

Antecedentes del derecho administrativo en el derecho indiano



Miguel Malagón Pinzón*

INTRODUCCIÓN

Enterar a hablar de la polémica sobre el origen de nuestro derecho administrativo siempre produce resquemor. Aquí no se pretende participar en ella sino sólo ayudar a entender y a conocer nuestro derecho público.

Generalmente se tiene la idea de que el derecho administrativo es un invento de la Revolución Francesa, se piensa que Colombia y Latinoamérica conocieron el derecho de la administración pública sólo hasta este siglo. Nada más lejano a la verdad, pues en el período de nuestra historia que se conoce como la Colonia, rigió el derecho indiano que constituye el antecedente más inmediato del estado de derecho, y por ende del derecho administrativo.

Hay que empezar por analizar el surgimiento del derecho administrativo francés, para poder entender que nuestro derecho administrativo surge por circunstancias completamente distintas.

LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El punto de partida del moderno derecho público europeo es la Revolución Francesa. Acontecimiento que produce grandes innovaciones,



* Profesor Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario.

la primera de ellas es en el lenguaje, empezando por la palabra *revolución* que antes sólo se refería a la obra de Copérnico *De revolutionibus*, que consagró la teoría heliocéntrica y creó un cambio en el modo de pensar, pasando de un pensamiento teológico a uno científico. La lengua se enriquece con palabras como *aristócrata* y *libertad*, y esta última de ahora en adelante será entendida como autonomía y no como la libertad de los antiguos que, según Benjamín Constant, era la de participar en los asuntos públicos. No se puede dejar de lado la frase del jacobino Saint Just que decía que el antiguo régimen hablaba de libertad y llenaba al pueblo de cadenas.¹

La segunda gran creación fue la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, que pasaron a ser instituciones reconocidas por el Estado y protegidas por él. El nuevo orden jurídico social se construye sobre ellos, pero contrario a lo que se piensa el derecho administrativo en sus inicios no se encargará de protegerlos sino de proteger a la administración.

El tercer gran aporte fue el principio de legalidad, la invención de la ley como expresión de la voluntad general², encargada de cuidar el interés general, de defender el bien público. La ley marcará el código de conducta de los funcionarios de la administración, quienes sólo podrán hacer lo que les está permitido expresamente por ella; ellos se vuelven meros agentes del poder soberano que se encarna en el parlamento, que es el único órgano que tiene la representación popular.³



¹ Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del derecho tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, 1995, p. 17 y ss.

² Según C. J. 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 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...". *La filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp.183 y 184.

³ "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,

Es famosa la disputa entre Boutmy y Jellinek, sobre la falta de originalidad de la Revolución Francesa frente a la norteamericana, discusión que queda zanjada por García de Enterría⁴ quien manifiesta que el gran aporte de los franceses fue haber inventado el concepto de ley como epicentro del derecho público moderno.

El cuarto 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 establece que hay tres poderes en el Estado, el legislativo que crea el derecho y juzga, el ejecutivo que da el respaldo de la fuerza a las decisiones del legislativo y por último el federativo que se encarga de dirigir las relaciones internacionales. El Estado de Locke está compuesto por la ley, los tribunales y la fuerza pública. El pensador francés retoma estas ideas y argumenta 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. Pero el asunto no termina allí pues la teoría de Montesquieu buscaba darle prevalencia al estamento judicial, encarnado por los parlamentos, que 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 reales. Hay que anotar que Montesquieu fue presidente del parlamento de Burdeos⁵ y buscaba un Estado en el que el poder judicial estuviera independiente del rey, situación que termina sucediendo y que determina que a los parlamentos se les asignen 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



principios a partir de los cuales debe contemplarse el desarrollo del derecho administrativo. Si la ley es sinónimo de igualdad, ésta 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 Carmen Chinchilla Marín, *Nuevas perspectivas del derecho administrativo. Tres estudios*, Madrid, Editorial Civitas, 1992, 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". José Eugenio Soriano García, "Los fundamentos históricos del Derecho Administrativo en Francia y Alemania" en: *Temas de Derecho Público* No. 35, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, p.29.

⁴ E. García, *op. cit.*, p. 70.

⁵ Jorge Vélez García, *Los dos sistemas del Derecho Administrativo, ensayo de Derecho Público Comparado*, Bogotá, Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994, p. 6.

teoría de la separación ocasionó que el rey perdiera la función judicial, pero trajo como consecuencia un poder desmesurado de los parlamentos.

Por esta razón se expiden las leyes del 16 y 24 de agosto de 1790⁶, que buscaban quitarle poder a la nobleza de toga representada en los parlamentos. Se establece en el código penal como delito la intromisión de los jueces en la acción administrativa. Los revolucionarios se dan cuenta de que tienen que neutralizar al poder judicial para poder sobrevivir, por ello sacan del control de los jueces las actividades administrativas, circunstancia que origina el derecho administrativo, pues el Consejo de Estado, organismo creado por Napoleón para asesoría y consulta del gobierno, empezará a resolver las controversias entre la administración y los administrados, primero como jurisdicción retenida y luego como jurisdicción independiente, creando por medio de su jurisprudencia el derecho administrativo, el cual tendrá la peculiaridad de ser exclusivamente el derecho de la administración.⁷

La desconfianza sobre los jueces llega a tal extremo que se les prohíbe interpretar la ley, para ello crean la Corte de Casación como organismo encargado de controlar a los jueces. De igual manera se instituye el *référé législatif*⁸ para absolver las dudas de los jueces, acerca de cómo se debía interpretar una ley. Esta situación era consecuencia además del ya nombrado recelo, del acogimiento de las teorías



⁶ Velley 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 estos 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 legisasen y administrasen". Citado por Chinchilla, *op. cit.* p. 30.

⁷ Eduardo García de Enterría, *Revolución Francesa y administración contemporánea*, Madrid, Editorial Civitas, 1998.

⁸ "En este sentido, el artículo 12 de la Ley 16-24 de agosto 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". La ley 27 de noviembre -1 de diciembre de 1790 estableció en su artículo 21 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, en tal caso, aprobará un decreto interpretativo de la ley ; y cuando el decreto haya sido sancionado por el Rey, el Tribunal de Casación enjuiciará de conformidad con el mismo". Chinchilla, *op. cit.*, p. 37.

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.⁹

Vemos que la Revolución Francesa es el acontecimiento que origina el derecho administrativo europeo, y más concretamente el derecho administrativo francés.

Una mirada a la administración americana

Es necesario, después de este planteamiento, esbozar la hipótesis de que si bien el derecho administrativo es originario de la Revolución Francesa, como ya se vio, la administración pública y la ciencia de la administración son anteriores. En Roma existió una administración que tenía un derecho propio, que no se puede llamar administrativo, el cual permitía disciplinar a los funcionarios del Imperio. De igual manera existieron concesiones de bienes de uso público, se presentaron expropiaciones forzosas por utilidad pública, contratos de obra pública.¹⁰ De ello se puede concluir que la ciencia de la administración no surgió con la cameralística alemana de los siglos XVI, XVII y XVIII, tal como lo expone el profesor Guerrero¹¹, sino que surgió en Roma, situación que cambia necesariamente la historia de la administración, pues se tienen que estudiar otros ejemplos históricos aparte del modelo occidental para poder enriquecerla más.

Así las cosas, podemos plantear la hipótesis de que también los chibchas tuvieron una organización administrativa, una administración, que no tiene nada que ver con la administración occidental. En ella figuraba como cabeza el soberano, que se denominaba en Hunza el zaque, y en Bacatá el zipa; éste concentraba en sus manos todos los poderes, era el Estado mismo, su voluntad era ley de obligatorio cumplimiento, pero su poder no era despótico ni arbitrario, se



⁹ Norberto Bobbio, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, México, Fondo de Cultura Económica, Reimpresión, 1997, p. 30 y 31.

¹⁰ Antonio Fernández de Buján, *Derecho público romano*, Madrid, Editorial Civitas, 1999, pp. 181-205.

¹¹ Omar Guerrero, *Las ciencias de la administración del Estado absolutista*, México, Distribuciones Fontamara S.A., 1996.

encontraba limitado por normas de derecho, morales y religiosas. En segundo término se encontraban los uzaques y los caciques, quienes formaban el consejo consultivo del soberano para asuntos de Estado y podían ser designados para misiones políticas o militares. Por último encontramos a los chiquis o sacerdotes, que asesoraban a los gobernantes en los asuntos de Estado.¹²

El derecho que rigió en América en la época de la Colonia y hasta finales del siglo XIX fue el derecho indiano, ordenamiento jurídico construido especialmente para estos territorios de ultramar. En mi parecer ha sido el derecho mejor concebido para una realidad concreta como la americana, como paradigma de ello tenemos el juez de indios o naturales, juzgado establecido sólo para resolver los conflictos entre los aborígenes, y que estaba a cargo del Virrey.¹³

Podemos decir que los límites al poder y la existencia de normas que establezcan esos controles, son manifestaciones incipientes del Estado de derecho, que sólo surge con las revoluciones liberales, pero que tuvieron relevancia en la América hispánica.

Empezando por analizar los límites encontramos el recurso de agravios, antecedente de nuestras acciones contenciosas, que consistía en una revisión judicial hecha por la Real Audiencia de los actos de los virreyes o gobernadores que causaran agravio o dañaran a un particular. Sobre este aspecto el profesor Góngora comenta que,

Sin embargo sabemos por carta de la II Audiencia de Nueva España de 9-II-1533 que, en caso de agravio causado por la tasa del tributo de encomienda, se podía apelar de ella, pero sin que se suspendiera el cumplimiento de la tasa (apelación con efecto meramente devolutivo). La Gasca narra en su carta de 8-XI-1549 que de su [sic] prohibición de extraer indios del Cuzco para llevarlos al mineral de Potosí, se había apelado por los vecinos de esta ciudad, pero que entretanto el mandamiento se guardaba; y la carta real de 16-VII-1550 aprobó su procedimiento. Mendoza tampoco permitía la intervención de procesos judiciales en su



¹² Armando Suescún, *Derecho y sociedad en la historia de Colombia*, Tunja, Editorial Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tomo I: "El Derecho Chibcha", 1998, p. 221 y ss.

¹³ Woodrow Borah, *El Juzgado General de Indios en la Nueva España*, México, Fondo de Cultura Económica, reimpresión, 1996.

política. Sin embargo, en tiempos de Velasco, con una audiencia afanosa de extender su jurisdicción, las apelaciones empezaron a cobrar un efecto suspensivo, particularmente en lo relativo a los mandamientos virreinales de levantar las estancias de ganados cercanas a pueblos indígenas, e incluso respecto de las Ordenanzas dictadas sobre esa materia. Como Velasco y todo el partido de los religiosos atribuían una importancia fundamental para la defensa de la tierra indígena a esta lucha contra los perjuicios causados por los ganados españoles, se logró la Cédula de 5-VI-1552, que resolvió este conflicto entre la orden judicial y el gubernativo en favor del segundo: los agravios de una parte no debían impedir la ejecución de medidas de bien común. Las Ordenanzas de buen gobierno, los mandatos virreinales relativos a moderación de los ganados, cobro de perjuicios causados por ellos, retiro de las estancias, no se suspendían por la apelación. Permanecía plenamente en pie el derecho a reclamar en justicia contra la decisión de buen gobierno, sólo que se limitaba su efecto a lo meramente devolutivo, para no perjudicar a la ejecución inmediata de una orden relativa al bien común. De hecho, una serie de decisiones de Velasco, especialmente tocantes al problema de los ganados españoles en perjuicio de indios, fueron revisadas por la audiencia.

Pero incluso la interferencia de la Audiencia se extendió a la esfera de las gracias concedidas por el Virrey –es decir, a las encomiendas, mercedes de tierras y estancias, oficios, etc.– según una Carta Real del mismo año de 1552. Cuando una persona se sintiera agraviada por una provisión del Virrey (p.ej., al incorporar a la Corona una encomienda ya gozada en segunda vida), podía presentar suplicación a la Audiencia, y el tribunal debía dar cuenta al Virrey, para que éste conjuntamente con los Oidores, conociera de la causa. El Virrey tenía en el acuerdo solamente un voto, pues aquí no pedía consejo en cosas de gobierno, sino conocía en justicia con los Oidores. La decisión podía ser revocada, o confirmada por sobrecarta; pero, a diferencia de los mandamientos gubernativos a los cuales se refería la Cédula de 5-VI-1552 la decisión contra la cual se apelaba no se ejecutaba mientras no se fallaba el recurso, pues aquí no había un interés general comprometido. La misma carta hacía constar que este régimen era el mismo que se adoptaba en España, cuando una parte se agraviaba de la Reales Cédulas dictadas por la Cámara (siempre referentes a materias de gracia). En la península se apelaba ante el Consejo de Justicia, pero en Indias, a causa de la distancia, la disposición de 1552 radicó el conocimiento en la Audiencias¹⁴.



¹⁴ Mario Góngora, *El Estado en el Derecho Indiano*, Santiago de Chile, Instituto de Investigaciones Históricas Culturales, 1961, p. 287 y 288. De igual manera el profesor Gustavo Villapalos Salas, citado por Santofimio Gamboa, comenta que “si alguna nota tenían las audiencias de Indias yo diría que es precisamente esta: la

En segundo término encontramos las reglas que vinculaban a la administración colonial; el autor norteamericano John Leddy Phelan comenta cómo en la Audiencia de Quito los funcionarios públicos debían obedecer unas disposiciones bastante exigentes, les estaba vedado tener propiedades, tener negocios comerciales, casarse con americanas; se les prohibía el juego, lo lúdico. El nombrado autor refiere cómo el presidente de la Audiencia de Quito tuvo propiedades, negocios y una sala de juego en su casa, hechos que nos demuestran la existencia de límites y de normas que los consagraran, pero ineficaces en su mayor parte¹⁵.

Como último límite hay que referirse a las residencias y a las visitas, instituciones que juzgaban el desempeño de los funcionarios en su cargo. Las visitas eran formas de control que operaban así: en cualquier momento en que el monarca o algún tribunal tuviera sospecha o recibiera alguna denuncia en contra de cualquier funcionario de la Corona, se despachaba inmediatamente un visitador.

La elección de éste no era nada fácil. Se necesitaba que tuviera una adecuada formación jurídica, y en algunos casos, según Ismael Sánchez Bella y Alberto de la Hera, se le dotaba de facultades legislativas llegando incluso a redactar importantes ordenanzas¹⁶.

Había visitas generales para todo un virreinato o capitanía general, y visitas específicas para inspeccionar la gestión de un funcionario



importancia que se les atribuye en el aspecto de los recursos administrativos. Mientras que el monocentrismo político de la península hace llevar a los tribunales castellanos a una cierta relajación del control sobre la administración en la edad moderna, éste crece y se agiganta en el nuevo mundo. Muy posiblemente las razones haya que encontrarlas en la propia política tendiente [sic] a contrapesar y limitar los poderes de los gobernantes tan alejados de la península, mediante el eficaz sistema de constituirles en poderes jurídicamente limitados y fiscalizables por la vía y con las garantías del proceso [...] el trasplante a América del régimen de audiencias y la concesión a éstas de los mismos poderes de que disfrutaban las de Castilla, fue pieza clave en la articulación del sistema de garantías al que los particulares podían acudir cuando se sentían agraviados [...] por lo demás se establece que el conocimiento de las causas se haría conforme al orden procesal que se observaba en Castilla. El derecho castellano en esta materia tendría, pues el carácter de derecho aplicable directamente, dada la falta de preceptos procesales específicos para las Indias – excepción hecha de determinadas peculiaridades de la segunda suplicación–; finalmente, los oidores tendrían para resolver los recursos los mismos poderes de que disfrutaban los de Valladolid y Granada...”. *Tratado de Derecho Administrativo. Introducción a los conceptos de Administración Pública y Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 298.

¹⁵ John Leddy Phelan, *El reino de Quito en el siglo XVII*, Quito, Ediciones del Banco Central del Ecuador, 1995, p. 185 y ss.

¹⁶ Ismael Sánchez Bella y Alberto de la Hera, *Historia del derecho indiano*, Madrid, Editorial Colecciones Mapfre, 1992, p. 240.

determinado. La jurisdicción de un visitador abarcaba a todas las autoridades, altas y bajas, del territorio visitado; incluso los propios virreyes quedaban sometidos a la autoridad del visitador, pero sólo en actos realizados como presidente de la audiencia virreinal, pues de su actuación de gobierno habían de responder únicamente en su juicio de residencia. Todas las autoridades estaban obligadas a facilitar la función del visitador general y ninguna apelación cabía, con efectos suspensivos, contra sus resoluciones.

El tratadista José María Ots Capdequí, en su libro *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, dice que "el visitador podía suspender en el desempeño de sus oficios a los inculcados, informando luego al Consejo de Indias, al virrey o presidente, según la gravedad mayor o menor de los casos".¹⁷

Como anotan Sánchez Bella y De la Hera, la resolución de las apelaciones era muy blanda, llamando la atención que las sentencias dadas por el Consejo de Indias en las visitas generales, eran, en general benévolas. Solían imponerse multas, y con frecuencia, la suspensión temporal del cargo, con pérdida del sueldo. Consta que en los siglos XVI y XVII hubo treinta y cinco suspensiones de oidores y fiscales, ocho privaciones de oficio y dos traslados.

Según Pilar Arregui, citada por el maestro Escudero, a la Audiencia de México la visitaron seis veces durante los Austrias, y señala como irregularidades más frecuentes la dilación de las causas y la parcialidad de los jueces por parentesco o motivos económicos.¹⁸

En la Nueva Granada, comenta el profesor Mayorga García, en la época de los Habsburgo se presentaron seis visitas a la audiencia, que mostraron como anormalidades más comunes las siguientes:¹⁹

- Atropellos a los indios

Una de las principales obligaciones de la audiencia era la de cuidar y velar por el adoctrinamiento y buen trato de los indios, tanto en lo



¹⁷ José María Ots Capdequí, *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid, Aguilar, 1969, p. 189.

¹⁸ José Antonio Escudero, *Curso de historia del derecho*, Madrid, Gráficas Solana, 1995, p. 738.

¹⁹ Fernando Mayorga García, *La Real Audiencia de Santa Fe en los siglos XVI y XVII*, Bogotá, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, 1991, p. 343 y ss.

temporal como en lo espiritual. Esta obligación se encontraba regulada en numerosas disposiciones, y principalmente en la Recopilación de 1680.

- Abuso de poder

Éste podía ser de tres clases: el abuso de poder propiamente dicho, que contemplaba, por ejemplo, el caso de un oidor que detuvo a una persona por la única razón de que le tenía celos; también el de otro que había despojado de una gran cantidad de oro a los indios, bajo el argumento de que se trataba de figuras paganas que fomentaban la idolatría.

La segunda clase eran los malos tratos dados a particulares; se narra el caso de una persona que acudió a solicitar justicia ante un licenciado, y estando presente un oidor lo atemorizó diciéndole: "Yo os veo que habéis cometido grandes pecados contra Dios y por eso no os ha de sacar de pleitos en toda vuestra vida"²⁰. El afectado quedó muy turbado y su aflicción fue tan grande, que falleció al poco tiempo. El Consejo juzgó al oidor por culpa grave y lo condenó a un año de suspensión del oficio y de cualquier cargo de juez o gobernación.

La tercera clase de abuso era el enriquecimiento indebido en el que, como lo anota el autor, la Corona puso mucho énfasis en evitar que ocurriera entre los miembros de las audiencias, y sobre todo que los presidentes, fiscales y oidores, obtuvieran ingresos por algún concepto diferente al salario que se les pagaba, ya que se consideraba que éste era suficiente para atender de una manera digna tanto el *status* del funcionario como el de su familia.²¹

Aquí se incluía la realización de negocios, como la venta de cosas por un mayor valor que el real; recibir regalos de personas interesadas en agradar a los administradores; la concusión, el recibir préstamos que en la mayoría de las veces generaban una serie de compromisos y favores que se pagaban después con una administración de justicia parcializada, o con la tolerancia ante ciertas faltas; el no pago de las deudas y las rifas, en las que los ministros aumentaban sus ingresos, confiando seguramente que en caso de una visi-

²⁰ *Ibid.*, p. 360.

²¹ *Ibid.*, p. 372.

ta tal conducta no sería sancionada, por no tratarse del ejercicio del comercio ni la recepción de regalos; por último estaba el enriquecimiento sin causa, que incluía unas conductas que sin encajar en las anteriores generaban un aumento patrimonial que no provenía de una causa lícita.

- **Parcialidad de los magistrados**

En esta falta se incluían la amistad con personas influyentes, que comprendía el favorecimiento de las personalidades y de la gente pudiente de Santa Fe en los juicios; también el favorecimiento a los amigos, y a una parte en alguna de las causas, como cuando no se tenía cuidado al aprender a un reo, y por último proceder en las causas por odio, cuando se tenía animadversión contra una persona y se perjudicaba a algún pariente cercano de la misma.

- **Materias fiscales**

Dentro de este acápite tenemos los abusos contra el erario real, que comprendía el no ingreso de la mitad de las condenaciones que se recibían en el curso de las visitas a la Cámara y el disfrute personal del dinero proveniente de las condenas; de igual manera los pleitos fiscales, que eran cargos por no haber realizado juicios de esta naturaleza; se incluían el consentimiento de más tributos, la creación de más impuestos sin la licencia real, no enviar la relación de gastos al Consejo y no enviar a este mismo organismo la relación anual de salarios ni de entretenimientos y quitaciones que se pagaban a la caja real.

- **Extralimitación de funciones**

Los ministros de la audiencia tenían claramente delimitadas sus competencias, tanto en materia de justicia como en materia de administración, y se incluían dentro de esta causal: la intromisión en asuntos eclesiásticos, ya que los clérigos tenían un fuero, y por ende una jurisdicción especial; también la intervención en asuntos privados del cabildo, como en el nombramiento de alcaldes en caso de ausencia de los elegidos por el cabildo, y por último el conocimiento de una causa estando recusado.

- **Faltas contra la dignidad de la justicia**

Se buscaba que los funcionarios que administraran justicia, en su vida privada, como pública, no tuvieran mancha que las empañara, aquí se incluían el no guardar la debida compostura, que com-

prendía comparecer a los estrados con indecencia y asistir a misa con ropa de color; también los tratos deshonestos como el amancebamiento con mujeres casadas; y además no guardar el secreto de las causas, que consistía en revelar lo que ocurría en el acuerdo de la Audiencia. El tratadista Mayorga García dice que este deber es el secreto profesional²²; pero además opino que dentro de este mismo es necesario incluir la reserva sumarial, ya que es la máxima expresión del secreto de las causas como la no publicidad de los procesos.

- Otros cargos

Incluye el incumplimiento de horario, como desarrollo de las ordenanzas que mandaban que el despacho de los pleitos debía ser por tres horas, también se presentaba el cargo por mala administración, incluyendo el no ejecutar las comisiones otorgadas; 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.²³

Las visitas existieron desde que se inició el derecho colonial, pero se implantaron sistemáticamente desde el reinado de Felipe II²⁴ y su número, ordenadas por la dinastía de los Austrias, fue al menos de cuarenta y tres²⁵.

La residencia era una institución que, en opinión de Zorraquín Becú,

desarrollaba los procedimientos normales incoados contra los funcionarios para examinar, al término de su gestión, las irregularidades que podían haber cometido al concluir su desempeño las autoridades superiores (gobernadores, intendentes y virreyes), o cada cinco años si se trataba de magistrados permanentes (oidores), el Consejo de Indias designaba un juez residenciador encargado de juzgar la actuación de esos

²² *Ibid.*, p. 482

²³ *Ibid.*, p. 502

²⁴ J. Ots, *op. cit.*, p. 189.

²⁵ I. Sánchez y A. De la Hera, *op. cit.*, p. 240.

mandatarios y de los que habían estado subordinados a ellos, y muchas veces se nombraba como tal al reemplazante del funcionario indagado²⁶.

Constaba de dos partes, en la primera se investigaba de oficio la conducta del funcionario, y en la segunda se presentaban las demandas de los particulares. La prueba era esencialmente de naturaleza testimonial; para los oficios provistos por consulta del Consejo de Indias, los jueces de residencia eran designados por el presidente del Consejo y los provistos por virreyes, presidentes y gobernadores, por jueces comisionados por quien los proveyó. Los corregidores solían ser residenciados por sus sucesores en el cargo; el juicio de residencia tenía que realizarse en un corto tiempo de noventa o ciento veinte días. En el caso de residencia de los virreyes, no se fijaba un término limitado²⁷.

Debemos comentar que la parte pública era muy importante, como ejemplo tenemos el juicio de residencia que se le siguió a Hernán Cortés, en el cual 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.²⁸

En las residencias de oficios de provisión real, el rey nombraba los jueces de residencia, teniendo como segunda instancia al Consejo Supremo de Indias.

El punto más débil fue el de las residencias a 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 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.²⁹

Sin embargo no todo quedaba impune: como lo anota Ots, se exigía



²⁶ Ricardo Zorraquín Becú, *Historia del derecho Argentino*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1969, p. 147 y 148.

²⁷ I. Sánchez y A. De la Hera, *op.cit.*, p. 239.

²⁸ Hugh Thomas, *La conquista de México*, México, Editorial Patria, 5a reimpression, 1996, p. 699 y ss.

²⁹ I. Sánchez y A. De la Hera, *op.cit.*, p. 239.

un rigorismo en la celebración del juicio; así, en el caso del virrey Flórez de la Nueva Granada, el rey Carlos III se encontraba satisfecho por el celo que había demostrado este funcionario, pero no accedió a su petición de eximirle del juicio de residencia, por no sentar un precedente en ese sentido.³⁰

La responsabilidad por el juicio de residencia cesaba por la muerte de la persona investigada, pero según Juan de Solórzano y Pereira, en su obra *Política indiana*, en cita que hace Ots en su obra ya mencionada,³¹ no terminaba en los siguientes casos:

- a. 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;
- b. 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;
- c. Cuando moría el juez capitulado, residenciado o visitado después de que se había dado y pronunciado sentencia condenatoria en su contra;
- d. Cuando aunque no había condenación, estaban sustanciadas y concluidas para sentencias las causas, y liquidados y averiguados sus maleficios;
- e. Cuando se trataba de delitos de extrema gravedad, como los de herejía, traición al rey o a la patria y la sodomía;
- f. Cuando se trataba de delitos de cohecho o baratería;
- g. 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;
- h. 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
- i. Por el hecho de que algún virrey, oidor alcalde, fiscal u otro cual-

³⁰ J. Ots, *op. cit.*, p.192. El profesor Roca refiere que 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". Eduardo Roca Roca, *América en el ordenamiento jurídico de las cortes de Cádiz*, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, segunda edición, 1999, p. 63.

³¹ J. Ots, *op. cit.*, p.192.

quier 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.

Referente a las sanciones, Ots Capdequí en su libro *El Estado español en las Indias*³² menciona que la efectividad de las sanciones impuestas a las autoridades coloniales es palpable en varios documentos, en donde consta que se aplicaron amonestaciones y reprensiones públicas; multas en cuantía mayor o menor; suspensiones del empleo sin percibir sueldo, reintegros a la Real Hacienda de cantidades indebidamente percibidas, o satisfechas indebidamente.

Todo ese rigor punitivo se encaminó en defensa del fisco y en menor porcentaje en defensa de los súbditos.

El mencionado autor anota como conclusiones referentes a la efectividad de las sanciones, las siguientes:

- a. No se evitaron las extralimitaciones, pero no prevaleció la impunidad para los desmanes realizados.
- b. 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.
- c. No se estimó necesario que el desafuero denunciado encuadrara precisamente dentro de las figuras de delito conocidas: la simple negligencia y aun el mero error no disculpable, acarrearán más o menos proporcionadas con las infracciones cometidas.
- d. 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.³³

Se puede concluir que las visitas y los juicios de residencia resultaron más efectivos de lo que realmente se piensa, absolutamente todos los

³² José María Ots Capedquí, *El Estado español en las Indias*, México, Fondo de Cultura Económica, 8a reimpresión, 1993, p. 52.

³³ *Ibid.*, p. 53.

funcionarios eran investigados sin importar el rango. Como ejemplo tenemos a Cristóbal Colón, quien fue investigado por Francisco de Bobadilla, quien llegó a La Española con el cargo de pesquisidor, encargado de juzgar los desafueros cometidos por el almirante y sus hermanos. A éstos les encontró culpables de dar malos tratos a los indios, asesinarlos, incitarlos a la guerra y no evangelizarlos; en realidad los Colón se dedicaron al comercio de esclavos indígenas, los cuales eran enviados a España para su venta en Sevilla y Cádiz. La Española vivía en ese momento una situación de anarquía, debida a la incompetencia para gobernar de Colón. Bobadilla tenía órdenes amplias para restablecer el orden en la colonia y una de ellas ha sido muy criticada, llegándose a juzgar como desafuero haber encadenado a Colón, pero una de las órdenes reza: "Que el gobernador [Bobadilla] está facultado a mandar a España en calidad de detenido a cualquiera que considerase dañino para el buen gobierno de aquellas tierras."³⁴

Y Colón, aparentemente, era un gran marino pero de administración demostró muy poca competencia, siendo sancionado con las cadenas y con el reintegro de los indígenas que había llevado a España para ser vendidos.³⁵

Se ha llegado a comparar el juicio de residencia de la España colonial con el juicio político consagrado en la Constitución norteamericana, pero tiene 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 abre 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.³⁶



³⁴ Manuel López Flórez, *Colón no descubrió América*, Madrid, Editorial Uteha, 1962, p. 467.

³⁵ *Ibid.*, p. 468.

³⁶ Tomás Jofre, Prólogo a las *Causas instruidas en Buenos Aires durante los siglos XVII y XVIII*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1913, pp. 58-59.

Esta institución subsistió hasta el año de 1811, en el que el Estado Soberano de Cundinamarca expidió una Constitución de corte monárquico, que como lo enseña el tratadista Francisco de Paula Pérez, 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”.³⁷

Al respecto el doctor José María Esguerra Samper, citado por el mencionado autor, 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”.³⁸

Sin duda alguna este juicio es el antecesor de nuestros procesos disciplinarios actuales.

De igual forma encontramos como antecedentes de nuestro derecho administrativo en el derecho indiano, la suspensión provisional, figura que constituye uno de los rasgos más sobresalientes del *droit administratif*³⁹, el recurso del “se acata pero no se cumple”,⁴⁰ que



³⁷ Francisco de Paula Pérez, *Estudios constitucionales*, Bogotá, Editorial Centro, 1936, pp.11-12.

³⁸ *Ibid.*, p. 20.

³⁹ “La suspensión temporal del acto mientras el juez administrativo resuelve acerca de su validez o no, es una creación jurisprudencial del Consejo de Estado francés, cuya denominación, *Sursis a Execution* (aplazamiento a la ejecución) está indicando por sí solo que se trata de un arbitrio o instrumento jurisdiccional limitativo de la inmediatidad, es decir de la ejecutoriedad inmediata de la decisión (no de su validez), puesto que lo que se aplaza son los efectos prácticos o ejecutorios del acto mientras se evalúa su consistencia jurídica ...” Vélez García, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁰ “Sobre todo a partir de las Cortes de Burgos de 1379 y de las de Briviesca de 1387, se generaliza en Castilla la fórmula consistente en que disposiciones de gobierno contrarias a derecho deben obedecerse, pero no cumplirse. El obedecimiento implica acatamiento respetuoso a la voluntad del rey; el no cumplimiento era en realidad, como ha escrito García-Gallo, “una suspensión de la aplicación de la ley, hasta que

dejaba sin efecto temporalmente cédulas o leyes que eran devueltas a España para su análisis y estudio hasta que se determinara si debían aplicarse o no. En este sentido el profesor Tomás y Valiente escribe que “las condiciones eran favorables para el empleo por parte de las autoridades indianas de la fórmula “obedézcase, pero no se cumpla”. Con frecuencia, el lejano legislador dictaba normas inadecuadas a la realidad indiana, no bien conocida en Castilla. Por eso, desde los primeros tiempos, los oficiales del rey alegaron, en contra de muchas normas reales, el citado principio. Carlos V en 1528 procuró restringir su uso y sólo permitió que se obedeciesen y no cumpliesen sus leyes en dos casos: cuando de la aplicación inmediata se siguiera escándalo y cuando se produjera daño irreparable. Pero se continuó siempre interpretando tales supuestos de modo amplio y por consiguiente, haciendo frecuente uso de la fórmula castellana “obedézcase, pero no se cumpla”.⁴¹

Otro ejemplo lo constituyen las superintendencias, organismos que fueron introducidos al país en 1924 con la Misión Norteamericana que creó el Banco de la República⁴², y que tiene su antecedente en las superintendencias creadas con la reforma de la dinastía borbónica al trono español en el siglo XVIII, que no buscaba discontinuar las instituciones tradicionales de los Habsburgos sino transformarlas para que sirvieran a otras finalidades.



el monarca, informado del hecho, resolviese en definitiva”. Diversas leyes castellanas incluidas en la Nueva Recopilación de 1567 reconocían este principio.

La fórmula “obedézcase, pero no se cumpla” constituía, pues, un verdadero recurso por vicio intrínseco de ilegitimidad de las disposiciones contrarias a derecho. En virtud del no cumplimiento, se suspendía la aplicación del mandato de gobierno (una Real Cédula, una Real Provisión) incurso en contraluz y se suplicaba al rey su anulación. Nótese, sin embargo, que tales disposiciones no eran nulas de pleno derecho sino tan sólo anulables. Y añádase a esto que si el rey no quería anularlas y obligaba insistentemente a su cumplimiento, no cabía ya resistirse a su voluntad.

Por ello, la eficacia de este mecanismo contra el autoritarismo real y en defensa del derecho de Castilla fue escasa. No obstante, se extendió a las Indias desde los primeros tiempos, teniendo allí muy superior eficacia. Francisco Tomás y Valiente, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 291.

⁴¹ *Ibid.*, p. 339. Phelan comenta que “Los virreyes y las audiencias tenían autoridad discrecional en aquellas situaciones en las cuales los mandatos reales discreparan notablemente con las realidades locales o cuando su puesta en vigor pudiera crear una injusticia. Ellos podían suspender la ejecución de una ley, y lo hacían en una pintoresca ceremonia: el presidente besaba la real cédula e invocaba la fórmula “obedézcase pero no cumpla”. Una vez aplicada la fórmula, la audiencia debía presentar al Consejo de Indias propuestas concretas en virtud de las cuales se pudiera mejorar o modificar la legislación suspendida.” John Leddy Phelan, *El pueblo y el rey. La Revolución Comunera en Colombia 1781*, Bogotá, Carlos Valencia Editores, 1980, p. 132.

⁴² Jaime Vidal Perdomo, *Derecho administrativo*, Bogotá, Editorial Temis, 1997, p. 59.

Según Phelan, “El propósito fundamental de esta reforma era restringir la autoridad del virrey a cuestiones puramente políticas y militares, y despojarlo de toda autoridad sobre la maquinaria fiscal. La real hacienda habría de convertirse en un departamento completamente autónomo, dirigido por un *superintendente delegado*. El superintendente vigilaría a un funcionario provincial de nueva data, el *gobernador intendente*. Como éste habría de ejecutar las funciones políticas, judiciales y militares de los antiguos corregidores, y tendría también jurisdicción financiera sobre la hacienda, era menester el reclutamiento y la formación de personas mejor calificadas para el cargo. Su responsabilidad principal era promover el desarrollo económico y darle mayor eficiencia a la administración fiscal”.⁴³

En el mismo sentido encontramos que por influencia francesa, en el ámbito territorial, se abandona el modelo de gobierno por medio del cual los pobladores de las villas y municipios elegían a los dirigentes locales, cabildos, y tenían el derecho legal para protestar por el comportamiento de ellos⁴⁴. Esta institución se cambia por “una línea de agentes monocráticos o individuales (alcalde, prefecto, subprefecto) ligados precisamente por el vínculo de jerarquía, desplazando lateralmente las corporaciones colegiales a un simple papel de deliberación y de consejo”.⁴⁵

Por último tenemos el Consejo de Estado, figura que no fue introducida por Bolívar en 1817 sino que se instauró por la dinastía de los Austrias en el siglo XVI, y llegó a ser el organismo asesor más importante del rey.⁴⁶



⁴³ John Leddy Phelan, *op. cit.*, pp. 21-22.

⁴⁴ Margarita Garrido, *Reclamos y representaciones. Variaciones sobre la política en el Nuevo Reino de Granada (1770-1815)*, Bogotá, Banco de la República, 1993, p. 115.

⁴⁵ Eduardo García de Enterría, *La administración española*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964, p. 123. Véase también a Sandra Morrelli Rico, *La Revolución Francesa y la administración territorial en Colombia. Perspectivas comperadas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991.

⁴⁶ “[El Consejo] presidido por el rey, con el que mantenía particulares lazos de unión, podía entender en cualquier negocio en uno y otro territorio. Bastaba que surgiera cualquier materia de Estado, con toda la amplitud con que se manejaba ese concepto, para que entrase en juego. Pero cuanto servía para encumbrarlo podía tomarse en contra suya. Al no tener planta u organización fija, ni un cuadro más o menos preciso de facultades, y depender sólo de la voluntad del rey —lo mismo para convocarlo que para enviarle materias a tratar—, podía convertirse en un órgano totalmente ineficaz, sin alterar sensiblemente los cauces institucionales de la Monarquía. Era un organismo que estaba ahí por pura voluntad del rey, como pudiera suceder con un valido. Los consejeros no eran oficiales del rey, sino sus ministros; diríase que los ministros por antonomasia de la Monarquía, en cuyo celo y eficacia confiaba el monarca. Si no se cumplían las expectativas, no cabía introducir profundas reformas en el Consejo —que, repetimos, no tenía una estructuración a base de normas— sino sólo confiar en que los consejeros cumplieren, en base al celo y

Hemos visto que el origen de nuestro derecho administrativo responde primero a una influencia del derecho indiano, y luego a partir de las primeras constituciones a concepciones francesas, circunstancia que crea una necesidad de estudiar nuestro pasado para poder entender mejor nuestra realidad. Hay que dejar de lado las teorías que atribuyen el nacimiento de nuestro derecho administrativo al derecho francés, pues lo único que ocasionan es que se copien instituciones que son completamente ajenas a nuestro modo de ser y a nuestra historia.

A modo de conclusión podemos decir que nuestra administración pública es una organización con varios siglos de existencia, que tiene sus antecedentes en el derecho chibcha, la cual durante el dominio español fue controlada por unas normas y por unas instituciones específicas; ésta no tuvo una jurisdicción especial que la controlara, la cual sólo viene a aparecer hasta 1914 cuando se recepciona el modelo francés con la creación de la jurisdicción contencioso administrativa.