subsecretarios tanto provinciales como municipales y comunales, no podrán abandonar la Provincia hasta después de cuatro meses de terminadas sus funciones, salvo expresa autorización de la Legislatura Provincial o de los cuerpos deliberativos municipales, por estar sometidos a juicio de residencia.⁶⁴³

En desarrollo de esta disposición se expidió la Ley 619 de 2004; estableciéndose en ella que los Juicios de Residencia deben ser adelantados por el Tribunal de Cuentas de la Provincia. Este medio de control cobija a cualquier funcionario cuyo mandato hubiere finalizado, con independencia de su reelección o de su designación en distinto cargo. También se creó la Comisión de Seguimiento Legislativo del Juicio de Residencia, que está integrada por un legislador de cada bloque parlamentario. Este ente podrá solicitar “informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que se estime útil, a cualquier organismo público nacional, provincial, municipal, o comunal, y a personas físicas o

⁶⁴² RICARDO ESPAÑA, Gabriel. Tratado de Derecho Administrativo Colonial. Tomo I. Madrid. Editorial Revista de Legislación. 1894. p.103 -106.

⁶⁴³ La Voz del Interior. Periódico de la Provincia de Córdoba. Córdoba. Febrero 2 de 2004. p. 1.

jurídicas, públicas o privadas, todos los cuales estarán obligados a proporcionarlos dentro del término que se les fije.”⁶⁴⁴

Concluimos diciendo que el Juicio de Residencia sigue siendo visto hoy en día como una efectiva forma de control. Por ello se planteó hace 20 años en el VII encuentro de profesores de Derecho Constitucional Argentino la necesidad de que se incorporara a la normativa constitucional de la Nación.⁶⁴⁵

4.2.3.3. Juicio de Cuentas.

4.2.3.3.1. Antecedentes y Situación en Castilla.

Podemos definir el juicio de cuentas como el procedimiento por el que se obligaba a responder a quienes de manera regular hubieran tomado parte en la recaudación, administración o inversión de la Real Hacienda.⁶⁴⁶

Su origen se remonta a las Partidas, en donde se estableció que los oficiales que desempeñaran oficios económicos y de justicia debían rendir cuentas de su gestión⁶⁴⁷.

⁶⁴⁴ Ibid. p. 2-3.

⁶⁴⁵ SEGHESSO DE LOPEZ ARAGON, María Cristina. El juicio de Residencia en el Derecho Patrio Provincial, Op. Cit. p. 270.

⁶⁴⁶ MARILUZ URQUIJO, José María. El Agente Op. Cit. p. 429.

⁶⁴⁷ Los almojarifes y cogedores, oficiales económicos, debían rendir cuentas “documentales al rey o al que éste envíe en su lugar, de lo que administraron durante su mandato, “prouando las pagas por las cartas del rey, por que fueron fechas, e por los alualaes de los que las rescebieron”. GARCIA MARIN, José María. El Oficio Público en Castilla durante la baja Edad Media, Op. Cit. p. 317.

En las cortes de Toledo, de 1436, se impuso la obligación para los Tesoreros y Contadores Menores de Cuentas de informar “ante los oficiales mayores de lo que hicieron durante el año en que administraron las rentas y derechos reales.”⁶⁴⁸

En 1437 Juan II creó la Contaduría Mayor de Cuentas, a la que se le encargó la fiscalización de las cuentas de la Corona.⁶⁴⁹

Posteriormente en 1476 los Reyes Católicos dividieron esta Contaduría Mayor en dos Contadurías, la de Hacienda que se encargaría de regular el recaudo y la distribución de las rentas, y la de Cuentas propiamente dicha.⁶⁵⁰

Con Carlos V, llegó a la península la influencia del modelo de finanzas de los países bajos. Este se vió plasmado en las Ordenanzas de la Coruña de 1554, en las cuales se dispuso que la Contaduría Mayor de Cuentas estaba constituida por tres letrados quienes, en compañía de dos ministros del Consejo Real, eran los encargados de resolver los pleitos. También se estipuló que la revisión de las cuentas debía hacerse en el lugar de actuación de los agentes que manejaban dineros públicos.⁶⁵¹

⁶⁴⁸ Ibid. p. 318.

⁶⁴⁹ ESCOBEDO, Ronald. Control Fiscal en el Virreinato peruano. El Tribunal de Cuentas. Madrid. Editorial Alhambra. 1986. p. 5.

⁶⁵⁰ GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. El Tribunal de Cuentas. El control económico - financiero externo en el ordenamiento constitucional español. Barcelona. Marcial Pons. 2001. p. 26.

⁶⁵¹ Ibid.

Más tarde con la subida al trono de Felipe II se dictaron las Ordenanzas de El Pardo de 1569 y 1593. En las primeras se impuso la obligación de la reserva sumarial a todos los miembros de la Contaduría General. Con las segundas se creó el Consejo de Hacienda, se suprimió la Contaduría Mayor de Hacienda y se estableció un Tribunal de Oidores encargado de juzgar los pleitos relacionados con la Hacienda Real. Con Felipe III se fusionó este Consejo de Hacienda con la Contaduría Mayor de Cuentas, creando un solo Tribunal para juzgar los asuntos relativos a las finanzas públicas.⁶⁵²

La llegada al poder en el siglo XVIII de los Borbones implicó un cambio en la estructura normativa, que se caracterizó por un fuerte proceso de centralización, en el cual Felipe V le dio al Tribunal de la Contaduría Mayor de Cuentas una nueva organización e implementó además la institución del Superintendente General de Hacienda, personaje este que representa en la administración pública el típico funcionario comisionado del poder central, al cual le asignaban sus tareas por una comisión temporal, en la que siempre se le otorgaron facultades judiciales en materia tributaria.⁶⁵³

4.2.3.3.2. El Juicio de Cuentas en las Indias.

En el siglo XVI comienza la preocupación por el manejo de las cajas reales, por lo cual se prescribió imperativamente de acuerdo con las leyes nuevas de 1542⁶⁵⁴, que los oficiales

⁶⁵² Ibid. p. 27.

⁶⁵³ Ibid. p.30.

⁶⁵⁴ SANCHEZ BELLA, Ismael. La Organización Financiera de las Indias. México. Escuela Libre de Derecho. 1980. p. 269 - 270.

debían enviar a la Contaduría del Consejo de Indias un resumen anual de lo recibido y gastado, un tiento anual, y una cuenta general cada tres años.⁶⁵⁵

De igual manera, si lo estimaba pertinente el Consejo de Indias podía despachar visitadores especiales para que examinasen “las cuentas de una caja determinada o incluía el encargo de tomar las cuentas en las instrucciones repartidas a algún visitador general.”⁶⁵⁶

El 10 de mayo de 1554 a través de ordenanzas se fijó un método único de toma de cuentas, el cual iba a tener vigencia hasta comienzos del siglo XVII. Este sistema disponía que la revisión sería anual y que cada tres años se revisaría la cuenta final. Esta indagación la realizaban el presidente y dos oidores de la audiencia de la provincia o, en su defecto, la efectuaban el gobernador con dos regidores del cabildo y el escribano del Concejo⁶⁵⁷. Las cuentas se examinaban en primer lugar con el corte y tanteo, que consistía en un examen sumario del contenido de las arcas, que se efectuaba a comienzos de enero. Luego continuaba la operación con su revisión minuciosa en los meses de enero y febrero⁶⁵⁸. Si se encontraba que los oficiales investigados le adeudaban alguna suma a la hacienda real, esta debía cobrarse en un lapso de tres días y se ingresaba en “la Caja de tres llaves de la

⁶⁵⁵ MARILUZ, El Agente. Op. Cit. p. 428.

⁶⁵⁶ Ibid.

⁶⁵⁷ SILVA, Fernando. La Contaduría Mayor de Cuentas del Reino de Chile. Publicado en: Estudios de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1967. p. 105.

⁶⁵⁸ SANCHEZ BELLA, Ismael. La Organización Financiera, Op. Cit. p. 271.

audiencia.”⁶⁵⁹ . Una vez finalizadas las diligencias se remitía un traslado al Consejo de Indias, “para que, después de revisarlas, diera el finiquito o aprobación final.”⁶⁶⁰

Posteriormente, se combinó este sistema con el establecido al comienzo, de nombrar comisionados especiales desde España para revisar las cuentas.

En 1560 se separó de la Real Audiencia la jurisdicción de Hacienda y esta nueva competencia se les asignó a los oficiales reales de hacienda y más tarde a los Tribunales de Cuentas.⁶⁶¹

Por la Real Cédula de 24 de agosto de 1605 se crearon los Tribunales de Cuentas en Lima, México y Santa fe. Estos estaban integrados por tres contadores mayores, dos ordenadores de cuentas, dos oficiales y un portero, y fueron constituidos con el objeto de “tomar las cuentas de las rentas y derechos que a nos pertenecen en aquellos Reynos y Señoríos, a todos y qualquier persona en cuyo poder hubiere entrado y entrare a nuestra hacienda (...)”.⁶⁶²

Para conservar la autonomía y la imparcialidad, los contadores no podían casarse, sin licencia, con hijas, hermanas o deudas dentro del cuarto grado de los oficiales reales de la

⁶⁵⁹ MARILUZ, El Agente, Op. Cit. p. 428.

⁶⁶⁰ SANCHEZ BELLA, Ismael. La Organización Financiera, Op. Cit. p. 272.

⁶⁶¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo I, Op. Cit. p. 291.

⁶⁶² LUCENA SALMORAL, Manuel. Creación del Tribunal de Contadores de Cuentas. Publicado en: Historia Extensa de Colombia. Vol. III. Nuevo Reino de Granada. Real Audiencia y Presidentes. Tomo 1. Presidentes de Capa y Espada. (1605-1628). Bogotá. Ediciones Lerner. p.81.

hacienda de sus distritos, ni en general con cualquier persona que tuviera relación con la Real Hacienda.⁶⁶³

Los juicios de cuentas se manejaban en primera y segunda instancia por tres jueces oidores, por el fiscal de la Audiencia del respectivo territorio y por dos contadores. El nombramiento de los tres jueces oidores lo debía hacer el presidente de la Audiencia y en ausencia de aquel lo podían realizar los demás miembros de ésta.⁶⁶⁴

Entre las atribuciones de los Tribunales estaba la de tomar las cuentas de los oficiales reales, de los tesoreros, arrendadores, administradores fieles y tomadores de las rentas reales⁶⁶⁵. Estos tenían que presentar una relación jurada de su gestión y, para conminarlos a cumplir esta obligación, la Corona dispuso la pena del tres tanto: “una para el denunciante, otra para los jueces y una última para la Cámara Real.”⁶⁶⁶ De igual forma, si encontraban alguna inconsistencia en la cuenta, podían apremiar a los administradores en sus personas, bienes y fiadores. También tenían la potestad de condonar las deudas de quienes “cumpliendo con sus obligaciones, hubieran hecho todo lo posible y se comprometieran a continuar con las diligencias necesarias para su cobranza.”⁶⁶⁷ Excepcionalmente, podían hacer responder a los oficiales reales no sólo de lo ingresado en caja sino también de lo que, por obligación, estos debían cobrar. Este último aspecto presentó muchos inconvenientes

⁶⁶³ SANCHEZ BELLA, Ismael. El Tribunal de Cuentas de México. Siglo XVII. Pamplona. EUNSA. 1991. p. 631.

⁶⁶⁴ LUCENA SALMORAL, Manuel. Creación del Tribunal, Op. Cit. p. 84-85.

⁶⁶⁵ CRUZ BARNEY, Oscar. Historia del Derecho en México. Op. Cit. p. 352.

⁶⁶⁶ ESCOBEDO, Ronald. Control Fiscal, Op. Cit. p.34.

⁶⁶⁷ Ibid. p. 35.

porque los oficiales no lo pagaron casi nunca, a pesar de que el Consejo de Indias ordenaba su cobro.⁶⁶⁸

Otras competencias de los mencionados Tribunales eran las de tomar las cuentas ordinarias que incluían las de los corregidores, tenedores de bastimentos, de pagadurías de gente de guerra, etc. Igualmente tenían tareas burocráticas como el reconocimiento de los libros de memorias ordinarias y extraordinarias, de los cargos y ejecutorias y de las personas que tenían que rendir cuentas; tomar razón de las cédulas reales y otras disposiciones concernientes a la Real Hacienda; revisar las cuentas que tomaban los oficiales reales a los corregidores de sus distritos, por apelación de alguna de las partes, etc.⁶⁶⁹

El juicio de cuentas se iniciaba con un auto proferido por el Tribunal en el que se ordenaba la presentación de las cuentas del año anterior en un término de quince días. Las cuentas se presentaban por duplicado y con un oficio explicativo. Toda Cuenta constaba de tres partes: en primer término, se encontraba el cargo donde figuraban las rentas y los derechos que pertenecían a la Corona; en segundo lugar, estaba la data en donde se anotaban los pagos que se hacían; en último lugar, estaba el alcance, que era la diferencia entre el cargo y la data. Posteriormente, se declaraban presentadas las cuentas y se iniciaba el proceso examinando las cuentas desde un punto de vista numérico y normativo⁶⁷⁰, se analizaba la legitimidad de cada partida de la cuenta y al margen se escribía su visto bueno o se le hacían reproches. Con todos los reproches, se formaba el pliego de reparos del que se

⁶⁶⁸ SANCHEZ BELLA, Ismael. El Tribunal de Cuentas de México, Op. Cit. p. 666.

⁶⁶⁹ ESCOBEDO, Ronald. Control Fiscal, Op. Cit. p. 43-44.

⁶⁷⁰ SILVA, Fernando. La Contaduría Mayor, Op. Cit. p. 140.

corría traslado al que presentaba la cuenta informándole del plazo para contestarlo, contestación que se denominaba pliego de respuesta, con la cual se sacaba la glosa definitiva aprobando o desaprobando las partidas.⁶⁷¹ Posteriormente se dictaba la sentencia o auto definitivo, que se conformaba por una “parte considerativa, en la que se ponderaba cada uno de los reparos y sus respuestas; y de una parte resolutive”⁶⁷². Aprobada y firmada la sentencia por los miembros del Tribunal, esta providencia era ejecutiva en la persona y bienes del responsable de la cuenta, decisión que era impugnabile a través del recurso de apelación. Cuando las obligaciones eran canceladas, se expedía un comprobante de haber presentado la cuenta que servía para probar la cosa juzgada, la cual sólo podía ser nuevamente examinada en caso de dolo o error de cálculo.⁶⁷³

En 1784 se ordenó llevar las cuentas por partida doble en tres libros denominados Manual, Caja y Mayor, pero, al parecer, este método no llegó a aplicarse, según Jaramillo Uribe, ya que, a fines de esa centuria, las cuentas se seguían manejando con el sistema del cargo y la data.⁶⁷⁴

Mariluz, refiriéndose a la eficacia de los Tribunales de Cuentas, comenta varios inconvenientes,

Al erigirse los tres primeros Tribunales se les señaló a cada uno un distrito demasiado extenso como para que pudiesen cumplir su cometido en forma satisfactoria. Fueron frecuentes los atrasos en el

⁶⁷¹ MARILUZ, El Agente, Op. Cit. p. 430.

⁶⁷² SILVA, Fernando. La Contaduría Mayor de Cuentas, Op. Cit. p. 141.

⁶⁷³ MARILUZ, El Agente, Op. Cit. p. 430.

⁶⁷⁴ JARAMILLO URIBE, JAIME. La Economía del Virreinato (1740- 1810). Publicado en: Historia Económica de Colombia. Bogotá. Siglo Veintiuno editores. 1991. p. 82.

examen de las cuentas, con lo que las defraudaciones al Fisco tardaban en descubrirse. Las consecuencias de esas demoras eran el aumento del monto de lo adeudado y, eventualmente, la muerte del culpable o de sus fiadores, lo que implicaba mayores dificultades para su cobro. Los Tribunales chocaron con el problema de la crónica escasez de personal, agravada, en ocasiones, por comisiones especiales encargadas a sus contadores.⁶⁷⁵

4.2.3.3.3. Pervivencia del Juicio de Cuentas en los siglos XIX y XX.

Con el advenimiento de la Independencia el Juicio de Cuentas subsistió, es decir que no hubo solución de continuidad entre el Estado Absoluto y el Estado Liberal, pues se mantuvo en operatividad esta institución. Es así como la Ley 51 de 1821 creó la Contaduría General de Hacienda en reemplazo de los Tribunales de Cuentas. Allí se reglamentó que la Contaduría tenía la Jurisdicción Coactiva para satisfacer los alcances líquidos e incontestables que resultaren contra los tesoreros o administradores en las cuentas que hubieran rendido. De igual forma, reguló que el poder ejecutivo debería expedir las órdenes para que todos los individuos que hubieran manejado caudales públicos o que hubieran administrado cualquier renta, presentaran sus cuentas comprobadas.⁶⁷⁶

Posteriormente se expidió la Ley 197 de 1824, en la cual se suprimió la Contaduría General de Hacienda reemplazándola por la Dirección General de Hacienda y Rentas Nacionales. A esta se le asignó la misión de reunir la normatividad referente al manejo de la Hacienda Pública y para tal fin se estipuló que se debería unificar la manera de llevar los libros de cuenta y razón y el fenecimiento de las cuentas. También se crearon las Contralorías

⁶⁷⁵ Ibid. p 431.

⁶⁷⁶ Codificación Nacional de todas las Leyes de Colombia desde el año 1821, hecha conforme a la Ley 13 de 1912, por la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado. Bogotá. Imprenta Nacional. 1924. p.171 - 172.

Departamentales, asignándoles las funciones de remitir en los primeros días del mes de Octubre a la Dirección General, la relación de las cuentas glosadas, sentenciadas y fenecidas, así como también los resultados de cada juicio y se les asignó la competencia para ejecutar por la Jurisdicción Coactiva las cuentas fenecidas.⁶⁷⁷

Hay que resaltar que estas dos primeras leyes se redactan en la época de la Gran Colombia, en la que la situación fiscal era bastante dramática debido al endeudamiento causado por la independencia. Adicionalmente el manejo de la Hacienda Pública no era muy eficiente, lo que motivó a que el General Santander prescribiera que los empleados que estuvieran inmersos en actividades de corrupción pudieran ser destituidos con la sola sospecha, regulación que fue ratificada por el Congreso en 1826, pero que no tuvo mucha eficacia, ya que muy pocos funcionarios fueron sancionados.⁶⁷⁸

En 1832 se expidió la Ley 736, con la que se restableció la Contaduría General de Hacienda, como organismo dependiente del poder ejecutivo, a la que se le fijó la potestad del examen, glosa y fenecimiento de las cuentas. De igual manera se reguló que, en el mes de enero de cada año, los oficiales generales y principales de hacienda deberían presentar a la Contaduría las cuentas y comprobantes de su manejo en el último año económico, el cual comprendía desde el 1ro. de diciembre al último día del mes de noviembre.⁶⁷⁹

⁶⁷⁷ Ibid. p. 412- 413, 416, 419.

⁶⁷⁸ BUSHNELL, David. El régimen de Santander en la Gran Colombia. Bogotá. El Ancora Editores. 1984. p.113.

⁶⁷⁹ Codificación Nacional de todas las Leyes de Colombia desde el año 1821, hecha conforme a la Ley 13 de 1912, por la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado. Bogotá. Imprenta Nacional. 1925. p.367, 371.

Luego se promulgó la Ley 1259 de 1840, la cual reglamentó pormenorizadamente el Juicio de Cuentas. En esta se determinó que las Cuentas debían ser dirigidas rotuladamente a un Contador auxiliar, quien tenía que comparar la cuenta con la del año anterior y, en el caso de presentarse inconsistencias, debía redactar un pliego de glosas, cargos y reparos, que se le comunicaba al afectado para que presentara sus contestaciones. Si estas no satisfacían, se le volvía a formular otro pliego de cargos y se esperaban nuevamente las contestaciones, que en caso de ser satisfactorias daban lugar a la expedición del finiquito de la cuenta; en caso contrario, se fenecía la cuenta y se elevaban a cargos líquidos aquellos que no se hubiesen satisfecho y se hacían exigibles, teniendo la obligación el imputado de reintegrar en el acto las sumas adeudadas. Una vez hecha esta operación se podía expedir el finiquito.

680

Con la Ley 1789 de 1847 se creó la Corte de Cuentas, institución dependiente del poder ejecutivo, encargada del examen y fenecimiento de las Cuentas de los responsables del Tesoro. La Corte procedía de oficio o por denuncia de parte, estaba compuesta por un Juez Mayor, que era su Presidente, y por seis jueces de cuentas, todos nombrados por el poder ejecutivo. El procedimiento tenía dos instancias, la primera de las cuales se desarrollaba ante el juez de cuentas, designado por el Juez Mayor. En esta se realizaba un examen minucioso de la cuenta y, en caso de que se encontraran glosas que hacer, estas tenían que comunicarse al afectado para que las contestara; si no se tenían observaciones que formular, se procedía al finiquito. Una vez analizadas las contestaciones, y, si estas no desvanecían

⁶⁸⁰ Codificación Nacional de todas las Leyes de Colombia desde el año 1821, hecha conforme a la Ley 13 de 1912, por la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado. Bogotá. Imprenta Nacional. 1926. p. 643- 644.

los cargos, se procedía al fenecimiento, deduciendo el alcance que resultaba a cargo del responsable del erario. La segunda instancia se daba por apelación ante la Corte. Una vez resuelto el recurso, la Corte hacía exigible la suma adeudada al erario público, en caso contrario, ella misma expedía el finiquito⁶⁸¹

En 1858 se expidió la Ley 2440, con ella se le dieron las funciones que anteriormente desempeñaba la Corte de Cuentas a un nuevo organismo denominado Oficina General de Cuentas. Esta se componía de cuatro contadores nombrados por el Congreso por mayoría absoluta, para un período de cuatro años, pudiendo ser reelegidos inmediatamente. En esta norma se definió qué funcionarios eran responsables del erario nacional, entre ellos estaban el tesorero general de hacienda, el administrador general de correos, los administradores principales de hacienda, los administradores de aduanas, de salinas y de casas de moneda, los pagadores de guerra, etc. También se reguló el Juicio de Cuentas prescribiendo que los responsables del erario nacional debían formar cada mes las cuentas y debían remitirlas a la Oficina General, las cuales, una vez recibidas, eran comparadas con su Inventario y se le pasaban al Contador para su examen y fenecimiento en primera instancia. Si aparecían inconsistencias, el Contador redactaba un pliego de reparos o contracuenta al investigado para que este lo contestara; una vez vencido el término de las contestaciones se absolvía a los imputados de los cargos que hubieran sido desvirtuados y se elevaba a alcance líquido por el valor de los cargos no satisfechos. Contra este auto de fenecimiento procedía el recurso de apelación ante la Oficina General de Cuentas, recurso que sólo era aceptado si se

⁶⁸¹ Codificación Nacional de todas las Leyes de Colombia desde el año 1821, hecha conforme a la Ley 13 de 1912, por la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado. Bogotá. Imprenta Nacional. 1928. p.181-182.

había consignado en la Oficina encargada del recaudo la suma adeudada. La apelación se resolvía examinando las glosas y el fenecimiento de primera instancia, así como las contestaciones, sin pedir nuevas explicaciones al responsable. Si la decisión era confirmatoria, el fallo se ejecutaba directamente por la Oficina General, en caso contrario, si se absolvía al imputado, se le expedía el finiquito y se le devolvía la suma consignada.⁶⁸²

Posteriormente se promulgaron dos Leyes, la 68 de 1866, por la que se reguló una nueva organización de la Hacienda Pública, conservando como ente fiscalizador a la Oficina General de Cuentas, pero conformada por cinco miembros elegidos por el poder legislativo; y la 106 de 1873, que funcionó como Código Fiscal recopilando toda la legislación anterior. En esta se mantuvo la Oficina General, como el principal ente de fiscalización y se siguió con la rendición mensual de cuentas por parte de los responsables del erario⁶⁸³, incluyendo dentro de estos a los particulares que manejaban fondos públicos. Consagró igualmente la rendición anual de cuentas para los agentes diplomáticos y consulares, debiendo presentar la cuenta en el mes de Septiembre de cada año. Por otro lado, se definió el Juicio de Cuentas como la observancia de reglas para averiguar si los responsables del erario habían sido cumplidores de su deber en la recaudación de las rentas y en la formación, rendición y comprobación de sus cuentas. También reguló una tercera instancia contra el fallo de la

⁶⁸² Codificación Nacional de todas las Leyes de Colombia desde el año 1821, hecha conforme a la Ley 13 de 1912, por la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado. Bogotá. Imprenta Nacional. 1930. p.51, 55-62.

⁶⁸³ DUQUE ESCOBAR, Iván. El Control Fiscal en Colombia. Bogotá. Impresa Ltda. 1980. p. 8.

Sala de apelación de la Oficina General de Cuentas, estableciendo otro recurso de apelación ante la Corte Suprema Federal.⁶⁸⁴

En el período de la Regeneración se promulgó la Ley 36 de 1898 con la que se restableció la Corte de Cuentas, organismo compuesto de diez magistrados nombrados cinco por el Senado y cinco por la Cámara de Representantes, para un período de cuatro años.⁶⁸⁵

En materia de control fiscal, la primera normatividad que se expidió, en este siglo, fue la Ley 61 de 1905 promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa convocada en el gobierno de Rafael Reyes. En esta regulación se creó la figura del Administrador General de Hacienda, ente que debía dirigir y controlar los recaudos, y en general de todo lo concerniente con el manejo de la Hacienda. Por otro lado, se conservó la institución de la Corte de Cuentas, Corporación compuesta por cinco magistrados que eran nombrados por la Cámara de Representantes por un período de cuatro años. Entre sus funciones estaban el examen y feneamiento en primera y segunda instancia de las cuentas que le eran rendidas por el Administrador General de Hacienda y por las empresas a las que se les había garantizado un interés social sobre el capital invertido o que hubieran recibido un auxilio o subvención del Tesoro Nacional. De igual forma, se creó la Sección de Cuentas, dependencia a cargo del Administrador General de Hacienda que se encargaba en primera instancia del examen y feneamiento de las cuentas mensuales de los

⁶⁸⁴ OLARTE CAMACHO, Vicente. Recopilación de las Disposiciones Administrativas. Op. Cit. p. 392 -393, 398.

⁶⁸⁵ Leyes Colombianas de 1898. Edición Oficial hecha bajo la dirección del Consejo de Estado. Bogotá. Imprenta Nacional. 1899. p.31.

administradores subalternos, teniendo entre ellos, por ejemplo, a los administradores particulares de aduanas, de salinas, administradores seccionales, etc.⁶⁸⁶

En el año de 1912 se promulgó un nuevo Código Fiscal, la Ley 110, en el cual subsistió la figura de la Corte de Cuentas como ente encargado de realizar el Juicio de Cuentas, aumentando a diez el número de magistrados que la integraban. Se prescribió que el propósito del Juicio era poner a cubierto al Tesoro Nacional de toda omisión en la percepción de los ingresos y de toda erogación ilegal, haciendo reintegrar cualquier suma dejada de cobrar que hubiera sido extraída ilegalmente de la Caja o que hubiese sido pagada de forma ilegal. Estableció que la responsabilidad que se endilgaba a los responsables era de carácter civil o pecuniaria, diferente de la penal. La primera instancia del Juicio se reguló para los empleados de manejo presupuestario y para los empleados de las empresas a las cuales se les hubiera concedido garantía de interés y de las empresas en que el Estado tuviera participación, quienes tenían la obligación de rendir una cuenta mensual y otra anual dentro de los dos meses siguientes a la terminación del año económico. Una vez la Corte recibía las Cuentas hacía una comparación con el Inventario; en el caso en que no hubiera concordancia, el magistrado debía hacer la imputación por lo dejado de recaudar, por los pagos hechos sin orden ni autorización, por los pagos realizados que excedieran el valor de las órdenes recibidas, por los errores aritméticos que disminuyeran o aumentaran el ingreso y el egreso respectivamente. Luego se le formulaba un auto de glosas en el que constaban todas las objeciones y reparos al investigado,

⁶⁸⁶ Constitución Política de Colombia. Actos Legislativos que la reforman y Leyes de 1905. Bogotá. Imprenta Nacional. 1905. p. 342, 366-367, 377-378.

providencia que era notificada y a la cual se le daba un término para contestar de quince días si las cuentas eran mensuales y de un mes para las anuales. Recibidas las contestaciones, el magistrado fenecía la cuenta absolviendo a los imputados, provisionalmente si la cuenta era mensual o definitivamente si era anual; en caso contrario, elevaba a alcance líquido el saldo que resultaba a su cargo. Este auto podía ser apelado ante los otros magistrados que integraban la Corte de Cuentas. En la segunda instancia se podía dar el fenecimiento de la cuenta, por auto absolutorio, o se podía confirmar lo dispuesto por la primera instancia. Contra esta providencia existía un recurso de apelación ante el Tribunal Supremo Administrativo, conformando así la tercera instancia, que podía ser alegada por el Procurador General de la Nación para el caso del auto absolutorio o por el afectado cuando se dictaba un auto confirmatorio. Si se volvía a confirmar la responsabilidad del investigado, el presidente de la Corte de Cuentas debía dar aviso al Ministerio del Tesoro para que este expidiera la orden de pago.⁶⁸⁷

En 1918 se expidió la Ley 36, la cual aumentó el número de magistrados que integraban la Corte de Cuentas a trece, nombrados seis por el Senado y siete por la Cámara de Representantes para un período de cuatro años. Esta reguló que todos los empleados de manejo que, pasados sesenta días después de promulgada esta ley, no hubieran rendido las cuentas de su cargo, hasta el último día de diciembre de 1917, serían destituidos de sus empleos por el Gobierno, previo informe de la Corte de Cuentas; si esa cuenta debería haber sido rendida por una entidad jurídica o por una corporación que hubiera recibido auxilios del Tesoro, y no lo hubiera sido, la Corte debía requerir al representante de la

⁶⁸⁷ Diario Oficial. Año XLIX. Números 14845-14847. Bogotá. Imprenta Nacional. 1913. p. 599 - 604.

entidad y si pasados dos requerimientos continuaba la mora, se suspendían los pagos hasta que se cumpliera con esta obligación.⁶⁸⁸

Con la llegada de la primera misión Kemmerer se creó la Contraloría General a través de la Ley 42 de 1923, organismo al que se dotó de naturaleza jurídica de Departamento, a cargo de un Contralor General y de un Auditor General, ambos nombrados por el poder ejecutivo con la aprobación de la Cámara de Representantes, por un período de cuatro años. Se le asignaron como competencias exclusivas al Contralor General los asuntos referentes al examen, glosa y fenecimiento de cuentas de los funcionarios o empleados encargados de recibir, pagar y custodiar fondos o bienes de la Nación. Igualmente, se dispuso que los empleados nacionales de manejo debieran rendir al Contralor General, durante los cinco primeros días de cada mes, las cuentas comprobadas de ese manejo; y si dentro de ese lapso no se presentaban, el Contralor debía solicitar la suspensión inmediata del funcionario⁶⁸⁹. Por primera vez en el país se instituyó la función de control previo, regulando que ningún gasto podrá efectuarse sin ley previa que lo autorizara⁶⁹⁰. Por otro lado, esta ley, implementó el recurso de apelación contra toda decisión tomada por el Contralor ante el Consejo de Estado, con la que presuntamente se le causara agravio a una persona, dentro del mes siguiente al de la notificación.⁶⁹¹ Este recurso, en un comienzo, causó muchos inconvenientes, ya que dentro del Consejo de Estado, tanto la Sala de Lo Contencioso

⁶⁸⁸ Leyes expedidas por el Congreso Nacional en su legislatura. Bogotá. Imprenta Nacional. 1939. p. 55, 57.

⁶⁸⁹ CARREÑO, Pedro María. Apuntes sobre Derecho Administrativo, Op. Cit. p. 76.

⁶⁹⁰ CASTRO MARTINEZ, José Joaquín. Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá. Librería siglo XX. 1950. p. 74.

⁶⁹¹ Leyes expedidas por el Congreso Nacional en su legislatura. Bogotá. Imprenta Nacional. 1941. p.112 -113.

Administrativo, como la de Negocios Generales se inhibieron de conocerlo, por lo cual el Congreso expidió la Ley 109 de 1923 en la que se reglamentó que el Consejo en Sala plena debía conocer las apelaciones. De igual manera, esta última dispuso que el pleno de la Corporación debía expedir la reglamentación sobre el procedimiento del recurso; por ello, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo dictó el Acuerdo 1ro. de 12 de enero de 1924, por el que reguló la materia en lo atinente al Juicio de Cuentas.⁶⁹²

Comenta el profesor Pareja que el Consejo de Estado modificó el acuerdo de 1924 por otro más conciso dictado en 1926, el No. 1 de Junio 23, en el cual se fijó el siguiente trámite del recurso de apelación

Admitido el recurso de apelación por el Consejero sustanciador, ordenará que el asunto se fije en lista por 5 días, durante los cuales podrá el responsable alegar o presentar documentos; pasado el término de lista, durante los 10 días siguientes, podrá el Consejero solicitar explicaciones o pruebas, si las cree necesarias; si no presentará al Consejo el proyecto de fallo. Aún después de fallado el asunto y ejecutoriado el fallo, sea que el expediente se halle aún en el Consejo o haya pasado ya a la Contraloría, podrá el responsable presentar nuevos documentos justificativos, y si éstos son atendibles, el auto podrá reformarse en concordancia. Si la apelación ante el Consejo no diere resultado favorable al apelante, la Contraloría enviará el asunto a los jueces de ejecuciones fiscales, para que se abra el juicio ejecutivo contra el responsable y sus fiadores.⁶⁹³

Debemos anotar que esta misión Kemmerer marca el inicio de la influencia del pensamiento norteamericano en nuestro derecho administrativo en el siglo XX. No podemos olvidar que, en el siglo XIX, esta ya se había dado al institucionalizar el régimen

⁶⁹² ARGUELLO, Alcibíades y BUENAHORA, Luis. Derecho Administrativo Colombiano. Op. Cit. p. 131-133.

⁶⁹³ PAREJA, Carlos H. Curso de Derecho Administrativo. Bogotá. Editorial ABC. 1937. p.399-400.

presidencial y, más tarde, el Estado Federal. La misión llegó al país por petición del entonces presidente Pedro Nel Ospina. Esta implantó organismos tan importantes como el Banco de la República, la Superintendencia Bancaria y la Contraloría General. Con esta última se acaba la Corte de Cuentas, que, como hemos visto, era una institución heredada del régimen español, y en concreto de los Tribunales de Cuentas, y no francés⁶⁹⁴ como equivocadamente afirman Iván Duque Escobar⁶⁹⁵ y Diego Younes Moreno⁶⁹⁶. No obstante lo anterior, la figura del Juicio de Cuentas, también española, siguió subsistiendo a pesar de estar inmersa en un modelo administrativo anglosajón.

En 1930, en el gobierno de Enrique Olaya Herrera, llegó al país la segunda misión Kemmerer, encargada de evaluar la situación económica producida por la gran depresión⁶⁹⁷. El gobierno, amparado en las recomendaciones formuladas por estos expertos, profirió el Decreto-Ley No. 911 de 1932, por el que reformó la Contraloría asignándole más competencias fiscalizadoras como, por ejemplo, la de cooperación con los jueces en los delitos contra el Tesoro, pudiéndose extender esta potestad a los niveles departamental y municipal. De igual manera se le redujeron sustancialmente las competencias

⁶⁹⁴ El sistema jurisdiccional o francés está estructurado sobre la base de una Corte de Cuentas (o Cámara de Cuentas), que es un tribunal independiente investido de funciones jurisdiccionales. Fue creada por Napoleón en 1807, y está integrada por funcionarios inamovibles, con categoría de magistrados. CAMARGO, Pedro Pablo. El Control Fiscal en los Estados Americanos y en México. México. UNAM. 1969. p. 15.

⁶⁹⁵ DUQUE ESCOBAR, Op. Cit. p.10.

⁶⁹⁶ YOUNES MORENO, Diego. Nuevo Régimen de Control Fiscal. Medellín. Jurídica Dike. 1995. p. 80.

⁶⁹⁷ DUQUE ESCOBAR, Op. Cit. p. 17.

administrativas⁶⁹⁸. Este decreto también implantó que la elección del Contralor General sería competencia de la Cámara de Representantes.

La Ley 167 de 1941, Código Contencioso Administrativo, reguló de manera detallada el procedimiento de apelación del Juicio de Cuentas ante el Consejo de Estado, instituyendo que este debería ejercerse dentro del mes siguiente a la notificación de la providencia pronunciada por la Contraloría General y que la cuantía de las glosas a los responsables debería ascender a los 500 pesos para poder hacerse efectiva la apelación. Esta Ley buscó garantizar el derecho de defensa y el debido proceso al permitir que el Consejo de Estado actuara como superior jerárquico del Contralor, sin serlo⁶⁹⁹, pero fue el único mecanismo que el legislador advirtió, no encontrando otra salida jurídica que le permitiera proteger derechos de rango constitucional, ya que no estaba previsto en la ley 42 de 1923, que el Contralor tuviera una instancia por encima de él, situación que era anómala pues perjudicaba a los investigados al restringirles sus medios de defensa. Lo más adecuado, en este caso, hubiera sido permitir que las providencias dictadas por el Contralor pudieran ser recurridas mediante el recurso de plena jurisdicción, no teniendo necesidad el legislador de crear una situación jurídica ficticia para proteger derechos fundamentales⁷⁰⁰.

La reforma constitucional, de 1945, llevada a cabo en la segunda administración de López Pumarejo, elevó a rango constitucional a la Contraloría General, estableciendo, por una

⁶⁹⁸ PAREJA, Carlos. Op. Cit. p.72-73.

⁶⁹⁹ PAREJA, Carlos H. Código Administrativo. Bogotá. Editorial Gran Colombia. 1942. p. 142.

⁷⁰⁰ TASCÓN, Tulio Enrique. Derecho Contencioso Administrativo Colombiano. Bogotá Editorial Cromos. 1946. p. 250.

parte, que este ente sería el encargado de la vigilancia de la gestión fiscal, y, por otra, le otorgó al Contralor la competencia de revisar y fenecer las cuentas de los responsables del erario. Reguló, igualmente, que la Cámara de Representante elegiría al Contralor General por un período de dos años.⁷⁰¹

En 1946 se promulgó la Ley 56 en la que se desarrollaron los postulados constitucionales de la reforma de López. Se prescribió que el Contralor era la suprema autoridad fiscal, a la cual le correspondía la exclusiva jurisdicción para tramitar y decidir, por medio de fallos definitivos que se denominan fenecimientos, todos los Juicios Fiscales que provengan de glosas formuladas contra los responsables en el trámite del examen y calificación de sus cuentas (artículo 2). De igual manera, esta ley estableció el recurso de reposición contra los fallos definitivos que dictaba el Contralor General de la República en los Juicios Fiscales de Cuentas, el cual debía interponerse por escrito dentro de los diez días siguientes a la notificación por los afectados en el respectivo juicio. (Artículo 4). Por otro lado, se reglamentó que las partes interesadas en cada juicio podían recurrir la decisión definitiva ante el Consejo de Estado, en ejercicio del recurso contencioso-administrativo, en la misma forma y términos en que eran acusables las resoluciones de los Ministros del Despacho Ejecutivo, cuando el valor de la responsabilidad deducida era de 500 pesos o más (artículo 5)⁷⁰².

⁷⁰¹ YOUNES MORENO, Diego. Nuevo Régimen, Op. Cit. p. 82.

⁷⁰² DUQUE ESCOBAR, Op. Cit. p.139-140.

Con la reforma constitucional de 1968 se robusteció la institución de la Contraloría General, pues se amplió su período a cuatro años, conservando su elección por parte de la Cámara de Representantes, y ratificando se competencia en la vigilancia de la gestión fiscal de la administración (artículo VII del Acto Legislativo 1 de 1968). De igual forma, se le confirmó la función de revisar y fenecer las cuentas de los responsables del erario (artículo VIII del Acto Legislativo 1 de 1968).⁷⁰³

En el período de Alfonso López Michelsen se reformó la Contraloría General, trayendo grandes cambios en su planta de personal y en sus funciones. La norma que llevó a cabo estas reformas fue la Ley 20 de 1975, que estableció para el sector central “los sistemas de control fiscal en las etapas integradas de control previo, control preceptivo y control posterior, control que incluso se extendió a los establecimientos públicos”,⁷⁰⁴. Para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado se dispusieron sistemas adecuados de fiscalización consultando principios modernos de Auditoría Financiera (artículo 5). Por otro lado, a la Auditoría se le asignó la función de verificar la intervención o examen de cuentas sobre los respectivos libros de contabilidad, comprobantes y registros, con el objeto de constatar la forma como se estaba cumpliendo la gestión fiscal, expidiendo, para tal fin, el certificado o fenecimiento sobre la legalidad y autenticidad de las operaciones financieras y de los movimientos de almacén (artículo 7).⁷⁰⁵

⁷⁰³ Constitución Política de Colombia. Bogotá. Imprenta Nacional. 1990. p. 37-38.

⁷⁰⁴ YOUNES MORENO, Nuevo régimen, Op. Cit. p. 84.

⁷⁰⁵ DUQUE ESCOBAR, Op. Cit. p.148-149.

En 1976, amparado por la Ley 20 del 75, el presidente López expidió el Decreto 925 de 1976 en el cual se definieron las diferentes modalidades del Control Fiscal, disponiéndose que el previo consistía en examinar con antelación a la ejecución de las transacciones u operaciones, los actos y documentos que las originan o respaldan (artículo 2); el preceptivo se entendió como la comprobación de las existencias físicas de fondos, valores y bienes nacionales, y en su confrontación con los comprobantes, documentos, libros y demás registros (artículo 3); y, finalmente, el posterior se definió como la confirmación de las transacciones y operaciones ejecutadas por las entidades bajo su control y de sus respectivas cuentas y registros (artículo 4)⁷⁰⁶.

Basado en las facultades que le otorgó la nombrada Ley 20 del 75 y en el Decreto 925 del 76, el Contralor General de la República reguló de manera exhaustiva el Juicio de Cuentas por medio de la Resolución Orgánica No. 07008 de 1978. Allí estableció qué personas debían rendir cuentas y entre estas estaban todo empleado o agente del gobierno que administrara, recaudara, invirtiera, pagara, custodiara o vigilara fondos o bienes nacionales; toda persona natural o jurídica que por contratos celebrados con el gobierno administrara, invirtiera, custodiara, recaudara o distribuyera fondos o bienes nacionales; las personas naturales o jurídicas que en virtud de contratos celebrados con el gobierno exploraran, explotaran, administraran las minas; las instituciones de utilidad común; las parroquias, diócesis e instituciones de carácter religioso que recibieran auxilios del Tesoro Nacional, debían rendir cuentas únicamente por el valor de tales auxilios; las entidades públicas o privadas que recibieran auxilios del tesoro nacional, por el valor de los mismos (artículo 1).

⁷⁰⁶ Ibid. p. 210-211.

Definió que eran empleados de manejo todos aquellos que recaudaran, recibieran, invirtieran, pagaran, administraran fondos o bienes nacionales o los que tuvieran a su cargo la custodia, provisión o suministro de especies, materiales o elementos de propiedad de la Nación; incluyó también a los contratistas por administración delegada y a los ordinarios competentes que hubieran celebrado contratos con el gobierno nacional (artículo 2). Prescribió que las cuentas debían formarse por períodos mensuales del primero al último de cada mes; por períodos diferentes, señalados por la Contraloría en normas especiales cuando las necesidades del Control Fiscal así lo exigieran; y por períodos menores a los establecidos, cuando hubieren actuado dos o más responsables dentro de un mismo lapso (artículo 4).

Reglamentó el examen de las cuentas dictaminando que estas podían fenecer de plano, cuando el empleado de manejo hubiera comprobado satisfactoriamente las operaciones realizadas en un período determinado, o cuando sobre ellas se hubiera dictado un aviso de requerimiento, que se entendía como la exigencia que se le hacía a los empleados de manejo para que en el término de quince días allegaran documentos o aclararan dudas; si estas no eran satisfactorias se les formulaba un Aviso de Observaciones por medio del cual se exponían las glosas de fondo resultantes del examen de cuentas, providencia frente a la cual el afectado debía presentar sus descargos; si estos no desvirtuaban las imputaciones se procedía a la apertura del Juicio Administrativo de Cuentas. Este procedimiento se realizaba ante la Sección Territorial de Examen de Cuentas, cuya providencia era recurrible en apelación ante el Jefe de la División de Juicios Fiscales de la Contraloría General (artículos 22 y 51).

Por otro lado existía también el Juicio Fiscal o de Cuentas propiamente dicho, desarrollado ante la Contraloría General con el objeto de definir y determinar la responsabilidad fiscal de los empleados de manejo (artículo 27). La primera instancia correspondía a la Sección Territorial y la segunda a la División de Juicios Fiscales (artículos 32 y 33). En este procedimiento se podían dar tres tipos diferentes de fallos, el Fallo sin responsabilidad, el Fallo con responsabilidad Fiscal o la Reapertura del Juicio. El segundo se profería para dejar a cargo del responsable y a favor del tesoro público una cantidad determinada de dinero, cuando la respuesta del cuentadante no era suficiente para desvirtuar las glosas o cuando vencido el término para dar respuesta a las providencias con observaciones, no se hubiere recibido contestación. La reapertura del juicio era la providencia que dictaba la Sección Territorial de Juicios Fiscales cuando aparecían pruebas de que se habían incluido en las cuentas operaciones fraudulentas o irregulares y habiendo mediado juicio se hubiere proferido fallo sin responsabilidad fiscal (artículos 41 y 43). Contra el fallo con responsabilidad fiscal y la reapertura del juicio cabían las acciones contencioso-administrativas establecidas en la Ley (artículo 44).⁷⁰⁷

Este último artículo terminó con el recurso de apelación ante la Jurisdicción Contenciosa contra las providencias que profería la Contraloría General, y le abrió paso a la posibilidad de demandar los fallos por medio de las acciones establecidas en el Código Contencioso Administrativo, situación que tal como se comentó anteriormente, debió existir desde

⁷⁰⁷ Ibid. p. 331-351.

mucho antes, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado no era el superior jerárquico de la Contraloría.

Con la Constitución de 1991 la Contraloría tuvo su reforma más radical, porque pasó a convertirse en un ente independiente de las tres ramas del poder público, y la elección del Contralor General quedó a cargo del Congreso en pleno para un período de cuatro años. Se estableció que el Control Fiscal es una función pública a cargo de la Contraloría, la que vigilará la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos públicos. Se le atribuyeron como funciones al Contralor la de prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas de los responsables de manejo, la de revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario, etc.

En desarrollo de la Constitución se expidió la Ley 42 de 1993, en la cual se reguló el Control Fiscal, imponiendo como uno de los sistemas de este la Revisión de Cuentas, que según el artículo 14, es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado. Se definió la Cuenta como el informe acompañado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario (artículo 15). Prescribió que el Contralor determinaba las personas obligadas a rendir cuentas y regulaba los métodos, formas y plazos (artículo 16). Determinó que si con posterioridad a la revisión de cuentas aparecieren

pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares se debía levantar el fenecimiento y se tenía que iniciar el Juicio Fiscal (artículo 17).⁷⁰⁸

Por último, la Ley 610 de 2000 regula los trámites de los procesos de responsabilidad fiscal. En su artículo 8 establece que el proceso de responsabilidad fiscal podrá iniciarse de oficio como consecuencia del ejercicio de los sistemas de control fiscal⁷⁰⁹, es decir que sigue incluyendo la revisión de cuentas, tal como ha sido definida por la Ley 42 de 1993.

En conclusión, hemos mostrado la evolución de una forma de control de la Administración Pública, el denominado Juicio de Cuentas. Procedimiento que heredamos de España y que ha pervivido por diversos sistemas de control fiscal, ya sean de derecho continental o anglosajón. Esta institución nos ha servido para probar como las revoluciones liberales no cambiaron todo el ordenamiento jurídico preexistente sino que en muchos casos lo conservaron y adaptaron plenamente.

4.2.4. Eficacia del funcionamiento de la Burocracia Colonial.

El hispanista norteamericano John Phelan, en su estudio sobre la Audiencia de Quito, comenta las prohibiciones de los funcionarios públicos que se encontraban establecidas en la Recopilación,

⁷⁰⁸ DOMÍNGUEZ GIRALDO, Gerardo y HIGUITA RIVERA, Lina María. El Nuevo Control Fiscal. Medellín. Biblioteca Jurídica Dike. 2002. p. 333-334.

⁷⁰⁹ Ibid. p. 350.

Los burócratas debían aislarse de la comunidad en la cual se encontraban temporalmente instalados; no debían tener vínculos afectivos o económicos con los pueblos a los cuales administraban justicia. Se prohibió, en especial que, los virreyes, presidentes, oidores y fiscales, y también a los corregidores de provincias y oficiales reales, se dedicaran al comercio, sea por cuenta propia o a través de intermediarios. No podían tener propiedades urbanas o rurales de ninguna clase, ni a nombre propio ni a nombre de otros; tampoco podían dedicarse a las actividades agropecuarias o a ninguna rama de la minería. Estas prohibiciones se hicieron extensivas a las esposas de los magistrados y/a todos sus hijos no casados, incluso a los que no vivían con sus padres.⁷¹⁰

Este mismo autor esboza la teoría de que la corona española pretendió establecer en América un modelo ideal de funcionario, un guardián platónico que no tuviera relaciones materiales o afectivas con aquellos a quienes gobernaban paternalmente. Este ideal estuvo lejos de ser alcanzado, porque a los empleados no se les pagaban salarios adecuados y porque permanecían demasiado tiempo, a veces hasta más de 20 años, en el ejercicio del cargo, cuando lo normal debiera haber sido que no duraran más de 5 años.⁷¹¹

Comparando la burocracia en la América española con el servicio civil británico en la India, tenemos que los ingleses en el manejo del aparato burocrático se acercaron mucho más al ideal de guardián platónico. Recibían sueldos adecuados, los traslados de cargo generalmente se daban cada tres años, para evitar los lazos materiales y afectivos con el lugar donde residían. Bajo las administraciones de Lord Cornwallis y Lord Bentick se dieron importantes reformas que impusieron los aumentos por méritos, la promoción por

⁷¹⁰ PHELAN, El Reino, Op. Cit. p. 232.

⁷¹¹ Ibid. p. 235.

antigüedad, las pensiones para los servidores públicos y para sus viudas, becas para la educación de los hijos, y visitas periódicas a su tierra natal.⁷¹²

4.2.5. Controles en Vía de Recursos contra los Actos de Gobierno o de Policía en las Indias.

Los actos de gobierno o de policía tuvieron en Castilla durante la baja edad media un control por medio de recursos ordinarios y extraordinarios.⁷¹³ En las Indias siguiendo el modelo castellano, y mejorándolo, también se controlaron los actos de gobierno, principalmente por los recursos de amparo, suplicación⁷¹⁴ y apelación⁷¹⁵.

4.2.5.1. Los Recursos contra los Actos de Gobierno o Policía en Castilla.

⁷¹² Ibid. p. 236 - 237.

⁷¹³ VILLAPALOS SALAS, Gustavo. Los recursos contra los actos de gobierno en la baja edad media. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 1976.

⁷¹⁴ BRAVO LIRA, Bernardino. Protección Jurídica de los gobernados en el nuevo mundo (1492-1992). Del Absolutismo al Constitucionalismo. en Homenaje al profesor Alfonso García Gallo. Vol. 3b. Universidad Complutense. Madrid. 1992. GARCIA GALLO, Alfonso. La Ley como fuente del derecho en Indias. en Estudios del derecho Indiano. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid. 1972. GONGORA, Mario. El Estado en el Derecho Indiano. Instituto de Investigaciones Históricas Culturales. Santiago de Chile. 1961. TAU ANZOATEGUI, Víctor. La Ley “ se obedece pero no se cumple”. En torno a la suplicación de las Leyes en el derecho Indiano. Separata del Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano. Vol. VI. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 1980. y del mismo autor “ Casuismo y Sistema”. Indagación Histórica sobre el espíritu del derecho Indiano. Instituto de Investigaciones de Historia del derecho. Buenos Aires. 1992.

⁷¹⁵ BRAVO LIRA, Bernardino. Protección Jurídica, Op. Cit. GARCIA GALLO, Alfonso. Las Audiencias en Indias. Sus orígenes y caracteres. en Academia Nacional de Historia. Memoria del II Congreso Venezolano de Historia. 2 vols. Caracas. 1975. GONGORA, Mario. El Estado, Op. Cit. MARTIRE, Eduardo. El recurso de Apelación contra las decisiones del Virrey o Presidente de las Audiencias de Indias. Congreso Internacional del Instituto de Historia del Derecho Indiano. Valladolid. 1984. SANCHEZ BELLA, Ismael. Las Audiencias y el Gobierno de las Indias. Publicado en: Estudios de Derecho Indiano. vol. 2. Eunsa. Pamplona. 1991. VILLAPALOS SALAS, Gustavo. Los Recursos en Materia Administrativa en Indias siglos XVI y XVII. Notas para su estudio. Anuario de Historia del Derecho Español. XLVI. 1976.

Debemos comenzar analizando los antecedentes castellanos, para después mirar las mutaciones que se produjeron en el Nuevo Mundo. En Castilla en la baja edad media el Espéculo, primer ordenamiento general, y las partidas preceptuaban que la ley tenía vigencia en todo el reino y además limitaba al rey, a la corte y a los jueces. Se consideraba al rey como el alma del reino, como el administrador por excelencia, y como tal debía obrar con sujeción al derecho, permitiendo que se impugnaran sus actos que lesionaran algún derecho de un súbdito.⁷¹⁶ El soberano tenía como misión hacer justicia y no resolver problemas económicos o sociales,⁷¹⁷ el único fin del estado medieval era la justicia. El orden y la paz que la sociedad necesitaba tenían su cimiento en ella.⁷¹⁸

Es por esto que en el siglo XIV se crearon la Audiencia y el Consejo, la primera constituía el tribunal ordinario donde se recurrían todos los agravios de los oficiales del reino. Mientras que al segundo le estaban reservados los pleitos de términos entre los concejos, los recursos sobre aprovechamiento de bienes comunales, las apelaciones de pesquisas y residencias. En este siglo comenzó el principio de imputación de la responsabilidad a los funcionarios.⁷¹⁹

Con el advenimiento de los reyes católicos se fortalecieron las Audiencias al darles competencia para conocer los recursos contra oficiales y corregidores de las villas, pudiendo suspender los actos si agraviaban al particular recurrente; también se reguló de

⁷¹⁶ VILLAPALOS, Gustavo. Los recursos contra los actos de gobierno, Op. Cit. págs. 18 y 19.

⁷¹⁷ BRAVO LIRA, Op. Cit. p. 59.

⁷¹⁸ GARCIA GALLO, Alfonso. La división de las competencias administrativas en la España moderna. Actas del II symposio de Historia de la Administración. Instituto de estudios administrativos. Madrid. 1971. p. 293.

⁷¹⁹ VILLAPALOS, Op. Cit. p. 20.

manera exacta el recurso de suplicación contra los actos del rey o de del Consejo y de la Audiencia, frente a los que no cabía la alzada.

En la baja edad media las cortes comenzaron a ejercer un control político para buscar la reparación de los agravios, veamos:

Es así como ha crecido en la conciencia popular la idea de un derecho de resistencia a los mandatos contra derecho. Estos deben ser obedecidos pero no cumplidos, han de ser remitidos al rey para su reexamen, y en última instancia, puede resistirse a ellos por la fuerza. Es esta una conclusión que se desprende del derecho que tienen los súbditos a que se les mantenga su derecho, a que se les guarden “todos nuestros buenos fueros, e buenos usos, e buenas costumbres, e privilegios, e cartas et todas nuestras libertades e franquezas”. Consecuencia de ello fue la resuelta afirmación que las propias leyes hacen de la nulidad de los actos reales contra derecho. A ello aludirán repetidamente las Cortes al referirse a las leyes que dicen que las cartas dadas contra ley o fuero o derecho deben ser obedecidas e non cumplidas aunque contengan cualesquier cláusulas derogatorias.⁷²⁰

Miremos brevemente que actos de gobierno o de policía podían causar agravios.

4.2.5.2. Actos conforme a Derecho.

Tenemos primero los referidos a conflictos de mera titularidad, es decir que por ambigüedad en las normas, parece que se protegen dos titularidades distintas, tales como la propiedad, las heredades reales, los cortes de agua indebidos, la utilización de pastizales.

⁷²⁰ Ibid. p. 26.

Aquí las partes en disputa pueden ser el rey y un particular, dos particulares entre sí, un particular y un señor, un señor y un concejo, el rey y un concejo. De estos conflictos no conocía la jurisdicción civil, sino una comisión, mediante el procedimiento de la pesquisa.⁷²¹

En segundo término encontramos los conflictos jurisdiccionales, aquí tenemos una amplia gama, primero los casos entre la jurisdicción real y la señorial, esta situación se resolvió en 1390 en las Cortes de Guadalajara donde se estableció que todos los entuertos de las tierras de señorío podían ser revisados por los alcaldes del rey, siempre y cuando se hubiera acudido primero al señor a pedirle la reparación del injusto. Para demandas de los señores contra los concejos se seguía la regla del fuero del demandado.

Otro punto problemático fue el de la ejecución de sentencias eclesiásticas por jueces laicos, éstos se negaban alegando que “non lo debes fazer nin avedes ver en ello ninguna cosa, ca por mí (el rey) sodes y non por la iglesia.”⁷²²

Tenemos, también, las disputas entre las universidades y los órganos de gobierno de las ciudades donde se hallaba el claustro. El rey tenía la suprema jurisdicción sobre la universidad, como patrono de la misma, y en virtud de ella ejercía su potestad a través del maestrescuela. El caso más paradigmático sucedió en Salamanca, por un conflicto entre la Universidad y las justicias, los profesores se negaron a dar clases y los alumnos a recibirlas,

⁷²¹ Ibid. p. 41 - 43.

⁷²² Ibid. p. 49.

en protesta por la intromisión del corregidor y de las justicias en el fuero académico, el rey intervino resolviendo el caso a favor de la jurisdicción del maestrescuela.⁷²³

En tercer lugar encontramos el conflicto derivado de las concesiones señoriales y los asuntos de justicia, el caso más típico fue el que se presentó entre Colón y la corona, derivado de las capitulaciones de Santa fe. Los reyes interpretaron unilateralmente las capitulaciones y no respetaron los derechos que se le habían otorgado a Colón, éste interpuso un memorial de agravios alegando el entuerto y buscando su reparación. En esta situación los reyes, aparentemente estaban actuando conforme a derecho, pero perjudicaron a un particular debiendo resarcirle los perjuicios.

Por último estaban los actos formalmente ajustados a derecho pero dictados dolosamente, son aquellos en los que se persigue un fin dudoso, como por ejemplo una demora injustificada en la administración de justicia. Para poder reparar los agravios era necesario haber probado la finalidad engañosa que se buscaba.

4. 2.5. 3. Actos contrarios a Derecho.

Primero encontramos los actos agraviados del rey, este al iniciar su reinado juraba respetar y guardar los derechos adquiridos de los súbditos tales como privilegios, exenciones, franquezas, buenos usos y libertades. Por este acto el soberano estaba obligado a no dictar disposiciones o cartas contrarias a los fueros, y si esto llegaba a ocurrir éstas se

⁷²³ Ibid. p. 50 - 51.

consideraban nulas. Es por ello que en las cortes de Valladolid de 1293 se impuso el efecto suspensivo sobre las cartas desaforadas, para que el rey decidiera sobre ellas.

Hay que resaltar la circunstancia de las cartas contrarias a las leyes. Estas ocupan un lugar de preeminencia desde la Partidas, son elaboradas por las cortes y sólo pueden ser derogadas por ellas, por medio de otras leyes y no por disposiciones de carácter singular. En las cortes de Burgos de 1379 se le pide al rey que establezca una jerarquía normativa para evitar que normas singulares deroguen normas generales, y que resuelva la situación de las cartas contrarias a derecho, frente a esta última petición respondió “que habemos ordenado que las cartas que fueren ganadas contra derecho sean obedecidas e non complidas fasta que nos seamos requerido de ello.”⁷²⁴

Frente a la primera se opuso “pero en razón de destar los ordenamientos o de los dexar en su estado nos faremos en ello lo que entendiéremos que cumple a nuestro servicio.”⁷²⁵

En las cortes de Bribiesca de 1387 se dispuso una ley relativa a las cartas contrarias a la ley o al fuero,

Muchas veces por inoportunitat de los que nos piden libramientos, damos algunas cartas contra derecho. Et porque nuestra voluntad es que la justicia florezca e las cosas que contra ella podiessen venir non ayan poder de la contrariar, estableçemos que si en nuestras cartas mandáremos alguna cosa que sea contra ley, fuero o derecho, que la tal carta sea obedesçida e non complida, non enbargante que en la dicha carta faga mençion espeçial de la ley, fuero o ordenamiento contra quien se dé, nin enbargante otrosí que faga

⁷²⁴ GARCIA GALLO, Alfonso. La Ley como fuente, Op. Cit. p. 208.

⁷²⁵ VILLAPALOS, Op. Cit. p 92.

menção especial desta ley nuestra, nin de las cláusulas derogatorias en ella contenidas; ca nuestra voluntad es que las tales cartas no ayan efecto.⁷²⁶

Allí también se prescribió que el rey no podía derogar singularmente el derecho, quedando vinculado por sus propios actos y por las leyes del reino.

En segunda instancia, dentro de los actos contrarios a derecho, tenemos los actos de gestión y ejecución con infracción de las normas, aquí encontramos las fuerzas, no en sentido criminal, sino como vías de hecho que colocan al particular en circunstancias de indefensión, como el caso de un juez que no concede el recurso de alzada al demandante que la pide y tiene derecho a ella. Luego están los actos de gobernación, estos son conductas de buena fe ejecutadas por oficiales que creen que tienen derecho a hacerlo, es decir que los agravios se producen por un error, por un yerro, como cuando se ordena por un concejo, sin estar autorizado para ello, la demolición de una pared de una particular.

4.2.5.4. Los Recursos.

Contra los agentes del rey estaba la alzada, por medio de la cual se reclamaba al superior inmediato contra lo actuado por el inferior. Después encontramos la querrela, que era el recurso que permitía acudir directamente al rey para reclamar por el abuso de uno de sus oficiales.⁷²⁷

⁷²⁶ GARCIA GALLO, La Ley como fuente, Ibid.

⁷²⁷ BRAVO LIRA, Op. Cit. p. 60.

En la edad media, en principio, se utilizaba la apelación en Castilla sólo para asuntos civiles y criminales, luego se hizo extensiva a actos de gobierno.

Hasta aquí están los denominados recursos ordinarios. Continuemos con los recursos extraordinarios; estos son los que se interponen ante quien no tiene superior, es decir ante el monarca. Son dos la suplicación y la suspensión. Consistía la suplicación en una merced, en una gracia que el rey otorgaba. Este debía resolver en derecho. La suspensión respondía al principio de que las disposiciones debían ser obedecidas pero no cumplidas si eran contrarias a derecho⁷²⁸. Esta para tener vida jurídica necesitaba ir unida a la primera.⁷²⁹

4.2.5.5. Los Recursos en las Indias.

4.2.5.5.1. El Recurso de Amparo.

El derecho Indiano se basaba en el principio de la desigualdad, que no debe entenderse como de discriminación; expresión de esta diferenciación cultural se dio en México con la creación del Juez de Indios o Naturales, a cargo del Virrey, establecido en 1592 y abolido en 1820. Su creación en principio era, con jurisdicción alterna, en primera instancia en los pleitos entre los aborígenes, y en los de españoles contra indios. Las quejas de indígenas contra peninsulares escapaban a su competencia, pero en la práctica fueron falladas por el Virrey como administrativas y no judiciales. Hay que anotar que este tipo de cuestiones, las administrativas, estaban excluidas del conocimiento del juzgado de acuerdo a un decreto Virreinal de 12 de agosto de 1622, que ordenaba que el juzgado no emitiera órdenes en

⁷²⁸ BRAVO no habla de disposiciones contrarias a derecho sino de disposiciones injustas, *Ibid.* p. 61.

⁷²⁹ TAU ANZOATEGUI, Víctor. *La ley se obedece pero no se cumple*, Op. Cit. p. 55.

cuestiones de gracia, merced y gobierno, pero como se comenta esta prohibición fue pasada por alto por los Virreyes.⁷³⁰ También tenía jurisdicción alterna, pero no exclusiva, para casos criminales contra indios.

Woodrow Borah trae un listado de los principales casos que se manejaron en el Juzgado, en primer lugar las “quejas por tierras, en forma de disputas de propiedad, cuestiones de concesiones, solicitudes de amparo (escritos que concedían protección gubernamental en la posesión), ventas, alquileres o división entre herederos.”⁷³¹

En segundo término trae las quejas contra funcionarios locales españoles y contra el clero. Y en última instancia estaban los pleitos con españoles, pero que no fueran por disputas de tierras, tales como cuestiones de deudas, servicio y trato a los trabajadores, y los conflictos ocasionados por elecciones, gobierno, mal trato y extorsión por funcionarios, o negativa a mostrar respeto y obediencia por los indios del común.⁷³²

Hay que hacer referencia a los escritos y ordenes de amparo, que en su mayoría se referían a conflictos de tierra y aguas, pero también sobre cualquier otro derecho vulnerado.

Miremos algunos casos:

1. 24 marzo de 1616, ciudad de México. José de Celi, solicitador indio, en nombre de los indios de San Nicolás Cuitlatetelco, sujeto de Mezquique, explica al juzgado que durante muchos años el pueblo viene celebrando su mercado todos los sábados detrás de la iglesia, en paz y orden, pero que ahora ciertos españoles y algunos

⁷³⁰ BORAH, Woodrow. El Juzgado General de Indios en la Nueva España. Op. Cit. p. 131 - 132.

⁷³¹ Ibid. p. 137.

⁷³² Ibid.

indios llegados de fuera desean trasladar el mercado para sus propios fines. Pide protección, y que nadie ocupe el lugar. Por consejo del asesor, el virrey expide una orden al juez de la provincia, en el sentido de que no se obstaculice el mercado del pueblo y que nadie obligue a los indios a abandonar el lugar ni se autorice su ocupación con otros propósitos.

2. 3 de agosto de 1628, ciudad de México. El licenciado Alfonso de Castro Guzmán, capellán del Hospital Real de Indios de la ciudad de México, solicita al juzgado una orden de amparo. Los muchos indios que mueren en el hospital son enterrados con gran gasto para pagar a los cantantes indios de los conventos de San Francisco, Santa María y San Pablo. Para reducir costos, de otra parte ha llevado a unos maestros cantores que forman un verdadero coro de capilla, pero teme que los frailes se inmiscuyan y los jueces molesten a sus cantores. El asesor opina que no se infringe ningún derecho si los indios cantan en las fiestas y entierros del hospital sin cargo a los indios y si no aparecen en las fiestas y entierros que están fuera de la jurisdicción del hospital. El virrey expide una orden de amparo.

3. 2 de septiembre de 1676, ciudad de México. Juan López, indio de Coyotepec, provincia de Yanhuatlán, solicita protección para sí mismo y para su esposa en la casita que poseen en la plaza mayor, cerca de los edificios reales. También para que se les exima del cobro de impuestos sobre sus ventas del día de mercado, ya que se mantienen vendiendo chocolates, tamales y verduras. Unas personas amenazan con apoderarse de la casa y desean fijar 0/1 cada día de mercado por el derecho de vender. El virrey expide la orden de amparo.

4. 27 de diciembre de 1720, ciudad de México. Los indios de Nueva Tlaxcala solicitan protección contra los abusos del teniente del cercano centro minero de Chalchihuites (Zacatecas), que los maltrata y encarcela y amenaza con hacer que cada indio de Nueva Tlaxcala que sea atrapado dentro de su jurisdicción reciba doscientos latigazos. El virrey expide un decreto de amparo. El caso afecta los derechos de los descendientes de los colonos tlaxcaltecas llevados al norte, a quienes se acordaron privilegios especiales a perpetuidad; y la rivalidad entre la audiencia de México, donde se encuentra Nueva Tlaxcala y la de Nueva Galicia, gobernada desde Guadalajara, donde se halla Chalchihuites. El virrey estaba afirmando su prerrogativa de gobernar en la primera

audiencia e intervenir, cuando le pareciera deseable o conveniente, en la otra.”⁷³³

El historiador Andrés Lira Guillén haciendo un estudio de estos casos, y de otros similares, esboza la existencia de un amparo colonial. Esta institución tenía por objeto la protección de

las personas en sus derechos cuando estos son alterados o violados por agraviantes, que realizan actos injustos de acuerdo con el orden jurídico existente, y conforme a lo cual una autoridad protectora, el virrey, conociendo directamente, o indirectamente como presidente de la Real Audiencia de México, de la demanda del quejoso agraviado, sabe la responsabilidad del agraviante y los daños actuales y/o futuros que se siguen para el agraviado, y dicta el mandamiento de amparo para protegerlo frente a la violación de sus derechos, sin determinar en éste la titularidad de los derechos violados, y sólo con el fin de protegerlos de la violación.⁷³⁴

Los quejosos podían ser los indios, individual o colectivamente, como en el caso de los pueblos de indios⁷³⁵. También podían ser personas no indias, circunstancia que hacía que el virrey no actuara como Juez Natural de Indios, sino como simple Juez. Estos casos eran de españoles, como personas naturales⁷³⁶ o como personas morales⁷³⁷.

⁷³³ Ibid. p. 154 - 158.

⁷³⁴ LIRA GUILLÉN, Andrés. El Amparo Colonial y el Juicio de Amparo. México. Fondo de Cultura Económica. 1972. p. 35.

⁷³⁵ “Don Luis de Velasco, etcétera. hago saber a vos Alfonso de Estrada, alcalde Mayor del pueblo y provincia de Tula, que los indios del pueblo de Asuchitán me han hecho relación que en doce de noviembre del año pasado de mil y quinientos ochenta y siete años, precediendo diligencias que para ello hicisteis, por mandamiento del Virrey, Marqués de Villa Manrique, les disteis y señalasteis dos caballerías de tierras en sus términos para propios de su comunidad y que los del pueblo de Xilotepec se entremeten en tomarlos y ocuparlos sin causa alguna; y me pidieron los mandase amparar(...).Y por mi visto, por el presente os mando(...) los amparéis en dichas tierras que constaren estar adjudicadas a su comunidad sin perjuicio de terceros ni consentir que se las tomen ni ocupen, ni inquieten en su posesión sin ser oídos y por fuero y derecho vencidos ante quien y como deban. Fecho en México, a veinte días de octubre de mil y quinientos noventa años. Don Luis de Velasco, por mandato del Virrey, Martín López Gaona.” Ibid. p.40.

⁷³⁶ “Don Alvaro Manrique, etcétera. Por quanto Francisco Martínez, maestro de enseñar niños en esta ciudad, me ha hecho relación que por horden mía está mandado que no haya más de una

Como agraviantes se tenían a las autoridades españolas, a las autoridades indígenas y a los particulares que tuvieran alguna relación con las personas agraviadas.⁷³⁸

La petición de amparo se presentaba ante el Virrey, en ella se podía pedir la suspensión del acto reclamado⁷³⁹ y también la reparación de los perjuicios causados.⁷⁴⁰

escuela en una calle, por evitar los inconvenientes y pesadumbres que entre maestros y discípulos suelen suceder, y que un Antonio de Vitoria, maestro, teniendo escuela en la calle de San Francisco la traspasó a un Alonso Benítez... y con visión de malicia y con ánimo de inquietarle, se ha pasado a tener escuela en la misma calle donde él la tiene, y prosigue en administrarla muchos días ha; de que se le sigue mucho perjuicio. Y me pidió se la mandase quitar...Y por mi visto, por el presente mando a Ruy de Mendoza, alcalde de esta ciudad, que conforme a lo nuevamente proveído amparéis al antiguo maestro de la escuela que hubiere en la calle donde Francisco Martínez está, y eche de allí al moderno y me dé razón de lo que hubiere hecho en cumplimiento de ello. Fecho en México, a catorce de diciembre de mil quinientos y ochenta y siete años. El Marqués; por mandado de su excelencia, Juan de la Cueva.” Ibid. p. 44.

⁷³⁷ “Así se ve claramente en la mención hecha en un documento refiriéndose a la Compañía formada por Hernando Sanctotis, Antonio del Castillo y Pedro Lobato para el descubrimiento y ejercicio del comercio en Baja California, y a la cual, para ese efecto se le había hecho merced por el obispo de México, y confirmado por el Virrey en 1587. La Compañía no cumplió enteramente con las exigencias de la capitulación y las condiciones de la merced. Al ser admitida para esos efectos otra compañía, la de Sanctotis se quejó, pidiendo la exclusividad que no le fue concedida, sin embargo, ante la petición de la segunda compañía en el sentido de que no se excluyera a la primera y se le quitaran los derechos, se resolvió que Sanctotis y sus compañeros “debían ser amparados en la dicha merced que de todo lo referido tenían, porque como de ella y de la dicha licencia (para descubrir y comerciar) que por el dicho arzobispo (de México) había sido dada, por mí confirmada (dice el Virrey Velasco), constaba tener derecho adquirido al descubrimiento...(Y) en conformidad y ejecución de la dicha merced y cédula mía (ordené) que el dicho (Sanctotis) su parte y consortes fuesen amparados y defendidos.” El testimonio del Virrey Velasco está fechado el 5 de junio de 1590.” Ibid. p.45.

⁷³⁸ Eran los casos de los encomenderos y de los obrajeros (dueños de los obrajes) frente a los indios, principalmente por trabajos forzosos y malos tratos. También existieron casos de españoles agraviados por indios como el que ocurrió en 1632 en donde se “protegió a los vecinos de Tlazazalca, frente a los indios, pues estos “so color de haber sido amparados”, invadían tierras e impedían el pastoreo de los ganados de los españoles”. Ibid. p. 52.

⁷³⁹ En el caso del pueblo de Teatlalco, el común pidió al Virrey, luego de demostrar los “excesos y agravios” que sufrían por las autoridades elegidas en 1583 y que pretendían reelegirse, los “mande remediar” impidiendo la reelección. Ibid. p. 53.

⁷⁴⁰ Como por ejemplo la situación con “los indios de San Francisco, que en 1591 son agraviados y dañados en sus sementeras por un español, al que termina imponiéndosele una pena”. Ibid.

El mandamiento de amparo, el equivalente hoy día a la sentencia, consistía en una orden de protección o mandamiento de amparo en la que se protegía el derecho violado y se señalaba la “vía ordinaria para plantear los problemas relacionados con la titularidad del derecho mismo.”⁷⁴¹ Esto último debido a que en el amparo colonial no se establecían o declaraban derechos sino que simplemente se protegían de cualquier ataque injusto.

Para concluir hablaremos de los actos reclamados, los cuales podían ser pasados,⁷⁴² presentes,⁷⁴³ y futuros⁷⁴⁴.

⁷⁴¹ Ibid. p. 54.

⁷⁴² “Don Rodrigo Pacheco Osorio, Marqués de Cerralvo, etcétera, por cuanto Nicolás de Barrientos, indio fiscal de la iglesia de Tlacoachavaya por nombramiento de él (elección del pueblo) y confirmación mía (del Virrey), me ha hecho relación que por hallar la doctrina en los muchachos están distraídos y olvidada por el mucho descuydo de el alcalde mayor, y por tener ocupados a sus padres en inteligencias (negocios), tratos y granjerías, procuró la enseñanza y formación de los dichos muchachos, debiéndole premio y agradecimiento, antes ha sido punido, pues don Xtobal (Cristóbal) Pérez, indio alcalde del dicho pueblo y dos enemigos del vicario, y el susodicho (alcalde mayor mandó) en su despacho a pedirle con un alguacil, llamado Andrés Mayoral, el cual le prendió y le robó la casa (al quejoso, Nicolás de Barrientos), ahuyentándole de ella a su mujer e hijos y le llevó diez pesos que tenía, y sobre todo lo susodicho el Obispo le quitó la vara de fiscal, teniéndola por mí (dice el Virrey), y asimismo le llevó dos pesos de jabón y un dinero y un sombrero que le costó cuatro pesos y una arroba de lana, y se le huyeron las gallinas, y perdió toda la pobreza que tenía y sobre todo lo susodicho, el Obispo le quitó la vara de fiscal dada por mí (sic). Y teniéndole preso, vino a mi amparo (desde) más de ochenta leguas, dejando su casa, mujer e hijos y tierras. (Y) para que se remedie, me pidió le mandase devolver la dicha vara de fiscal y le restituya todo lo que así le quitaron y llevaron el dicho alguacil y los que con él fueron, a su valor, y se le paguen los daños (y) pérdidas que por la dicha causa se le han seguido; y también pidió mandar que el dicho encomendero no asista ni tenga casa, mujer e hijos, como los tiene, en el dicho pueblo de (hace) más de treinta años a esta parte, y que el dicho Cristóbal Pérez, indio, no use oficio de alcalde sin confirmación mía. Y por mi visto (dice el Virrey) en el Juzgado de indios con el parecer de Diego Barrientos, mi asesor en él, por el presente mando a la Justicia del pueblo de Tlacoahuaya amparéis al contenido en el uso y posesión de su oficio de alguacil (quiere decir fiscal) del iglesia, en estado (constando) habérsele robado el dicho oficio (dado) por nombramiento en el pueblo (y) aprobado por el gobierno, no se impida en manera alguna, sin nueva orden y mandamiento del gobierno, con apercibimiento que se proveerá contra la justicia y personas que impidieren y no le ampararen, y para ello les despaché (este) mandamiento. Fecho en México, a diez de julio de mil seiscientos treinta años. El Marqués (el Virrey). Por mandato de su excelencia, Pedro de la Mora.” Ibid. p. 25 - 26.

⁷⁴³ “Don Luis de Velasco, etcétera; hago saber a vos, el alcalde mayor del pueblo de Querétaro, que los indios del pueblo de San Miguel, sujetos al dicho pueblo de Querétaro, me han hecho relación que ellos tienen mucha cantidad de tierras que siembran y cultivan, y que algunas personas se les entran en ellas sin causa más que querer de su autoridad hacerlo, en los cuales

Esta institución procesal, según opinión de algunos, fue uno de los principales antecedentes del Juicio de Amparo mexicano⁷⁴⁵ establecido en la Constitución de 1857. Este texto fue el

han sido agraviados. Y me pidieron mandase ampararlos en ellas. Y por mi (visto), por el presente (mandamiento) os mando que hagáis averiguaciones si las dichas tierras son de los dichos indios; y constando serlo, los amparéis en la posesión della y no consintáis que sean despojados sin ser oídos y por fuero y derecho vencidos ante quien y como deban. Fecho en México, a diez días del mes de septiembre de mil y quinientos y noventa años. Don Luis de Velasco. Por mandato de su excelencia, Martín López Gaona.” (subrayas fuera del texto). Ibid. p 23 - 29.

⁷⁴⁴ “Don Joseph Sarmiento, etcétera, por quanto don Juan Angel Fernández de Jáuregui, vecino de esta ciudad, por mi (sic) relación que me presentó, dijo que como constaba de recaudos que presentó, era vizcaíno noble, hijodalgo notorio, que me suplicó que le mandase librar mandamiento de amparo de nobleza para que las justicias de esta gobernación le guardasen todos los fueros, privilegios, y excepciones que a los nobles pertenecen, así para que su persona no pudiese ser presa por deudas, como para todos los demás casos en que la nobleza produce excepción, en (lo) que recibirá merced. (De) lo que mandé dar vista al señor Oydor y Fiscal, y con su respuesta; que el dicho don Juan Angel Fernández de Jáuregui presentase fe de bautismo y justificase ser el contenido en los papeles que presentó. Y habiéndolo hecho con cierto número de testigos y presentándola, dada por Cristóbal de Uglade, notario público en el lugar de Meneágara y en veinte y uno de abril de mil seiscientos y ochenta y seis de la que se percibe haber sido bautizado en el mismo lugar e iglesia del Señor de San Pedro, en veinte y tres de abril de seiscientos y sesenta y nueve, y ser hijo legítimo de Antonio de Jáuregui y María de Ojinando, y nieto por esa vía paterna de Juan Fernández de Jáuregui y María Garavilla Mendieta, y por la materna de Juan de Ojinando, María de Olamendi, mandé al dicho señor Oydor Fiscal, que en vista de todo dio esta respuesta: Excelentísimo Señor: El Oydor Fiscal, habiendo visto la información de nobleza que se compone de seis testigos y a que procedió citación de don Juan Antonio de Simón, como substituido (sic) por don Juan Angel Fernández de Jáuregui Ojinando Olamendi y Mendieta, en cuya virtud y atención a haber justificado ser el contenido en ella y tener exercida (sic) su fe de bautismo, pretende que se le despache mandamiento de amparo, en que, declarándose por noble hidalgo, se le confieran todas las gracias, privilegios, excepciones y prerrogativas que a los de esta calidad competen. (Y) dice que aunque la referida información parece en litigio en contradictorio juicio, como queda (?) que ésta no se dio en una de las dos Chancillerías de Valladolid o Granada, lo más que al jus. (que hace la petición, Juan A. Fernández de J.) se le podía conceder será mandamiento de amparo sin perjuicio del Real Fisco ni otro cualquier tercero de mejor derecho, así lo determinará Vuestra Excelencia, siendo servido o lo que tuviere por más conveniente, que será, como siempre lo mejor. México, febrero catorce de mil setecientos y un años. Licenciado don Francisco Anquita Sandoval y Roxas.

Y conformándose con la dicha persona, por el presente amparo al dicho don Juan Angel Fernández de Jáuregui en la posesión de dicha nobleza en que se halle, según la que se produce de los recaudos presentados; y mando a las justicias de S. M. de esta gobernación que guarden y hagan guardar todos los privilegios que como noble le pertenecen, sin perjuicio del Real Fisco ni de otro tercero de mejor derecho, para lo cual se le devolverán los recaudos presentados. México, diez y ocho de febrero de mil setecientos y un años. Don Joseph Sarmiento. Por mandato de Su Excelencia: Tomás Fernández de Guevara.” Ibid. p.31- 32, 59.

⁷⁴⁵ En el sistema jurídico novohispánico” imperaba el principio de legalidad como elemento de seguridad para los bienes y derechos de los gobernados y el cual, sin duda alguna, propició el ambiente socio-político para que fructificara durante la segunda mitad del siglo XIX el juicio de amparo mexicano”. BURGOA, Ignacio. El Juicio de Amparo. México. Editorial Porrúa. 1997. p. 99.

primero que consagró un remedio procesal para proteger los derechos de los ciudadanos en el período republicano en Hispanoamérica.

4.2.5.5.2. La Suplicación.

Hemos visto los antecedentes castellanos en los cuales esta figura operaba por cartas dictadas por el rey que fueran contrarias a ley o a los fueros.

Los orígenes americanos de esta institución se atribuyen a la realidad diversa con la que se topan los europeos en el nuevo mundo que ocasiona que las normas que se redactan en la península no se ajusten a los hechos americanos o que sean injustas.

La primera disposición que se dictó para regular la suplicación, fue dada a Diego Colón por una real cédula el 13 de diciembre de 1508, el rey le advirtió que

Podría ser que yo por no ser bien informado, mandé despachar algunas cartas para las dichas Indias, en cosa que viniese perjuicio a nuestro servicio, yo vos mando que veáis las tales cartas y las obedezcáis, y en cuanto al cumplimiento nos lo hagáis luego saber, para que sobre ello os envíe a mandar lo que se haga; pero en recibiendo nuestro segundo mandado, obedecerlas y cumplirlas enteramente como os lo enviare a mandar, sin poner en ello dilación alguna.⁷⁴⁶

Al año siguiente el gobernador Nicolás Obando planteó una consulta, sobre la suspensión del cumplimiento de algunas disposiciones, el rey expidió la real cédula de 14 de agosto, en

⁷⁴⁶ GARCIA GALLO, La Ley como fuente, Op. Cit. p. 209 - 210.

donde reguló que las nombradas disposiciones “primero deben ser obedecidas y no cumplidas y después consultadas”.⁷⁴⁷

Es palpable, por los dos casos vistos, que esta práctica se introdujo en América por voluntad real y no de los conquistadores y pobladores.

Los conquistadores consideraron este recurso como un derecho subjetivo, llegándose al extremo de que en 1518 todas las cédulas y provisiones que llegaban de la península eran suspendidas en la Española.⁷⁴⁸

Estos abusos hicieron que la corona limitara su uso, así lo reguló la real cédula dictada por Carlos V el 5 de junio de 1528 dirigida al gobernador de Santa Marta, en la que ordenaba que

por provisiones del rey católico mi señor y abuelo, que aya santa gloria, y nuestras, está mandado y proveído, que todas las provisiones que nos hizieremos de mercedes y oficios a las personas que pasan a residir a essas partes, se cumplan como en ellas se contiene, sin embargo de qualquier suplicación que dellas se interponga, y embién ante los inconvenientes, o causas que para no los recibir ni cumplir oviere, para que por nos vistas, siendo justas, las mandemos revocar o proveer en ello lo que a nuestro servicio conviniessen, pero si fueran cosas de que convenga suplicar, vos damos licencia para lo poder fazer, sin que por esto se suspenda el cumplimiento y execución dellas, salvo si no fuere el negocio de calidad que del cumplimiento dello se seguiría escándalo conocido, o daño irreparable; en tal caso permitimos que aviendo lugar de derecha suplicación, e interponiéndose por quien

⁷⁴⁷ TAU ANZOATEGUI, La Ley, Op. Cit. p. 65.

⁷⁴⁸ Ibid.

como deva, podáis sobreseer el dicho cumplimiento, y no en otra manera alguna.⁷⁴⁹

Vemos que la suplicación queda limitada a dos casos únicamente, el daño irreparable y el escándalo.

En 1528 se dio otro caso, el 12 de diciembre, se dictaron las ordenanzas de buen trato a los indios, estas fueron suplicadas por los procuradores de las ciudades porque se afectaban muchos intereses particulares, la petición se desestimó porque las mismas ordenanzas prescribían que debían ser cumplidas a pesar de cualquier apelación y suplicación⁷⁵⁰. Esta regulación fue confirmada por la real cédula de 24 de agosto de 1529.⁷⁵¹

No obstante estas disposiciones, la leyes nuevas de 1542, en lo pertinente a los indios, tuvieron que ser suspendidas en México y en Perú, en este último virreinato se presentó la rebelión de Gonzalo Pizarro que llegó a proclamar la independencia y a dar muerte al virrey.⁷⁵²

En el siglo XVII reaparecen los casos de no cumplir, los más relevantes, a mi juicio, son el que se presentó en Perú en 1620, donde el rey expidió una real cédula, el 3 de junio, en la que establecía que las cédulas donde se presentaran los vicios de obrepción o subrepción para obtener un oficio, es decir en las que hubiera habido engaño al designar a un inhábil

⁷⁴⁹ GARCIA GALLO, La Ley como fuente, Op. Cit. p. 211.

⁷⁵⁰ GONGORA, Mario. El Estado, Op. Cit. p. 263.

⁷⁵¹ TAU ANZOATEGUI, La Ley, Op. Cit. p. 66.

⁷⁵² GARCIA GALLO, La Ley como fuente, Op. Cit. p. 212. Mírese también a LORANDI, Ana María. Ni Ley, ni rey, ni hombre virtuoso. Buenos Aires. Gedisa. 2002. p. 69-98.

para un empleo, se obedecieran y no cumplieran⁷⁵³. Y el de 1627 que dispuso que si en los despachos reales que confirmaban los oficios vendibles y renunciables faltaban requisitos, se obedecieran y se suspendiera su cumplimiento.⁷⁵⁴

La recopilación de 1680 adoptó la formula general del obedecer y cumplir, pero con excepciones⁷⁵⁵, como la de ley 22 que consagraba el no cumplir para los despachos y disposiciones donde aparecieran los vicios, ya anotados, de obrepción y subrepción. La ley 24 admitió la suspensión cuando se pudiera ocasionar escándalo conocido o daño irreparable. Por su parte la ley 5 no permitió la suspensión de la legislación favorable a los indios.⁷⁵⁶

En el siglo XVIII con el advenimiento de la dinastía borbónica y del absolutismo ilustrado, el recurso de suplicación fue visto como una institución que iba en contra de la obediencia a la autoridad, de tal suerte que para interponerlo se expresaba la veneración debida al rey, la ciega obediencia que se tenía con las reales ordenes o que la suspensión se hacía en servicio del rey “sin que se entendiera ser el animo de no obedecer el mandato superior (...).”⁷⁵⁷

⁷⁵³ SUAREZ, Santiago Gerardo. El cumplimiento y el incumplimiento de la ley. XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios. Tomo I. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1997. p 282.

⁷⁵⁴ TAU ANZOATEGUI, La Ley, Op. Cit. p. 69 - 71.

⁷⁵⁵ Tau dice, que de este modo se mantuvieron puntos de vista distintos que fueron extraídos de la casuística, para enriquecer el material de trabajo del jurista. La sutileza del legislador armonizó el conflicto de leyes, que se hizo evidente al sacarlas de su terreno originario y lograr generalizarlas. Casuismo y Sistema, Op. Cit. p. 401 - 402.

⁷⁵⁶ TAU ANZOATEGUI. La Ley, Op. Cit. p. 73 - 75.

⁷⁵⁷ Ibid. p. 77.

En la Nueva Granada en el setecientos, este recurso de suplicación se aplicó como una garantía procesal, y no como un principio del derecho público, destinada a proteger el derecho de defensa del demandado en pleitos civiles. Operaba cuando a éste se le emplazaba en lugares diferentes a su domicilio, es decir que estos edictos “se obedecían pero no se cumplían” y los demandados así requeridos no incurrían en rebeldía y conservaban sus plenos derechos.

Traemos un caso que ocurrió en Antioquia en 1760, en donde el señor Muñoz Naranjo le compró al señor Lara un esclavo llamado Germán, con la circunstancia de que “no debía ser ladrón, borracho, ni cimarrón”. El vendedor aseguró que el único defecto que tenía era su afición al baile. Se hizo el negocio y a los pocos días el esclavo escapó, llevándose consigo varios bienes del comprador. El demandante solicitó bajo juramento unos testigos -quienes debían declarar sin anfibología, ni tergiversación, dando razón de por qué lo saben-, sobre si Germán, estando en poder de Lara, había sido borracho, ladrón y cimarrón. Recibidas las declaraciones demandó la rescisión de la venta por los defectos tan notables que se le han verificado. Lara contestó que si se atendía al punto céntrico de la materia se podía haber visto la maliciosa cavilosidad de Naranjo: porque sólo le vendí un negrito que el mismo comprador había escogido; y manifestándole que era fandaguero, nos ajustamos libremente en el precio. Se suscitó un conflicto de competencia entre los Alcaldes de Antioquia y de Remedios. El Fiscal conceptuó en esta causa pidiendo la rescisión del contrato e intentando la redhibitoria; dijo que el competente era el Alcalde de Remedios, ciudad donde se había celebrado el negocio (adquirió el fuero *ratione contractus*). Pero la Real Audiencia, celosa del derecho de

defensa, declaró que este emplazamiento “se obedecía pero no se cumplía” y declaró competente al justicia de Antioquia de donde era domiciliario Lara.⁷⁵⁸

Durante el siglo XIX esta figura tuvo vigencia en la Nueva Granada hasta el año de 1818, en donde se aplicó a nombramientos burocráticos. Así consta en

un decreto del superior gobierno de 4 de abril, en el cual se decía: Considerando que si S. M., en la real orden de 10 de octubre del año pasado, hizo mención en primer lugar del Sr. Lorenzo Corbacho, nombrándole Contador Mayor de este Tribunal de Cuentas, más bien debe atribuirse a ser nuevo empleado en dicho Tribunal que a que el ánimo del Soberano fuese pribar de su antigüedad al Sr. don Martín Urdaneta, a quien como se expresa en la real cédula fechada en Madrid a 11 de noviembre del citado año, se le expidió el título de Contador Mayor del mismo en 18 de marzo de 1803, cuyas funciones desempeñó hasta el tiempo del general trastorno y continúa desempeñando desde el ingreso del ejército expedicionario en esta capital, y reflexionando que las disposiciones reales en casos semejantes al presente, han de obedecerse pero no ejecutarse (...).⁷⁵⁹

Analicemos ahora como era el trámite del recurso. El procedimiento comenzaba con la notificación del despacho y su ejecución. El despacho iba dirigido a una autoridad que lo tenía que ejecutar, ella era la primera que lo examinaba y decidía si lo cumplía o no. Al dorso del despacho se debían asentar las respuestas y presentaciones que se hacían a las prescripciones de las reales cédulas, esto le daba firmeza al despacho y además era la “constancia fehaciente que servía de cabeza a la tramitación del recurso de suplicación.”⁷⁶⁰

⁷⁵⁸ A.G.N. Sección Colonia. Civiles Antioquia. Tomo IX. folios 819 r - 829 v.

⁷⁵⁹ OTS CAPDEQUI, José María. Las Instituciones del Nuevo Reino de Granada, Op. Cit. p. 31.

⁷⁶⁰ Ibid. p 92.

Ahora veamos la diferencia entre obedecer y cumplir. Hoy en día estas palabras son sinónimas, pero en la colonia la conducta de obedecer se entendía como acatar y reconocer a la autoridad real, era necesario hacerlo para no caer en rebeldía. Mientras que el cumplimiento hacía referencia a la eficacia que tenían las disposiciones, por esa razón se podían suspender sin incurrir en conductas delictivas.

El plazo para interponer el recurso era inexistente pero en la práctica se llevaba a cabo en el mismo acto de obediencia.

Las normas que podían ser suplicadas eran las provisiones, las cédulas y las órdenes reales, que no tuvieran el carácter de leyes o de pragmáticas. Tampoco se podían suplicar los despachos “que contuviesen ejecutorias ganadas en juicio contradictorio, es decir una vez oídas las partes de acuerdo a derecho.”⁷⁶¹

El recurso se interponía ante la autoridad que sancionaba la disposición. Los recurrentes podían ser los virreyes, las audiencias, los gobernadores, los cabildos, y los vecinos, estos intervenían cuando sus intereses se veían afectados, lo hacían por medio del procurador general, o a veces por ellos mismos con la presentación de una petición conjunta, como la que se presentó en Buenos Aires donde los vecinos suplicaron la real cédula de 26 de febrero de 1680, que impuso nuevos impuestos, 28 de ellos la suplicaron ante el rey y

⁷⁶¹ Ibid. p. 97.

pidieron al gobernador general que suspendiera su cumplimiento hasta que el rey se pronunciara.⁷⁶²

Los efectos del recurso eran primero la suspensión de la ejecución de la norma y el segundo el pronunciamiento del legislador, que en unos casos podía ratificar las provisiones suspendidas y en otras las podía revocar. Este segundo pronunciamiento debía cumplirse sin admitir una nueva súplica.

Opino que este recurso de suplicación es el antecedente de la figura de la suspensión provisional que constituye uno de los rasgos más sobresalientes del *droit administratif*.

4.2.5.5.3. El Recurso de Agravios.

Entremos analizar ahora el recurso de apelación, también llamado de agravios. El punto de partida es la distinción entre materias de gobierno y de justicia.

4.2.5.5.3.1. Los Actos de Gobierno de Virreyes, Gobernadores, presidentes y Oidores.

La América española vivió bajo la acumulación de funciones o poderes en diversas autoridades, fenómeno propio del absolutismo. No obstante lo anterior, presentó la distinción entre asuntos de gobierno y de justicia; como paradigma de esto estableció un control de las decisiones de gobierno que causaran un perjuicio o un agravio a los particulares. Se encargó a las reales audiencias de esta dificultosa tarea. Los asuntos de gobierno los ejercían por regla general los virreyes, los presidentes y los gobernadores, y

⁷⁶² Ibid. p. 100 - 101.

excepcionalmente otras autoridades, como por ejemplo los oidores cuando realizaban las visitas a la tierra. A todos estos asuntos que eran los de importancia se les llamaron de gobierno superior, para diferenciarlos de las cosas menudas como las tasas en los mantenimientos, las obras públicas, que venían a constituir el gobierno ordinario.⁷⁶³

Los asuntos de justicia, que estaban atribuidos a las audiencias, se referían a temas muy distintos, pero su núcleo duro estaba compuesto por los contenciosos, es decir por los conflictos entre partes. Los asuntos de gobierno constituyeron el derecho público de la época, que se convirtió en la medula del derecho indiano, partiendo desde el propio Consejo de Indias a quien en las ordenanzas de 1571, se le fijó como principal función el buen gobierno de las Indias; la creación y categorización de los temas de gobierno se dio por la casuística, única forma posible de poder regular necesidades tan diversas de tan extensos territorios. Por su parte los asuntos de justicia quedaron, después de la ordenanza de 1571, principalmente en manos de las audiencias, estos asuntos eran mucho más rígidos, se orientaban por el derecho común-castellano y se referían principalmente a temas de derecho privado.⁷⁶⁴

Como ejemplos de temas de justicia tenemos la organización del Consejo de Indias, de las audiencias, las autoridades provinciales y locales, las instituciones de control (visitas y residencias), los escribanos, las materias procesales y la administración de las herencias yacentes. Las materias de gobierno, en primer lugar en el plano espiritual, comprendían la

⁷⁶³ VILLAPALOS SALAS, Gustavo. Los recursos en materia administrativa en Indias, Op. Cit. p. 12.

⁷⁶⁴ TAU ANZOATEGUI, Víctor. Casuismo y Sistema. Indagación Histórica sobre el espíritu del derecho Indiano. Op. Cit. p. 125 - 134.

organización eclesiástica, la inquisición, los hospitales, las cofradías, las escuelas, las universidades; en segunda instancia lo temporal, incluía la concesión de mercedes, la conquista, descubrimiento, y población de las indias, la emigración, el orden público, las buenas costumbres, la institución virreinal, etc.⁷⁶⁵

De igual forma existían asuntos mixtos, que eran los que realmente presentaban problemas, como la provisión de oficios dentro de la audiencia, las licencias de expediciones, las encomiendas y los repartimientos de indios, etc.⁷⁶⁶

Para ayudar a dilucidar este problema Felipe II expide la real cédula de 1568, destinada al virreinato del Perú, y a Francisco de Toledo, su virrey en particular. Allí se establece que es el virrey, quien en un caso de duda por un asunto mixto, el que deberá calificarlo como de gobierno o de justicia, y contra esta calificación no se podrá interponer el recurso de apelación ante la audiencia. Si la audiencia no estaba de acuerdo con esa valoración debía informarlo al rey. Hay que anotar que si el asunto era calificado como de gobierno, y con él se causaba agravio a alguien, se podía apelar ante la audiencia volviéndolo inmediatamente contencioso.⁷⁶⁷

Esta real cédula

⁷⁶⁵ GARCIA GALLO, Alfonso. La división de las competencias administrativas en la España Moderna. Op. Cit. p. 299.

⁷⁶⁶ VILLAPALOS, Los recursos en materia administrativa en India, Op. Cit. p. 14 - 15.

⁷⁶⁷ BRAVO LIRA, Bernardino. Protección Jurídica de los gobernados en el nuevo mundo, Op. Cit. p. 68.

Diferencia entre el orden judicial, que es el destinado a proteger los derechos de las partes, y el gubernativo cuyo fin es el bien común. Se define la supremacía del gobierno sobre la justicia en cuanto a la ejecución de mandatos dirigidos al bien común, más también la supremacía de la justicia sobre el gobierno en cuanto a la conservación de los derechos ya adquiridos, que habían sido lesionados por mandato administrativo, pero que podían ser restituidos por sentencia en el juicio de apelación.⁷⁶⁸

Lo establecido en 1568 para el Perú, se extiende a Nueva España en 1570, a Guatemala en 1587, a la Nueva Granada en 1588, a la Española en 1599, etc.⁷⁶⁹

Adicionalmente hay que comentar que la existencia de este control judicial sobre los actos de los gobernantes fue lo que llevó a la creación de las Audiencias de Panamá en 1536 y la de Chile en 1565⁷⁷⁰.

La Recopilación de 1680 reguló esta materia desarrollando tres disposiciones sobre el control judicial de los actos de gobierno. La primera era la facultad del virrey para calificar los asuntos, la segunda establecía que cuando el asunto sobrepasaba el nivel doméstico y aparecía una persona agraviada, el negocio se volvía de justicia, es decir *inter partes*, entre el particular afectado y la autoridad que había dictado el acto. La tercera decía que “una vez que el asunto era ya *litis pendenciae*, sólo a los oidores tocaba decidir y las restantes

⁷⁶⁸ GONGORA, Mario. El Estado en el Derecho Indiano. Op. Cit. p. 290.

⁷⁶⁹ VILLAPALOS, Los recursos en materia administrativa en Indias Op. Cit. p. 24.

⁷⁷⁰ GARCIA GALLO, Alfonso. Los principios rectores de la Organización Territorial de las Indias en el siglo XVI. Publicado en: Estudios de Historia del Derecho Indiano. Madrid. Instituto de Estudios Jurídicos. 1972. p. 689.

autoridades debían estar sometidas a su fallo que podía incluir como medida cautelar la suspensión de la ejecutividad del acto”.⁷⁷¹

Veamos ahora cuales eran los actos de gobierno recurribles. Hay que partir de la idea de que no existe una clasificación, se atacaban todas las conductas administrativas que causaran una lesión a un particular. Existía una diferencia en los órganos judiciales encargados de resolver los conflictos, así el Consejo de Indias detentaba la jurisdicción superior para todos los negocios de América, además tenía la competencia exclusiva para las quejas del gobierno general, las eclesiásticas, los conflictos de jurisdicción y todas las otras causas relativas a la real jurisdicción, al patrimonio y la hacienda.⁷⁷²

Las audiencias tenían competencia para conocer cualquier acto dictado por cualquier autoridad por vía administrativa siempre que hubiera vulnerado el *status* de un particular.

Es así como de la época de los presidentes de capa y espada en la Nueva Granada, hemos analizado un recurso de agravios del año 1623, interpuesto contra unas providencias dictadas por el oidor Juan de Villabona Zubiaurre, en una visita a la tierra de las provincias de Tunja y Pamplona. Dicha actuación consistió en trasladar el pueblo de indios de Tequia, que es de clima cálido, a Siribita que es de clima frío. El cacique, por intermedio del protector de naturales, interpuso recurso de apelación ante la real audiencia. Esta decidió el

⁷⁷¹ VILLAPALOS, Los recursos en materia administrativa en Indias, Op. Cit. p. 37.

⁷⁷² Ibid. p. 42.

caso concediendo la razón al Cacique.⁷⁷³ Dicha providencia fue recurrida por el fiscal y confirmada por la audiencia el 12 de septiembre de 1624.

Este caso representa una función de gobierno realizada por la real audiencia, digamos que esta sólo secundariamente⁷⁷⁴ desarrollaba materias de gobierno y la típica de estas era la

⁷⁷³ AUTO

En la ciudad de Santa fe a 30 días de agosto de 1624 años, los señores presidente y oidores de la Audiencia Real de su majestad de este Nuevo Reyno de Granada, don Juan de Borja, Caballero de la orden de Santiago, presidente. doctor Lesmes de Espinosa Saravia, licenciado don Antonio de Obando, doctor don Francisco de Sosa y licenciado don Francisco de Saavedra, oidores. Habiendo visto los autos del protector de los naturales de este reino por don Simón cacique del pueblo de Tequia, encomienda del capitán Antonio de Enciso, con el licenciado Juan Ortiz de Cervantes, fiscal de su majestad. En esta Real Audiencia sobre que habiendo el señor doctor Juan de Villabona Zubiaurre, oidor que fue de esta dicha Real Audiencia y visitador de las provincias de Pamplona y Tunja mandado a los autos dichos indios agregar y juntar en la población que hizo en el sitio que llaman de Siribita por su auto que para ello proveyó en 27 de marzo del año pasado de 1623 y pretenden los dichos indios sin embargo de lo mandado y ejecutado en la dicha razón por el dicho señor visitador, se han de volver a su sitio y población antigua que tenían los dichos indios de Tequia, que se contradice por el dicho fiscal de su majestad y se pretende deberse guardar cumplir y ejecutar lo ordenado y mandado por el dicho señor visitador y habiendo visto el ofrecimiento hecho por el capitán Antonio de Enciso encomendero de los dichos indios por carta escrita al real acuerdo su fecha en 4 de octubre del año pasado de 1623, reconocida por el susodicho en presencia de los dichos señores en 27 de este presente mes y año, por la cual ofrece dar a los dichos indios ocho meses de doctrina mudándolos al dicho su sitio antiguo de Tequia y vistas las probanzas y demás autos hechos en la dicha razón. Y dijeron que sin embargo de lo proveído, hecho y ejecutado por el dicho señor oidor visitador debían de mandar y mandaron que el dicho cacique y demás indios del pueblo de Tequia se desagreguen de la dicha población de Siribita y se vuelvan y junten en el sitio de Tequia que antes tenían. Y para ello se les vuelvan a sus tierras resguardos y las labranzas que poseían cuando se agregaron a la dicha población de Siribita, las cuales se les mandan restituir para el dicho efecto a los dichos indios por cualesquiera personas que las tengan ocupadas y los dichos indios se pueblen en el dicho sitio de Tequia en forma política. Los señores mandaron se haga una iglesia suficiente para ser doctrinados en las cosas de nuestra santa fe católica y para la dicha doctrina se ha de nombrar un sacerdote religioso de la orden de santo domingo, el cual ha de hacer doctrina a los dichos indios todo el año dándole y pagándole el estipendio de ocho meses y para que se provea conforme al patronazgo real se de noticia a los prelados y a los demás indios que quedan juntos y agregados en la dicha población de Siribita, mandaron se les den nueve meses de doctrina los cuales paguen sus encomenderos, respecto según los indios a que cada uno tuviere como obligación el dicho sacerdote de asistir por el dicho estipendio todo el año. Y así lo proveyeron y mandaron.

Pronuncióse este auto por los señores presidente y oidores de la Audiencia Real de su majestad estándola haciendo pública en Santa fe a 30 de agosto de 1624 años. A. G. N. (Bogotá). Visitas Santander. Tomo IX. 1623. folios 759r. y v.

⁷⁷⁴ "Sólo secundariamente por las funciones que se le asignaban por vía de comisión, primero en las instrucciones que se den a la misma y luego tras la reiteración de éstas ya de modo más permanente, se puede considerar como un órgano de gobierno." GARCIA GALLO, Alfonso. Las Audiencias en Indias. Sus orígenes y caracteres. Publicado en: Academia Nacional de Historia. Caracas. Memoria del II Congreso Venezolano de Historia. 2 Vols. 1975. p. 384.

visita a la tierra, que “tenía por finalidad verificar la ejecución de las leyes, procurar a los indios justicia y, en general intervenir donde pareciera ser necesario.”⁷⁷⁵

En la Audiencia de Chile ocurrieron otros casos de recursos de agravios, veamos:

1. La Real Audiencia de Santiago, conociendo de una apelación interpuesta por don Pedro Díaz Valdés contra un decreto del Gobernador, don Francisco García Carrasco, que le había privado de su oficio de Asesor General de la Presidencia, en el mes de marzo de 1810 desarrollaba con gran rigor jurídico los fundamentos y la necesidad de esta institución. Así a propósito de la razón por la cual ella existía, expresaba lo siguiente:

La fuerza y la violencia la detestan las leyes de todos los gobiernos, y las de estos dominios enfrenan el poder para que no degeneren en arbitrario, por los enormes perjuicios que resultan al vasallo cuando se le constituye en la necesidad de ocurrir al poder de la Majestad.

2. En 1791 conoció la Audiencia de una apelación interpuesta por el Conde de la Conquista contra un decreto del Gobernador Ambrosio O'Higgins que le mandaba contribuir con diez caballos en razón de prorrata para el transporte de los indios que habrían de concurrir a Arauco para la jura de Carlos IV, y en dicho proceso como el escribano de gobernación negara los autos, el Real Acuerdo dictaminó pasar oficio al Gobernador solicitándoselos, y en dicho escrito firmado por el regente del Tribunal, don Francisco Antonio Moreno y Escandón se expresaba lo que sigue:

A pesar de las repetidas reales disposiciones en que S.M. ordena observen con toda exactitud las Leyes de las indias que franquean los recursos de apelación a las Reales Audiencias de todas las determinaciones del Gobierno, se presentan a cada paso dudas y tropiezos que entorpecen su cumplimiento y estándole tan estrechamente encargado en los capítulos 41 y 43 de mi empleo con la recomendable circunstancia de dirigirse al bien del Estado o utilidad de la causa pública y quietud de las provincias, que por lo distante de la

⁷⁷⁵ MAYORGA GARCIA, Fernando. La Audiencia De Santa fe en los siglos XVI y XVII. Bogotá. Instituto Colombiano de Cultura Hispánica. 1991. p. 133 - 134.

Península necesitan el mayor esmero y rectitud en la imparcial administración de justicia espero que no extrañe a Usía que en desempeño de esta real confianza y de lo acordado por esta Real Audiencia le haga presente que producida en ella un pedimento del señor Conde de la Conquista en grado de apelación habérsela denegado Usía de una providencia sobre prorratas de caballos y expresiones que le son indecorosas se proveyó por semanería el auto ordinario a fin de que entregue los autos al escribano... y que faltara a lo dispuesto por S.M. en beneficio de la causa pública si omitiere este examen de que pende la rectitud e imparcial administración de justicia con cuyo objeto se erigieron las Reales Audiencias.

3. En 1809 conoció la Audiencia de una apelación interpuesta por el Cabildo de Valparaíso contra un decreto del gobernador Francisco Antonio García Carrasco de 4 de enero, en virtud del cual desconocía la elección de capitulares que había efectuado la corporación, y que como perseverara en su decisión el Tribunal dio cuenta al rey y le señalaba que:

Advertirá a su sabiduría e integridad, el temerario intento del dicho Presidente en aseverar inapelables sus providencias expedidas sobre elección de capitulares tratando por este infundado principio de emborrar su escandalosa resistencia al cumplimiento de lo resuelto por este Tribunal, después de concedido por él mismo el recurso, como debió, no siéndole permitido el negarlo en ningún caso en que haya persona que se queje de agravios de cualesquiera providencia gubernativa, por ser reservada a sólo la Audiencia la calificación de si es admisible o no la apelación como se tiene declarado por V.M. en las Reales Cédulas de 19 de Marzo de 1784 circulada por la de 6 de julio de 1799 y en la de 29 de agosto de 1806... No ha menester, V.M., que le funde esta Audiencia, como lo hizo al Presidente, los motivos de las citadas Reales determinaciones en favor de la causa pública y pro comunal de los vasallos, dejando a su superior penetración la del exceso que se comete con la trasgresión de las leyes más sagradas, cuales son las que como la apelación conciernen al reparo del gravamen y opresión y las que establecen y deslindan las facultades de la Audiencia y del Presidente, siendo ya un abuso intolerable y reprehensible desacato a la

Majestad el que cometen los Presidentes oponiéndose, como lo ha ejecutado el de este reino al puntual obediencia de la ley municipal y reales cédulas referidas.⁷⁷⁶

Es pertinente mencionar otros ejemplos de actos de gobierno, el más clásico, según Villalpalos, es el conflicto de dos titularidades que se quieren hacer valer, eran asuntos problemáticos entre españoles o entre españoles y caciques de indios, como por ejemplo en la intromisión en la resolución de causas exclusivas de los indios, o en la privación de cacicazgos. En este último supuesto se daba una excepción a la regla de la jurisdicción rogada, se admitía que la audiencia actuara de oficio.

Otros ejemplos son las lesiones causadas por abusos de los eclesiásticos; también los acuerdos y ordenanzas de los cabildos; las negligencias en la ejecución de las ordenanzas; los agravios infligidos a los indios, con énfasis en los encomendados; también estaban las sentencias absolutorias o condenatorias de demandas pecuniarias o intereses de parte dictadas en un juicio de residencia; los vicios de procedimiento; la venta de oficios.⁷⁷⁷

El principio de ejecutividad del acto de gobierno tenía carácter excepcional. Su origen se remonta a las audiencias indianas, en principio por una real cédula de 1552 sólo tres actos tenían plena ejecutividad, estos eran la realización de ordenanzas, la satisfacción de daños y la regulación de estancias de ganados; es decir que el resto de los actos de gobierno podía

⁷⁷⁶ BARRIENTOS GRANDON, Javier. La Fiscalización de los actos de gobierno en la época indiana y su desaparición durante la República. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. Tomo XV. 1992-1993. Valparaíso. Universidad Católica de Valparaíso. p. 113-117.

⁷⁷⁷ VILLA PALOS, Los recursos en materia administrativa en Indias, Op. Cit. p. 44 - 47.

ser objeto de suspensión. Estas tres excepciones se sentaban sobre la idea de que las medidas de buen gobierno, de bien común, no se podían paralizar, por ello se concedía contra ellas el recurso de apelación pero en efecto devolutivo.⁷⁷⁸

Posteriormente en 1620 se expidió otra real cédula en la que se le otorgaba a la audiencia el poder de decidir si aceptaba la apelación con efecto devolutivo o suspensivo, esta potestad cobijaba incluso a los actos del rey. Pero atendiendo a las excepciones consagradas en la real cédula de 1552, y en otra de 1561 que dispuso que no existiera suspensión frente a las ordenanzas de gobierno que se hicieran en las ciudades.⁷⁷⁹

4.2.5.5.3.2. Los Actos de Gobierno de los Intendentes.

El origen de estas autoridades intendenciales es Francés⁷⁸⁰, aunque tienen antecedentes en la misma península⁷⁸¹. Estos se remontan a la instauración de los Superintendentes⁷⁸², y en

⁷⁷⁸ GONGORA, Op. Cit. p. 288.

⁷⁷⁹ VILLAPALOS, Los recursos en materia. Op. Cit. p. 53.

⁷⁸⁰ GARCIA TROBAT, Pilar y CORREA BALLESTER, Jorge. Centralismo y Administración: Los Intendentes Borbónicos en España. Quaderni Fiorentini. XXVI. Florencia. 1997. p.21 En el mismo sentido está KAMEN, Henry. El establecimiento de los Intendentes en la Administración española. Publicado en: Hispania. Madrid. Instituto Jerónimo Zurita. 1964. p. 368-395.

⁷⁸¹ PIETSCHMANN, Horst. Antecedentes Españoles e Hispanoamericanos de las Intendencias. Publicado en: Anuario de Estudios Americanos. Tomo XL. Sevilla. 1983. p. 359-372.

⁷⁸² En Portugal los funcionarios comisionados, llegan en el siglo XIV con los denominados Veedores de Fazenda, estos se constituyen en delegados del poder real, que producían actos de gracia, hoy mejor conocidos como actos políticos, actos de gobierno. HESPANHA, Antonio Manuel. História das Institucoes. Epocas Medieval e Moderna. Coimbra. Livraria Almedina. 1982. p.339.

concreto al de la Real Hacienda a fines del siglo XVII.⁷⁸³ Es con Felipe V, el primer borbón, con el que se instaura plenamente la figura de los Intendentes, con el establecimiento en 1711 de la Superintendencia de Ejército y Provincia y en 1717 con la Intendencia de Ejército y Marina.⁷⁸⁴ En 1749 se promulgó otra Ordenanza en la que se ven claramente las cuatro competencias asignadas a los intendentes, la policía o gobierno, la hacienda, la justicia y la guerra. En 1766 se presenta una reforma por medio de la cual se separa el corregimiento de la intendencia, por problemas con la administración de justicia.⁷⁸⁵ El propósito de estos nuevos funcionarios era recuperar la economía del Estado que se encontraba en banca rota por la guerra de sucesión y buscar la felicidad⁷⁸⁶ de los súbditos⁷⁸⁷ impulsando la industria, la ganadería, la agricultura, la minería; mejorar el

⁷⁸³ BERMEJO CABRERO, José Luis. Superintendencias en la Hacienda del antiguo Régimen. Publicado en: Anuario de Historia del Derecho Español. Tomo LIV. Madrid. 1984. p. 409-431.

⁷⁸⁴ COMADRAN RUIZ, Jorge. La Real Ordenanza de Intendentes de 1782 y las declaraciones de 1783. Antecedentes franceses y españoles. Publicado en: Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1995. p.12.

⁷⁸⁵ NAVARRO GARCIA, Luis. Intendencias en Indias. Sevilla. Escuela de Estudios Hispanoamericanos. 1959. p.10 -14.

⁷⁸⁶ "En definitiva, la policía en que se resume la función del Estado tiene por objeto la procura del bienestar o la felicidad de los súbditos, a través de una acción positiva y conformadora que se les impone. La sistematización conforme a principios generales de la multiplicidad de reglas y medidas del poder real en tal sentido, si bien no pone en cuestión la lógica última del Estado Absoluto, produce una apreciable limitación de dicho poder. Surgen así dos fenómenos de gran trascendencia. De un lado, pasa a ser consustancial al Estado una acción pública activa, continuada y permanente - la acción llamada de policía, calificable desde la perspectiva actual de verdadera acción administrativa -, distinta de la consistente en impartir justicia y prácticamente ilimitada en sus fines. De otro lado, tiene lugar un resurgimiento del derecho como valor de orden en sí mismo y, por tanto, como regulador de la actuación pública" PAREJO ALFONSO, Luciano. Derecho Administrativo. Barcelona. Ariel. 2003. p. 7 - 8.

⁷⁸⁷ "Las gentes de aquel tiempo (el setecientos) no tuvieron temor de los dioses celosos, que se irritan cuando los mortales pronuncian palabras imprudentes. Por el contrario, clamaron que querían su parte de felicidad, que tendrían y que tenían ya. Reflexiones sobre la felicidad, Epístola sobre la Felicidad. Sobre la vida feliz. Sistema de la verdadera felicidad. Ensayo sobre la felicidad. De la felicidad (Della felicità). El arte de ser felices (L'arte di essere felici). La felicidad (Die Glückseligkeit). Ensayo sobre el arte de estar siempre feliz (Versuch uber die Kunst stets fröhlich). Sobre la felicidad (Uber die Glückseligkeit), de la felicidad (Oh happiness). He aquí lo que en diversas lenguas osaron escribir como título de sus libros. Como el descubrimiento, después de haber colmado los individuos, iba a aprovechar a los pueblos; extendieron sus beneficios: Tratado

comercio y para ello se tenía que promover la navegación, los caminos, los puentes y los puertos⁷⁸⁸. “ Y he aquí por donde la causa de policía viene a ser la piedra de toque de la institución, el nervio que ha de darle eficacia, y la vertiente realizadora, constructiva, que la diferencia y la eleva en categoría por encima de todas las similares, con aquella idea básica que la resume: el fomento”⁷⁸⁹

En el siglo XVIII con las reformas borbónicas llegan los Intendentes a la América hispana. Estos se constituirán en los principales funcionarios comisionados del monarca, ellos serán los encargados de fomentar la política del centralismo real.

La primera Intendencia en establecerse fue en Cuba de acuerdo a la real instrucción de 31 de Octubre de 1764. Al Intendente se le confirieron únicamente competencias de hacienda

de la sociedad civil y del medio de volverse feliz contribuyendo a la felicidad de las personas con quienes se vive; De las causas de la felicidad pública. De la felicidad pública; Della pubblica felicità; La felicità pubblica, Ragionamenti... riguardanti la pubblica felicità; Riflessioni sulla pubblica felicità; Of national felicity. Para tener a mano los mejores tratados sobre la cuestión, hicieron un compendio y lo titularon: El templo de la Felicidad. El bello templo estaba allí, sobre la colina feliz. La alegría se tenía a la puerta e invitaba a los humanos a comenzar, al fin, la gran fiesta de la vida”. HAZARD, Paul. La pensée européenne au XVIII^e siècle. De Montesquieu á Lessing. París. Ancienne Librairie Furne, Bovin & Cie. 1946. p. 17-18. citado por: RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela. Op. Cit. p. 214-215

⁷⁸⁸ “Es bajo los Borbones, y en especial en tiempos de Carlos III, cuando junto a los principios rectores que han inspirado la actuación gubernamental española - justicia y evangelización- se abre paso y se sitúa el del fomento de la riqueza, del bienestar y de la felicidad de los súbditos. No importa que el logro de este bienestar material responda a los ideales filosóficos del ochocientos o a la conveniencia del Estado de aumentar la riqueza del país para poder obtener de él mayores impuestos o a las conveniencias militares de disponer de buenas comunicaciones o una firme base económica. El hecho cierto es que bajo Carlos III se concibe un vasto plan de desarrollo, aunque no quede articulado como tal. El Estado es el motor de la colonización interior de España o de las regiones americanas que permanecen estancadas, el que construye carreteras y canales, instala fábricas modelo, estimula las industrias y dignifica a los trabajadores, liberaliza el comercio y renueva la enseñanza; el que toma iniciativas, crea, organiza y controla”. GARCIA GALLO, Alfonso. Sobre las Intendencias en Indias. Publicado en: Los Orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano. Madrid. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. 1987. p. 1002.

⁷⁸⁹ NAVARRO GARCIA, Op. Cit.p.10-14.

y guerra. No obstante la buena intención de la Corona, su implementación tuvo mucho rechazo, es por ello que en 1769 el Capitán General de la isla, Bucarelli, solicita su revocación argumentando que era la única Intendencia existente en América⁷⁹⁰. Posteriormente, y al llegar en 1776 al Ministerio de Indias, José de Gálvez⁷⁹¹ estableció las reformas intencionales en la Nueva España, el Río de la Plata y el Perú. En nuestro Virreinato esta reforma no llega aplicarse por la revolución comunera,⁷⁹² y más tarde quedó de nuevo frustrada por la independencia, pues en 1807 se ordenó la creación de las intendencias en la Nueva Granada⁷⁹³, pero no tuvo efectos debido a la invasión Napoleónica a España y a los posteriores movimientos en pro de la autonomía que se dieron en nuestro país.

Posteriormente este modelo vuelve a las Indias y se impone en el Río de la Plata en 1782⁷⁹⁴, esta Ordenanza ha sido considerada como una Constitución en sentido material, porque

⁷⁹⁰ MORAZZANI de PEREZ ENCISO, Gisela. La Intendencia en España y América. Caracas. Universidad Central de Venezuela. 1960. p. 37 -38.

⁷⁹¹ Con la muerte de Gálvez en 1787 el sistema intencional sufrió un duro revés, pero siguió subsistiendo hasta la independencia, su última Ordenanza General fue de 1803, pero no llegó a implementarse por el temor del primer ministro Manuel Godoy que entorpeciera la recién creada Ordenanza militar. SANCHEZ BELLA, Ismael. Las reformas en Indias del secretario de estado José de Gálvez (1776-1787). Publicado en: Derecho y Administración en las Indias Hispánicas. Tomo II. Cuenca. Universidad de Castilla la Mancha. 2002. p. 1523-1524.

⁷⁹² PHELAN, John Leddy. El pueblo y el rey. La revolución comunera en Colombia, 1781. Op. Cit. p. 19-50 y también GARRIDO, Margarita. Reclamos y Representaciones. Variaciones sobre la política en el Nuevo Reino de Granada, 1770-1815. Bogotá. Banco de la República. 1993. p. 34. KÖNIG, Hans - Joachim. En el Camino hacia la Nación. Nacionalismo en el proceso de formación del Estado y de la Nación de la Nueva Granada, Op. Cit. p. 148.

⁷⁹³ NAVARRO GARCIA, Luis. Las reformas borbónicas en América. Sevilla. Universidad de Sevilla. 1995. p. 103.

⁷⁹⁴ “En 1776 se había establecido el Virreinato con capital en Buenos Aires, e incluía el área de lo que hoy es Argentina, Uruguay, Paraguay y Bolivia. El resultado fue un cambio trascendental del equilibrio geopolítico del continente, puesto que Lima, que ya había visto roto su monopolio comercial por la apertura de la nueva ruta comercial del Cabo de Hornos y que había sido la antigua capital de todo el imperio de Sudamérica, sufrió una severa pérdida de categoría. La inclusión del Alto Perú en el nuevo virreinato, con el fin de proveer a Buenos Aires con los

organizó la vida social, administrativa y política de la comunidad.⁷⁹⁵ Posteriormente le siguió la Nueva España en 1787. Para el caso del Perú en 1784 comenzaron a operar allí los Intendentes basándose en la Ordenanza del Río de la Plata. La eficacia de estas autoridades, en las regiones donde prosperó, fue bastante notoria en las capitales de provincia, porque allí controlaban el orden público reprimiendo los desordenes y porque construyeron gran cantidad de obras públicas, tales como puentes, cárceles y el adoquinamiento de las calles⁷⁹⁶.

Los Intendentes tenían cuatro atribuciones esenciales, policía o gobierno, justicia, guerra y hacienda. Por la causa de policía o gobierno, el Intendente tenía que fomentar el desarrollo de la economía, debía cobrar los tributos, mantener en buen estado los caminos y conservar la paz pública.⁷⁹⁷ La causa de justicia introdujo la figura de los Tenientes letrados, estos funcionarios actuaban como asesores del Intendente para asuntos contenciosos civiles y criminales en la capital de las provincias, asumiendo para ello las competencias que

beneficios fiscales de Potosí, preparó el camino de la división política permanente de la zona andina". Ibid. p. 96.

⁷⁹⁵ SAN MARTINO de DROMI, María Laura. Historia de la Administración en Argentina. Publicado en: Posada Herrera y los orígenes del Derecho Administrativo Español. Op. Cit. p. 325. Según esta autora este documento tiene todas las características de una moderna constitución. "Contiene un preámbulo, una estructura organizacional del poder con reparto de competencias y magistraturas y un anticipo de reconocimiento de derechos y garantías, que se compatibilizan con las declaraciones a propósito de las libertades individuales que se avecinan, a fines del siglo XVIII, con la Constitución de los Estados Unidos, la Revolución Francesa y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Si bien los derechos individuales no son el fuerte de esta Constitución debemos reconocer que guarda una adecuada armonía con los derechos subjetivos: intimidad, libertad e igualdad y, con las libertades operativas de comercio e industria que se perfilan en la época, incluso con la propia Ordenanza de Libre Comercio de 1778, que sancionara el propio Carlos III (...)." Véase Constitución Indiana de Carlos III. Buenos Aires. Ciudad Argentina. 1999. p. 10.

⁷⁹⁶ BRADING, David. La España de los Borbones y su Imperio Americano. Publicado en: Historia de América Latina. Tomo II. Barcelona. Editorial Crítica. 1990. p 99.

⁷⁹⁷ ACEVEDO, Edberto Oscar. La causa de policía o gobierno. Publicado en: Estudios sobre la Real Ordenanza, Op. Cit. p. 50.

antiguamente le estaban asignadas a los gobernadores y virreyes .Las audiencias conocían las apelaciones que se interpusieran contra los autos y sentencias que como jueces ordinarios proferían estos magistrados. Esta situación garantizó más firmemente la independencia de los Letrados frente a los Intendentes⁷⁹⁸. Por regla general los Intendentes no eran abogados “por eso el mismo rey se encargó de exaltar la posición de los Tenientes letrados como jueces ordinarios, al ordenar que los intendentes nunca debían separarlos del conocimiento de sus causas...”⁷⁹⁹

De igual manera se estableció que las Audiencias conocieran en apelación de los asuntos de policía o gobierno dictados por los Intendentes que pudieran hacerse contenciosos.⁸⁰⁰

De todo lo analizado en las Indias vemos que existió una separación entre gobierno, o policía, y justicia. A través de ella se controlaron los actos de gobierno que ocasionaran lesiones a los súbditos, este hecho los convertía en contenciosos, y ese control radicaba en las reales audiencias. Las autoridades intendenciales también eran controlables de la misma manera. Esto demuestra en primer lugar la existencia, embrionaria, de un derecho especial que se presentaba en los asuntos de gobierno o de policía y que buscaba el interés general; en segundo lugar se comprueba un control judicial sobre ese ordenamiento policial que recaía sobre el Tribunal judicial por excelencia que era la Real Audiencia; en tercer término

⁷⁹⁸ MARTIRE, Eduardo. La Causa de Justicia. Publicado en: Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes del Río de La Plata. Op. Cit. p. 116-119.

⁷⁹⁹ REES JONES, Ricardo. Op. Cit. p.163.

⁸⁰⁰ Según lo establecido por los artículos 5 y 14 de las Ordenanzas del Río de la Plata, concordantes con los artículos 6 y s.s. de l Ordenanza de la Nueva España. LYNCH, John. Administración Colonial Española 1782-1810. El Sistema de Intendencias en el Río de la Plata. Buenos Aires. Eudeba Editorial. 1962. p. 226, 241.

es palpable que no existió una división de poderes propiamente dicha, pero si una separación de funciones que permitía distinguir las materias entre gubernativas y contenciosas; y por último no existió un juez especializado que controlara las actuaciones de policía, sino que se tenía un juez común que resolvía todos los asuntos.

4.2.5.5.3.3. Pervivencia del Recurso de Agravios en los siglos XIX y XX.

Para nosotros este Recurso de Agravios subsistió durante gran parte de la República hasta bien entrado el siglo XX. Obviamente no sobrevivió con el mismo nombre, sino que este varió y mutó en el de Acción Pública, mecanismo procesal que podía ejercer cualquier persona que tuviera la cualidad de ser ciudadano, ya no cualquier súbdito; contra las actuaciones, que hoy llamaríamos administrativas, fueran estas contractuales o unilaterales; y contra los hechos administrativos; que lesionaran sus derechos. Según vimos en el Capítulo Segundo esta Acción Pública perduró hasta 1941, cuando fue derogada por las Acciones Francesas.

Nosotros creemos que estas actuaciones que hemos denominado administrativas corresponden plenamente a lo que hemos llamado actos de gobierno o de policía en el Estado Absoluto. Pues si analizamos bien ambas emanan del mismo sujeto llámese Gobierno o Administración y porque las dos pretenden la satisfacción del interés general. Sin embargo es pertinente mencionar que el derecho administrativo colombiano en el siglo XIX y en el primer cuarto del XX no utilizó la categoría de acto administrativo de una manera explícita, como tendremos ocasión de analizar al estudiar los diversos controles en estos períodos.

Tenemos que aclarar también que el organismo encargado de resolverlo, la mayoría de las veces, ya no era la Real Audiencia, sino la Corte Suprema. Y es que este Tribunal de Justicia Colonial con la llegada de la Revolución cambió de denominación y pasó a ser llamado Corte Suprema⁸⁰¹, cumpliendo las mismas funciones.⁸⁰²

Miremos ahora como fue la pervivencia de este medio de control en la República.

Durante el siglo XIX, y parte del XX, la Corte Suprema de Justicia y los poderes Ejecutivo y Legislativo fueron los encargados de encauzar las actuaciones de la Administración. Este período que comprende de 1811 a 1914 es conocido como Judicialista, debido a que fueron los jueces de derecho común, es decir la Jurisdicción Ordinaria, y en algunos casos el poder ejecutivo o el legislativo, los que controlaron la responsabilidad extracontractual, los contratos, y los actos objetivos y subjetivos desarrollados por la Rama Ejecutiva.

Analizaremos primero las Constituciones de la llamada Primera República para demostrar el control de los órganos arriba mencionados. Este período comprende de 1811 a 1815,

⁸⁰¹ La Historiografía colombiana no ha estudiado la conversión de la Real Audiencia en Corte Suprema de Justicia, situación que sí ha realizado la historiografía venezolana. Para el efecto consúltese a POLANCO ALCANTARA, Tomás. La Real Audiencia de Caracas como antecedente de la Corte Suprema de Justicia. Publicado en: La Real Audiencia de Caracas en la historiografía venezolana. Materiales para su estudio. Caracas. Biblioteca Nacional de la Historia. 1986. p. 415 - 432.

⁸⁰² Como anotábamos arriba los Reales Acuerdos eran la reunión de la Real Audiencia en pleno para resolver temas atinentes al gobierno. En el siglo XIX la Corte Suprema de Justicia se reunía en Acuerdo, durante la vigencia de la Constitución de 1863, para resolver los casos de control de constitucionalidad de las leyes. Esta sin lugar a dudas es la misma figura pero enmarcada en otro contexto y impregnada de una ideología completamente diferente.

fecha en la que se interrumpe la vida independiente por la reconquista española a cargo del pacificador Pablo Morillo.

Comenzamos por la Carta de Cundinamarca de 1811. Allí se ideó un modelo de control frente a las infracciones de la Constitución, disponiendo que un Senado de Censura y Protección, fuera el principal Tribunal de la Provincia. Este tenía como propósito el de preservar la supremacía del texto fundamental y los derechos imprescriptibles de los ciudadanos. El mecanismo para hacerlo efectivo era la acción pública que podía interponer cualquier ciudadano o cualquier autoridad por la vulneración constitucional o por la usurpación de funciones de todos o de cada uno de los tres poderes públicos. El Senado para remediar esta situación, estaba facultado para obligar al funcionario involucrado a que reformara su actuación dentro de los tres días siguientes al de la recepción de la orden.⁸⁰³

En este mismo año se expidió la Constitución de Tunja. Allí se implementó un modelo de control de las actuaciones subjetivas que regulaba que en primera instancia fueran controladas por el Gobernador, de acuerdo a los siguientes términos: “el gobernador conocerá en primera instancia de todas las materias políticas, administrativas y económicas que se redujeran a contienda, aconsejándose con el Teniente gobernador”.⁸⁰⁴ Este último funcionario debía ser letrado, o por lo menos conocer con bastante profundidad el ramo de gobierno. En los asuntos contenciosos obraba como asesor, tenía que expresar su parecer

⁸⁰³ RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela, Op, Cit. p. 59.

⁸⁰⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo I, Op, Cit. p.316.

siempre por escrito. Podía “ser reelegido, no así su superior jerárquico que sólo podía serlo una vez”.⁸⁰⁵ La segunda instancia frente a estas decisiones radicaba en los Tribunales Ordinarios de Justicia de la Provincia.

Referente al control de los actos objetivos, eran competencia del Senado de acuerdo a lo regulado por el artículo 18 del Capítulo III la Carta, que establecía que:

Puede el Senado, sin que proceda acusación o denuncia de la Cámara de Representantes, pedir al Gobernador o Teniente de gobernador, razón de cualesquiera decreto, orden o determinación que se juzgue por las tres quintas partes de sus miembros, ser contra la Constitución o perjudicial a la causa pública. En Caso de que no se de una razón satisfactoria, podrá el Senado prevenir a cualquiera de los dos que suspendan su determinación.⁸⁰⁶

La Provincia de Cartagena promulgó una Constitución en el año de 1812, allí se le asignó la competencia al Senado Conservador de resolver los contenciosos objetivos. Este cuerpo estaba conformado por cinco miembros que eran nombrados por el Colegio Electoral. Dos de sus integrantes constituían el Consejo Revisor, ente que tenía que examinar la inconstitucionalidad de las actuaciones de los poderes públicos.⁸⁰⁷

Por su parte el contencioso subjetivo, corría a cargo de un Corregidor Intendente Letrado, quien conocía las “materias económicas contenciosas y administrativas, de policía, gobierno y hacienda”.⁸⁰⁸ La segunda instancia era competencia del Supremo Tribunal de

⁸⁰⁵ RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela Op, Cit. p.82.

⁸⁰⁶ POMBO y GUERRA, Constituciones de Colombia Tomo II, Op. Cit. p. 202-203.

⁸⁰⁷ RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela, Op. Cit. p. 102.

⁸⁰⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo I, Op. Cit. p.

Justicia que residía en Cartagena. Este estaba conformado por dos salas y resolvía asuntos contenciosos de gobierno, hacienda, justicia civil y criminal. Frente a las Sentencias de este Tribunal existía una tercera instancia, que correspondía a la sala que no hubiera resuelto el negocio, aumentada con dos conjueces.⁸⁰⁹

El texto fundamental de Antioquia de 1812 estableció un control de los actos subjetivos, relativos a los “ramos de Policía y Gobierno”. Estos eran resueltos en primer término por los Jueces de Primera Instancia y en segunda por el Supremo Tribunal de Justicia de la Provincia.⁸¹⁰

En el año de 1814 la Provincia de Popayán se dio su Constitución. Esta previó que el Senado debía ser el ente encargado del control del contencioso objetivo, al estipular que el principal objeto de esta Corporación era el de “hacer observar la Constitución, tomando conocimiento de las infracciones que haga de ella cualquiera de los poderes o de sus miembros, o de sus agentes inmediatos”.⁸¹¹

La Provincia de Mariquita expidió su Carta en el año de 1815, allí reguló un control de los actos objetivos a cargo del Senado de Censura. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo I del Título x, que dispuso que el “principal objeto del Senado es velar sobre el exacto cumplimiento de la Constitución, e impedir que sean atropellados los derechos

316.

⁸⁰⁹ POMBO y GUERRA, Constituciones de Colombia Tomo II, Op. Cit. p. 437-440.

⁸¹⁰ Ibid. p. 280.

⁸¹¹ RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela, Op. Cit. p.120.

imprescriptibles del pueblo y del ciudadano”. El contencioso subjetivo se le asignó al Teniente del Gobernador a quien le correspondía el “conocimiento en primera instancia de todas las materias contenciosas de Gobierno, Hacienda y Policía en que principalmente se comprende la seguridad pública, con todas las demás atribuciones naturales en lo económico y administrativo.” La segunda instancia estaba asignada a la sala de Apelaciones.⁸¹²

En 1815 la provincia de Neiva promulgó su Constitución. Este texto le atribuyó el control de los actos de gobierno, policía y hacienda, es decir los subjetivos, al Teniente del Gobernador, en primera instancia⁸¹³, y tuvo la particularidad de que la segunda instancia, se le fijó al Supremo Tribunal de Justicia de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, que estaba radicado en Santa fe de Bogotá. Esta circunstancia ha sido vista como una falta de eficacia del régimen federal, imperante en ese momento, pues no todas las provincias tenían la infraestructura para cumplir a cabalidad las competencias como entidades autónomas,⁸¹⁴ y por eso tenían que acudir a la antigua capital del Virreinato.

Por último de este período, encontramos la Constitución de Pamplona de Indias de 1815. Este texto consagró el control de las materias de gobierno, hacienda, policía y traición al

⁸¹² POMBO y GUERRA, Constituciones de Colombia Tomo II, Op. Cit. p.592, 599-600.

⁸¹³ RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela, Op. Cit. p. 147-148.

⁸¹⁴ SAMPER, José María. Derecho Público Interno, Op. Cit. p. 80.

Estado, al Teniente Gobernador, en primera instancia. Mientras que la segunda instancia le fue atribuida al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia.⁸¹⁵

Pasemos a examinar la época que va desde la disolución de la Gran Colombia, es decir de la separación de Venezuela y Ecuador, de la Nueva Granada, que se da en 1830, hasta la Constitución de 1886.

Arrancamos con las Constituciones de 1830 y 1832. Estas permitieron que los particulares impugnaran las controversias derivadas de los contratos del Estado, cuando con ellas se hubieren ocasionado perjuicios, de acuerdo a lo establecido en el artículo 110.2 del texto de 1830 que asignaba como atribución de la Corte la de “conocer de las controversias que resultaren de los contratos y negocios celebrados por el poder ejecutivo a su nombre”. Y en igual sentido el artículo 131.3 de la de 1832 que rezaba “conocer de las controversias que se susciten por los contratos o negociaciones que el poder ejecutivo celebre inmediatamente por sí, o por sus agentes, de especial orden suya”.⁸¹⁶

Debemos anotar que bajo la Constitución de 1832 se contempló la posibilidad de controlar los actos administrativos generales u objetivos, conforme lo estipulaba el artículo 162 en los siguientes términos:

El Congreso tiene la facultad de anular todos los actos y resoluciones de las Cámaras de Provincia (...) el poder ejecutivo tiene la de suspenderlas en los casos que sean contrarios a la Constitución o las leyes, o que no estén dentro de sus facultades; pero dará cuenta al próximo Congreso para su resolución

⁸¹⁵ RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela, Op. Cit. p. 130.

⁸¹⁶ RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Constituciones Políticas Nacionales, Op. Cit. p.141, 191.

definitiva; y el gobernador de la provincia tiene también la misma facultad de suspenderlos, pero dando aviso sin demora al Presidente de la República para ejecutar lo que por este se resuelva.⁸¹⁷

Bajo la vigencia de la Constitución de 1843 mostramos otros ejemplos del control del contencioso objetivo. La Ley del 22 de Junio de 1848 preceptuó que las Ordenanzas de las Cámaras Provinciales que hubieran sido sancionadas, no obstante haber sido objetadas por inconstitucionalidad o ilegalidad, podían ser acusadas ante la Corte Suprema, ya fuera por el funcionario respectivo o por un particular, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 23.⁸¹⁸

Hemos hallado algunos casos de demandas de ciudadanos particulares y de distintos Gobernadores provinciales, en donde solicitan la anulación de diversas Ordenanzas provinciales. Pero debido a la quema del Palacio de Justicia en el año de 1985, ha sido imposible reconstruir los casos y los fallos que profirió la Corte Suprema de Justicia. No obstante transcribo en la nota de pie de página las referencias encontradas para comprobar que los actos objetivos fueron atacables en Acción Pública ante la Corte Suprema.⁸¹⁹

⁸¹⁷ MONTAÑA PLATA, Alberto. Dimensión teórica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia. Op. Cit. p. 82.

⁸¹⁸ Codificación Nacional de todas las leyes de Colombia desde el año de 1821, hecha conforme a la ley 13 de 1912. Obra publicada bajo la dirección del honorable Consejero de Estado Doctor Ramón Correa. Tomo XIV. Bogotá. Imprenta Nacional. 1929. p. 158.

⁸¹⁹ Mencionamos, por ejemplo, la solicitud del Gobernador de Panamá, formulada en 1851, para que se anulara la Ordenanza que expidió la Cámara de esa Provincia sobre dotación de jueces. Del año 1852, nombramos la solicitud del Gobernador de Vélez para que se anulara una Ordenanza de dicha Cámara de esa Provincia, sobre un crédito adicional al presupuesto de gastos de 1850. Del año de 1853 citamos la solicitud del Cabildo de Valledupar para que se anulara la Ordenanza que dividió la ciudad en dos Distritos. AMAYA SIERRA, Juan. Compilación de los índices de 221 volúmenes del ARCHIVO de la Corte Suprema de Justicia que comprende desde el año de 1822 hasta 1871. Tomo I. Bogotá. Imprenta Nacional. 1927. p. 161, 173, 183.

Los textos constitucionales de 1858, 1863 y 1886 instituyeron nuevamente el control de los actos subjetivos. Encontramos que la Constitución de 1858 le atribuyó a la Corte Suprema en el artículo 49 numerales 7, 9, 10, 11 y 13, el resolver los negocios contenciosos interadministrativos y todos los tocantes a los particulares por expropiaciones, contratos, bienes y rentas de la Confederación. La Carta de 1863 le asignó las mismas materias en el artículo 71 numerales 6, 8, 9 y 10.⁸²⁰

Con esta Constitución de 1863, que instituyó los Estados Unidos de Colombia, se permitió que algunos de los Estados que integraban la Unión regularan en sus Constituciones el control objetivo. Por ejemplo la Constitución del Estado de Boyacá, de 1869, contemplaba como competencia del Tribunal Superior del Estado, en el artículo 51 no. 3, la de “conocer i decidir en las causas de nulidad de los acuerdos de las Municipalidades que le hayan sido pasadas por la autoridad política, por ser contrarias a la Constitución o la lei.”⁸²¹

En igual forma el Estado de Panamá reguló en la Constitución de 1875, en su artículo 87 no. 5. que la Corte Superior del Estado podía “suspender por mayoría de votos, a solicitud del Ministerio Público o de cualquier ciudadano, los Acuerdos Municipales que sean contrarios a la Constitución o las leyes nacionales o del Estado, i dar cuenta a la Asamblea para que decida definitivamente. (...)”⁸²²

⁸²⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo I, Op, Cit. p. 317.

⁸²¹ Recopilación de Leyes del Estado de Boyacá. Tunja. 1873. s. p.

⁸²² Constitución de los Estados Unidos de Colombia. Bogotá. Imprenta y Estereotipia de Mercado

Por último encontramos la Constitución del Estado de Bolívar de 1865, que en su artículo 52 no. 4, le atribuyó al Tribunal Superior del Estado la facultad de “suspender en Sala de Acuerdo, los decretos i demás actos de los Concejos Municipales, cuando sean contrarios a la Constitución o a las leyes, dando cuenta a la Asamblea legislativa para su resolución definitivamente.”⁸²³

Mencionamos también de esta Constitución de 1863, la suspensión que hizo la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia, por medio del Acuerdo del 21 de Diciembre de 1874, de un decreto del 16 de Octubre de 1873, elaborado por la Asamblea legislativa del Estado del Tolima, por el que se promovió la erección del Obispado en el Estado del mismo nombre.⁸²⁴

De esta época también resaltamos una sentencia sobre Responsabilidad Extracontractual del Estado, proferida por la Corte Suprema Federal el 22 de Septiembre de 1882. Los supuestos son los siguientes:

Los señores Lucine y Andrew Vesey Davoren y John y Mary Anne O`loghin demandaron al gobierno por la cancelación de la hipoteca que se había constituido sobre un predio de propiedad del Monasterio de La Concepción. Dicho predio fue adquirido por el señor

Rivas. 1875. p. 345.

⁸²³ Constitución del Estado Soberano de Bolívar. Cartagena. Imprenta de Ruiz e Hijo. 1865. p. 28.

⁸²⁴ Estados Unidos de Colombia. Diario Oficial. Año XI. Número 3,352. Bogotá. Imprenta Oficial. 1875. p. 2455.

Lucio Davoren, permaneciendo a cargo del pago del gravamen. El mencionado señor pagó cerca del 50 % de la hipoteca y quedó pendiente el resto del monto. Dicha garantía real y su pago no fueron inscritas en el registro oficial de censos, como correspondientes al ramo de bienes desamortizados. En el año de 1861 se produjo la desamortización de bienes de manos muertas a la Iglesia. Posteriormente en el año de 1873 se expidió la ley 66, en ella se prescribió que se consideraban canceladas las hipotecas que no hubieran sido inscritas en el registro de bienes desamortizados. La Corte falló declarando que el rubro de la hipoteca que estaba pendiente de cancelar, se consideraba saldado por aplicación legal y ordenó al gobierno a hacer la cancelación del nombrado gravamen.⁸²⁵

Como bien se observa, la importancia de este fallo radica en la posibilidad de contrarrestar la opinión de la doctrina mayoritaria del Derecho Administrativo colombiano⁸²⁶, que señala que la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia tiene origen a finales de la tercera década del siglo XX, y en concreto por aplicación del Derecho Civil a la Administración Pública. Para esta postura, la verdadera responsabilidad extracontractual del Estado surgirá a mediados de los sesentas cuando se asimilen los postulados franceses del Derecho Administrativo en esta materia y se le atribuya al Consejo de Estado el control de la misma.

⁸²⁵ Estados Unidos de Colombia. Diario Oficial. Año XVIII. Número 5,507. Bogotá. Imprenta Oficial. 1882. p. 11082.

⁸²⁶ Véase a VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Bogotá. Legis Editores. 2004. p. 398 - 419; GARCIA-HERREROS, Orlando. Lecciones de Derecho Administrativo. Bogotá. Universidad Sergio Arboleda. 1997. p. 310-320; RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo. General y colombiano. Bogotá. Editorial Temis. 1994. p. 374-382; YOUNES MORENO, Diego. Curso de Derecho Administrativo. Bogotá. Editorial Temis. 2004. p. 256-269; ROJAS ARBELAEZ, Gabriel El Espíritu del Derecho Administrativo. Bogotá. Editorial Temis. 1972. p. 213-228.

Finalmente el texto constitucional de 1886 le delegó a la Corte Suprema, en el artículo 151.3, la facultad para conocer los negocios en que tuviera parte la Nación. De igual manera esta Carta en el artículo 151.5 prescribió como función de la Corte, la de “decidir de conformidad con las leyes, sobre la validez o nulidad de las ordenanzas departamentales que hubieren sido suspendidas por el gobierno o denunciadas ante los tribunales por los interesados como lesivas de derechos civiles”.⁸²⁷

En desarrollo de esta normativa se expidió la Ley 149 de 1888, mejor conocida como Código de Régimen Político y Municipal, por la que se amplió la competencia de la Corte Suprema, en lo pertinente con las Ordenanzas Departamentales, al prescribir que también se podían suspender las Ordenanzas que fueran contrarias a la Constitución y a la ley, determinándose además que una vez suspendidas debían ser remitidas al Congreso de la República para su anulación.

Como ejemplo de este último precepto tenemos el Acuerdo No. 280 de la Corte Suprema de Justicia, por el que se decidió sobre la suspensión de algunos artículos de la Ordenanza No. 35 expedida por la Asamblea de Cundinamarca. El Magistrado Salomón Forero presentó el siguiente proyecto de Fallo, que fue acogido en su integridad por la Corporación, veámoslo:⁸²⁸

⁸²⁷ SAMPER, José María. Derecho Público Interno, Op. Cit. p. 540.

⁸²⁸ Nos permitimos transcribirlo en su totalidad para que la doctrina del derecho administrativo colombiano conozca algunos ejemplos de control sobre la administración pública anteriores a 1914.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca ha enviado en consulta á esta superioridad la resolución de nueve de Noviembre último, por la cual, y a virtud de solicitud del Personero Municipal de Bogotá, y previas las formalidades legales, suspende los artículos 35, 37, 40, 41, 45, 50, 51, 52, 53, 54 y 69 de la Ordenanza número 35 de 1888, expedida por la Asamblea Departamental.

La Corte para resolver esta consulta, considera:

El artículo 14 de la Ley 13 de 1888, que era la que regía sobre esta materia cuando se expidió y sancionó la Ordenanza en cuestión, dispuso lo siguiente: Es nula una ordenanza cuando sea contraria a la Constitución o las leyes Generales de la República, cuando viole derechos legalmente adquiridos por los particulares, y cuando se refiera a asuntos que no sean de la incumbencia de las Asambleas; y en los artículos 16 y 17 de la misma ley, se facultaba a los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales para decretar la suspensión de las Ordenanzas Departamentales y se detallaba el procedimiento que para ello debía observarse.

Los artículos 185, 186 y 187 de la Constitución fijan los asuntos que son de la competencia de las Asambleas Departamentales, y entre ellos no se halla anunciado lo concerniente a régimen político y municipal.

El Congreso tampoco había autorizado a dichas Asambleas, a la fecha de la expedición de la Ordenanza que se examina, para disponer u ordenar nada sobre ese asunto; y por consiguiente él es materia de ley y no de una simple Ordenanza: Pruébalo así también el hecho de haber pasado, la cual, justamente, forma el Código Político y Municipal hoy vigente; luego es claro que la Asamblea Departamental de Cundinamarca, al expedir la Ordenanza número 35 citada, se refirió a asuntos que no eran de su incumbencia en los artículos cuya suspensión se ha solicitado, por versar estos sobre asuntos de régimen político y municipal. En ellos, en efecto, se señalaron las atribuciones de los Concejos Municipales y se fijó el procedimiento que deben observar para ejercerlas, se les asignaron funciones determinadas a los Prefectos, Gobernador y a otros empleados, y se dictaron otras disposiciones que sólo puede la ley establecer; y de esto ha venido a resultar también que varias de esas disposiciones no guardan armonía con las del actual Código Político y Municipal, y que aún están en oposición con lo que él establece.

Refiriéndose, pues, según lo que va expuesto, los artículos de la Ordenanza número 35, cuya suspensión se ha solicitado, a asuntos que no eran de la incumbencia de la Asamblea que la expidió, legal es la resolución del Tribunal que ha decretado esa suspensión; y en consecuencia, tal resolución debe ser confirmada, para que el

Congreso, de acuerdo con lo que previene en su parte final del artículo 150 de la citada Ley 149 de 1888, decida definitivamente sobre la nulidad o validez de los artículos suspendidos.

Por tales consideraciones, la Corte Suprema, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador General, confirma la resolución consultada de que se ha hecho mérito, y dispone que a su tiempo se pase este expediente al Congreso para los efectos del artículo 150 de la Ley 149 de 1888 ya citada(...).⁸²⁹

V. CONCLUSIONES GENERALES

La herencia de España en Hispanoamérica no siempre ha sido valorada más allá del lenguaje o del proceso de occidentalización operado sobre su población. Quizás por ello el paso del tiempo ha dejado una amalgama de influencias políticas y jurídicas que poco tienen que ver con el fondo inicial, y con la idiosincrasia de la América Española.

En el caso de Colombia la necesidad de una regulación de la vida pública, basada en el Derecho y las Instituciones Hispanas, parece haber desaparecido bajo el peso de las influencias revolucionarias de origen francés.

⁸²⁹ Ordenanzas del Departamento de Cundinamarca expedidas por la Asamblea de 1888. Códigos de Policía y Político y Municipal. Bogotá. Imprenta de la Luz. 1889. Addenda. s. p.

Sin embargo, en este trabajo, se ha expuesto y verificado la hipótesis de que el Derecho Administrativo Colombiano, tiene su primera expresión con la Ciencia de la Policía, regulación que llegó a nosotros a través del Derecho Indiano. Los postulados de la Policía tuvieron una vigencia en nuestro país hasta la llegada del modelo de control a la francesa, es decir con la creación de un juez especial para controlar a la administración.

Para llegar a tal fin, se han expuesto las argumentaciones que resumimos a continuación:

Primera. Hemos mostrado la evolución y los orígenes del derecho administrativo francés. Proceso que sin lugar a dudas es apasionante, pues nos ha servido para conocer el sometimiento del Poder al Derecho en este país Europeo. Situación que se produjo con el control de las potestades discrecionales de la Administración. El medio para limitarlas fue la creación del recurso por exceso de poder. No obstante la amplia cobertura de este remedio procesal, en la actualidad el derecho administrativo francés posee una categoría de actuaciones discrecionales, que siguen estando exentas del control judicial material. Estas inmunidades se denominan Actos Políticos o de Gobierno. Nacen de la jurisprudencia del Consejo de Estado en el año 1822. Sin embargo debemos aclarar, que no atendieron a fundamentos jurídicos, sino de oportunidad y conveniencia por parte de este ente de control. Dichos actos tienen plena subsistencia hoy en día, y sólo son controlables en la forma. Igualmente dentro de esta evolución francesa, vimos las primeras concepciones que se tuvieron sobre los Estados de Excepción. El primer liberalismo de Montesquieu y Constant era reacio a la adopción de estas formas, por considerarlas peligrosas y

atentatorias de los derechos fundamentales. Hubo que esperar a la Constitución de 1793, para que estos remedios fueran institucionalizados.

Segunda. Por lo que se refiere a Colombia refutamos la visión tradicional, afrancesada, de la doctrina colombiana, que sostiene que el Derecho Público se ha formado única y exclusivamente a partir de una herencia gala. Por el contrario, comprobamos que cuatro de nuestros principales hitos de la historia jurídica - pública se nutrieron de otras fuentes. Estos acontecimientos fueron la Revolución de los Comuneros; El Memorial de Agravios y la Revolución del 20 de Julio de 1810, sucesos que se basaron en el pensamiento español de la Escolástica. Analizamos a continuación la ideología Bolivariana y mostramos como se fundamentó en el Republicanismo y no en las ideas liberales francesas. Por último estudiamos la Regeneración, movimiento que generó la Constitución de 1886, y que fue tomado del pensamiento español de la Constitución de la Restauración de 1876. Aquí demostramos el influjo del catolicismo español sobre el colombiano, lo que motivó que ese texto de 1886 convirtiera a Colombia en un Estado Confesional.

Tercera. De igual manera vimos como en Colombia se acogió, sin beneficio de inventario, la teoría francesa del Acto Político o de Gobierno. Situación que se dio en la segunda mitad del siglo XX, y que generó en nuestro país un comportamiento de Estado Absoluto, como el francés, en donde el ejecutivo era el que administraba, legislaba, juzgaba, disponía de la Hacienda y de la defensa del país. Todo ello, debido a que el Congreso no ejerció ningún tipo de control político; y la Corte Suprema, a la francesa, sólo ejerció un control formal sobre estos actos. Esto ocasionó que nuestro Estado de Derecho, por un

lado fuera muy precario y por otro que tuviera el presidencialismo más fuerte de Hispanoamérica.

La Constitución de 1991 terminó de una vez por todas con el abuso de estas potestades y por primera vez en nuestra historia republicana le asignó a la Corte Constitucional la competencia para controlar el fondo de los Estados de Excepción, de los Actos Políticos o de Gobierno.

Pero esta situación cambia hoy, porque el actual gobierno pretende a toda costa regresar a la situación anómala de la Constitución de 1886 en la que los Estados de Excepción sólo eran controlados en su forma. Podemos observar que los proyectos de reforma Judicial del presidente Uribe Vélez, han pretendido esgrimir razones de derecho comparado para fundamentar la reforma a las competencias de la Corte en materia de control de estos Actos Políticos. Esos argumentos únicamente son válidos dentro del derecho francés, donde hoy los actos políticos están exentos de control judicial material, de acuerdo a lo que mostramos en el primer capítulo. Países como España, Argentina y Chile, por ejemplo, que son mucho más cercanos a nosotros que Francia, establecen un control material sobre estos decretos de necesidad o urgencia.⁸³⁰

⁸³⁰ No pretendemos citar la extensa bibliografía en estos países sobre este punto. Únicamente mencionamos algunos autores que pueden ser leídos en Colombia, para que se pueda observar otra perspectiva diferente de la francesa. Para el caso español puede consultarse a GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1970. p. 421-424; DE OTTO, Ignacio. Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Barcelona. Ariel Derecho. 1987. p. 195-213; EMBRID IRUJO, Antonio. La justiciabilidad de los Actos de Gobierno. (De los Actos Políticos a la responsabilidad de los poderes públicos). Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. Madrid. Editorial Civitas. 1991. p. 2697- 2739; PAREJO ALFONSO, Luciano y Otros. Manual de Derecho Administrativo. Volumen 1. Barcelona. Ariel Derecho. 1998 p.248-252; GARBERI LLOBREGAT, José. Una breve aproximación al control jurisdiccional de los Actos Políticos en la nueva ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Publicado en: Homenaje al profesor Martín Mateo Tomo II. Valencia. Tirant lo Blanch. 2000. p.2301-2311; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y

Cuarta. Sin lugar a dudas, descubrimos que el control sobre la administración pública, se originó entre nosotros con el sometimiento del poder al derecho en la legislación de Indias. Porque es en éste ámbito jurídico, en el que por vez primera la administración se ve obligada a actuar bajo los postulados de las normas jurídicas. Es allí donde primigeniamente se crean unas reglas de acceso a la administración, y donde se generan unos controles a las actividades de los agentes de la Corona. Y estos se manifestaron en instituciones, como las Visitas, los Juicios de Residencia y los Juicios de Cuentas. También estos controles encauzaron los actos de los agentes de gobierno, y lo hicieron además con recursos que garantizaban los derechos humanos de los súbditos de la Corona Española.

Quinta. Tenemos que criticar plenamente la copia que hizo la Jurisprudencia nacional de la categoría ficticia de Acto de Gobierno o Político. Hemos visto como esta clase de actos discrecionales nacen de una invención del Consejo de Estado en Francia. Nosotros pensamos que es repugnante, por no decir lo menos, que nuestro principal Juez, en ese momento la Corte Suprema, importara una categorización francesa, que no tenía ningún tipo de sustento histórico en nuestro país. Pues, como lo hemos analizado, Hispanoamérica, y por supuesto Colombia, en el período colonial español tuvieron también una categoría de

FERNANDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Madrid. Thomson - Civitas. 2004. p. 144-151. Para Argentina antes de la Constitución de 1994 mírese a DIEZ, Manuel María. Manual de Derecho Administrativo. Tomo I. Buenos Aires. Editorial Plus Ultra. 1991. p. 271-280 y con posterioridad a la Constitución consúltese a HARO, Ricardo. Los decretos de necesidad y urgencia. La reforma constitucional de 1994 y la doctrina judicial de la Corte Suprema Argentina. Publicado en: El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Tomo I. Op. Cit. p. 867-881. Para el caso chileno puede verse a SILVA CIMMA, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y comparado. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1995. p. 71-74.

actuaciones discrecionales, en cabeza de las que hemos llamado autoridades de Gobierno, que se llamaron actos de gobierno. Y estos eran controlables por la Real Audiencia. Es decir que la Corte Suprema de Justicia ignoró nuestra historia jurídica, desconociendo esta importante institución de control colonial, para adoptar y adaptar una postura francesa que generó una inmunidad de ciertas actuaciones discrecionales, que no tenían, ni tienen, nada que ver con nuestra realidad.

Sexta. Estas instituciones de control colonial subsistieron en el siglo XIX y algunas hasta parte del XX. Lo que nos permite plantear que las Revoluciones Liberales y en concreto la Francesa, no produjeron una ruptura, una solución de continuidad en nuestro ordenamiento jurídico, como se ha querido mostrar. Por el contrario, el control judicial sobre nuestra administración pública durante cien años, de 1815 a 1914, lo realizaron los jueces ordinarios, los del derecho común. Ya que, como hemos demostrado, la Corte Suprema de Justicia, principal Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, fue heredera directa de la Real Audiencia colonial, ente que reguló a la Administración en los siglos XV a XIX. En materia de acciones, la acción pública que se instauró en el siglo XIX y que pervivió hasta el año de 1941, se deriva del Recurso de Agravios de la época Hispana. La moderna Acción de Tutela descende del llamado Recurso de Amparo; medio de defensa que se podía interponer para la protección de lo que hoy llamaríamos derechos fundamentales y especialmente del derecho de propiedad. En igual sentido, el Recurso de Suplicación, hoy lo conocemos como la Suspensión Provisional de los Actos Administrativos, que se ejercita por la vulneración de la Constitución o de las leyes. El control disciplinario de la Visita continuó hasta la segunda mitad del siglo XIX, en donde era realizada por los

Prefectos para inspeccionar los llamados Territorios Nacionales. También el Juicio de Residencia perduró en Colombia en la Primera República, hasta la Reconquista Española en 1816; y hoy todavía existe en la Argentina, en la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego. En materia de Control Fiscal, el Juicio de Cuentas, aún persiste como una de las distintas formas de encauzamiento que se ejerce en el país, no obstante ser aplicado por una institución traída del derecho norteamericano, como lo es la Contraloría General de la República. Por lo tanto, la pervivencia del derecho español entre nosotros ha sido muy amplia. Las leyes hispanas rigieron oficialmente en Colombia hasta el año de 1887. Fecha en la que la ley 153 prescribió en su artículo 15, que dejaban de tener efectos. Pero aún hoy, este modelo de justicia administrativa, a la española, sigue existiendo. Pues como lo mencionamos, la Corte Suprema todavía controla ciertas actividades de la Administración, a pesar de haberse implantado el sistema francés. Incluso en el lenguaje del derecho administrativo colombiano, se continúan utilizando palabras heredadas de nuestra fuerte tradición hispánica. Como ejemplo de algunas de ellas tenemos: la expresión Concejo, que se usa para designar al ente encargado del manejo administrativo de los diferentes municipios del país. En igual sentido, las palabras Ordenanza y Acuerdo, son términos de uso en el derecho histórico español, y entre nosotros se refieren a los actos administrativos de carácter general, emanados de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales.

Séptima. Los autores del derecho administrativo colombiano⁸³¹ han olvidado el siglo XIX, y su sistema de controles; porque sus referentes siempre han estado en el modelo francés, que se edificó a partir del implante del Consejo de Estado como juez especial de la Administración Pública. La solitaria mirada que le han dado al ochocientos, ha sido para presentar la recepción que hizo Simón Bolívar, en 1817, de la institución gala del Consejo de Estado como ente asesor del Ejecutivo. La única excepción es el profesor de la Universidad Externado de Colombia, Jaime Orlando Santofimio, quien trata de ver el derecho administrativo colombiano no sólo limitado a su perspectiva francesa.⁸³² Por otro lado, alguna parte de la doctrina de derecho administrativo que está empezando a estudiar el siglo XIX, como el joven profesor Alberto Montaña, intenta ver los controles que se ejercían sobre la administración pública, principalmente el de la rama ejecutiva, en la figura de los Tenientes y Corregidores Letrados, como una forma de control a la francesa⁸³³, en donde la administración se controla a sí misma. Pero de acuerdo con nuestras fuentes, este tipo de control responde plenamente al imperante en la colonia para los Intendentes, es decir que este encauzamiento es derivado del modelo español.

De otra parte debemos agregar algo, que en Colombia no ha sido estudiado con la seriedad que merece, y es el control que efectuaba la rama legislativa sobre la administración pública. Este hecho sin lugar a dudas constituye un influjo del derecho anglosajón, que como vimos se originó en la Constitución de Pennsylvania de 1776, y que ocasiona que se

⁸³¹ Mírese la misma bibliografía anotada en la nota de pie no. 826.

⁸³² Tenemos que nombrar aquí, y con ello buscar que se le conozca, al profesor caribeño Luis Becerra López. Catedrático que ha sido el primero en nuestro país que se ha referido al Recurso de Agravios como el origen del control de la Administración Pública en Colombia. Mírese: Apuntamientos de Derecho Administrativo Colombiano, Op. Cit. p. 176.

⁸³³ MONTAÑA PLATA, Alberto. Dimensión Teórica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Op. Cit. p. 80.

replantee el comienzo del control de constitucionalidad, y por ende de legalidad, en el Estado colombiano. Con este argumento rompemos las hipótesis de que el control de constitucionalidad surgió en 1910⁸³⁴, ya que podemos corroborar que se inició desde 1811, es decir, un siglo antes de lo estudiado.

Octava. Merece un comentario independiente el hecho de que el control de los actos objetivos y subjetivos de la Administración comenzara en el siglo XIX colombiano antes que en Francia. Circunstancia que no ha merecido ni siquiera una hoja de papel por parte de nuestra doctrina. Los alabados recursos franceses de exceso de poder y de plena jurisdicción, que se configuran plenamente después de 1850, eran conocidos ya por el derecho colombiano desde la Colonia española. Pero estos han sido olvidados, por pretender explicar el derecho administrativo nacional como un derecho surgido del derecho francés. De tal suerte, que la tesis gala del control, como el gran aporte de la revolución y del derecho administrativo en concreto, que nosotros adaptamos en 1914, no puede ser aplicable, debido a que este fenómeno ya existía anteriormente en nuestro país.

Novena. Por último, hemos conseguido demostrar cómo la Policía fue, en su primera acepción, el método utilizado para poner a vivir a los aborígenes americanos al estilo europeo. Esta forma de control se transformó a fines del siglo XVIII, en lo que hoy conocemos como Civilización. Y entre nosotros, pudimos comprobar el entronque que se dio en el siglo XIX entre la Policía y la Civilización, pues ambas eran formas de implantar

⁸³⁴ NARANJO MESA, Vladimiro. Elementos de Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Bogotá. INDAGRAF Editores. 1984. p. 287. y también SACHICA APONTE, Luis Carlos. Nuevo Constitucionalismo Colombiano. Op. Cit. p. 117.

las instituciones de las Misiones, las Reducciones y los pueblos de indios. En efecto, uno de los principales capítulos del derecho administrativo colombiano ha sido el de la “Civilización de Indígenas”, fenómeno que fue atribuido a la Iglesia Católica y que pervivió hasta 1996. Año en el que la Corte Constitucional declaró inexecutable estas competencias, por ser contrarias a los principios fundamentales del Estado Colombiano. Por lo tanto, el poblamiento de cerca del 70% del territorio nacional, que se hizo con las Misiones, y que aún se sigue haciendo, pero bajo el libre consentimiento de los indios, es derivado de la Ciencia de la Policía, algo que los doctrinantes formados en la tradición francesa no se han detenido a explicar.

VI. BIBLIOGRAFIA

- ACADEMIA COLOMBIANA DE HISTORIA. Boletín de Historia y Antigüedades. Bogotá. Año 1. Número 3. Noviembre de 1902.
- ACEVEDO, Edberto Oscar. La causa de policía o gobierno. Publicado en: Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1995.
- AGUILAR RIVERA, José Antonio. En pos de la Quimera. Reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico. México: Fondo de Cultura Económica. 2000.
- AGUILERA PEÑA, Mario y VEGA CANTOR, Renán. Ideal democrático y revolución popular. Bogotá: Cerec. 1998.
- ALFONSO X, EL SABIO. Las Siete Partidas. Madrid: Editorial Reus. 2004.

- ALFONSO X, EL SABIO. Espéculo. Madison: Universidad de Richmond. 1990.
- ALVAREZ- CAPEROCHIPI, José Antonio. La propiedad en la formación del Derecho Administrativo. Pamplona: s.e. 1983.
- AMAYA SIERRA, Juan. Compilación de los índices de 221 volúmenes de la Corte Suprema de Justicia que comprende desde el año de 1822 hasta 1871. Tomo I. Bogotá: Imprenta Nacional. 1927.
- ANABITARTE, Héctor y SANZ, Ricardo Lorenzo. Copérnico. Bogotá: Editora Cinco. 1985.
- ANDERSON, Perry. Transiciones de la Antigüedad al Feudalismo. México: Siglo XXI Editores. 2002.
- ANDREADES, Stratis. Le Contentieux administratif des Etats Modernes. París: Sirey. 1934.
- ANTECEDENTES DE LA CONSTITUCION COLOMBIANA DE 1886 Y DEBATES DEL PROYECTO EN EL CONSEJO NACIONAL CONSTITUYENTE. Bogotá: Librería Americana. 1913.
- ANTONETTI, Pierre. Historia de Florencia. México: Fondo de Cultura Económica. 1985.
- ARAGON REYES, Manuel. Constitución y Control del Poder. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. 1995.
- ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN (COLOMBIA).
Fondos:
Visitas Santander. Tomo IX. 1623.
Residencias Cundinamarca. Tomo 7.
Civiles Antioquia. Tomo IX.
- ARCINIEGAS, Germán. Con América nace la nueva historia. Bogotá: Tercer Mundo Editores. 1992.
- ARCINIEGAS, Germán. Los alemanes en la Conquista de América. Buenos Aires: Editorial Losada. 1941.
- ARCINIEGAS, Germán. El Estudiante de la Mesa Redonda. Bogotá: Plaza y Janés. 1982.
- ARCINIEGAS, Germán. Biografía del Caribe. Bogotá: Círculo de Lectores. 1986.

- ARCINIEGAS, Germán. Bolívar y Santander, vidas paralelas. Bogotá: Editorial Planeta. 1995.
- ARGUELLO, Alcibíades y BUENAHORA, Luis. Derecho Administrativo Colombiano. Bogotá: Talleres de Ediciones Colombia. 1927.
- ARIAS, Ricardo. El Episcopado Colombiano. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia. 2003.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Derechos del Rey y Derechos del pueblo. Publicado en: Actas del II Simposio de Historia de la Administración. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos. 1971.
- ARTEAGA CARVAJAL, Jaime y ARTEAGA HERNANDEZ, Manuel. Historia Política de Colombia. Bogotá: Ediciones Intermedio. 1986.
- ARTEAGA NAVA, Elisur. Maquiavelo: Estudios Jurídicos y sobre el poder. México: Oxford University Press. 2000.
- BALCELLS, Albert. El Nacionalismo Catalán. Madrid: Historia 16. 1999.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier. La fiscalización de los actos de gobierno en la época indiana y su desaparición durante la república. Valparaíso: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. XV. Universidad de Valparaíso. 1993.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier. La selección de Ministros togados para Indias. XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios. Tomo III. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1997.
- BARRON, Luis. La tradición republicana y el nacimiento del liberalismo en Hispanoamérica después de la independencia: Bolívar, Lucas Alamán y el poder conservador. Publicado en: El Republicanismo en Hispanoamérica. México: Fondo de Cultura Económica. 2002.
- BECERRA LOPEZ, Luis. Apuntamientos de Derecho Administrativo Colombiano. Santa Marta: Imprenta Mogollón. Sin año de edición.
- BENNASSAR, Bartolomé. La América Española y la América Portuguesa. Madrid: Ediciones Akal. 1987.
- BERMEJO CABRERO, José Luis. Superintendencias en la hacienda del Antiguo Régimen. Publicado en: Anuario de Historia del Derecho Español. Tomo LIV. Madrid.

1984.

- BERNAL PINZON, Diana y SANDOVAL ESPITIA, Jenny del Pilar. Alcances y Limitaciones del estado de conciencia interior. Tesis para optar al título de abogado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 2003.

-BLANCO VALDES, Roberto. El Valor de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial. 1998.

- BLANCO VALDES, Roberto. El problema americano en las primeras Cortes liberales 1810- 1814. México: UNAM. 1995.

- BOBBIO, Norberto. Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna. El Modelo Iusnaturalista y el Modelo Hegeliano- Marxiano. Reimpresión México: Fondo de Cultura Económica .1997.

- BOBBIO, Norberto. Locke e il diritto naturale. Turín: Giappichelli. 1963.

- BOBBIO, Norberto. La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político. México: Fondo de Cultura Económica. 1997.

- BOLIVAR, Simón. Escritos Políticos. Bogotá: El Ancora Editores. 1989.

- BORAH, Woodrow. El Juzgado General de Indios en la Nueva España. México: Fondo de Cultura Económica. 1996.

- BORGES, Pedro. Métodos Misionales en la Cristianización de América. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas. 1960.

- BURGOA, Ignacio. El Juicio de Amparo. México: Editorial Porrúa. 1997.

-BURKE, Peter. El renacimiento. Barcelona: Editorial Crítica. 1999.

- BURKHOLDER, Mark y CHANDLER, D. S. De la impotencia a la autoridad. La Corona Española y las Audiencias en América 1687- 1808. México: Fondo de Cultura Económica. 1984.

- BRADING, David. La España de los Borbones y su Imperio Americano. Publicado en: Historia de América Latina. Tomo II. Barcelona: Editorial Crítica. 1990.

- BRAIBANT, Guy y Otros. Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Francesa. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 2000.

- BRAVO LIRA, Bernardino. Símbolos de la Función Judicial en el Derecho Indiano. Publicado en: Poder y Presión Fiscal en la América Española. Valladolid: VI Congreso de

Historia del Derecho Indiano. 1986.

- BRAVO LIRA, Bernardino. Protección Jurídica de los gobernados en el nuevo mundo (1492-1992). Del Absolutismo al Constitucionalismo. Publicado en: Homenaje al profesor Alfonso García Gallo. Vol. 3b. Madrid: Universidad Complutense.1992.
- BRIOSCHI, Pedro Adán. Exhortación del ilustrísimo señor Obispo de Cartagena y Encíclica de Su Santidad León XIII sobre el santísimo rosario. Cartagena: Tipografía de San Pedro Claver. 1898.
- BUSHNELL, David. El régimen de Santander en la Gran Colombia. Bogotá: El Ancora Editores. 1984.
- BUSHNELL, David. Colombia una Nación a pesar de sí misma. Bogotá: Editorial Planeta. 2004.
- CABALLERO ESCOVAR, Enrique. Historia Económica de Colombia. Bogotá: Italgraf. 1970.
- CABALLERO ESCOVAR, Enrique. Incienso y Pólvora. Comuneros y Precursores. Bogotá: Editorial Pluma. 1980.
- CABALLERO ESCOVAR, Enrique. América una Equivocación. Bogotá: Editorial Pluma. 1978.
- CALDAS, Francisco José de, El influjo del clima sobre los seres organizados. Publicado en: Obras Completas. Bogotá: Imprenta La Luz. 1912.
- CAMACHO ROLDAN, Salvador. La Convención de Rionegro. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2000.
- CAMARGO, Pedro Pablo. El Control Fiscal en los Estados Americanos y en México. México: UNAM. 1969.
- CAMARGO, Pedro Pablo. Los Estados de Excepción en Colombia. Bogotá: Editorial Leyer. 1996.
- CARO, Miguel Antonio. Mensaje presidencial del 20 de Julio de 1898. Publicado en: Obras Completas. Tomo VI. Discursos y documentos públicos. Edición oficial hecha bajo la dirección de Víctor E. Caro y Antonio Gómez Restrepo. Bogotá: Imprenta Nacional. 1932.
- CARO, Miguel Antonio. Ideario Hispánico. Bogotá: Editorial Cosmos. 1952.

- CARONI, Pío. Lecciones catalanas sobre la historia de la Codificación. Madrid: Marcial Pons. 1996.
- CARREÑO, Pedro María. Apuntes sobre Derecho Administrativo. Bogotá: Editorial Cromos. 1934.
- CARRO, José Luis. Policía y Dominio eminente como técnicas de intervención preconstitucional. Publicado en. Revista Española de Derecho Administrativo. 1981.
- CASALLA, Mario. América Latina en perspectiva. Dramas del pasado, huellas del presente. Buenos Aires: Editorial Altamira. 2003.
- CASSESE, Sabino. Las bases del Derecho Administrativo. Madrid: INAP. 1994.
- CASTRO MARTINEZ, José Joaquín. Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá: Librería siglo XX. 1950.
- CATALANO, Pierangelo. Derecho Romano Público y Revoluciones. Sassari: Gruppo di ricerca sulla diffusione del Diritto Romano. 1987.
- CESPEDES DEL CASTILLO, Guillermo. La Visita como Institución Indiana. Publicado en: Anuario de Estudios Americanos. no. 3. Sevilla. 1946.
- CESPEDES DEL CASTILLO, Guillermo. América Hispánica (1492-1898). Tomo VI de la Historia de España dirigida por Manuel Tuñón de Lara. Barcelona: Editorial Labor. 1983.
- CHARRY URUEÑA, Juan Manuel. La Constitución como norma jurídica. Bogotá: Universidad del Rosario. 1990.
- CHEVALIER, Jean Jacques. Las Grandes Obras Políticas. Bogotá: Editorial Temis. 1997.
- CHINCHILLA MARIN, Carmen. Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo. Publicado en: Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios. Madrid: Editorial Civitas. 1992.
- CLAEYS - BOUUAERT, F y Otros. Traité de Droit Canonique. Tome I. París: Leouzey et Ané. 1946.
- CLAVERO SALVADOR, Bartolomé. Los derechos y los jueces. Madrid: Editorial Civitas: 1988.
- CLAVERO SALVADOR, Bartolomé. Manual de Historia Constitucional de España. Madrid: Alianza Editorial. 1990.
- CODIFICACION NACIONAL DE TODAS LAS LEYES DE COLOMBIA DESDE EL

AÑO 1821, HECHA CONFORME A LA LEY 13 DE 1912, POR LA SALA DE NEGOCIOS GENERALES DEL CONSEJO DE ESTADO. Bogotá: Imprenta Nacional. 1924, 1925, 1926, 1928, 1929, 1930.

- CODIGO DE DERECHO CANONICO. Tomo I. Pamplona: EUNSA. 2002.
- COMADRAN RUIZ, Jorge. La Real Ordenanza de Intendentes de 1782 y las declaraciones de 1783. Antecedentes franceses y españoles. Publicado en: Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1995.
- COMBARNOUS, Michel. Progresos recientes del control jurisdiccional de la Administración en Francia. Publicado en: Historia y Perspectivas de la Jurisdicción Administrativa en Francia y Colombia. Bogotá: Editorial Temis. 1999.
- CONCHA, José Vicente. Apuntamientos de Derecho Constitucional. Bogotá: Librería Americana. 1912.
- CONSTANT, Benjamín. Principios de Política: Madrid: Aguilar Ediciones. 1970.
- CONSTITUCION DE LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA. Bogotá: Imprenta y Estereotipia de Mercado Rivas. 1875.
- CONSTITUCIONES DEL ESTADO SOBERANO DE BOLIVAR. Cartagena: Imprenta de Ruiz e Hijo. 1865.
- CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Actos Legislativos que la reforman y Leyes de 1905. Bogotá: Imprenta Nacional. 1905.
- CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Bogotá: Imprenta Nacional. 1990.
- CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Bogotá: Editorial Legis. 2005.
- CORDOBA MARIÑO, Luis. Apuntes de Historia Constitucional y Política de Colombia. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano. 1998.
- CORSI OTALORA, Luis. Los Realistas Criollos. Tunja: Academia Boyacense de Historia. 1994.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C- 027 de 1993. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.
- CRUZ BARNEY, Oscar. Historia del Derecho en México. México: Oxford University Press. 1999.

- DAVILA LADRON DE GUEVARA, Andrés. El Frente Nacional y el proceso constituyente de 1991. Bogotá: Universidad de Los Andes. 2002.
- DEAS, Malcom. Del poder y la gramática. Bogotá: Tercer Mundo Editores. 1993.
- DEL REAL, Antonio. Elementos de Derecho Constitucional. Seguidos de un examen crítico de la constitución Neo - Granadina. Publicado en: Derecho Constitucional Siglo XIX. Tomo I. Bogotá: Cámara de Representantes. 1997.
- DE LAUBEDERE, André. Manual de Derecho Administrativo. Bogotá: Editorial Temis. 1984.
- DE LAUBEDERE, André y Otros. Droit Administratif. París: Libraire General de Droit et de Jurisprudence. 1996.
- DE LA TORRE ANGEL, Jesús Antonio. Democracia y Ley Natural desde el iusnaturalismo católico de Suárez. México: Revista de Investigaciones Jurídicas. no. 24. 2000.
- DE LA TORRE VILLAR, Ernesto. Estudios de Historia Jurídica. México: UNAM. 1994.
- DE OTTO, Ignacio. Derecho Constitucional. Barcelona: Ariel Derecho. 1987.
- DESDENTADO DAROCA, Eva. La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999.
- DIARIO OFICIAL. Año XLIX. Números 14845-14847. Bogotá: Imprenta Nacional. 1913.
- DIEZ, Manuel María. Manual de Derecho Administrativo. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra. 1991.
- DOMINGUEZ GIRALDO, Gerardo y HIGUITA RIVERA, Lina María. El Nuevo Control Fiscal. Medellín: Jurídica Dike. 2002.
- DOUCET, Gastón Gabriel. Comisiones para un Visitador. El Marqués de Montesclaros y la Visita de Don Francisco Alfaro a las gobernaciones de Tucumán y Paraguay. Publicado en: Anuario de Estudios Americanos. Tomo XXXIV. Sevilla. 1977.
- DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio. Manual de Historia del Derecho Indiano. México: UNAM. 1994.
- DUEÑAS, Oscar José. Control Constitucional. Bogotá: Librería del Profesional. 1997.

- DUQUE ESCOBAR, Iván. El Control Fiscal en Colombia. Bogotá: Imprenta Ltda. 1980
- DUVERGER, Maurice. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Barcelona: Ariel. 1962.
- EISENMANN, Charles. L' esprit des Lois et la séparation des pouvoirs. Publicado en: Mélanges R. Carré de Marlberg. París: Sirey. 1933.
- ELIAS, Norbert. The Civilizing process. London: Blackwell. 1994.
- EMBRID IRUJO, Antonio. La Justiciabilidad de los Actos de Gobierno. Publicado en: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría. Tomo II. Madrid: Editorial Civitas. 1991.
- ESCOBEDO, Ronald. Control Fiscal en el Virreinato peruano. El Tribunal de Cuentas. Madrid: Editorial Alhambra. 1986.
- ESCOBEDO MANSILLA, Ronald. El Bando de Buen Gobierno instrumento de la Ilustración. Publicado en: Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Tomo I. México: UNAM. 1995.
- ESCUDERO, José Antonio. Curso de Historia del Derecho. Madrid: Gráficas Solana. 1995.
- ESPAÑA, Gonzalo. La Guerra Civil de 1885. Bogotá: El Ancora Editores. 1985.
- ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA. Diario Oficial. Años XI, XVIII. nos. 3352, 5437-5438, 5507. Bogotá: Imprenta Oficial. 1875, 1882.
- ESTUDIOS OCASIONALES. Estados de excepción y razón de Estado en Colombia. Bogotá: Universidad de Los Andes. 2003.
- FEBVRE, Lucien. Civilisation. Histoire d' un mot et d' un groupe d' idées. Publicado en: Civilisation. Le mot et idée. París: La Renaissance du livre. 1930.
- FERNANDEZ BUEY, Francisco. Introducción al Tratado sobre la República de Florencia de Girolamo Savonarola. Madrid: Los Libros de la Catarata. 2000.
- FERNANDEZ-CARNICERO, Clara. Parlamentos y Poder Judicial. Publicado en: Jornadas sobre el poder judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa. Madrid: Ministerio de Justicia. 1990.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. Derecho Público Romano. Madrid: Editorial Civitas. 1999.

- FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón. Arbitrariedad y Discrecionalidad. Madrid: Editorial Civitas. 1991.
- FINLEY, M. I. La Grecia antigua. Barcelona: Editorial Crítica. 1994.
- FIORAVANTI, Mauricio. Los Derechos Fundamentales. Madrid: Editorial Trotta. 2000.
- FONTANA, Josep. Europa ante el Espejo. Barcelona: Editorial Crítica. 1994.
- FORSTHOFF, Ernest. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1958.
- FRADERA, Josep. Gobernar Colonias. Barcelona: Ediciones Península. 1999.
- FRIEDRICH, Carl. La Filosofía del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica. 1997.
- GACETA DEL CONGRESO. Bogotá: Imprenta Nacional. Años 2002-2004.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Administración y Jueces: gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el antiguo régimen y el Estado Constitucional y los fundamentos del Derecho Administrativo. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos. 1971.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Influencias nacionales y foráneas en la creación del derecho administrativo español. Publicado en: Posada Herrera y los Orígenes del Derecho Administrativo Español. Madrid: INAP. 2001.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Formación y Enseñanza del Derecho Público en España. Madrid: Marcial Pons. 2002.
- GAONA CRUZ, Manuel. Control y Reforma de la Constitución en Colombia. Tomo II. Bogotá: Ministerio de Justicia. 1988.
- GARBERI LLOBREGAT, José. Una breve aproximación al control jurisdiccional de los Actos Políticos en la nueva ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Publicado en: Homenaje al profesor Martín Mateo. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch. 2000.
- GARCIA, Alejandro. Nociones Elementales de Derecho Administrativo. Publicado en: El Foro. Revista Jurídico - Administrativa. nos. 48-49. Bogotá. 1905.
- GARCIA, Antonio. Los Comuneros. Bogotá: Plaza y Janés. 1981.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La formación histórica del principio de autotutela. Publicado en: Moneda y Crédito. no. 128. 1974.

- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La Lengua de los derechos. La formación del derecho tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza Editorial. 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Revolución Francesa y Administración Contemporánea. Madrid: Taurus Ediciones 2da. Edición 1981.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Editorial Civitas. 1991.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la Administración. Madrid: Editorial Civitas. 1997.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Thomson - Civitas. 2004.
- GARCIA GALLO, Alfonso. La división de las competencias administrativas en la España moderna. Actas del II symposio de Historia de la Administración. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos. 1971.
- GARCIA GALLO, Alfonso. La Ley como fuente del derecho en Indias. Publicado en: Estudios de historia del derecho indiano. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. 1972.
- GARCIA GALLO, Alfonso. Los principios rectores de la Organización Territorial de las Indias en el siglo XVI. Publicado en: Estudios de historia del derecho indiano. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. 1972.
- GARCIA GALLO, Alfonso. Las Audiencias en Indias. Sus orígenes y caracteres. Publicado en: Academia Nacional de Historia. Caracas: Memoria del II Congreso Venezolano de Historia. 2 Vols. 1975.
- GARCIA GALLO, Alfonso. Sobre las Intendencias en Indias. Publicado en: Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. 1987.
- GARCIA HERREROS, Orlando. Lecciones de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. 1997.
- GARCIA MARIN, José María. El Oficio Público en Castilla durante la baja Edad Media. Colección Historia de la Administración. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. 1987.

- GARCIA MARQUEZ, Gabriel. Vivir para contarla. Bogotá: Editorial Norma. 2002.
- GARCIA PASCUAL, Cristina. Legitimidad Democrática y Poder Judicial. Valencia: Ediciones Alfons el Magnánim. 1996.
- GARCIA PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. Madrid: Alianza Editorial. 1993.
- GARCIA TROBAT, Pilar y CORREA BALLESTER, Jorge. Centralismo y Administración: Los Intendentes borbónicos en España. Publicado en: Quaderni Fiorentini. no. 26. Florencia. 1997.
- GARCIA VILLEGAS, Mauricio. El Constitucionalismo Perverso. Publicado en. El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Tomo I. Bogotá: Editores Varios.
- GARRIDO, Margarita. Reclamos y Representaciones. Bogotá: Banco de la República. 1993.
- GARRIDO, Nuria. El Acto de Gobierno. Barcelona: CEDECS Editorial. 1998.
- GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1970.
- GARRIDO FALLA, Fernando. Las transformaciones del Concepto Jurídico de Policía administrativa. Publicado en. Revista de Administración Pública. no. 11. 1953.
- GARRIGA, Carlos. La Audiencia y Las Chancillerías Castellanas (1371-1525). Historia Política, Régimen Jurídico y Práctica Institucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1994.
- GARRIGA, Carlos. La Expansión de la Visita Castellana a Indias. XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios. Tomo III. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1997.
- GAVIRIA DIAZ, Carlos. Sentencias: Herejías Constitucionales. Bogotá: Fondo de Cultura Económica. 2002.
- GERHARD, Ute. La situación jurídica de la mujer en la sociedad burguesa del siglo XIX. Un análisis comparativo de Francia y Alemania. Publicado en: Las Burguesías europeas del siglo XIX. Valencia: Universitat de Valencia. 2000.
- GIANNINI, Massimo Severo. Premisas Sociológicas e Históricas del Derecho Administrativo. Madrid: INAP. 1987

- GIANNINI, Massimo Severo. Poder Público. Estado y Administraciones Públicas. Madrid: Editorial Civitas. 1991.
- GIANNINI, Massimo Severo. Derecho Administrativo. Vol. I. Madrid: INAP. 1991.
- GIBSON, Charles. España en América. Barcelona: Ediciones Grijalbo. 1977.
- GOMEZ HOYOS, Rafael. La Revolución Granadina de 1810. Ideario de una generación y de una época. Tomo I. Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura Hispánica. 1982.
- GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. El Tribunal de Cuentas. El control económico - financiero externo en el ordenamiento constitucional español. Barcelona: Marcial Pons. 2001.
- GONGORA, Mario. El Estado en el Derecho Indiano. Santiago de Chile: Instituto de Investigaciones Históricas Culturales. 1961.
- GONZALEZ, Florentino. Lecciones de Derecho Constitucional. Publicado en: Derecho Constitucional Siglo XIX. Tomo II. Bogotá: Cámara de Representantes. 1997.
- GONZALEZ ALONSO, Benjamín. Las raíces ilustradas del ideario administrativo. Publicado en: De la Ilustración al Liberalismo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1995.
- GONZALEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Madrid: Editora Nacional. 1984.
- GONZALEZ CHARRY, Guillermo. El Estado de Sitio y los poderes del presidente. Publicado en: Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. 1974.
- GONZALEZ STEPHAN, Beatriz. Economías Fundacionales: Diseño del Cuerpo Ciudadano. Caracas: Revista de Investigaciones literarias. Año 3. no. 5.1995.
- GONZALEZ - VARAS IBAÑEZ, Santiago. La jurisdicción contenciosa - administrativa en Alemania. Madrid: Editorial Civitas. 1993.
- GOODNOW, Francisco. Derecho Administrativo Comparado. Tomo II. Madrid: La España Moderna. 1875.
- GOUBERT, George. Historia de Francia. Barcelona: Editorial Crítica. 1987.
- . GRAVES, Robert. Las Islas de la Imprudencia. Barcelona: Edhasa. 1984.
- GROSSI, Paolo. Propiedad y Contrato. Publicado en: El Estado Moderno en Europa. Madrid: Editorial Trotta. 2004.
- GUERRA, François - Xavier. Lógicas y ritmos de las revoluciones hispánicas. Publicado

en: Las Revoluciones Hispánicas: Independencias americanas y liberalismo español. Madrid. Editorial Complutense. 1995.

- GUERRERO, Omar. Las Ciencias de la Administración en el Estado Absolutista. México: Editorial Fontamara. 1996.

- GUERRERO, Omar. Estudio Introductorio de los Principios de Administración Pública de Charles - Jean Bonnin. México: Fondo de Cultura Económica. 2003.

- GUEVARA GIL, Jorge Armando y SALOMON, Frank. La Visita Personal de Indios: ritual político y creación del indio en los Andes Coloniales. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1996.

- GUILLEMIN, Henri. Los pobres a callar. Barcelona: Grijalbo - Mondadori. 1997.

- GUILLEN MARTINEZ, Fernando. La Regeneración. Primer Frente Nacional. Bogotá: Carlos Valencia Editores. 1986.

- GUILLON, R. Fascicules de droit. Licence 2^{éme} Aneé. Droit Administratif. 1927-1928. París: Librairie - Papeterie des Facultés.

- GUTIERREZ SARMIENTO, Humberto. El Derecho Civil en la conformación de América. Bogotá: Ecoe Ediciones. 1992.

- HABERLE, Peter. Libertad, Igualdad, Fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional. Madrid: Editorial Trotta. 1998.

- HARING, Clarence. El Imperio Hispánico en América. Buenos Aires: Ediciones Solar - Hachette. 1966.

- HARO, Ricardo. Los decretos de necesidad y urgencia. La reforma constitucional de 1994 y la doctrina judicial de la Corte Suprema Argentina. Publicado en: El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Tomo I. Estudios en homenaje al profesor Brewer Carías. Tomo II. Madrid: Editorial Civitas. 2003.

- HAROUEL, Jean Louis y Otros. Histoire des Institutions de l' époque franqué á la Revolution. París: PUF. 1987.

- HERNANDEZ GALINDO, José Gregorio. Poder y Constitución. Bogotá: Editorial Legis. 2001.

- HERRAN BAQUERO, Mario. El Virrey don Antonio Amar y Borbón. Bogotá: Banco de la República. 1988.

- HERRERA ANGEL, Martha. Poder Local, Población y Ordenamiento Territorial en la Nueva Granada. Siglo XVIII. Bogotá: Archivo General de la Nación. 1996.
- HESPANHA, Antonio. História das Instituições. Coimbra: Livraria Almedina. 1982.
- HERRERA JARAMILLO, Francisco José. Filosofía del Derecho. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 1994.
- HILB, Claudia. Maquiavelo, la República y la “Virtu”. Publicado en: Fortuna y Virtud en la República Democrática. Buenos Aires: CLACSO. 2000.
- HINTZE, Otto. El Comisario y su significación en la historia general de la Administración. Publicado en: Historia de las formas políticas. Madrid: Revista de Occidente. 1968.
- HOOD, Christopher y JACKSON, Michael. La Argumentación Administrativa. México: Fondo de Cultura Económica. 1997.
- INSTITUTO CARO y CUERVO. Cómo nació la República de Colombia. Bogotá. 1960.
- INCIARTE, Fernando. Reflexiones sobre el Republicanismo. Publicado en: Liberalismo y Republicanismo. Pamplona: EUNSA. 2001.
- JACKSON, Gabriel. La República Española y la Guerra Civil. Barcelona: Ediciones Orbis. 1985.
- JAMES, C.R.L. Los Jacobinos Negros. México: Fondo de Cultura Económica. 2004.
- JARAMILLO MEJIA, William. Antioquia bajo los Austrias. Tomo I. Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura Hispánica. 1998.
- JARAMILLO URIBE, Jaime. La Administración Colonial. Nueva Historia de Colombia Vol. 1. Colombia Indígena, Conquista y Colonia. Bogotá: Editorial Planeta. 1989.
- JARAMILLO URIBE, JAIME. La Economía del Virreinato (1740- 1810). Publicado en: Historia Económica de Colombia. Bogotá: Siglo Veintiuno editores. 1991.
- JARAMILLO URIBE, Jaime. El pensamiento colombiano en el siglo XIX. Bogotá: Editorial Temis. 1982.
- JARDIN, André. Historia del Liberalismo Político. México: Fondo de Cultura Económica. 2005.
- JOFRE, Tomás. Prólogo a las “Causas Instruidas en Buenos Aires durante los siglos XVII y XVIII”. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. 1913.

- KAMEN, Henry. El establecimiento de los Intendentes en la Administración Española. Publicado en: Hispania. Madrid: Instituto Jerónimo Zurita. 1964.
- KANTOROWICZ, Ernest. Los dos cuerpos del rey. Madrid: Alianza Editorial. 1985.
- KETTLEBOROUGH, Charles. The State Constitutions. Indianapolis: Bowen & Company. 1918.
- KONIG, Hans - Joachim. En el camino hacia la Nación. Bogotá: Banco de la República. 1994.
- KLUBER, George. Arquitectura Mexicana del siglo XVI. México: Fondo de Cultura Económica. 1990.
- LALINDE ABADIA, Jesús. Iniciación Histórica al Derecho Español. Barcelona: Editorial Ariel. 1983.
- LALINDE ABADIA, Jesús. La reserva de magistraturas indianas a aragoneses. Publicado en: Estructuras, Gobierno y Agentes de la Administración Pública en la América Española. Valladolid: Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. 1984.
- LA VOZ DEL INTERIOR. Periódico de la Provincia de Córdoba. Córdoba. Febrero 2004.
- LE BRAS, George. Les Origines Canoniques du droit administratif. Publicado en: L' evolution du droit public. Etudes offertes a Achille Mestre. París: Sirey. 1956.
- LEFEBVRE, George. La Revolución Francesa y el Imperio. México: Fondo de Cultura Económica. 1988.
- LEMAITRE ROMAN, Eduardo. Rafael Reyes. Bogotá: Ediciones Espiral. 1967.
- LEYES COLOMBIANAS DE 1898. Edición Oficial bajo la dirección del Consejo de Estado. Bogotá: Imprenta Nacional. 1899.
- LEYES EXPEDIDAS POR EL CONGRESO NACIONAL EN SU LEGISLATURA. Bogotá: Imprenta Nacional. Años: 1939, 1941.
- LIEVANO AGUIRRE, Indalecio. Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia. Tomo II. Bogotá: Tercer Mundo Editores. 1997.
- LIEVANO AGUIRRE, Indalecio. Bolívar. 1783-1983. Bogotá: Editorial Oveja Negra. 1983.

- LIRA GUILLEN, Andrés. El Amparo Colonial y el Juicio de Amparo. México: Fondo de Cultura Económica. 1972.
- LLANO ISAZA, Rodrigo. Centralismo y Federalismo. Bogotá: Banco de la República. 1999.
- LOHMANN VILLENA, Guillermo. El Corregidor de Indios en el Perú bajo los Austrias. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2001.
- LOPEZ MICHELSEN, Alfonso. El Estado Fuerte. Bogotá: Populibro. 1968.
- LORANDI, Ana María. Ni ley, ni rey, ni hombre virtuoso. Guerra y sociedad en el virreinato del Perú. Siglos XVI y XVII. Buenos Aires: Gedisa Editorial. 2002.
- LORENTE SARIÑENA, Marta. Reflexiones sobre la Casación en una época revolucionaria. Publicado en: Jornadas sobre el poder judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa. Madrid. Ministerio de Justicia. 1990.
- LORENTE SARIÑENA, Marta. Las infracciones a la Constitución de 1812: un mecanismo de defensa de la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1988.
- LUCENA SALMORAL, Manuel. Creación del Tribunal de Contadores de Cuentas. Publicado en: Historia Extensa de Colombia. Vol. III. Real Audiencia y Presidentes. Tomo 1. Presidentes de Capa y Espada. (1605-1628). Bogotá: Ediciones Lerner. 1965.
- LUDWIG, Emil. Bolívar. México: Editorial Diana. 1962.
- LYNCH, John. Administración Colonial Española 1782-1810. El Sistema de Intendencias en el Río de la Plata. Buenos Aires: Eudeba Editorial. 1962.
- MALAGON PINZON, Miguel. Antecedentes del derecho administrativo en el derecho indiano. Revista de Estudios Socio-Jurídicos. Facultad de Jurisprudencia. Universidad del Rosario. Bogotá. Abril de 2001. Vol. 3. no. 1
- MALAGON PINZON, Miguel. El Consulado de Comercio de Cartagena. Publicado en: Revista de Estudios Socio-Jurídicos. Facultad de Jurisprudencia. Universidad del Rosario. Bogotá. Octubre de 2001. Vol. 3. no. 2.
- MALAGON PINZON, Miguel. Influencia del derecho administrativo norteamericano en el derecho administrativo colombiano: las misiones Kemmerer y Currie. Publicado en: Teoría de la organización Administrativa. Bogotá: Universidad del Rosario. 2005.

- MANNONI, Stefano. Storia dell'`acentramento amministrativo in Francia. Vol. I. La formazione del sistema (1661-1815). Milano: Giuffr  Editore.1994.
- MANNORI, Lucca y SORDI, Bernardo. Storia del Diritto Amministrativo. Roma-Bari: Editori Laterza.2001.
- MANNORI, Lucca y SORDI, Bernardo. Justicia y Administración. Publicado en: El Estado Moderno en Europa. Madrid: Editorial Trotta. 2004.
- MAQUIAVELO, Nicolás. Discursos sobre la primera década de Tito Livio. Madrid: Alianza Editorial. 2003.
- MARAVALL, José Antonio. Maquiavelo y Maquiavelismo en España. Publicado en: Estudios de Historia del pensamiento español. Vol. III. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica. 2001.
- MARILUZ URQUIJO, José María. Ensayo sobre los juicios de Residencia Indianos. Sevilla: Escuela de Estudios Hispanoamericanos. 1952.
- MARILUZ URQUIJO, José María. El Agente de la Administración Pública en Indias. Buenos Aires: Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano e Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1998.
- MARTIN SAINT - LEON, E. Historia de las Corporaciones de oficio. Buenos Aires: Editorial Partenón. 1947.
- MARTINEZ, Frédéric. El nacionalismo cosmopolita. Bogotá: Banco de la República. 2001.
- MARTIRE, Eduardo. Una instrucción de Visita en la Audiencia de Potosí (1785). Publicado en: Revista de Historia del Derecho no. 4. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1976.
- MARTIRE, Eduardo. La Visita de los Intendentes. Publicado en: Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene. no. 24. Buenos Aires: Imprenta de la Universidad. 1978.
- MARTIRE, Eduardo. Los Regentes de Buenos Aires. La Reforma Judicial Indiana de 1776. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. 1981.
- MARTIRE, Eduardo. El recurso de Apelación contra las decisiones del Virrey o Presidente de las Audiencias de Indias. Valladolid: Congreso Internacional del Instituto de

Historia del Derecho Indiano. 1984.

- MARTIRE, Eduardo. La ineluctable pérdida de los dominios españoles de América. Publicado en: Revista de Historia del Derecho. no. 23. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1995.

- MARTIRE, Eduardo y TAU ANZOATEGUI, Víctor. Historia de las Instituciones Argentinas. 6ta. Edición. Buenos Aires: Ediciones Macchi. 1996.

- MARTUCCI, Roberto. La Constitución inencontrable. Conflicto político y estabilización constitucional en Francia en la transición de la Monarquía a la República. Publicado en: Modelos Constitucionales en la Historia comparada. Oviedo: Universidad de Oviedo. 2005.

- MATTEUCCI, Nicola. Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Editorial Trotta. 1998.

- MAUROIS, André. Historia de los Estados Unidos. Barcelona: Círculo de Lectores. 1972.

- MAYER, Otto. Derecho Administrativo alemán. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Depalma. 1949.

- MAYORGA GARCIA, Fernando. La Real Audiencia de Santa Fe en los siglos XVI y XVII. Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura Hispánica. 1991.

- McFARLANE, Anthony. Comerciantes y Monopolio en la Nueva Granada. El Consulado de Cartagena de Indias. Publicado en: Anuario de Historia Social y de la Cultura. no. 11. Bogotá. 1983.

- McILWAIN, Charles Howard. Constitucionalismo antiguo y moderno. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991.

- MELO, Jorge Orlando. La Constitución de 1886. Publicado en: Nueva Historia de Colombia. Tomo I. 1886-1946. Bogotá: Editorial Planeta. 1989.

- MELO, Jorge Orlando. Francisco Antonio Moreno y Escandón: Retrato de un burócrata colonial. Publicado en: Moreno y Escandón, Francisco Antonio. Indios y Mestizos en la Nueva Granada a finales del siglo XVIII. Bogotá: Banco Popular. Vol. 124. 1985.

- MESTRE, Jean Louis. Un Droit Administratif a la fin de l'Ancien Régime: Le Contentieux des Communautés de Provence. París: Librairie Générale de droit et de jurisprudence. 1976.

- MESTRE, Jean Louis. Introduction Historique au Droit Administratif Français. París:

PUF. 1985.

- MIRAS ALBARRAN, Joaquín. La Democracia jacobina. Publicado en: El Viejo Topo. nos. 205-206. abril de 2005.

- MIRAS ALBARRAN, Joaquín. Una antología de textos clásicos sobre la democracia. Publicado en: El Viejo Topo. nos. 205-206. Abril 2005.

- MODERNE, Franck. Apuntes de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad del Rosario. 2002.

- MODERNE, Franck. La Justicia Administrativa en Francia: Proceso. Técnicas de Control, Ejecución de Sentencias. Publicado en: La Justicia Administrativa en el derecho comparado. Madrid: Editorial Civitas. 1993.

- MONTAÑA CUELLAR, Diego. Colombia: país formal y país real. Bogotá: Editorial Latina. 1985.

- MONTAÑA PLATA, Alberto. Dimensión teórica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005.

- MONTENEGRO GONZALEZ, Augusto. La “Atenas Suramericana” búsqueda de los orígenes de la denominación dada a Bogotá. Publicado en: Memoria y Sociedad. Vol. 7. no. 14. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

- MONTESQUIEU, Charles de Secondant. Grandeza y Decadencia de los romanos. Madrid: Espasa - Calpe. 1962.

- MORALES BENITEZ, Otto. Revolución y Caudillos. Bogotá: Círculo de Lectores. 1983.

- MORAZZANI DE PEREZ ENCISO, Gisela. La Intendencia en España y América. Caracas: Universidad Central de Venezuela. 1960.

- MOREAU, Félix. Manuel de droit Administratif. París: Ancienne Libraire Thorin et Fils. 1909.

- MOSCOSO, Francisco. Juicio al Gobernador. Episodios Coloniales de Puerto Rico 1550. San Juan: Publicaciones Puertorriqueñas. 1998.

- MOSQUERA, José Rafael. Nociones de Derecho Constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003.

- MUNERA CAVADIA, Alfonso. El fracaso de la Nación. Bogotá: Banco de la República. 1998.

- MUNERA CAVADIA, Alfonso. Fronteras Imaginadas. Bogotá: Editorial Planeta. 2005.
- MURO ROMERO, Fernando. La Administración Pública en América bajo los primeros borbones. Madrid: Ediciones Rialp. 1983.
- NARANJO GALVES, Rodrigo. La Reforma Contencioso Administrativa de 1914. Publicado en: Revista de Estudios Socio - Jurídicos. Volumen 3. Número 1. Bogotá: Universidad del Rosario. 2001.
- NARANJO MESA, Vladimiro. Elementos de Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Bogotá: Indagraf editores. 1984.
- NARANJO MESA, Vladimiro. Curso de Historia Constitucional Colombiana. Bogotá. s.e. 1995.
- NAVARRETE, María Cristina. Judeo - Conversos en la Audiencia del Nuevo Reino de Granada. Siglos XVI y XVII. Publicado en: Historia Crítica. no. 23. Bogotá: Universidad de Los Andes. 2002.
- NAVARRO GARCIA, Luis. Intendencias en Indias. Sevilla: Escuela de Estudios Hispanoamericanos. 1959.
- NAVARRO GARCIA, Luis. Las reformas borbónicas en América. Sevilla: Universidad de Sevilla. 1995.
- NIETO ARTETA, Luis Eduardo. Economía y Cultura en la historia de Colombia. Bogotá: Banco de la República. 1996.
- NIETO GARCIA, Alejandro. El Mito de la Administración Prusiana. Sevilla: Instituto García Oviedo. 1962.
- NIETO GARCIA, Alejandro. Algunas precisiones sobre el concepto de policía. Publicado en. Revista de Administración Pública. no. 81. 1976.
- NIETO GARCIA, Alejandro. El Derecho como límite al poder en la Edad Media. Publicado en: Revista de Administración Pública. no. 91. 1980.
- NIETO GARCIA, Alejandro: Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo. Madrid: INAP. 1986.
- NIETO GARCIA, Alejandro. Los primeros pasos del Estado Constitucional. Barcelona: Ariel. 1996.
- NIETO GARCIA, Alejandro. El Arbitrio Judicial. Barcelona: Ariel. 2000.

- OLARTE CAMACHO, Vicente. Recopilación de Leyes y Disposiciones Administrativas. Bogotá: Imprenta La Luz. 1901.
- ORDENANZAS DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA EXPEDIDAS POR LA ASAMBLEA DE 1888. CODIGOS DE POLICIA Y POLITICO Y MUNICIPAL. Bogotá: Imprenta de La Luz. 1889.
- OTS CAPDEQUI, José María. Las Instituciones del Nuevo Reino de Granada al tiempo de la Independencia. Madrid: Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo. 1958.
- OTS CAPDEQUI, José María. España en América: el régimen de tierras en la época colonial. México: Fondo de Cultura Económica. 1959.
- OTS CAPDEQUI, José María y MALAGON BARCELO, Javier. Solórzano y la Política Indiana. México: Fondo de Cultura Económica. 1965.
- OTS CAPDEQUI, José María. Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano. Madrid: Editorial Aguilar. 1969.
- OTS CAPDEQUI, José María. El Estado Español en las Indias. 8va. Reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica de México. 1993.
- PABON, Jesús. Franklin y Europa. Madrid: Sarpe. 1985.
- PALACIO AFARD, Vicente. Observaciones sobre el Fracaso de una Visita al Perú. Publicado en: Anuario de Estudios Americanos. no. 3. Sevilla. 1946.
- PALACIOS, Marco. Entre la legitimidad y la violencia. Colombia 1875-1994. Bogotá: Editorial Norma. 1995.
- PANTOJA MORAN, David. Escritos Políticos de Siéyes. México: Fondo de Cultura Económica. 1993.
- PAREJA, Carlos H. Curso de Derecho Administrativo. Bogotá: Editorial ABC. 1937.
- PAREJA, Carlos H. Código Administrativo. Bogotá: Editorial Gran Colombia. 1942.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. El Concepto del Derecho Administrativo. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. 1984.
- PAREJO ALFONSO, Luciano y Otros. Manual de Derecho Administrativo. Vol. I. Barcelona: Ariel Derecho. 1998.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. Derecho Administrativo. Barcelona: Ariel. 2003.
- PARKER, Geoffrey. Felipe II. Madrid: Alianza Editorial. 1988.

- PASTORAL DEL ILUSTRÍSIMO SEÑOR ARZOBISPO DE BOGOTA PARA LA CUARESMA. Bogotá: Imprenta Echeverría Hermanos. 1878.
- PENAGOS, Gustavo. Los Actos Políticos. Bogotá: Librería del Profesional. 1989.
- PEREZ, Francisco de Paula. Estudios Constitucionales. Bogotá: Editorial Centro. 1936.
- PEREZ, Joseph. Los Comuneros. Madrid: Historia 16. 1990.
- PEREZ AYALA, José María. Antonio Caballero y Góngora: Virrey y Arzobispo de Santa Fe 1723-1796. Bogotá: Imprenta Municipal. 1951.
- PEREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Editorial Horizontes. 1974.
- PETIT, Jacques. La evolución reciente del Recurso por Exceso de Poder en Francia. Publicado en: Memorias de las V jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005.
- PHELAN, John Leddy. El auge y la caída de los criollos en la Audiencia de Nueva Granada 1700 - 1781. Bogotá: Boletín de Historia y antigüedades. Vol. LIX. nos. 687-98.1972.
- PHELAN, John Leddy. El pueblo y el rey. La revolución comunera en Colombia, 1781. Bogotá: Carlos Valencia Editores, 1980.
- PHELAN, John Leddy. El Reino de Quito en el siglo XVII. Quito: Ediciones del Banco Central del Ecuador. 1985.
- PHELAN, John Leddy. Similitudes y contrastes entre los Comuneros de Nueva Granada y la Revolución de Independencia americana. Bogotá: Boletín de Historia y Antigüedades. no. 714. 1976.
- PHELAN, John Leddy. El origen de la idea de Latinoamérica. Publicado en: Ideas en torno de Latinoamérica. Vol. I. México: UNAM. 1986.
- PIETSCHMANN, Horst. Antecedentes españoles e hispanoamericanos de las Intendencias. Publicado en: Anuario de Estudios Americanos. Tomo XL. Sevilla. 1983.
- PIETSCHMANN, Horst. El Estado y su evolución al principio de la colonización española de América. México: Fondo de Cultura Económica. 1989.
- PIETSCHMANN, Horst. Las Reformas borbónicas y el sistema de Intendencias en Nueva España. Un estudio político administrativo. México: Fondo de Cultura Económica. 1996.

- PIHLAJAMAKI, Heikki. Lo Europeo en Derecho: *Ius Politiae* y el Derecho Indiano. Publicado en: Derecho y Administración en las Indias Hispánicas. Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano. Vol. II. Cuenca. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha. 2002.
- PINZON RAMOS, Martín Alonso. Andrés Bello, Jurisconsulto. Santiago de Chile: 1982.
- PINZON RAMOS, Martín Alonso. Historia del Conservatismo. Bogotá: Tercer Mundo Editores. 1979.
- PLATA QUEZADA, William Elvis. De las Reformas liberales al triunfo del catolicismo intransigente. Publicado en: Historia del Cristianismo en Colombia. Corrientes y Diversidad. Bogotá: Editorial Taurus. 2004.
- POCOCK, John. El Momento Maquiavélico. Madrid: Editorial Tecnos. 2002.
- POLANCO ALCANTARA, Tomás. La Real Audiencia de Caracas como antecedente de la Corte Suprema de Justicia. Publicado en: La Real de Caracas en la historiografía venezolana. Caracas: Biblioteca Nacional de la Historia. 1986.
- POMBO y GUERRA. Constituciones de Colombia. Tomos I y II. Bogotá: Imprenta La Luz. 1911.
- PONCE, Marianela. El Control de la Gestión Administrativa en el Juicio de Residencia al Gobernador Manuel González Torres de Navarra. Tomo I. Caracas: Biblioteca Nacional de la Historia. 1985.
- PONCE, Marianela y VACCARI, Letizia. Estudio Preliminar a los Juicios de Residencia en la provincia de Venezuela. Tomo II. Juan Pérez de Tolosa y Juan de Villegas. Caracas: Biblioteca Nacional de la Historia. 1980.
- POSADA CARBO, Eduardo. Miguel Antonio Caro y la política colombiana. Publicado en: El desafío de las ideas. Bogotá: Banco de la República. 2003.
- PRELOT, Marcel. Les institutions politiques françaises. París: Les Tours de Droit. 1957.
- QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. La Lectura Administrativa de la Constitución Política. Publicado en: Revista Universitas. no. 104. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 2002.
- QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Reforma Política y Referendo en Colombia dentro de los procesos de Reforma de la Constitución Política de 1991. Bogotá:

Universidad del Rosario. 2004.

- RAUSCH, Jane. La Frontera de los llanos en la historia de Colombia (1830-1930). Bogotá: Banco de la República. 1999.

- RECOPIACION DE LEYES DEL ESTADO DE BOYACA. Tunja. 1873.

- REDDAWAY, W.F. Federico el Grande. Barcelona: Círculo de Lectores. 1974.

- REES JONES, Ricardo: El Despotismo ilustrado y los intendentes de la Nueva España. México: UNAM. 1979.

- REIG SATORRES, José. Visita General a la Presidencia y Audiencia de Quito realizada por el Licenciado José García de León y Pizarro. (1778-1784). Actas y Estudios del XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Tomo III. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1997.

- REGLA, Juan. Historia de Cataluña. Madrid: Alianza Editorial. 1978.

- RENGIFO, Diana y Otras. Estudio Preliminar a los Juicios de Residencia en la Provincia de Venezuela. Tomo I. Los Welzer. Caracas: Biblioteca Nacional de la Historia. 1977.

- RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. El Congreso Constituyente de la Villa del Rosario de Cúcuta de 1821. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1994.

- RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela 1811-1830. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1996.

- RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Constituciones Políticas nacionales de Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003.

- REYES CARDENAS, Catalina. El Gobierno de Mariano Ospina Pérez. Publicado en: Nueva Historia de Colombia. Historia Política II. Bogotá: Editorial Planeta. 1989.

- RIBEIRO, Darcy. Las Américas y la Civilización. Caracas: Biblioteca Ayacucho. 1992.

- RICARD, Robert. La Conquista Espiritual de México. México: Fondo de Cultura Económica. 1986.

- RICARDO ESPAÑA, Gabriel. Tratado de Derecho Administrativo Colonial. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Legislación. 1894.

- RIDLEY, Jasper. Maximiliano y Juárez. México: Javier Vergara Editores. 1995.

- RIPODAS ARDANAZ, Daisy. Un ilustrado cristiano en la magistratura indiana. Antonio Porlier, Marqués de Bajamar. Buenos Aires: Prhisco - Conicet. 1992.

- ROBLEDO, Emilio. Bosquejo Biográfico del señor oidor Juan Antonio Mon y Velarde, Visitador de Antioquia. Tomo II. Bogotá: Banco de la República. 1954.
- ROCA ROCA, Eduardo. América en el Ordenamiento Jurídico de las Cortes de Cádiz. 2da. Edición. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario. 1999.
- RODRIGUEZ PANIAGUA, José María. Historia del pensamiento jurídico. Vol. I. De Heráclito a la Revolución Francesa. Madrid: Universidad Complutense. 1992.
- RODRIGUEZ PIÑERES, Eduardo. Estudio Crítico a la Ley colombiana sobre la Jurisdicción de lo Contencioso - Administrativo. Bogotá: Librería Americana. 1914.
- RODRIGUEZ PIÑERES, Eduardo. Relaciones entre los poderes judicial y legislativo. Publicado en: Por el reinado del derecho. Bogotá: Imprenta de La Luz. 1927.
- RODRIGUEZ PIÑERES, Eduardo. Constitución y Leyes usuales de Colombia. Bogotá: Librería Colombiana. 1939.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ Libardo. Derecho Administrativo. Bogotá: Editorial Legis. 1994.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. Origen y Evolución de la Jurisdicción Administrativa en Colombia. Publicado en: Historia y perspectivas de la Jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina. Bogotá: Editorial Temis. 1999.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. Un siglo de derecho administrativo en Colombia. Publicado en: el Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al profesor Allan Randolph Brewer Carías. Tomo II. Madrid: Editorial Civitas. 2003.
- RODRIGUEZ VICENTE, María Encarnación. El Derecho de Media Anata. Publicado en: Poder y Presión Fiscal en la América Española. Valladolid: VI Congreso de Historia del Derecho Indiano. 1986.
- ROJAS ARBELAEZ, Gabriel. El Espíritu del Derecho Administrativo. Bogotá: Editorial Temis. 1972.
- ROMERO AGUIRRE, Alfonso. Ayer, Hoy y Mañana del Liberalismo Colombiano. Tomo I. Historia de la Regeneración. Bogotá: Editorial Iqueima. 1949.
- ROMERO, José Luis. Situaciones e ideologías en América Latina. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia. 2001.
- ROSANVALLON, Pierre. La Consagración del Ciudadano. Historia del sufragio

- universal en Francia. México: Instituto Mora. 1999.
- ROZO ACUÑA, Eduardo. Bolívar y la organización de los poderes públicos. Bogotá: Editorial Temis. 1988.
 - RUIZ MARTINEZ, Eduardo. La Librería de Nariño y los Derechos del Hombre. Bogotá: Editorial Planeta. 1990.
 - RUIZ MARTINEZ, Eduardo. Los Hombres del 20 de Julio. Bogotá: Universidad Central. 1996.
 - SABINE, George. Historia de la Teoría Política. México: Fondo de Cultura Económica. 1984.
- SACHICA APONTE, Luis Carlos. Nuevo Constitucionalismo Colombiano. Bogotá: Editorial Temis. 1992.
- SAINT - BONNET, François. L'etat d' exception. París: PUF. 2001.
 - SALOM FRANCO, Nicolás. Las raíces teológicas de nuestras instituciones políticas. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 2000.
 - SALVADOR LARA, Jorge. Historia Contemporánea del Ecuador. México: Fondo de Cultura Económica. 1995.
 - SAMPER, José María. Derecho Público Interno. Bogotá: Editorial Temis. 1982.
 - SANCHEZ BELLA, Ismael. La Organización Financiera de las Indias. México: Escuela Libre de Derecho. 1980.
 - SANCHEZ BELLA, Ismael. La eficacia de la visita en Indias. Publicado en: Anuario de Historia del Derecho Español. L. Madrid: Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas. 1980.
 - SANCHEZ BELLA, Ismael. El Tribunal de Cuentas de México. Siglo XVII. Pamplona: EUNSA. 1991.
 - SANCHEZ BELLA, Ismael. Estudios de Derecho Indiano. Vols. 1-2. Pamplona: EUNSA. 1991.
 - SANCHEZ BELLA, Ismael y DE LA HERA, Alberto. Historia del Derecho Indiano. Madrid: Editorial Colecciones Mapfre. 1992.
 - SANCHEZ BELLA, Ismael. Las reformas en Indias del Secretario de Estado José de Gálvez. Publicado en: Derecho y Administración en las Indias Hispánicas. Tomo II.

Cuenca: Universidad de Castilla- La Mancha. 2002.

- SAN MARTINO DE DROMI, María Laura. Historia de la Administración Argentina. Publicado en: Posada Herrera y los orígenes del Derecho Administrativo español. Madrid: INAP. 2001.

- SAN MARTINO DE DROMI, María Laura. Constitución Indiana de Carlos III. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 1999.

- SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845). Sevilla: Instituto García Oviedo. 1973.

- SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo I. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 1988.

- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Introducción a los conceptos de Administración Pública y Derecho Administrativo. 2da. Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002.

- SCHIERA, Pierangelo. Il Cameralismo e l' assolutismo tedesco. Milán: Antonio Giuffrè. 1968.

- SCHMITT, Carl. La Dictadura. Madrid: Alianza Editorial. 1985.

- SEGHESSO DE LOPEZ ARAGON, María Cristina. El juicio de Residencia en el Derecho Patrio Provincial. Revista de Historia del Derecho no. 13. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1985.

- SEMINARIO DE PAISES ANDINOS. Corte Penal Internacional: Un nuevo instrumento de lucha contra la impunidad. Bogotá. 2004.

- SILVA, Fernando. La Contaduría Mayor de Cuentas del Reino de Chile. Publicado en: Estudios de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1967.

- SILVA CIMMA, Enrique. Derecho Administrativo. Chileno y Comparado. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1995.

- SKINNER, Quentin. Los fundamentos del pensamiento político moderno. Tomo I. El Renacimiento. México: Fondo de Cultura Económica. 1993.

- SOLORZANO y PEREYRA, Juan. Política Indiana. Libro V. Madrid: Compañía Iberoamericana de publicaciones. 1931.

- SORIANO GARCIA, José Eugenio. Los Fundamentos Históricos del Derecho Administrativo en Francia y Alemania. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Temas de Derecho Público No. 35. 1994.
- SUAREZ, Santiago Gerardo. El cumplimiento y el incumplimiento de la ley. XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios. Tomo I. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1997.
- TASCÓN, Tulio Enrique. Derecho Contencioso Administrativo colombiano. Bogotá: Editorial Cromos. 1946.
- TASCÓN, Tulio Enrique. Historia del Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Editorial Minerva. 1953.
- TARELLO, Giovanni. Cultura Jurídica y Política del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica. 1995.
- TAU ANZOATEGUI, Víctor. Qué fue el derecho Indiano. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot. 1980.
- TAU ANZOATEGUI, Víctor. La Ley “se obedece pero no se cumple”. En torno a la suplicación de las Leyes en el derecho Indiano. Quito: Separata del Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano. Vol. VI. Corporación de estudios y publicaciones. 1980.
- TAU ANZOATEGUI, Víctor. Casuismo y Sistema. Indagación Histórica sobre el espíritu del derecho Indiano. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del derecho. 1992.
- TENENTI, Alberto. De las Revueltas a las Revoluciones. Barcelona: Editorial Crítica. 1999.
- THOMAS, Hugh. La Conquista de México. 5ta. Reimpresión México: Editorial Patria. 1996.
- TOBÓN ARBELAEZ, Diego. Principios Fundamentales del Derecho Administrativo. Medellín: Tipografía industrial. 1939.
- TOMAS y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho Español. Madrid: Editorial Tecnos. 1988.
- TOMAS y VALIENTE, Francisco. De la Administración de Justicia al Poder Judicial. Publicado en: Jornadas sobre el poder Judicial en el bicentenario de la Revolución

- Francesa. Madrid: Ministerio de Justicia. 1990.
- TOMAS y VALIENTE, Francisco. El derecho penal de la Monarquía Absoluta. Publicado en: Obras Completas. Tomo I. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997.
 - TORQUEMADA, Juan. Monarquía Indiana. Tomo II. México: UNAM. 1975.
 - TORRES y TENORIO, Camilo. El Memorial de Agravios. Bogotá: Librería Publicitaria. 1989.
 - TREVELYAN, Georges Macaulay. La Revolución Inglesa 1688-1689. La Habana: Editorial Ciencias Sociales. 1980.
 - TRUYOL Y SERRA, Antonio. Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. Madrid: Alianza Editorial. 1982.
 - ULLMANN, Walter. Principios de Gobierno y Política en la Edad Media. Madrid: Alianza Editorial. 1985.
 - URIBE VARGAS, Diego. Las Constituciones de Colombia. Historia, Crítica y Textos. Tomo II. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica. 1977.
 - URUEÑA CERVERA, Jaime. Bolívar Republicano. Bogotá: Ediciones Aurora. 2004.
 - URUETA AYOLA, Manuel Santiago. El Consejo de Estado. Publicado en: Revista de la Universidad Externado de Colombia. Vol. XVII. no. 2. Bogotá: 1976.
 - URREGO ARDILA, Miguel Angel. La Crisis del Estado Nacional en Colombia. Perspectiva Histórica. Michoacán: Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. 2005.
 - VACCARI, Letizia. Estudio preliminar, recopilación y selección documental de los Juicios de Residencia en la Provincia de Venezuela. Don Francisco Dávila Orejón. 1673-1677. Tomo I. Caracas: Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia. 1983.
 - VALENCIA VILLA, Hernando. La Constitución de la quimera. Bogotá: La Caja de Herramientas. 1982.
 - VALENCIA VILLA, Hernando. El Inconstitucional. Bogotá: Universidad de Los Andes. 1982.
 - VANDELLI, Luciano. El poder local, su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones. Madrid: INAP. 1992.
 - VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo I. Parte General y Personas. Bogotá:

Editorial Temis: 1972.

- VARELA ORTEGA, José. Los amigos políticos. Partidos, elecciones y caciquismo en la Restauración. Madrid: Alianza Editorial. 1977.
- VARELA SUANZES - CARPEGNA, Joaquín. La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1983.
- VASQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. El poder presidencial en Colombia. Barranquilla: Ediciones Norte. 1986.
- VEDEL, George. Derecho Administrativo. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar. 1980.
- VELASCO IBARRA, J.M. Experiencias Jurídicas Hispanoamericanas. Buenos Aires: Editorial Américalee. 1943.
- VELASQUEZ TURBAY, Camilo. Derecho Constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998.
- VELEZ GARCIA, Jorge. Los dos sistemas del derecho Administrativo. Ensayo de derecho público comparado. Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda. 1994.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Bogotá: Editorial Legis. 2004.
- VILLAPALOS SALAS, Gustavo. Los recursos contra los actos de gobierno en la baja edad media. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. 1976.
- VILLAPALOS SALAS, Gustavo. Los Recursos en Materia Administrativa en Indias siglos XVI y XVII. Notas para su estudio. En: Anuario de Historia del Derecho Español. XLVI. Madrid: Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas. 1976.
- VILLAR PALASI, José Luis. Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las normas. Madrid: Universidad de Madrid. 1968.
- VILLAR PALASI, José Luis. Problemática de la historia de la Administración Pública. Actas del I symposio de Historia de la Administración. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos. 1970.
- VILLAR PALASÍ, José Luis. Técnicas remotas del Derecho Administrativo. Madrid: INAP. 2001.
- VON GIERKE, Otto. Teorías Políticas de la Edad Media. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1995.

- WADE, H.W.R. Derecho Administrativo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1971.
- WEIL, Prosper. Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Civitas. 1986.
- YBOT LEON, A. Las juntas de Teólogos asesoras del Estado para Indias, 1512 - 1530. Publicado en: Anuario de Estudios Americanos. Tomo V. Sevilla. 1948.
- YOUNES MORENO, Diego. Derecho Administrativo Laboral. Bogotá: Editorial Temis. 1994.
- YOUNES MORENO, Diego. Nuevo Régimen de Control Fiscal. Medellín: Jurídica Dike. 1995.
- YOUNES MORENO, Diego. Curso de Derecho Administrativo. Bogotá: Editorial Temis. 2004.
- ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. Historia del derecho Argentino. Buenos Aires: Editorial Perrot. 1969.
- ZORRAQUIN BECU, Ricardo. Hacia una definición del derecho indiano. Publicado en: Revista de Historia del Derecho. no. 22. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1994.