

**ESTADO INDIANO
ESTADO RESPONSABLE**

DAVID ERNESTO LLINÁS ALFARO

PRESENTACIÓN
BERND MARQUARDT



DAVID ERNESTO LLINÁS ALFARO

**ESTADO INDIANO,
ESTADO RESPONSABLE**

PRESENTACIÓN:

BERND MARQUARDT



Llinás Alfaro, David Ernesto

Estado indiano, estado responsable / David Ernesto Llinás
Alfaro. -- Bogotá : Grupo Editorial Ibáñez, 2013.

204 p. ; 23 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN 978-958-749-314-6

1. Responsabilidad del estado 2. Derecho administrativo }
3. Apelación I. Tít.

352.885 cd 21 ed.

A1430447

CEP-Banco de la República. Biblioteca Luis Ángel Arango

© DAVID ERNESTO LLINÁS ALFARO

© GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ

Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur

Teléfonos: 2300731 - 2386035

Librería: Calle 12 B N° 7-12 L. 1

Tels.: 2835194 - 2847524

Bogotá, D.C. - Colombia

<http://webmail.grupoeditorialibanez.com>

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

ISBN 978-958-749-314-6

Diagramación electrónica: Alejandra Ibáñez N.

® 2013

El autor evita, en este punto, caer en el riesgo de incurrir en anacronismos, porque metodológicamente plantea la siguiente estrategia: aduce que el principio de arbitrariedad que se endilga al Antiguo Régimen no era aplicable al contexto americano, y que, si bien no se puede hacer referencia a un Estado de Derecho en esa época, existían claros mecanismos de control político, a modo de un bipolarismo institucionalizado entre el virrey y las Audiencias. Es en este contexto que expone su punto de vista acerca de la responsabilidad.

Un claro ejemplo de este método de control, en el que se involucraban tanto las altas autoridades peninsulares como los más variados súbditos de la Corona, es el relativo a los juicios de residencia.

Así, el libro consta, en síntesis, de las siguientes partes:

- En primer lugar, se presenta un paisaje doctrinal acerca de las posturas más relevantes en torno al tema de la responsabilidad del Estado. El autor no aborda el tema de forma exclusiva desde la disciplina del derecho administrativo, sino también desde el derecho constitucional.
- En segundo lugar, explica cómo el Estado Indiano se enmarca en las lógicas del *Estado de la Paz Interna*, y expone cómo la conformación humanista de la legislación de indias obedece también a un ánimo del monarca de evitar la excesiva segmentación de las provincias en el Nuevo Mundo. Es decir, que los procedimientos y las técnicas jurídicas destinadas al control de las autoridades también existían para evitar excesivas autonomías de los poderes locales.
- En tercer lugar, desarrolla algunos de los mecanismos jurídicos instituidos en el Derecho Indiano, tendientes a controlar a las autoridades, y a exigir de ellas responder por agravios causados a las personas.

Se considera, pues, que este documento constituye un buen aporte bibliográfico a la historia del derecho público en países como Colombia, pues parte del análisis de importantes fuentes primarias para un adecuado estudio histórico del tema.

BERND MARQUARDT

Junio de 2013

I INTRODUCCIÓN

El 2 de mayo de 1962, el maestro Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA dictó una conferencia en la Universidad de Barcelona en el marco del curso *El poder y el Derecho*, que luego es publicada, el mismo año, en la Revista de Administración Pública en España. Los argumentos de la conferencia, que aparecen publicados bajo el sugestivo título de *la lucha contra las inmunidades del poder*, se desenvuelven para confirmar, entre otras, la siguiente tesis:

“La idea de someter el Poder sistemáticamente a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento es una idea que surge del Estado montado por la Revolución francesa”¹.

En Francia, como se ve más adelante, la idea del control judicial de la actividad administrativa fue proscrita del ordenamiento jurídico, al menos en los años inmediatos a la Revolución. La técnica desarrollada por los jacobinos, e implementada por Napoleón, para garantizar la sujeción de la Administración Pública a la Ley, fue la del autocontrol. Los ámbitos de actividad de esa Administración fueron, poco a poco, cayendo en el control de los órganos judiciales. Para el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, la historia de la superación de cada una de las inmunidades del poder, esto es, de aquellos ámbitos de acción del Estado que estaban sustraídos del control jurisdiccional, es la historia misma del Derecho Administrativo. De esa afirmación se colige que la historia del derecho administrativo es una historia eminentemente jurisdiccional².

El objeto de esta pequeña obra, es demostrar que la tesis del venerable profesor es acertada, pero a la vez, susceptible de

¹ En: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Madrid. Civitas. 1983. p. 13.

² Ibid., p. 22.

complementación. Yace acá una simple paradoja: es cierto que la idea de hacer de la autoridad pública un sujeto de control por parte del *ciudadano* surge de los Estados emanados de las revoluciones ilustradas. Pero no es cierto que, en abstracto, la idea del control al poder nazca, *ex nihilo*, de las revoluciones dieron lugar a los poderosos Estados al norte del mundo occidental.

Debe tenerse en cuenta que el concepto de ciudadanía, como se comprende ahora, es afín solamente al Estado del constitucionalismo moderno³; en cambio, hay otros adjetivos para referirse a los destinatarios del poder político en otros momentos de la historia de la humanidad. El asunto problemático se encuentra, en este sentido, en la calificación que recibe quien es el destinatario del poder, de las órdenes, de los privilegios, de los abusos.

La Corona española en América (la Corona de Castilla, para ser exactos) tuvo con sus súbditos —no ciudadanos— una relación que, a riesgo de caer en generalización y anacronismo, puede denominarse *proteccionista*. No existía división estructural de poderes; pero sí división de funciones. Jamás se proclamó una lista enunciando los derechos naturales del hombre, pero sí existía un reconocimiento jurídico positivo de los mismos (con una carga semántica afín a la época). El principio monárquico, por su lado, no suponía entonces el principio de arbitrariedad, y la muestra más clara de ello es la exclamación de *viva el Rey, abajo el mal gobierno*.

Es por esta razón que una cuestión interesante dentro de los contenidos del derecho público es la pregunta sobre los orígenes del precepto de la responsabilidad del Estado. El interés radica en el hecho de que gran parte de la doctrina ha adoptado una única respuesta como la resolución de tal pregunta. Se tiene una idea tan extendida al respecto que prácticamente se ha tornado en un dogma entre muchos juristas, cuyas obras son catalogadas en este acápite como obras *clásicas*: Francia tiene el honor, según dicho dogma, de tener dentro de sus instituciones el origen de la responsabilidad estatal. No se han presentado mayores debates sobre la verdad histórica de dicha afirmación, y se ha localizado en los tópicos del derecho administrativo el desarrollo de esta institución en particular, sin considerar que la responsabilidad del Estado es un tema que atañe también al derecho constitucional. Esta situación puede explicarse así:

³ Ver a: ÁLVAREZ ALONSO, Clara. *Lecciones de historia del constitucionalismo*. Madrid. Marcial Pons. 1999. p. 166.

1. En primer lugar, los extensos tratados, artículos y documentos relativos al derecho constitucional, y también al derecho administrativo, han partido de unos bloqueadores conceptuales que han impedido el desarrollo de investigaciones más serias sobre institutos como la responsabilidad del Estado⁴.
2. En segundo lugar, la concurrencia de dichos bloqueadores conllevan a la consideración de que el sistema de responsabilidad consagrado en Francia es el origen mediato del de otros países, y por ello se olvida, o no se estudia adecuadamente, la posibilidad de que en cada uno de estos países existan instituciones que no provengan del derecho constitucional o administrativo galo, sino que sean mixturas o síntesis de varias tradiciones jurídicas.

Como se podrá leer en las siguientes páginas, el principal bloqueador conceptual es la consideración, casi universal, de que son Francia, Estados Unidos e Inglaterra los países que dieron origen a conceptos como el control de constitucionalidad o, en general, el control del poder político. Por mencionar un ejemplo, un autor de la talla de Horst DIPPEL, experto en derecho constitucional comparado y en historia del derecho constitucional, en artículos como “*la constitucionalización de la soberanía popular. Los ejemplos de Inglaterra, Estados Unidos y Francia*”, “*la Relevancia de las Constituciones de los Estados Norteamericanos en el surgimiento del constitucionalismo moderno*”, y “*los orígenes del radicalismo burgués. De la constitución de Pensilvania de 1776 a la constitución Jacobina de 1793*”⁵, cae en este ciclo de exaltación de las tradiciones jurídico-políticas de tales países, que se han constituido en auténticos referentes ineludibles en el derecho comparado. Son países de moda, y el uso exclusivo de estas tradiciones en las investigaciones sobre historia del derecho constitucional es una deficiencia metodológica⁶.

⁴ Para sustentar esta afirmación sólo basta a remitirse a los índices de los libros sobre derecho administrativo, derecho constitucional y responsabilidad del Estado que se citarán a lo largo de este capítulo.

⁵ Todos los textos compilados en: *Constitucionalismo moderno*. Madrid. Marcial Pons. 2009.

⁶ MARQUARDT, Bernd. “Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010), Historia Constitucional Comparada” en: *Serie Investigaciones Jurídico-Políticas de la Universidad Nacional de Colombia, Tomo 5*. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. 2011. pp. 11 a 13.

En el plano del derecho administrativo, la tendencia de los autores clásicos es afirmar que con la eclosión del constitucionalismo en Estados Unidos y con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en la Francia revolucionaria, se da el germen del moderno derecho administrativo⁷.

Por otro lado, la forma en que los autores clásicos postulan la evolución del derecho público es ideal, pero no necesariamente histórica. Es decir, existe una marcada tendencia a narrar una historia de las ideas, sin ponerla en contexto con las correspondientes circunstancias sociales, culturales y económicas⁸. Así, en buena parte de los textos académicos hay una lectura cronológica de esta evolución en dos pasos: primero, la formación del concepto de Estado de Derecho—que supone la exposición de temas como el imperio de la ley y la soberanía popular—; y segundo, la introducción de las técnicas de control al poder político—como el control de constitucionalidad y control de legalidad por la vía jurisdiccional, por ejemplo—. De igual manera, la evolución e historia de los derechos de las personas es paralela e inmanente a estos dos pasos, y atraviesa también, en su narrativa tradicional, su estructuración y desarrollo en los países de moda.

En el derecho administrativo cobra importancia, dentro del relato de su evolución ideal, la formación de los principios que lo distinguen de las otras ramas del derecho, así como la estructuración del principio de la responsabilidad estatal en el marco, precisamente, del Estado de Derecho. Así, dentro de la mitología enseñada en las cátedras universitarias, no se encuentra lógico ni probable que exista un principio de responsabilidad del Estado que sea previo a la teorización del Estado de Derecho o del Estado Constitucional decimonónico de corte liberal.

Como se verá en el transcurso de este documento, las técnicas de gobierno y administración del constitucionalismo moderno no necesariamente tienen que leerse dentro de esa particular

⁷ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General*. Buenos Aires. Fundación de Derecho Administrativo. 2009. p. II 4.

⁸ Con un punto de vista similar, relacionado con la historia del derecho constitucional, véase a VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín. "Algunas reflexiones metodológicas sobre la historia constitucional" en: UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 21. pp. 412 a 415, publicación electrónica de la Universidad Nacional de Educación a Distancia—UNED— (España). <http://e-spacio.uned.es/fez/view.php?id=bibliuned:TeoriaYRealidadConstitucional2008-21-4015> (27-05-13).

línea evolutiva. En consecuencia, antes de las legendarias fechas fundacionales del derecho constitucional o administrativo francés, los dominios castellanos en el Nuevo Mundo ya tenían prácticas jurídico-políticas que suponían un control efectivo al poder, y que en todas ellas subyacía un principio de responsabilidad estatal, de la Corona hacia sus súbditos, que no sólo encontraba asidero en las limitaciones de los monarcas por el derecho natural, sino también en la concepción, fundada en la neoescolástica salmantina, según la cual el poder del rey tenía origen en un pueblo que podía revocarle su mandato si incurría en tiranía, y que se legitimaba a través de Dios, como fuente primigenia de toda autoridad. Se trató de una concepción preilustrada de lo que ahora se tiende a considerar como un producto específico de las revoluciones del largo Siglo XIX.

Finalmente, es necesario resaltar lo siguiente: en las fuentes documentales no se encuentran, por ningún lado, expresiones como *responsabilidad del Estado*, *derecho administrativo*, o *derecho constitucional*. Pero eso no significa de forma necesaria, que tales fenómenos jurídicos no hubiesen existido. No se desea, tampoco, que quede la impresión de que este libro defiende con asiduidad la *leyenda blanca o dorada* del Derecho Indiano. Desde este punto de vista, se aprovecha la oportunidad para advertir que, históricamente, además de la eficacia no muchas veces real del derecho emanado desde la Península Ibérica, el contenido en la legislación de indias también discriminaba aristotélicamente a las personas: los indígenas tenían un estatuto jurídico diferente y mucho más *garantista*—si se permite la expresión— que el que tenían los negros y los mestizos.

II LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA DOCTRINA CLÁSICA

1. LOS PROBLEMAS METODOLÓGICOS

1.1. EL PRIMER BLOQUEADOR CONCEPTUAL: LOS PAÍSES DE MODA

En su análisis sobre los defectos cualitativos que poseen la mayoría de los textos sobre historia constitucional tanto en América Latina como en Europa, el profesor Bernd MARQUARDT habla de un bloqueador conceptual que ha contribuido a que la realización de los estudios sobre derecho constitucional comparado se centren en Inglaterra, Estados Unidos y Francia, que realmente se han constituido en los tres “*países de moda*” en todo cuanto toque al constitucionalismo moderno.

Este bloqueador ha impedido ver las tradiciones constitucionales y políticas de 191 de los 194 Estados actuales en el mundo, y se han subvalorado o menospreciado académicamente a países como los latinoamericanos, que en la segunda mitad del Siglo XIX fueron mucho más garantistas y más idealistas que dichos tres Estados de moda¹. En el derecho administrativo ha pasado algo similar: la tendencia es valorar la contribución a esta disciplina a nivel internacional por parte de la jurisprudencia francesa y de los juristas alemanes, pero al mismo tiempo se desconoce el gran papel que tuvo en la conformación del derecho administrativo, así como del constitucional, la denominada Legislación de Indias. Es más, debido a la concepción del derecho administrativo como derivación de una ideología de estirpe liberal, hay quienes consideran que la tradición política inglesa también influyó en su conformación.

¹ MARQUARDT, Bernd. “Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010), Historia Constitucional Comparada” en: *Serie Investigaciones Jurídico-Políticas de la Universidad Nacional de Colombia, Tomo 5*. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. 2011. pp. 11 y ss.

En este sentido, llama la atención la explicación del profesor Massimo SEVERO GIANNINI sobre cómo las revoluciones ilustradas barrieron los tipos estructurales (las normas jurídicas que versaban sobre la administración del Estado) del absolutismo puro y del absolutismo ilustrado, e introdujeron un nuevo tipo estructural de normatividad, que de pronto se llamó derecho administrativo, producto de una síntesis idealista de teorías proyectadas en diversas partes de Europa. Señala GIANNINI que este derecho administrativo asumió del modelo inglés, el principio de separación de poderes, la no arbitrariedad del poder público y el principio de primacía de la función normativa, todo lo cual deriva en el principio de legalidad de la administración².

1.1.1. *EL RAZONAMIENTO BLOQUEADOR: LOS PRINCIPIOS ESPECIALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, QUE LO DISTINGUEN DE LOS OTROS ÁMBITOS DEL DERECHO*

Citando a varios autores como Otto MAYER, Adolf MERKL y a José LUIS VILLAR PALASÍ, José Eugenio SORIANO GARCÍA supone que las características del Derecho Público en el antiguo régimen son contrastables con los principios surgidos de la Revolución Francesa, y afirma que el principio de arbitrariedad, es decir, la ausencia absoluta de límites jurídicos concretos respecto del poder del Estado, tuvo plena vigencia en el antiguo régimen, pues “*el príncipe era legitus solutus y las limitaciones al poder regio eran de otra índole*”³.

Explica así que la administración de la antigua monarquía era esencialmente discrecional, dado que no estaba contenida por ninguna regla jurídica. No existía entonces derecho administrativo porque (i) no existía ningún límite preciso para los poderes de los agentes del rey; (ii) no había procedimientos obligatorios para el ejercicio de sus funciones y, lo que es más importante; (iii) no había libertades ni derechos que los súbditos hubiesen podido hacer valer frente

² Ver: GIANNINI, Massimo Severo. *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. 1980. pp. 47 y 48.

³ SORIANO GARCÍA, José Eugenio. *Los fundamentos históricos del Derecho Administrativo en Francia y Alemania*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1994. p. 14.

a los dictámenes del rey soberano⁴. También, afirma con MERKL que “[e]l súbdito no puede apelar jurídicamente contra un órgano administrativo para el cumplimiento de las normas administrativas, no tiene acción jurídica alguna”⁵.

Este régimen de irresponsabilidad, propio del antiguo régimen, no habría de cambiar —continúa afirmando SORIANO GARCÍA— con la introducción del derecho administrativo, al menos no en la etapa inicial del mismo, pues éste surge en Francia como el modo de regulación de un Estado que precisaba de extrema fortaleza para reproducir su existencia, y no estaba pensando en mecanismos de autocontrol, ya que de esto dependía la subsistencia de los principios burgueses e ilustrados de 1789. De hecho, el nuevo régimen impuesto después de la Revolución Francesa, lo que hizo fue substituir y superar en sus derechos el lugar que ocupaba el príncipe, y ello se manifestó en la necesidad de acrecentar el poder del ejecutivo más allá de lo que la aplicación estática del principio de separación de poderes lo habría de permitir, inmunizándolo frente a los tribunales de justicia, con el claro objetivo de hacer de éste una poderosa máquina que tendría el deber de mantener viva la revolución; se trataba de la administración⁶.

El maestro Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA lo afirma de la siguiente manera:

“Paradójicamente, la misma Revolución Francesa, movida por ese ideario y dispuesta a su realización histórica, va a ser la que alumbre la poderosa Administración contemporánea y, consecuentemente a ella, el Derecho Administrativo. (...) En síntesis, el proceso puede explicarse en estos términos: los revolucionarios, en el momento de plasmar el Estado nuevo, siguen una interpretación claramente disidente de la ortodoxia doctrinal que representaban; esta interpretación, junto con las circunstancias históricas de la Revolución y de los tiempos posteriores, permitieron y determinaron el fortalecimiento de una Administración como no había conocido siquiera el Antiguo Régimen; pero los dogmas jurídico-políticos

⁴ *Ibíd.* SORIANO cita a acá el prólogo que escribiera M. BARTHÉLEMY a la obra de Otto MAYER. *Derecho Administrativo Alemán*, Vol. 1. Buenos Aires. Depalma. 1982. p. 48. Es necesario aclarar que el autor de este libro no ha accedido directamente a dicho libro de Otto MAYER.

⁵ *Ibíd.* p. 16.

⁶ *Ibíd.*, p. 36. Ver: también a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otro. *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*. Madrid. Civitas. 2006. p. 360.

*de la Revolución obraron ahora, ya que no para impedir este hecho, para someterlo a una cierta disciplina, y esta disciplina fue justamente el Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo, en conclusión, se nos aparece como el precio de una disidencia, como un arbitrio que de su doctrina efectuaron los mismos poderes revolucionarios. Es, en este sentido, un subproducto más que un producto directamente procurado (...)*⁷.

En el ya mítico libro *La lengua de los derechos, la formulación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, el mismo maestro aduce que con la Revolución, se tuvo la ingenua idea de que la vieja administración del Antiguo Régimen debía desaparecer para dar lugar a un mecanismo de autocomposición de la solución de los requerimientos de la comunidad, es decir, que los ciudadanos, por sí mismos, o mediante asociaciones libres, atendiesen sus necesidades. ¡Pero fue todo lo contrario! El aparato administrativo se fortaleció, de modo que su posición fue más fuerte que “*la que caracterizó a la Administración del Príncipe absoluto*”⁸.

Y si la genética del derecho administrativo es fundacionalmente francesa y revolucionaria, lo lógico es pensar que la responsabilidad del Estado también prorrumpen allí. Es más, que ambas cosas son las dos caras de una misma moneda⁹: el derecho administrativo ideal supone *per se* la responsabilidad del poder público.

Así pues, en lo que respecta al derecho administrativo, hay dos tendencias conceptuales que giran alrededor del legendario año de 1789: la primera aduce que el derecho administrativo empieza a configurarse en la época revolucionaria, pero que sólo adquiere un estatus epistemológico autónomo a partir de 1873. Desde un punto de vista histórico, lo que nace en 1789 es la administración pública —que no es igual al derecho administrativo¹⁰—, una organización del Estado en función de la guerra y del orden interno, acoplada a las necesidades del mundo revolucionario, cuya técnica de

⁷ Ver a: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Madrid. Civitas. 2005. p. 41.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos. La formulación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid. Alianza Editorial. 1995. pp. 181 y 182.

⁹ Ver: ARTOLA, Miguel. *Constitucionalismo en la historia*. Barcelona. Crítica. 2005. p. 246.

¹⁰ Ver, sobre este punto, todo el primer capítulo de la primera parte de GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho administrativo*. Madrid. Ministerio Para las Administraciones Públicas. 1991.

gobierno es principalmente la seguridad y, además, que habría encontrado la forma de suspender las disposiciones constitucionales en caso de necesidad. Por eso, como afirma Giorgio AGAMBEN, el estado de excepción moderno surge con la tradición democrático-revolucionaria, y no con la tradición absolutista¹¹.

Así, el concepto de descentralización se adopta como una reacción en contra de la centralización llevada a cabo en la última fase del *Ancien Regime*, y como mecanismo para evitar que el rey recuperara los poderes por medio de la fuerza. Los municipios serían el nivel básico de la administración, y todo el reino se dividió en torno a departamentos, éstos en distritos, y éstos en cantones. Los municipios y los departamentos tendrían autoridades colegiadas, cuyos miembros habrían de elegirse sin apego a las distinciones estamentales. Este interesante (pero fracasado) sistema de autonomías sería, en poco tiempo, utilizado por NAPOLEÓN para implementar un modelo extremadamente centralista de administración territorial, que luego habría de heredar la restauración borbónica, a través de la figura de los prefectos¹².

La otra tendencia conceptual es considerar que tanto administración pública como derecho administrativo nacen con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, documento que ha permitido vislumbrar en la época revolucionaria la implantación del principio de responsabilidad del Estado, particularmente por la redacción de su artículo 17, que consagra la inviolabilidad del derecho de propiedad y el deber de su respeto por parte de todos, salvo en casos de necesidad pública legalmente constatada, siempre que medie una justa y previa indemnización¹³.

¹¹ Ver a: AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Excepción, Homo Sacer II, 1*. Buenos Aires. Adriana Hidalgo Editora. 2010. p. 29.

¹² Decretos del 14 y 22 de diciembre de 1789, citados por: VANDELLI, Luciano. *El poder local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de la (SIC) regiones*. Madrid. Ministerio Para las Administraciones Públicas. 1992. pp. 28 a 33; ver también: pp. 50 a 54. Sobre todo este proceso de construcción del régimen territorial después de la Revolución, se sugiere la lectura de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Op. Cit.

¹³ Por mencionar un ejemplo, el autor William René PARRA GUTIÉRREZ transcribe los artículos 2, 3, 16 y 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y menciona que de dichos principios, que son piezas importantes dentro del Estado Liberal Clásico, “*surge formalmente la implantación de la responsabilidad patrimonial del Estado, pues predica y eleva a la categoría de derechos naturales,*

José María BOQUERA OLIVER, siguiendo este hilo argumental, habla de la *configuración constitucional del poder administrativo*, al recapitular la historia de la formación del ejecutivo en la Francia revolucionaria y del mecanismo de *autojuzgamiento* de los actos proferidos en contra de la legislación, esto es, del sometimiento del ejecutivo al imperio de la Ley sin la mediación de jurisdicción alguna, a través de la articulación de las leyes administrativas con los criterios de la ilustración política, expuestos por MONTESQUIEU, y que encuentran asidero en la Declaración¹⁴.

El autor Jairo RAMOS ACEVEDO menciona algo similar al afirmar que la fuente formal de la responsabilidad extracontractual del Estado en Francia siempre fue el artículo 17 de la Declaración, de forma que del reconocimiento de la responsabilidad en casos de expropiación pudo fácilmente pasarse “*gradualmente a otras hipótesis hasta llegar a admitir la responsabilidad del Estado siempre que se ocasionaran perjuicios a los derechos de los individuos*”¹⁵.

Ahora bien, el ya clásico tratado del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA menciona que si bien dicho artículo es fundacional en el tema de la responsabilidad, éste sólo se refiere a los daños expropiatorios sobre el derecho de propiedad, pero que durante buena parte del Siglo XIX ni éste ni algún otro principio en ningún otro texto se refiere a los daños no expropiatorios cometidos por el Estado sobre particulares, de forma que éstos siguen siendo un “*reducto exento de la soberanía del Estado*”¹⁶.

Si se tiene en cuenta que la efectividad socio-jurídica de la Declaración y de las primeras constituciones revolucionarias –particularmente la de 1793– se vio anquilosada por los regímenes de ROBESPIERRE primero, y de Napoleón BONAPARTE y la restauración

la libertad, la seguridad, la propiedad privada, factores cuya violación generan necesariamente la restauración patrimonial del Estado”. Igual cosa hace Diego YOUNES MORENO, cuando afirma que con el artículo 17 de la Declaración “*se pasa en esta forma al periodo de aceptación de la Responsabilidad del Estado*”. Ver a: PARRA GUTIÉRREZ, William René. *Responsabilidad patrimonial Estatal - Daño antijurídico*. Bogotá. Grupo editorial Pretextos. 2003. pp. 19 y 20 y YOUNES MORENO, Diego. *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá. Temis. 2007. p. 285.

¹⁴ BOQUERA OLIVER, José María. *Derecho Administrativo volumen I*. Madrid. Instituto de Estudios de Administración Local. 1985. pp. 31 y ss.

¹⁵ RAMOS ACEVEDO, Jairo. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Cali. Ediciones Universidad Libre. 1994. p. 9.

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otro. Op. Cit., p. 360.

borbónica después, es fácil especular que si hubo casos de indemnización por expropiación de la propiedad privada, éstos habrán sido realmente pocos¹⁷. A ello debe aunarse el hecho de que el artículo 69, del Título VI, de la Carta de 1799 generalizó la irresponsabilidad de los funcionarios públicos: “*las funciones de los miembros del senado, o del cuerpo legislativo, o del tribunado, las de los cónsules y las de los consejeros de estado, no dará lugar a responsabilidad alguna*”¹⁸.

En este sentido, el antiguo profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, y antiguo Magistrado del Consejo de Estado colombiano, Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, admite que la filosofía política de la revolución, que rodea en última instancia al concepto de Estado de Derecho, es la fuente primigenia del derecho administrativo. Por tanto, se trataría de una creación moderna, relativamente reciente, con no más de dos siglos de antigüedad:

“*[E]n este orden de ideas, puede afirmarse que el derecho administrativo, como una rama especializada del derecho, es una concepción y creación del derecho francés, originado en la Revolución Francesa de 1789 y producto de una evolución progresiva que fue consolidando dicha concepción*”¹⁹.

No obstante esta cita, lo cierto es que el profesor RODRÍGUEZ afirma, con mucha razón, que en la misma Francia revolucionaria se prohibió a los jueces (a través de la ley No. 16 del 24 de agosto de 1790²⁰), so pena de prevaricato, inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, o tener injerencia

¹⁷ MARQUARDT, Bernd. Op. Cit., pp. 11 y 12.

¹⁸ Traducción libre. Facsímil de la Constitución de 1799 en su lengua original en: DIPPEL, Horst (Ed.). *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century Online*, en: http://www.modern-constitutions.de/nbu.php?page_id=02a1b5a86ff139471c0b1c57f23ac196&viewmode=pages&show_doc=FR-00-1799-12-13-fr&position=0, (Página Web visitada el 21-04-13). Esta norma también es citada por ARTOLA, Miguel. Op. Cit., pp. 246 y 247. Algo parecido se encuentra en la Constitución española de Cádiz de 1812, que reza en su artículo 168: “*La persona del Rey es sagrada e inviolable, y no está sujeta a responsabilidad*” en: MARQUARDT, Bernd (Ed.). *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Edición auténtica y comentada*. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez. 2011. p. 49.

¹⁹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. “La explicación histórica del Derecho Administrativo” en: *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz, Tomo I, Derecho Administrativo*. México. UNAM. 2005. p. 296.

²⁰ Ver a: CASSESE, Sabino. *Las Bases del Derecho Administrativo*. Madrid. Ministerio Para las Administraciones Públicas. 1994. p. 54.

en las funciones administrativas, o citar ante ellos a los funcionarios de la administración por razón de sus funciones²¹. Se trató entonces, en palabras del maestro GARCÍA DE ENTERRÍA, de la exención judicial de la administración²².

Es más, el Código Penal de 1791 dio tal relevancia a este *principio*, que estableció como delito cualquier intromisión de los jueces en las actividades de la administración pública. Este sistema de no intervención se constitucionalizó en 1791, y se ratificó en las constituciones posteriores, incluyendo a la napoleónica del año VIII²³.

Con esto se puede decir que el artículo 17 de la Declaración tuvo efectos nugatorios desde el génesis del constitucionalismo francés, porque se le puso desde el principio talanqueras a los tribunales de justicia para ejercer un efectivo control a los detentadores del poder político. El maestro GARCÍA DE ENTERRÍA lo reconoce, cuando afirma que durante la fase activa de la Revolución fue muy difícil, si no imposible, someter a ese desordenado e improvisado aparato administrativo a las exigencias del principio de legalidad²⁴.

Antes bien, el control primigenio sobre la actividad administrativa, a favor del ciudadano, se asentó originalmente en la misma Administración; un autocontrol que tenía por objeto garantizar el

²¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *La explicación histórica del Derecho Administrativo*. Op. Cit., p. 297. Vale la pena hacer una pequeña observación en el tema específico de la citación de funcionarios del Estado. En la Constitución francesa de 1799, NAPOLEÓN introdujo la citada cláusula que disponía la irresponsabilidad de los funcionarios públicos, quienes no podrían ser perseguidos por los hechos relativos a sus funciones, más que en virtud de una decisión del Consejo de Estado. En este caso, las diligencias tenían lugar en los tribunales ordinarios. Dicha disposición mantuvo vigencia hasta la caída del tercer Imperio. Ver a: ARTOLA, Miguel. *Constitucionalismo en la historia*. Op. Cit., p. 208.

²² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (...)*, Op. Cit., pp. 18 y 19.

²³ El artículo III del Capítulo V del Título III de la Constitución de 1791 dispuso: "*les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions*". En DIPPEL, Horst (Ed.), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century Online*, en http://www.modern-constitutions.de/mbu.php?page_id=02a1b5a86ff139471c0b1c57f23ac196&viewmode=pages&show_doc=FR-00-1791-09-03-fr&position=3. (Página Web visitada el 21-04-13). Ver también, sobre este particular, a: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y administración contemporánea*. Op. Cit., p. 50.

²⁴ Ver a: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos. La Formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Op. Cit., p. 182.

centralismo del poder en el Estado revolucionario, en un intento por racionalizar la actividad colectiva²⁵.

Por lo anterior, para la primera tendencia conceptual, lo que determina que el derecho administrativo sea derecho administrativo es, que éste es desarrollado por principios jurídicos destinados a regular, más que otra cosa, las relaciones entre la administración pública y los particulares, alejados de los principios del derecho privado.

Según los autores más destacados, fue el Consejo de Estado francés el que desarrolló por la vía jurisprudencial dichos principios, que el profesor RODRÍGUEZ enuncia en el siguiente orden: (i) principio de legalidad; (ii) principio de presunción de legalidad de los actos de la administración; (iii) principio de culpa o falla en el servicio para sustentar la responsabilidad de la administración pública y (iv) principio de la función pública²⁶. Podrían añadirse otros: (v) el importante principio de un juez natural, de una jurisdicción especializada en los temas de la administración pública; (vi) la potestad reglamentaria del ejecutivo respecto de las leyes y (vii) el principio de igualdad ante las cargas públicas. Finalmente, tales principios deben ser obligatorios para todas las instancias que componen las autoridades de la administración²⁷, y son los que caracterizan al derecho administrativo, abstrayéndolo epistemológicamente de las otras ramas del Derecho.

Algunos de esos principios fueron creándose de forma coetánea con los acaecimientos de la Revolución. Por ejemplo, desde el mismo momento en que se acepta que hay soberanías nacionales o populares se está hablando de un *principio de legalidad*, pues teóricamente dicha soberanía se expresa en términos legislativos, y la Constitución de 1791 estableció, verbigracia, que la soberanía recaía en la nación²⁸, y que el ejecutivo no podría elaborar las leyes. Lo que el ejecutivo podía

²⁵ NAPOLEÓN asignó el conocimiento de los recursos de autocontrol de la Administración Pública en el Consejo de Estado, a nivel central, y en los Consejos de Prefectura, en los Departamentos. Ver a: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha por las inmunidades del poder en el derecho administrativo (...)*. Op. Cit., p. 165.

²⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *La explicación histórica del Derecho Administrativo*. Op. Cit., p. 300.

²⁷ *Ibid.*, pp. 305 y 306.

²⁸ Ver la Constitución de 1791 en: DIPPEL, Horst (Ed.). Op. Cit., http://www.modern-constitutions.de/mbu.php?page_id=02a1b5a86ff139471c0b1c57f23ac196&sh

hacer era desarrollarlas, y con ello nace la potestad reglamentaria, que sería a su vez mayormente explicada por los juristas alemanes, debido a sus particulares circunstancias sociales y políticas²⁹.

Por otro lado, para los autores de la primera tendencia, si bien el derecho administrativo es un desarrollo necesario del Estado de Derecho, y si bien tuvo sus inicios en la administración pública que nace con la Revolución de 1789 y los valores ilustrados de la naciente burguesía capitalista, como disciplina sólo adopta una forma clara en 1873 con el famoso fallo Blanco del Tribunal de Conflictos en Francia, que es el que establece por primera vez en forma diáfana que la actividad de la administración debe regirse por normas diferentes a las aplicables en conflictos entre particulares.

En 1872, una niña de cinco años, Agnés BLANCO, es golpeada y herida gravemente por un pequeño carro cargado de tabaco, conducido por cuatro empleados de la Fábrica Estatal de Tabacos. El padre de la niña instaura una demanda ante el Tribunal Civil de Burdeos en contra de los cuatro individuos y, solidariamente, en contra del Estado, con el objeto de que le paguen una indemnización de cuarenta mil francos. El prefecto de Gironde, como representante del Estado, impugna la competencia del Tribunal y plantea el conflicto, que finalmente es sustanciado por el Tribunal de Conflictos, que el 18 de febrero de 1873 decide que la responsabilidad del Estado no encuentra su origen en las normas del derecho privado, sino en unas más especializadas, que establecen la *culpa* o la *falla* en la prestación de un servicio a cargo del Estado como el sustento de tal responsabilidad.

En última instancia, lo que se pretende dejar claro en este documento es que para los estudiosos de la historia del derecho administrativo, el origen de esta disciplina como rama aparte de otras más tradicionales como el derecho civil o el derecho penal, está íntimamente ligado con el momento en que surgen los principios especiales que regulan los diversos aspectos de la actividad del Estado, que son diferentes a los sustratos de responsabilidad que se encuentran en el Código Civil, y que estos principios son formulados por la inteligencia del Tribunal de Conflictos y del Consejo de Estado francés en casos como los fallos BLANCO (1873), PELLETIER (1873) y

²⁹ [ow_doc=FR-00-1791-09-03-fr&viewmode=pages&position=0](http://www.ow_doc=FR-00-1791-09-03-fr&viewmode=pages&position=0) (Página Web visitada el 21-04-13).

²⁹ SORIANO GARCÍA, José Eugenio. Op. Cit., dd. 48 a 56.

CADOT (1889), que a su vez son considerados los hitos fundacionales de la responsabilidad del Estado.

Se considera que aquellos fallos son los símbolos que narran el nacimiento del derecho administrativo³⁰, debido quizás al crecimiento de las actividades públicas del Estado a fines del Siglo XIX europeo. Es por tal motivo que los libros sobre la responsabilidad extracontractual del Estado lo ubican (al fallo BLANCO) como la piedra angular tanto en la historia de la responsabilidad estatal como en la del derecho administrativo en general³¹. El clásico autor Georges VEDEL menciona lo siguiente:

“en 1.873 se había producido el arret Blanco del Tribunal de Conflictos, en el cual se consagró clara y expresamente el

³⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo, General y Colombiano*. Bogotá. Temis. 2011. pp. 26 a 36.

³¹ Ver, por ejemplo, a los siguientes autores colombianos y extranjeros: BUSTAMANTE LEDESMA, Alvaro. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá. Leyer. 2003. p. 7; BERMEJO VERA, José. *Derecho Administrativo, Parte Especial*. Madrid. Civitas. 1999. p. 1082 (párrafo tercero); ARÉVALO REYES, Héctor Darío. *Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1999. p. 20; CUELLO IRIARTE, Gustavo. *El daño especial, como título de imputación de la responsabilidad del Estado: historia, legislación, jurisprudencia*. Bogotá. Imprenta Nacional de Colombia. 2009. p. 9; ROJAS ARBELÁEZ, Gabriel. *El Espíritu del Derecho Administrativo*. Bogotá. Temis. 1995. p. 99; PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General*. Madrid. Marcial Pons. 2000. p. 647; PALAZO, José Luís. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1995. p. 11; REBOLLO, Luís Martín. *Jueces y Responsabilidad del Estado*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1983. p. 28; PAILLET, Michel. *La Responsabilidad Administrativa*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2001. p. 46. Este autor divide la historia de la responsabilidad en Francia en varios periodos: el primero es el de la irresponsabilidad absoluta, que cede lugar a una responsabilidad limitada a partir del fallo Blanco. “Con el segundo periodo, para el cual es cómodo fijar el punto de partida en 1.873, como consecuencia de los fallos Blanco y Pelletier, la perspectiva comienza a invertirse en la medida en que la irresponsabilidad—aún temperada—deja progresivamente espacio a una responsabilidad cuyo régimen se instaura”; GARRIDO MAYOL, Vicente. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2004. pp. 53 a 56; LEIVA RAMÍREZ, Eric. *Responsabilidad del Estado por el hecho del legislador*. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez. 2010, pp. 67 a 71. Resulta muy interesante la explicación histórica que hace este autor sobre el tema de la responsabilidad del Estado, porque parte de un momento en el que dicha responsabilidad era esencialmente resarcitoria por la disciplina de la expropiación (artículo 17 de la Declaración) y explica su evolución a raíz del crecimiento de las actividades del Estado; FARIAS MATA, Luís H. “El Consejo de Estado Francés: juez de la Administración Pública y garante de la continuidad revolucionaria” en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas No. 78*. Caracas. Universidad Central de Caracas. 1990. p. 22. También ver a: SORIANO GARCÍA, José Eugenio. Op. Cit., pp. 57 y 58.

*principio consistente en que la Administración debe regirse por normas especiales diferentes de las aplicables a las relaciones entre los particulares, es decir, que asentó el principio de la autonomía del derecho administrativo. Asimismo, el referido fallo consagró el principio de la responsabilidad de la Administración con reglas distintas del derecho privado. E, igualmente, afirmó la autonomía del Consejo de Estado de Francia para administrar justicia en forma independiente, así como, la independencia de la jurisdicción contencioso-administrativa*³².

El profesor Juan Carlos CASSAGNE afirma algo particularmente significativo en relación con la pertinencia histórica de los nuevos principios de derecho público que habrían de utilizarse en los casos de responsabilidad del Estado, y su introducción por parte del Tribunal de Conflictos y del Consejo de Estado francés:

*“A partir del caso “Blanco” y más precisamente del arret “Pelletier” (ambos resueltos en el año 1.873) se perfiló una concepción publicista sobre la Responsabilidad del Estado, montada sobre la distinción entre falta de servicio y falta personal (...)”*³³.

Igualmente significativa es la afirmación de Carlos JARAMILLO DELGADO, según la cual:

*“la irresponsabilidad del Estado ha sido una constante histórica y que el fenómeno de la reparación patrimonial estatal es una construcción que no lleva más de 125 años, si se cuenta como punto de arranque de tan formidable construcción el famoso fallo Blanco de 1873”*³⁴.

Dentro de esta misma lógica, el autor italiano SABINO CASSESE encuentra en el fallo BLANCO el momento más convencional —esto es, el más aceptado por los juristas— del nacimiento del derecho administrativo³⁵.

³² VEDEL, Georges. *Derecho Administrativo*. Madrid. Biblioteca Jurídica Aguilar. 1980. pp. 40 y 41.

³³ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo, Tomo I*. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez. 2009. p. 464.

³⁴ JARAMILLO DELGADO, Carlos. *La responsabilidad patrimonial del Estado derivada del funcionamiento de la Administración de Justicia*. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez. 2006. p. 29.

³⁵ CASSESE, Sabino. *Las Bases del Derecho Administrativo*. Op. Cit., p. 20.

1.1.2. ¿POR QUÉ LOS DENOMINADOS PRINCIPIOS IMPIDEN VISLUMBRAR EL ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO?

Los principios no son, por sí mismos, impedimentos metodológicos para indagar en la historia del derecho administrativo. Lo que sí se constituye en un verdadero problema es la forma en que son tratados por la mayor parte de los expertos, salvo excepciones notabilísimas como José Luís VILLAR PALASÍ y, más recientemente, como el profesor Miguel Alejandro MALAGÓN PINZÓN, de la Universidad de los Andes en Bogotá, quien ha adelantado una pionera investigación respecto de la revisión de la teoría clásica sobre los orígenes históricos del derecho administrativo y, últimamente, del derecho constitucional —que más adelante es objeto de algunos comentarios—.

Este autor aduce que el argumento de los principios *sui generis* del derecho administrativo, expuesto arriba, adolece de “falta de identidad”. Quizás quiere decir con ello que no se reconoce el aporte que Colombia ha hecho a su propio derecho público, que no sólo tiene influencias francesas, sino que también ostenta otros importantes influjos doctrinales, como el español³⁶.

Así, el principal defecto de la doctrina clásica es que le resulta difícil admitir que la disciplina propia del derecho administrativo actual tenga otras fuentes distintas a la de los principios de derecho público desdoblados en Francia a partir de 1873 (o desde 1789, según el autor). Y no pueden siquiera imaginar casos, durante el antiguo régimen, en los que hubo enjuiciamientos a las autoridades públicas de diversos Estados que no tenían por fundamento *la falla del servicio*, y que también conllevaron la reparación de los daños cometidos a la gente, que acudió en busca de ayuda a los tribunales de justicia a través de los mecanismos jurídicos de la época. Conceder dicha posibilidad implicaría para ellos, cuando menos, una renuncia a aquella teoría según la cual el antiguo régimen (no sólo el francés, sino el de todo Estado europeo antes de 1789) se caracterizaba por la plena vigencia del principio de la arbitrariedad, pues el Rey *absolutista*, por definición, no podía cometer errores.

³⁶ MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. *Vivir en policía: una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2007. p. 121.

1.2. LA PERSPECTIVA CRONOLÓGICA IDEAL ENSEÑADA EN LOS TRATADOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

En las numerosas páginas de los libros que abordan el derecho administrativo hay una presentación, si se quiere cronológica, de la evolución sobre el concepto de responsabilidad aplicable al Estado, que puede sintetizarse de la siguiente forma: primero, durante el antiguo régimen conocido como *absolutismo monárquico*, reinaba (como se dijo anteriormente) el principio de la irresponsabilidad del príncipe, hecho político que fue formulado con la máxima *the King can do no wrong, o le Roy ne peut mal faire*³⁷; en segundo término, con el liberalismo burgués de la Revolución Francesa y los ideales del constitucionalismo del largo Siglo XIX, cuya primera característica es el autovínculo normativo del poder público a un código de derecho político³⁸, nace el aparato político de la administración con el objeto de defender los ideales revolucionarios, en el cual pervivió el arbitrio del poder estatal, de forma que los principios contenidos en la Declaración relativos a la responsabilidad del Estado no encontraron durante un buen tiempo ningún nicho social donde germinar, y todo acto de control era ejercido desde la misma administración, excluyendo así al poder jurisdiccional. Finalmente, con la adopción de los principios de derecho público para encontrar la justificante de la responsabilidad estatal, basados en la noción del Estado de Derecho, se origina tanto el derecho administrativo como la responsabilidad del Estado.

1.2.1. EL RAZONAMIENTO BLOQUEADOR: ASUMIR QUE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO) SE HA DADO EXCLUSIVAMENTE EN EL ORDEN CRONOLÓGICO IDEAL PRESENTADO POR LOS TRATADISTAS

Aquel modo de presentar el tema, como la cronología invencible de los hechos, tiene, sin embargo, múltiples defectos metodológicos, que ya han sido objeto de una profunda crítica por parte de un pequeñísimo sector de la doctrina que camina en contravía a la explicación oficializada por tanto jus-publicista, colombiano y extranjero. El citado trabajo del profesor MALAGÓN PINZÓN

³⁷ Ver, por ejemplo, a: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otro. Op. Cit., p. 359.

³⁸ MARQUARDT, Bernd. *Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010), Historia Constitucional Comparada*. Op. Cit., p. 32.

sobre la contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano resulta confiable desde un punto de vista netamente histórico, además de ser imprescindible para explicar cómo los medios de defensa jurídicos y políticos del antiguo régimen hispano en América existían también a favor de los indígenas, y que de alguna forma han pervivido entre nuestras instituciones actuales. Esta postura implica además, una extensión virtual de las instituciones de derecho público peninsulares a los países de América que alguna vez fueron las grandes o pequeñas provincias de la Corona española. El contexto en el que puede explicarse la divergencia histórica que plantea el profesor MALAGÓN es precisamente lo difícil que resulta, a la luz del estudio de las respectivas fuentes primarias, la vinculación automática entre los conceptos de Estado de Derecho y de derecho administrativo.

Siendo ésta la situación, un primer problema que debe asumir la doctrina clásica es el enfrentamiento existente entre los países de moda (Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Alemania) respecto de cuál de ellos tiene en su seno el origen del concepto de Estado de Derecho, entendiéndolo al mismo como el producto de las revoluciones liberales producidas desde finales del Siglo XVIII, que tiene por objeto que el poder político sea ejecutado por los gobernantes de acuerdo a leyes preexistentes, que son, además, independientes de su voluntad, para evitar la opresión y la arbitrariedad, y cuya formulación más clara se encuentra, aparentemente, en la Constitución francesa de 1791, que estableció la supremacía de la ley: “*No hay en Francia autoridad por encima de la ley. El rey reina porque la ley lo dispone y sólo en nombre de la ley puede requerir la obediencia*”³⁹. Se trata de lo siguiente: ¿por qué, si el Estado de Derecho es un producto de las revoluciones ilustradas, sólo Francia parece haber desarrollado un derecho administrativo?

Lo cierto es que todas esas naciones contribuyeron, en diferentes momentos y etapas históricas, a la formación del concepto del Estado de Derecho⁴⁰, pero la denominación es en principio alemana, y uno de sus primeros expositores fue Robert VON MOHL en la primera

³⁹ En: ARTOLA, Miguel. Op. Cit., 2005, p. 72.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 69. Menciona el historiador Miguel Artola que “*los ingleses confiaron en el Rule of Law, los americanos en el judicial review, y los alemanes en el Rechtsstaat, tres versiones de una misma idea: la protección judicial de los derechos*”.

mitad del Siglo XIX⁴¹, quien curiosamente atribuía al Estado la característica de la indivisibilidad, lo que excluía de plano la división de los poderes públicos⁴².

Se tiene entonces, que ni el poderoso aparato llamado administración, ni el concepto mismo de Estado de Derecho (y por ende, tampoco el derecho de esa administración), aparejan necesariamente una idea efectiva de autocontrol, al menos en el momento histórico en que aparecieron ambos conceptos. Prueba histórica de ello es la revolucionaria Ley No. 16 del 24 de agosto de 1790, mencionada anteriormente.

Carl SCHMITT, por poner sólo un ejemplo, problematiza con argumentos muy convincentes el fragmento 169 de PÍNDARO, *nomos basileus*, que el positivismo del Siglo XIX interpretó como el *reino de la ley*, *Estado legislativo* o Estado de Derecho, que no es más que la “ficción” del autocontrol del poder por medio de las normas⁴³.

SCHMITT reinterpreta la frase de PÍNDARO, *nomos basileus*, no como el reino de la ley (o gobierno de la ley) o Estado de Derecho a la manera liberal, sino como el reino del *derecho* en tanto *orden* establecido:

“Pero nomos, del mismo modo que law, no quiere decir ley, regla o norma, sino derecho, el cual es tanto norma como decisión, como, sobre todo, orden”⁴⁴.

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 72 y 73. Según VON MOHL, el Estado se legitima en virtud de la garantía de los derechos naturales –libertad y propiedad–. Entre 1832 y 1833, vio la luz por primera vez la expresión *Estado de Derecho* publicada en un libro, en la obra: *Die polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. Una interesante evolución del concepto a través de simbolismos religiosos e ilustrados, la presenta STOLLEIS, Michael. *El ojo de la ley*. Madrid. 2010. pp. 9 y siguientes.

⁴² Ver a: VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha por el Estado de Derecho*. Bolonia. Publicaciones del Real Colegio de España. 1975. p. 21. Sobre las características del Estado de Derecho de Mohl, ver a: SOSA WAGNER, Francisco. *Maestros alemanes del derecho público*. Madrid. Marcial Pons. 2005. pp. 105 a 111. También a: SORIANO GARCÍA, José Eugenio. *Op. Cit.*, pp. 106 a 112.

⁴³ Ver: SCHMITT, Carl. “Distinción de los modos de pensar la ciencia jurídica” en: *Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencia Jurídica*. Madrid. Tecnos. 1996, pp. 12 y 13. Autores contemporáneos que conocen al detalle la filosofía política de Carl SCHMITT, como Giorgio AGAMBEN, argumentan que el *nomos basileus* del fragmento 169 de PÍNDARO explica el concepto de soberanía, que permite que caigan en el riesgo de la indistinción los principios de la violencia y de la justicia, de la violencia y el derecho. El soberano está situado en el punto de indiferencia entre violencia y derecho, y eso explica también el estado de excepción. Ver: AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer, El poder soberano y la nuda vida*. Valencia. Pre-Textos. 2010 (1998). pp. 46 y 47.

⁴⁴ SCHMITT, Carl. “Distinción de los modos de pensar la ciencia jurídica” en: *Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencia Jurídica*. *Op. Cit.*, p. 14.

Ahora, es importante señalar que la de SCHMITT no es una crítica sobre el origen histórico del Estado de Derecho, sino la interpretación que del mismo hizo el liberalismo burgués de su época. Para SCHMITT el *nomos basileus* no es el sustento del Estado de Derecho burgués, sino del principio de soberanía en sí misma.

Así pues, el origen de tal concepto podría parecer trivial para la doctrina clásica, teniendo en cuenta que, según ésta, de cualquier manera el derecho administrativo va a ser siempre un producto inevitable del Estado de Derecho y, por tanto, la responsabilidad estatal sólo podría estar presente siempre que los diversos detentadores del poder político se sometían a las leyes de conformidad con los ideales ilustrados. Sin embargo, la importancia de su origen radica en el hecho de que es factible demostrar que ya existían disposiciones relativas a la responsabilidad del Estado con anterioridad al surgimiento de las revoluciones ilustradas, de VON MOHL y de todos los autores de derecho público en Alemania y de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés. Además, ya se ha visto cómo la Ley 16 del 24 de agosto de 1790 prohíbe la intervención de los jueces en temas de gobierno, poniendo así trabas poderosas al desarrollo del principio de la responsabilidad y, finalmente, del derecho administrativo.

De otro lado, y siguiendo al profesor italiano Massimo Severo GIANNINI, la opinión difundida de vincular genéticamente el derecho administrativo con el Estado de Derecho es una falacia histórica, si se considera que los Estados del grupo angloamericano, así como Inglaterra misma, son Estados de Derecho, con regímenes propios de responsabilidad estatal, y no por ello tienen un derecho administrativo como el francés⁴⁵.

De igual manera, el hecho de que un Estado se someta constitucionalmente a la división del poder político, no implica *per se* la existencia de un derecho administrativo. Debe recordarse que cuando la noción fue introducida, se buscaba realzar la idea revolucionaria según la cual los miembros de la colectividad son *ciudadanos* libres y no *súbditos* protegidos, y que el Estado debía actuar con sujeción a la ley. Con posterioridad, el concepto fue utilizado para definir al Estado en función de la garantía de

⁴⁵ GIANNINI, Massimo Severo. *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*. *Op. Cit.*, p. 50

los derechos fundamentales y de la división del poder, y luego, usado por autores como Otto MAYER para asociarlo con el derecho administrativo⁴⁶.

Considerando aquello, cuando a algunos de los autores especializados se les opondría, por ejemplo, el hecho de que existía todo un cuerpo normativo en el Derecho Indiano que servía para regular las actividades de las autoridades públicas, que a su vez estaba fundamentado en el Derecho castellano del medioevo, la respuesta es simplemente que aquello no podía denominarse derecho administrativo porque es anterior al perfeccionamiento dogmático que supuso el Estado de Derecho y que, eventualmente, las normas sobre organización y estructura del Estado se sujetaban a los principios del derecho común.

El profesor RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ menciona, por ejemplo, que dichas instituciones de la colonia española en América, si bien son unos *antecedentes remotos*, no son realmente un derecho administrativo, pues no existía la más mínima intención de conformar un cuerpo sistemático de normas que regularan la actividad estatal, que además fueran de obligatorio y efectivo cumplimiento para las mismas autoridades⁴⁷. Este planteamiento no considera en toda su extensión la llamada Legislación de Indias.

Lo que afirma el antiguo consejero de Estado colombiano es, en conclusión, que no existía el menor propósito de someter las actividades estatales coloniales a normas preexistentes, es decir, que aquello no era un Estado de Derecho a la luz de las doctrinas francesas o alemanas. Una verdad de Perogrullo, ésta del ex magistrado, y no obstante, también una falsedad⁴⁸.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 50 y 51. Ver también a: PRAT, Julio A. "El significado del principio de legalidad en la administración moderna" en: *Documentación Administrativa No. 187*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. 1980. pp. 295 y 296.

⁴⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Explicación histórica del derecho administrativo*. Op. Cit., p. 294.

⁴⁸ Sobre la posición del profesor RODRÍGUEZ en cuanto a la historia del derecho administrativo en Colombia, véase *Un siglo de derecho administrativo en Colombia*, en *El derecho público a comienzos del Siglo XXI, estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*. Madrid. Civitas. 2003. pp. 1335 a 1357. La tesis que sostiene el autor colombiano en este texto es que el nacimiento del derecho administrativo en Colombia se puede ubicar en 1886, con la expedición de la Constitución de ese año, y de allí en adelante a través de la evolución del Consejo de Estado, íntimamente ligada con los desarrollos legislativos relativos a la jurisdicción de lo contencioso

Cosa parecida sucede con el profesor Carlos Mario MOLINA BETANCUR, que asegura que aunque el "*tipo legislativo de responsabilidad existió vagamente en el antiguo régimen, también lo es que nunca se conocieron disposiciones que reconocían los daños cometidos por el Estado o por el monarca; las indemnizaciones a particulares quedaban a la libre discreción de quien producía el daño*"⁴⁹.

1.2.2. ¿POR QUÉ ES UN BLOQUEADOR CONCEPTUAL LA PRESENTACIÓN DEL TEMA CON BASE EN LA CRONOLOGÍA IDEAL ESBOZADA ANTERIORMENTE?

Esa vinculación muchas veces inconsciente e involuntaria que se hace de la responsabilidad estatal con el derecho administrativo francés y de éste con el Estado de Derecho es una argucia, no sólo porque no es cierto que para que exista responsabilidad del Estado deben existir primero una serie de principios -más bien técnicas- que logran abstraer al administrativo de los demás ámbitos del Derecho, sino porque tampoco es verdad que para que exista derecho administrativo y, lo que es igual, responsabilidad del Estado por los agravios que sufren las personas debido a sus actividades, sea un requisito *sine qua non* su vinculación con el concepto de Estado de Derecho. Dicho así, la conclusión es que una exposición de la historia del derecho administrativo como la clásica sólo ha sido capaz de sustentar un dogmatismo obstinado alrededor del fallo Blanco (y los demás proferidos en Francia que exponen los susodichos principios especiales), siendo éste un hijo *purasangre* del Estado de Derecho, convirtiéndose desde hace mucho tiempo en el hito fundacional de la responsabilidad del Estado, del mismo modo en que el fallo del juez MARSHALL en el caso de *Marbury* contra *Madison* es considerado por muchos el origen del control de constitucionalidad⁵⁰.

administrativo. La obra de Hugo Andrés ARENAS MENDOZA, citada más adelante, destruye por completo este tipo de razonamientos, al demostrar cómo las leyes 67 de 1877, 57 de 1878 y 60 de 1878 establecen *principios* de derecho público sobre los cuales se justificaron las indemnizaciones por expropiaciones en épocas de guerra, con fundamento en la Carta de 1863.

⁴⁹ MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. "El derecho administrativo y la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano" en: VIDAL PERDOMO, Jaime y otros (Eds). *Temas de Derecho Administrativo contemporáneo*. Bogotá. Universidad del Rosario. 2006. p. 82.

⁵⁰ Ver, por ejemplo, a: GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona. Ariel. 1996. pp. 38 a 47, especialmente las pp. 45 a 47.

Lo anterior se argumenta con base en dos hechos históricos: primero, en el contexto del derecho colonial español en América existían múltiples mecanismos jurisdiccionales y políticos que tenían por objeto la determinación de la responsabilidad de los agentes de la Corona cuando se cometían agravios contra particulares, y la sustentación de dicha responsabilidad no recaía, obviamente, en los *principios de derecho* creados por los administrativistas modernos, sino en el principio –este sí, un principio– *proto-constitucional* de la justicia, como valor fundamental sobre el que se estructuraba el Estado.

En segundo término, a través de estos mismos mecanismos se obtenía –no siempre muy efectivamente, como sucede todavía en un Estado contemporáneo, guardadas las proporciones– un control al poder público que se podía manifestar en la suspensión, revocación o modificación de normas de diversas categorías, así como en la responsabilidad personal de la autoridad que infringía el derecho.

1.2.3. *LA CONSECUENCIA DE LOS DOS BLOQUEADORES ES LA ATADURA CONCEPTUAL ENTRE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO Y AQUELLA DEL DERECHO FRANCÉS, QUE OLVIDA OTRO TIPO DE TRADICIONES JURÍDICAS*

Sobre la conexión entre los principios del derecho público y la responsabilidad del Estado, es preciso comentar en breves párrafos qué sucedió en Colombia. En este sentido, lo primero que debe mencionarse es que el Consejo de Estado, como un órgano especializado en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no sólo como un ente consultivo, había sido creado en la Constitución de 1886 (que había retomado la figura Bolívariana que existió hasta 1843), eliminado por el Acto Legislativo 10 de 1905 y luego nuevamente instaurado con la expedición del Acto Legislativo 3 de 1910. Con la Ley 130 de 1913, se establecieron las normas relacionadas con las competencias y procedimientos para el ejercicio de esta jurisdicción, y la Ley 4ª de 1913 –también conocida como Código de Régimen Político y Municipal– estableció las reglas de funcionamiento de actividad administrativa.

Para el profesor RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, en este momento histórico (1913) puede ubicarse el nacimiento de un afrancesado derecho

administrativo colombiano. Expone varias razones para justificar tal afirmación, las cuales se sintetizan de la siguiente manera⁵¹:

- a) La creación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, vigente hasta la actualidad sin interrupción, supuso la aplicación de principios, normas y procedimientos específicos a la actividad administrativa, diferentes de los que regulan otros ámbitos del derecho.
- b) Los antecedentes de la Ley 130 de 1913 reconocen el influjo francés, en particular de la obra de H. BARTHÉLÉMY.
- c) Los fallos del Consejo de Estado, a partir de la fecha, empezaron a resaltar con orgullo la especialidad del derecho administrativo en Colombia.
- d) Con posterioridad a la fecha, empiezan a aparecer los primeros tratados y estudios sistemáticos del derecho administrativo nacional. El autor destaca a Francisco De Paula PÉREZ TAMAYO, Alcibiades ARGUELLO y Luis BUENAHORA, Pedro M. CARREÑO, Luis BECERRA LÓPEZ, Carlos H. PAREJA y Diego TOBÓN ARBELAEZ.
- e) En esta etapa comienza el interés científico por la divulgación de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Ahora bien, si como lo afirma la doctrina clásica⁵², lo que determina que el derecho administrativo sea derecho administrativo, es que se componga de normas especiales de derecho público relativas al funcionamiento y gestión del Estado en todos sus niveles, entonces en buena medida, durante la segunda mitad del Siglo XIX y la primera del XX, las instituciones jurídicas relativas a la responsabilidad del Estado no eran derecho administrativo y, pese a esto, se enseñan como tal, como puede verse de la síntesis presentada en el párrafo anterior.

Esto se afirma considerando el hecho de que las primeras sentencias de la Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema Federal)

⁵¹ Ver a: RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. "Un siglo de derecho administrativo en Colombia" en: *El derecho público a comienzos del Siglo XXI, estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo II. Madrid. Civitas. 2003. pp. 1339 y 1340.

⁵² Ver a: RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Explicación histórica del Derecho Administrativo*. Op. Cit, p. 295.

que desarrollan el principio de la responsabilidad del Estado⁵³, y que no guardan relación con situaciones como la ocupación de inmuebles en épocas de guerra o la expropiación, fundamentan sus decisiones en normas y principios de derecho privado, por una simple razón: *eran las únicas virtualmente aplicables*⁵⁴. Así, se utilizó, a partir de interpretaciones sistemáticas y extensivas del ordenamiento jurídico (a través de la analogía, establecida en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887), para resolver conflictos entre los ciudadanos y el Estado derivados de daños causados por éste a aquellos, la responsabilidad indirecta contenida en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil (*culpa in eligendo y culpa in vigilando*)⁵⁵.

Aún con el arribo al país de la teoría de responsabilidad subjetiva de la falla del servicio, la Corte Suprema de Justicia –e incluso el Consejo de Estado– siguió utilizando las normas del Código Civil para sustentar el principio de responsabilidad estatal, pero con matices hermenéuticos diferentes, dado que la responsabilidad ya no era indirecta sino directa, haciendo una lectura del artículo 2341 del mismo Código⁵⁶. Así pues, la adopción del principio de derecho público de la *falla del servicio*, de origen francés, se acogió en Colombia por primera vez en una Sentencia del 21 de agosto de 1939 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, por intermedio de una norma de derecho privado. Aquel fallo afirmaba que la responsabilidad derivaba del deber del Estado de prestar a la comunidad servicios públicos⁵⁷.

⁵³ Uno de los primeros fallos que se conocen en Colombia en el que se aprecia de forma tácita un principio de responsabilidad estatal, es el de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia, del 5 de diciembre de 1856, *Diario Oficial*, año III, Núm. 527. En: HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *La responsabilidad extra-contractual del Estado en Colombia, evolución jurisprudencial, 1864-1990, Tomo I. Vol. 2*. Bogotá. p. 683. Citado por MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. *El derecho administrativo y la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano*. Op. Cit., p. 84, cita No. 16.

⁵⁴ MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. *El derecho administrativo y la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano*. Op. Cit., p. 86.

⁵⁵ HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. “Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado Colombiano” en: *Derechos y Valores No. 8*. Bogotá. Universidad Militar Nueva Granada. 2001. p. 90.

⁵⁶ MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. *El derecho administrativo y la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano*. Op. Cit., p. 87.

⁵⁷ HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. Op. Cit., p. 91. Para esta época –de 1926 a 1939– salen a la luz las primeras obras doctrinales de derecho administrativo en el país, como las de Francisco de Paula PÉREZ TAMAYO, LUÍS BECERRA LÓPEZ (de quien

Esta situación permaneció al menos hasta 1964, cuando el Consejo de Estado obtiene competencias para resolver litigios relativos a la responsabilidad del Estado, mediante la expedición del Decreto 528 de ese mismo año, y se desprende del Código Civil asumiendo la necesidad de acudir a los principios de derecho público contenidos en forma abstracta en la Constitución Política de 1886 y en normas de rango legislativo como las de la Ley 167 de 1941⁵⁸.

En conclusión: la ausencia casi absoluta, al menos entre los investigadores colombianos del derecho público, de escritos vinculando al derecho administrativo o al instituto de la responsabilidad con las instituciones del Derecho Indiano, obedece, por un lado, a que la derogatoria que hiciera el artículo 15 de la Ley 153 de 1887 de todas las leyes españolas pudo generar un desinterés entre los formalistas juristas nacionales sobre el análisis de figuras como el recurso de agravios o los juicios de residencia, que más adelante se detallan. De otro lado, también es consecuencia de la innegable irrupción de las teorías francesas sobre los servicios públicos, de la mano de autores como León DUGUIT, que dio lugar a la consideración primigenia de una responsabilidad subjetiva del Estado basada en la culpa o falla en la prestación de uno de tales servicios públicos. Se trata, en definitiva, de un colonialismo cultural francés, como lo exponen Miguel MALAGÓN y Julio GAITÁN⁵⁹, o en general, de un influjo cultural eurocentrista, que no nos deja salir de los tres países de moda, como lo explica Bernd MARQUARDT⁶⁰.

se hablará más adelante) y Carlos H. PAREJA.; Ver a: RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Un siglo de derecho administrativo en Colombia*. Op. Cit., p. 1340.

⁵⁸ MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. Op. Cit., p. 91. Es necesario reiterar la advertencia que hacen los expertos en el tema de la responsabilidad del Estado, según la cual si bien en 1964 se trasladan generalmente las facultades jurisdiccionales sobre la responsabilidad extracontractual del Estado al Consejo de Estado, ello no significa que dicha corporación no tuviera competencias sobre esa misma materia con anterioridad. De hecho, ya desde 1941 el Consejo de Estado venía fallando casos de responsabilidad fundamentándose básicamente en la Ley 167 de ese año, alejándose del Código Civil para tomar sus decisiones. Ver a: HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. Op. Cit., p. 93.

⁵⁹ MALAGÓN PINZÓN, Miguel y GAITÁN-BOHORQUEZ, Julio. “Colonialismo cultural francés y la creación del Consejo de Estado en el derecho administrativo colombiano” en: *Vniversitas*, No. 115. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana, 2008, pp. 166 a 170.

⁶⁰ MARQUARDT, Bernd. *Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010)*, (...) Tomo 5. Op. Cit., pp. 11 a 13.

2. LA CONTRAVÍA DOCTRINAL

2.1. LAS HEREJÍAS DE ALGUNOS AUTORES QUE NO CREYERON EN EL MITO DEL ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

Son pocos, realmente, los estudiosos del derecho administrativo que han efectuado un análisis riguroso de la mitología sobre el origen del principio de responsabilidad y, en general, del derecho administrativo. Los historiadores tienen claro, de otro lado, que la responsabilidad del Estado, o más precisamente de los agentes del Estado, no es un fenómeno exclusivo del período posterior al Estado Constitucional moderno, pero tampoco se han preocupado por temas tan específicos como el origen de dicho instituto dentro de los diversos ordenamientos jurídicos. Y para quienes se han especializado en Derecho Indiano afirmar eso no es más que una redundancia, algo que resalta por su obviedad: cualquier Estado cristiano debía regirse por ciertas normas éticas y morales que le impedían vanagloriarse de las injusticias y, lo que es más, debía proteger siempre al desamparado y al desvalido, dentro del concepto iusnaturalista (no ilustrado) del bien común. Por eso, los aportes de la mayor parte de esos historiadores se expondrán en otros acápites de este documento, dejando acá una breve mención de algunos autores que han vinculado el Derecho Indiano con el derecho administrativo, encontrando en aquel una fuente no remota, sino directa, de las instituciones actuales del último.

2.1.1. LAS TÉCNICAS REMOTAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Entre los autores que se rebelan contra el *afrancesamiento* de las instituciones jurídicas administrativas, un lugar preminente ocupa José Luís VILLAR PALASÍ, quien sostiene sobre el tema lo siguiente: no es posible hablar de derecho administrativo en el antiguo régimen, ni tampoco en el Estado medieval. Sin embargo, las categorías jurídicas esenciales, fundamentales en el derecho administrativo, sí tienen un origen antiquísimo, muy anterior a la Revolución Francesa, de modo tal que aunque allí nace la administración pública moderna, el origen del derecho administrativo no está sólo en el derecho francés, sino en general en las ideas, técnicas y nociones del propio derecho medieval⁶¹.

⁶¹ Pueden leerse sus ideas resumidas en VILLAR PALASÍ, José Luís. *El fin del Antiguo Régimen y los orígenes del Estado Constitucional en España, la aparición del Derecho*

Buenos ejemplos de lo anterior, que han sido asumidos por la disciplina administrativa contemporánea, son la presunción de legalidad, la ejecutoriedad del acto, la doctrina de la función pública, las regalías y los monopolios de la Administración, la idea de personificación del Estado, las cláusulas exorbitantes, el principio de igualdad en las cargas y la doctrina de las multas⁶².

La importancia del trabajo de VILLAR PALASÍ no radica en que sea un pertinaz contestatario de los orígenes exclusivamente galos del derecho administrativo, sino más bien en que permite explicar cómo los principios que los autores clásicos divulgan como aquellos que separan, a nivel epistemológico, al administrativo de las demás disciplinas de poder jurídico-social (derecho penal y civil), son realmente invenciones pretéritas, que de ningún modo nacieron *ex nihilo* del aparato administrativo revolucionario-napoleónico. En pocas palabras: esos principios existían antes de la Revolución Francesa, en contextos no necesariamente ligados con un derecho administrativo (tal como se lo entiende ahora), sino con el derecho común medieval. En Colombia, la obra de VILLAR PALASÍ es retomada por Miguel MALAGÓN PINZÓN para exponer que la expresión más clara de subsistencia de tales técnicas es la ciencia de policía, concepto que surge en el Siglo XV y que subsiste hoy día⁶³.

2.1.2. EL ESTADO INDIANO: ¿UN RECHTSSTAAT AMERICANO?

Quizás el autor que más ha vinculado la idea de la responsabilidad del Estado con el régimen político propio del antiguo régimen español

Administrativo. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública, 2001, pp. 3 a 20. Se trata de una conferencia dictada por el autor el 20 de febrero de 2001, con ocasión de la inauguración del I Seminario de Historia de la Administración.

⁶² Ver, en general, VILLAR PALASÍ, José Luís. *Técnicas Remotas del Derecho Administrativo*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública, 2001. Si se toma como ejemplo el principio de igualdad ante las cargas públicas, se tiene que éste aparece en el derecho medieval a propósito de un comentario sobre la *lex Rhodia*, costumbre jurídica marítima de los griegos, que disponía que si un barco naufragaba, las mercancías que se salvaran eran de propiedad común de los que ayudaron a salvarlas. Según VILLAR PALASÍ, éste principio fue reproducido en el derecho regio con consagraciones como "*naturalis enim aequitas exigit, ut communia Reipublicae onera, communibus erogationibus ferantur, et ipsa communionis natura dicitur, ut si ad communem quamquam rem conservandam, ab iis, qui de eade participant, conferendum quid sit, singuli ratam dumtaxat partem conferant, nec unus supra caeteros graviter oneretur: nam sicut utilitas, et commodum est universorum*". Ver pp. 41 y 42.

⁶³ MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. *Vivir en policía: una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Op. Cit., p. 150.

en el Nuevo Mundo es el jurista hispano Carmelo VIÑAS MEY, quien escribió, entre otros muchos, un pequeño y recóndito libro intitulado *El régimen jurídico y de la responsabilidad en la América Indiana*, sin fecha exacta de edición, pero que con toda seguridad es anterior a la década de 1940, y apareció publicado por la *Revista de las Españas*⁶⁴. Posteriormente fue nuevamente publicado bajo la dirección de la Universidad Nacional Autónoma de México, y actualmente se encuentra muy fácilmente en Internet.

La tesis de VIÑAS MEY puede resultar chocante para el autor clásico del derecho administrativo o del derecho constitucional, y es la siguiente: el régimen jurídico y político de las provincias españolas en América, tuvo como base y como propósito permanente, el sometimiento de las autoridades públicas, del Estado en sí mismo, a un régimen legal supremamente estricto. En este texto hay una reiterada convicción de que la responsabilidad es consecuencia inmediata del control al poder político. Así, se trataba de la sujeción del poder a lo que él llama muy abiertamente *Estado de Derecho*, el “*staatsrecht americano*”, por medio de la superioridad de las autoridades jurisdiccionales colegiadas, valga decir, de las Reales Audiencias. Lo anterior, afirma VIÑAS MEY, teniendo en mira el objetivo máximo de la empresa colonial, que era la evangelización indígena y el aplacamiento del ánimo individualista y anárquico de los primeros conquistadores⁶⁵.

Siguiendo este mismo hilo argumental, señala que si bien es cierto que el advenimiento de las revoluciones ilustradas y del Constitucionalismo contemporáneo en el largo Siglo XIX trajo consigo una fuerte tradición democrática, la verdad es que también negó cualquier posibilidad de reparación de los daños cometidos por el Estado, cosa que, paradójicamente, sí se preveía en el antiguo régimen hispano-tradicionalista. “*La esencia del derecho público radica hoy en el principio efectivo de responsabilidad en toda la organización pública. El siglo XIX elevó a los estadios de la vida pública el régimen de democracia, pero olvidó su complemento indispensable, el de responsabilidad*”⁶⁶.

⁶⁴ Ver el proemio que hace MARTÍNEZ BAEZ, Antonio, del texto de VIÑAS MEY, Carmelo. *El régimen jurídico y la responsabilidad en la América Indiana*, 2ª Edición. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1993. P. X.

⁶⁵ *Ibid.*, p. XV. Ver también: VIÑAS MEY, Carmelo. Op. Cit., pp. 5 a 11.

⁶⁶ VIÑAS MEY, Carmelo. Op. Cit., p. 63.

Las consideraciones sobre la existencia de un Estado de Derecho pueden ser drásticas e incorrectas, si no se tienen en cuenta las ineludibles diferencias entre el constitucionalismo moderno y las características que el profesor Bernd MARQUARDT atribuye al *proto-constitucionalismo* del Antiguo Régimen. Por ejemplo, que los constructos del Estado de Derecho, tal cual como lo imaginaron los autores alemanes que acuñaron el término, se fundamentan en una ideología netamente individualista, propia de la ilustración política, cuya consecuencia es, al menos en el Siglo XIX, la prevalencia de unos derechos individuales *civiles y políticos*, codificados no sólo en las diversas Constituciones sino también en los códigos civiles y comerciales.

Por eso, el derecho administrativo que es *propio* al Estado de Derecho que nace en los países de moda es uno *individualista*, porque tiende a asumir que lo “administrativo” es la ocurrencia de transacciones individuales en litigios de defensa de esos derechos subjetivos ante el Estado⁶⁷. Al contrario, el aparato estatal de la Corona española en América, a través de su propio *derecho administrativo*, se organizó para defender no derechos individuales, sino más bien unos derechos colectivos, de grupos de personas, que no se encontraban consagrados en códigos de derechos, sino que estaban dispersos, eso sí positivamente, en todo el Derecho Indiano. Es decir, afirmar que el Estado en el Derecho Indiano es un *Estado de Derecho* al mejor estilo del *Rechtsstaat* es olvidar que lo que había eran derechos de comunidades y de grupos, privilegios, y no una idea clara de derechos individuales⁶⁸.

Otro error al asimilar el Estado de Derecho con el Estado en el Derecho Indiano es que aunque se presentaba en el derecho colonial un control mutuo entre los poderes públicos, éste no se dio con fundamento en la superioridad de los órganos colegiados jurisdiccionales, como afirma VIÑAS MEY. Antes bien, este fenómeno

⁶⁷ Ver sobre este punto, a BARRETO ROZO, Antonio. “El proyecto constitucional de la administración del gobierno colombiano: apuntes sobre su desenvolvimiento a lo largo del siglo XX” en: *Revista Pensamiento Jurídico No. 28*. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. 2010. p. 242.

⁶⁸ El hecho de que en el derecho constitucional procesal exista, además de las acciones públicas de inconstitucionalidad, las acciones populares y de grupo, significa que el Estado de Derecho contemporáneo no es afecto, solamente, a las transacciones jurídicas individuales, sino que involucra un criterio muy fuerte de colectivismo, obviamente insertado dentro de las lógicas del capital.

se presentó como consecuencia de varias situaciones: primero, la necesidad de organizar territorialmente a América y de proveerla de diversas autoridades que se encargasen de los diversos asuntos del Estado; segundo, la necesidad de imponer límites a los primeros conquistadores y a las mismas autoridades; y tercero, a la necesidad de organizar el Estado de forma tal que se protegieran los derechos de los grupos indígenas. En este sentido, lo que sí puede decirse es que existía una clara división entre las funciones del Estado, que a veces se confundían en unas mismas autoridades, y en ocasiones (la mayoría de las veces) se radicaban en autoridades diferentes. Eso será explicado con detalle más adelante.

En conclusión, hablar de Estado de Derecho refiriéndose al Estado del antiguo régimen colonial de la Corona española en América, es en definitiva un anacronismo. Si de lo que se trata es de ubicarle un nombre característico al Estado Indiano, de lo que sí podría hablarse es de un proto-Estado de Derecho, o de un Estado proto-constitucional⁶⁹. No así con el derecho administrativo ni con la responsabilidad estatal, porque como se ha visto, estos conceptos no deben verse vinculados únicamente con el Estado de Derecho decimonónico o con los principios específicos de la disciplina administrativa francesa. Como se verá, el derecho administrativo y, en especial la institución de la responsabilidad del Estado, alcanzó en la Legislación de Indias unos elevadísimos niveles de desarrollo.

2.1.3. LA RESPONSABILIDAD "OBJETIVA" DEL ESTADO EN EL DERECHO INDIANO

VIÑAS MEY acierta, no obstante, en considerar que la responsabilidad no es un fenómeno propio de las revoluciones del Siglo XIX, y que ésta ya se había desarrollado en el Derecho Indiano, situación que también es resaltada y reconocida por el jurista chileno Eduardo SOTO KLOSS, que afirma lo siguiente:

"[I]o más notable es que ya en el período indiano la responsabilidad de la autoridad (Estado, en aquella época "Corona") era reconocida

⁶⁹ En este mismo sentido, ver a: GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Poder y Derecho, Del Antiguo Régimen al Estado Constitucional en España. Siglos XVIII a XIX, Conceptos, instituciones y estructuras administrativas en el nacimiento del Estado Moderno*. Madrid. Marcial Pons. 2009. p. 334.

*en la Recopilación de Leyes de Indias, texto que reconocía el deber de la autoridad de indemnizar (no en tanto funcionario, sino como Estado) los perjuicios, daños o agravios que sufren los súbditos por su actuación"*⁷⁰.

Cuando SOTO KLOSS explica el contenido de esa responsabilidad en épocas remotas, muy anteriores al surgimiento de la teoría de la falla del servicio en Francia de la mano del Tribunal de Conflictos, del Consejo de Estado, de León DIGUIT o Gastón JEZE, sostiene que el concepto en sí no siempre debe asociarse con el de la *culpa*, o lo que es igual, con el de la *falla*.

La obligación de responder por los daños causados, según él, nacía no de una falta, de una conducta moralmente reprochable de quien cometió el daño, sino objetivamente de la existencia de tal daño, que comporta una *injuria*, injusticia, ruptura o perturbación del orden necesario para vivir en sociedad, de un desequilibrio⁷¹. El problema es entonces el daño, que se revierte siempre en un asunto de justicia, indistintamente de la malicia con que aquel se cometió: "*El daño debe ser reparado, porque la desigualdad que ello comporta debe ser restituida; la obligación de responder en cuanto reparar un perjuicio no es sino, pues, una obligación de restituir lo debido a aquel que se ha visto perturbado en el orden que lo justo (el ius) le asegura*"⁷². La idea de la culpa, en tanto actividad moralmente y jurídicamente reprochable, como el sustento de la obligación de restituir, es consecuencia de la inserción de las lógicas de los civilistas del Siglo XIX, y resultó siendo el fundamento para la elaboración de la doctrina de la falla del servicio⁷³.

Según esto, la responsabilidad del Estado en el marco del Derecho Indiano no podía configurarse bajo los modernos títulos subjetivos de imputación como la Falla del Servicio, porque la noción del servicio público exige que el Estado se considere a sí mismo como el principal satisfactor de las necesidades generales de la población.

⁷⁰ SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo, bases fundamentales, Tomo II, El principio de juridicidad*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1996. p. 388. Ver también, del mismo autor, "La responsabilidad pública: Enfoque político" en: *Responsabilidad del Estado*. Tucumán. Ediciones UNSTA. 1982. pp. 29 y 30.

⁷¹ Ver también a TRAZEGNIES, Fernando De. *La responsabilidad extracontractual, Tomo I*, 5ª edición. Bogotá. Temis. 1999. pp. 5 a 11.

⁷² SOTO KLOSS, Eduardo. "La responsabilidad pública: Enfoque político" en: *Responsabilidad del Estado*. Op. Cit., p. 23.

⁷³ *Ibid.*, pp. 27 a 33.

Aunque, debe decirse, no se excluía del todo una noción de culpa, o bien de responsabilidad individual de algún “agente” del Estado, si bien tampoco era fundamental para la configuración de aquella responsabilidad. Ello se prueba con el hecho de que los juicios de residencia, quizás el principal mecanismo jurídico-procesal que tendía a ubicar responsabilidades, se efectuaba no sobre el Estado en abstracto sino sobre cada funcionario público, analizándose en cada caso tanto las cosas *buenas* como las *reprochables* en la gestión administrativa.

Visto así, sobre el concepto de responsabilidad estatal que se utiliza en este libro, se tiene que éste es el efecto directo, en términos de defensa de derechos o garantías, del control al poder político. Dicho efecto pudo materializarse de dos maneras: primero, a través de la puesta en marcha del aparato jurisdiccional para obtener una reparación por las actuaciones agraviantes del Estado; o segundo, a través de la posibilidad de suspender la aplicación de la legislación, o cualquier otro tipo de normativa, que resulte potencialmente dañina a los intereses de los diversos sectores sociales.

2.1.4. GOBIERNO Y JUSTICIA: ¿EL GUBERNACULUM Y JURISDICTIO EN EL DERECHO INDIANO?

En su texto *Poder y Derecho, Del Antiguo Régimen al Estado Constitucional en España*, el profesor Alfredo GALLEGO ANABITARTE retoma las categorías de *gubernaculum* y *jurisdictio* que C. H. MCILWAIN expone en su clásico libro *Constitutionalism, Ancient and Modern*, para justificar la tesis central según la cual en la España del antiguo régimen no existió un absolutismo monárquico, en el sentido en que los juristas han entendido tradicionalmente la prevalencia rampante del principio de arbitrariedad en las decisiones del monarca.

MCILWAIN acude en su elaboración teórica a Henry BRACON, y a partir de él expone la importancia del conflicto entre *gubernaculum* y *jurisdictio* que se presentó en Inglaterra desde el Siglo XVI, sobre la indefinida línea divisoria entre una y otra noción⁷⁴. Las diferencias entre ambos conceptos son de vital importancia para comprender las circunstancias políticas del *constitucionalismo* medieval en Inglaterra.

⁷⁴ MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism Ancient and Modern*. New Jersey. The Lawbook Exchange LTD., 2005. p. 96.

Así, según BRACON (jurista del Siglo XIII), el rey tiene en sus manos el gobierno (*gubernaculum*) del reino, y los actos del mismo reino están exclusivamente en su poder, sin tener en este ámbito ningún par ni mucho menos algún superior. Por tal razón, nadie, ni un juez, podía cuestionar la legitimidad de sus decisiones⁷⁵. En contraste, *jurisdictio* implicaba para el rey unos límites en su arbitrio, establecidos por un Derecho positivo, que se constituye en la prueba de que en Inglaterra no tuvo vigencia el principio absolutista⁷⁶. Ahora bien, esta distinción se mantuvo en buena medida durante la edad media europea, pero desde el Siglo XVI hubo una ruptura de continuidad en este aspecto, que conllevó a la imposición del absolutismo en toda Europa, salvo Inglaterra, hasta la eclosión de la Revolución de 1688 y de la Revolución Francesa.

GALLEGO ANABITARTE, luego de resumir el pensamiento de MCILWAIN, le responde que no es cierto que en toda Europa se haya implantado el principio de la arbitrariedad monárquica. Así, el Antiguo Régimen español tuvo como base la distinción entre *gubernativo* y *contencioso*, que vendrían a ser las categorías hispánicas de *gubernaculum* y *jurisdictio*, dualismo que perduró en Cádiz en 1812 y en la época “moderada” de 1845, y que implicaba un claro límite para el marco de poder político del rey⁷⁷. Esto conlleva necesariamente a cuestionar la mitología sobre los orígenes, no sólo del derecho constitucional en España (y en Europa) sino también del derecho administrativo, básicamente porque se ha enseñado que la división de poderes no podía siquiera imaginarse en épocas anteriores a las revoluciones ilustradas.

Sostiene GALLEGO que si bien es cierto que en el Antiguo Régimen los órganos políticos que legislaban podían ser los mismos que administraban (governaban) y los mismos que impartían justicia, realmente existía una “*obsesiva separación*” entre la función jurisdiccional y aquella gubernativa⁷⁸.

Ahora bien, lo que interesa resaltar de estas divisiones entre *gubernaculum-jurisdictio* o *gubernativo-contencioso*, es que ellas

⁷⁵ *Ibid.*, p. 79. También ver a: GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Op. Cit.*, pp. 31 y 32. El autor español cita acá el mismo apartado que se ha referido en esta cita. Debe tenerse en cuenta que GALLEGO ANABITARTE ha sido traductor de las obras de MCILWAIN.

⁷⁶ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Op. Cit.*, p. 32.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 33 a 35.

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 125 y 126.

también se encontraban presentes en el Derecho Indiano, permeando las relaciones jurídicas entre el Estado y los súbditos de la Corona española en América. Así lo reconoce el mismo GALLEGO ANABITARTE, que hace un recorrido superficial sobre la Recopilación de Leyes de Indias para explicar cómo instituciones como el recurso de apelación ante las Audiencias de las decisiones virreinales eran ejemplarizantes de la existencia de funciones de gobierno separadas de las funciones de justicia, radicadas en instituciones jurídico-políticas diferentes y autónomas entre sí. GALLEGO llega así a conclusiones muy parecidas a las expuestas por VIÑAS MEY sobre la estructura proto-constitucional del Estado Indiano, pero con dos diferencias marcadas: la primera es que bosqueja sus hipótesis a partir de la diferenciación entre *gubernativo* y *contencioso*, o lo que es igual, entre *gubernaculum* y *jurisdictio*, que en los textos sobre Derecho Indiano aparecen una y otra vez bajo la forma de “*asuntos de gobierno*” y “*asuntos de justicia*”. En segundo lugar, aunque reconoce las similitudes entre el Estado de Derecho del Siglo XIX y el Estado Indiano, admite también que no resulta adecuado hablar de Estado de Derecho en el Derecho Indiano⁷⁹.

Sin embargo, es bueno aclarar que para GALLEGO la diferenciación entre gubernativo y contencioso se sobrepone a la que media entre jurisdicción ordinaria y administración pública activa, o dicho en términos sencillos, es la misma distinción que hoy haríamos entre los temas del derecho público y aquellos del derecho privado. Esto supone, por su lado, que para el profesor español no existiría en el derecho español medieval, ni mucho menos en el Derecho Indiano, una idea semejante a la de una jurisdicción de lo contencioso administrativo en el Antiguo Régimen.

En este punto, para los efectos de lo que se expone en este libro, cobra fuerza la postura de otro conocido autor español, Alejandro NIETO, que considera que GALLEGO ANABITARTE yerra sobre ese particular, básicamente porque los asuntos civiles pueden transformarse en asuntos contenciosos administrativos, siempre que exista un daño del Estado hacia un tercero. En el Derecho Indiano eso

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 333 a 348. En particular, ver p. 334, donde afirma que las instituciones de las Leyes de Indias suponían un claro freno al poder público, pero que no es lo mismo que asimilar dichas instituciones al Estado de Derecho o a la separación de poderes en el sentido moderno.

se puede probar con la existencia del recurso de agravios, que será objeto de comentarios en otra parte de este documento⁸⁰.

Como se verá en su momento, esta distinción entre asuntos de gobierno y asuntos de justicia no es insustancial ni baladí, sino que se constituye por sí misma en el fundamento del Estado proto-constitucional del Derecho Indiano, dándole la posibilidad a los súbditos de la Corona (españoles o indígenas) de batallar contra las decisiones jurídicas y políticas⁸¹.

2.1.5. LA CONTRAVÍA DOCTRINAL COLOMBIANA

Son contados los autores colombianos que de una forma directa han encontrado las raíces del derecho administrativo no sólo en Francia sino también en la legislación del antiguo régimen hispano en América. Podría destacarse el papel que en ese sentido ha tenido el citado jurista Miguel Alejandro MALAGÓN PINZÓN, que ha escrito una serie de obras notables por su profundidad investigativa, dentro de las cuales resalta por su carácter pionero *Antecedentes del derecho administrativo en el derecho indiano*, artículo publicado en 2001 en la Revista de Estudios Socio-Jurídicos de la Universidad del Rosario⁸². En 2003, el profesor MALAGÓN publicó en la misma Revista especializada el artículo intitulado *Antecedentes hispánicos del juicio de amparo y de la acción de tutela*, documento que resulta interesante para cualquier historiador del derecho constitucional, porque desarrolla la tesis según la cual la acción de tutela colombiana, y el amparo mexicano, tienen claros antecedentes en el recurso de amparo previsto en la Legislación de Indias, tema que ha sido extensamente desarrollado (con anterioridad al profesor MALAGÓN) por autores como el mexicano Andres LIRA o el norteamericano Woodrow BORAH, quienes además sostienen que los indígenas eran asiduos litigantes en defensa de sus mismos derechos.

⁸⁰ NIETO, Alejandro. *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. 1986. pp. 113 a 121.

⁸¹ Ver, en un sentido muy parecido al expuesto por GALLEGO ANABITARTE, a BRAVO LIRA, Bernardino. *Constitución y Reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica, 1511-2009*. Santiago de Chile. AbeledoPerrot. 2010. p. 22 a 25.

⁸² MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. *Antecedentes del derecho administrativo en el derecho indiano*, en *Revista de Estudios Socio-Jurídicos No. 1*. Bogotá. Universidad del Rosario. 2001. pp. 40 a 59.

En 2004, publica con la revista *Vniversitas* de la Pontificia Universidad Javeriana, bajo el título *las visitas indianas, una forma de control de la administración pública en el Estado absolutista*, un artículo que desarrolla los aspectos procesales de la institución de las visitas como mecanismo de control al poder político, la cual ya ha sido estudiada de forma exhaustiva por autores como Ismael SÁNCHEZ BELLA. En este documento, el autor insiste en encontrar los orígenes del derecho administrativo en el derecho colonial y tiene claro, en contracorriente, que el régimen jurídico al cual se sometían las autoridades era “*diferente al de derecho privado*”⁸³.

Luego, en 2006, el profesor MALAGÓN publicó en coautoría con Catalina ATEHORTÚA GARCÍA un interesante documento sobre la *evolución del concepto y control del acto político o de gobierno*, en el que explican que la social y políticamente perjudicial tesis de la no justiciabilidad de los actos de gobierno en el derecho colombiano tiene un origen netamente francés, y se ha olvidado, hasta hace poco tiempo con el surgimiento de la Corte Constitucional, que otras fuentes históricas de nuestro ordenamiento jurídico constitucional (y administrativo) permitía el control jurídico sobre los actos políticos. Se refieren a los recursos de agravios (o de apelación) que interponían ante las Audiencias los agraviados con las decisiones de las autoridades públicas españolas en el Nuevo Mundo, incluyendo a los virreyes. Nuestra propia tradición histórica y jurídica—concluyen—ha consistido en no permitir un solo reducto de poder público que no sea justiciable⁸⁴.

En 2007, el profesor MALAGÓN, con la editorial de la Universidad Externado de Colombia, presenta el libro anteriormente aludido, *Vivir en policía: una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, en donde recoge buena parte de los contenidos que había publicado con anterioridad y los presenta de forma sistemática, demostrando en buena medida que las instituciones del derecho público colombiano no sólo beben de las fuentes

⁸³ MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. “Las visitas indianas, una forma de control de la administración pública en el Estado absolutista” en: *Vniversitas*, No. 108. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2004. p. 823.

⁸⁴ MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro y otra. “Evolución del concepto y control del acto político o de gobierno” en: VIDAL PERDOMO, Jaime y otros (Eds.). *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*. Bogotá. Universidad del Rosario. 2006. pp. 259 a 288. Ver especialmente pp. 262 a 275.

doctrinales y jurisprudenciales francesas, sino también de las normas y procedimientos que se encuentran en la Legislación de Indias.

Finalmente, en 2012, el mismo autor publicó, en la Colección de Historia y Materiales del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, un excelente documento bajo el título *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811-2011)*. La primera parte de este libro (capítulo I) reitera el marco conceptual que ya había expuesto en *Vivir en policía*, y posteriormente desarrolla la evolución de los diversos modelos de control administrativo (Capítulos II a V), enfatizando en la presencia de cada uno de ellos (cuyos orígenes no son, ni remotamente, franceses) en las constituciones del Siglo XIX. Llama la atención que diferencia varias clases de control, a saber: el control inmanente a la ciencia de policía, el modelo del control político, el modelo mixto que germinó en la posibilidad de suspender provisionalmente los actos de la administración, y el modelo de control judicialista⁸⁵.

Además del citado autor, también destaca el profesor —y actual magistrado del Consejo de Estado colombiano— Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, quien al desarrollar el *proceso de formación de la administración pública y del derecho administrativo colombiano*, explica cómo en el Derecho Indiano ya existían mecanismos de control jurisdiccional de las decisiones de las autoridades estatales que conllevaran agravios particulares⁸⁶. Llama la atención que sobre el famoso fallo Blanco de 1873, menciona que lo realmente importante de este evento no es tanto el hecho de ser una supuesta piedra angular en la historia de la responsabilidad extracontractual del Estado, sino más bien que dio origen a un conflicto institucional sobre la jurisdicción competente que obligó al Tribunal de Conflictos pronunciarse sobre el fondo del asunto⁸⁷.

⁸⁵ MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811-2011)*. Bogotá. Universidad de los Andes. 2012. El profesor MALAGÓN ha publicado también, en 2012, un artículo sobre los modelos de control titulado “Los tres modelos de control de la administración pública en el siglo XIX vistos a través de la Constitución de 1843” en: BARBOSA DELGADO, Francisco R. (Editor). *Historia del Derecho Público en Colombia, Tomo I*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2012. pp. 567 a 585.

⁸⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho administrativo, Tomo I*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2003. pp. 280 a 292.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 82.

El profesor MALAGÓN reconoce, en el penúltimo de sus documentos citados, a LUÍS BECERRA LÓPEZ como el primer autor colombiano que, al referirse sobre el control jurisdiccional sobre los actos de la administración, encuentra su origen en el recurso de apelación (o de agravios) ante las Audiencias de los actos del virrey. Tiene razón parcialmente. Este autor, si bien se remite a la Recopilación de Leyes de Indias para hacerle honor a España y mencionar que allí hay un atisbo de lo que se conocía como la acción popular en el derecho administrativo, también menciona algunas diferencias entre ésta y el recurso de agravios:

"(...) se ve por la cita anterior que la institución de apelación ante las audiencias era la consagración de lo que se llama la acción privada, que se ejercitaba por quienes se sintieran agraviados de cualesquier autos o determinaciones que proveyeran u ordenaran los virreyes o presidentes. Claramente se deduce que aquellas providencias tenían que ser violatorias de leyes u ordenanzas, para que pudieran causar agravio (...) [S]i aquella institución no correspondía totalmente a la que en la actualidad existe denominada jurisdicción contencioso administrativa, era, en su época, lo más a lo que se podía aspirar"⁸⁸.

Adicionalmente, es bueno recalcar el hecho de que el autor ubica el origen histórico de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como cualquier autor clásico, en la mente de los juristas y estadistas de la Revolución Francesa⁸⁹. Sin embargo, no es poca la importancia del pequeño libro de BECERRA LÓPEZ, porque dentro de la indagación doctrinal que se ha elaborado, efectivamente ha sido el primero que ha admitido la injerencia del Derecho Indiano en el derecho administrativo de Colombia, y considerando el escaso desarrollo que ha recibido el Derecho de la era colonial en este país, se trata de un logro digno de resaltar.

El trabajo del profesor MALAGÓN es especialmente importante no sólo por su interés en encontrar en el derecho colonial el origen del derecho público colombiano, sino por explicar la pervivencia de las viejas instituciones coloniales en éste, en un ejercicio académico complejo y meritorio. No obstante, en estas obras no hay un análisis

⁸⁸ BECERRA LÓPEZ, LUÍS. *Apuntamientos de Derecho Administrativo Colombiano*. Santa Marta. Tipografía "Bonivento Torres", sin fecha. pp. 151 y 152. Es importante aclarar que este libro, extremadamente difícil de ubicar, pudo haberse publicado en 1934 en la ciudad de Santa Marta, pero no existe claridad al respecto.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 150.

sobre el origen histórico del principio de la responsabilidad estatal en el derecho administrativo nacional. Existen, sí, afirmaciones más bien sueltas sobre el hecho de que tal responsabilidad sí existía, y con plena vigencia, en el Derecho Indiano.

Pese a ello, sobre el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado, aduce el profesor MALAGÓN que un arcano jurisprudencial es una sentencia del 22 de septiembre de 1882 de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia, que condena al Estado al cancelamiento de una hipoteca sobre un predio que era propiedad de cierto monasterio⁹⁰. Con esto, el citado profesor incurre en el mismo tipo de error en el que caen algunos de los autores clásicos, entre otras cosas porque se puede considerar que, sobre el mismo tema de responsabilidad extracontractual, arcanos —si se quiere *jurisprudenciales*— más antiguos, los menciona él mismo al citar varios casos interesantísimos sobre decisiones de las Audiencias en virtud de recursos de agravios interpuestos contra diversos tipos de autoridades coloniales⁹¹.

Tampoco considera que los fallos de responsabilidad extracontractual del Estado proferidos por la Corte Suprema Federal están inmersos en una lógica de reparación pecuniaria que se desarrolló con posterioridad a la guerra civil de 1876-1878, y como una consecuencia obvia de la misma. En este sentido, es muchísimo más depurado el trabajo de Hugo Andrés ARENAS MENDOZA, intitulado *¿Estado Irresponsable o Responsable?*, en el que sostiene que fueron las expropiaciones ocurridas en dicho periodo, dentro del contexto de la guerra, las que causaron que la Corte desarrollara una abultada jurisprudencia que garantizaba fundamentalmente el derecho de propiedad⁹².

También hace falta mencionar que en el análisis del recurso de agravios, éste puede verse no sólo como el antecesor de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de las acciones públicas en

⁹⁰ MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. *Vivir en policía: una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Op. Cit., p. 291.

⁹¹ *Ibid.*, p. 274. Ver especialmente pie de página 341.

⁹² Realmente, la jurisprudencia de la Corte en aquella época, relativa a la responsabilidad del Estado, era consecuencia de las diversas guerras civiles. Ver a: ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. *¿Estado Irresponsable o Responsable? La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, luego de la Guerra Civil de 1876-1877*. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario. 2009. nn. 96 a 98.

lo contencioso administrativo, sino también de lo que podría llamarse *acción pública de proto-constitucionalidad*, esto es, el mecanismo jurídico que permitía al súbdito la impugnación ante la Audiencia de normas que podían tener un rango normativo inclusive legal, cuando se vulneraban derechos o prerrogativas no necesariamente individuales o privadas, como aduce BECERRA LÓPEZ, sino también y más que nada, colectivos y grupales, bajo la lógica de lo que más adelante se denomina *proto-constitucionalismo indiano*.

3. CONCLUSIÓN PRELIMINAR

Cuando se mencionó la Ley No. 16 del 24 de agosto de 1790, se explicó cómo el aparato de administración pública que nació con la Revolución Francesa necesitaba una absoluta independencia del poder jurisdiccional. Entonces, se dijo, se prohibió a los jueces tener injerencias en el ejercicio del poder legislativo, suspender la ejecución de las leyes, intervenir en las funciones administrativas, o citar ante ellos a los funcionarios de la administración en razón de sus funciones.

De otro lado, también se expuso que la doctrina clásica afirma que en el Antiguo Régimen no existía derecho administrativo porque tampoco existían límites precisos para los poderes de los agentes del rey, no había procedimientos obligatorios para el ejercicio de las funciones administrativas, y no había libertades ni derechos que los súbditos hubiesen podido hacer valer frente a los dictámenes del rey soberano. En consecuencia, es impensable –según los clásicos– que existiese un principio de responsabilidad jurídica del Estado, cuando reinaba la arbitrariedad. La indemnización por los daños causados por el Estado estaba pues, atada a la libre voluntad de quien los cometía.

En sentido contrario, si se atiende a la literalidad de afirmaciones como estas, se llega a la siguiente conclusión: cualquier régimen político que sí presente estas características (como el límite preciso de los poderes de los agentes del rey, y la obligatoriedad jurídica de la indemnización por daños causados) tiene también un *derecho administrativo* y, por ende, existe en potencia un sistema de responsabilidad estatal. Así, tampoco es descabellada la idea según la cual dicho régimen político sigue unos patrones ideales de justicia que podrían configurar una suerte de carta de derechos naturales, oponibles a las autoridades mediante recursos de tipo administrativo y, por qué no, también de tipo judicial.

Dicho lo anterior, surge la pregunta de si es posible que el Estado hispano en América se haya establecido bajo ideas o conceptos de autocontrol mediante un sistema de pesos y contrapesos y, de ser así, si es posible que tal sistema pueda ser denominado derecho administrativo (es decir, que suponga un principio de responsabilidad estatal respecto de los súbditos de la Corona) y, lo que es más, derecho constitucional.

Pues bien, lo que se propone en este opúsculo es lo siguiente: El Estado de España en América tenía un sistema que parecía diseñado para controlar a las autoridades públicas, de forma que (i) sí existían unos límites específicos respecto de las facultades de los funcionarios de la Corona; (ii) sí habían procedimientos obligatorios para el ejercicio de tales facultades, y (iii) sí existían unas garantías que eran oponibles ante el rey, cuya soberanía no implicaba en manera alguna que respecto de sus disposiciones prevaleciera el principio de arbitrariedad. En consecuencia, también existía siempre latente un principio de responsabilidad jurídica del Estado, reconocido por varias disposiciones dispersas en la Legislación Indiana.

El profesor Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ señala que no había la más mínima intención de instituir un cuerpo normativo que regulase la actividad del Estado colonial. Sin embargo, Juan DE SOLÓRZANO Y PEREYRA, un famoso jurista español que fue oidor de la Real Audiencia de Lima y luego fiscal del Real Consejo de Indias, escribió todo un tratado sobre la *Política Indiana*, siendo el título de su libro quinto el siguiente: “*En que se trata del Gobierno secular de las Indias, Alcaldes Ordinarios, Corregidores, Gobernadores, Audiencias y Virreyes de ellas y del Supremo Consejo, a quien se subordinan*”⁹³.

Esto significa que no es anacrónico hablar de la presencia, sino de un derecho administrativo, al menos sí de un derecho de la administración pública hispana, lo suficientemente complejo como para regirse bajos sus propios postulados, que según expone el profesor VILLAR PALASÍ, son unas *técnicas remotas*, que luego se yuxtaponen, guardadas las proporciones, sobre el Estado de Derecho decimonónico⁹⁴.

⁹³ SOLÓRZANO Y PEREYRA, Juan De. *Política Indiana, Libro V*. Madrid. Compañía Ibero-Americana de Publicaciones. 1972.

⁹⁴ Sin embargo, la relatada postura del profesor VILLAR PALASÍ parece ir en un sentido contrario a lo que acá se afirma, dado que los principios del derecho administrativo

Lo que es más, debido a la importancia de América para sustentar económicamente las guerras de España, hubo un completísimo desarrollo del derecho tributario y de la real hacienda, independiente de los temas estrictamente de gobierno. Así pues, los límites del poder público se fundamentaron, de una parte, en la situación de lejanía oceánica entre la Península Ibérica y el Nuevo Mundo, y de otra, en la producción normativa basada en muchas ocasiones en el humanismo neoescolástico.

El análisis del Derecho Indiano para estos efectos es provechoso por varias razones: primero, porque permite ver con claridad que en estos territorios hubo prácticas de responsabilidad estatal no fundadas en los principios del Estado de Derecho (pero seguramente sí en lo que el autor citado arriba denomina técnicas remotas), y ello desvirtúa el mito según el cual sólo hay derecho administrativo, y responsabilidad del Estado, siempre que exista Estado de Derecho. Segundo, no pocas de las instituciones de derecho público en las Indias han sobrevivido a 200 años de independencia de la Madre Patria. El presente escrito se enfoca, por cuestiones de espacio más que de otra cosa, en el primero de estos dos razonamientos⁹⁵.

de hoy son la adaptación a tiempos modernos de las técnicas remotas del derecho medieval.

⁹⁵ Sobre este último punto, es de ineludible importancia MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811-2011)*. Op. Cit.

III

EL ESTADO DE LA PAZ INTERNA, PRESUPUESTO LÓGICO DEL ESTADO INDIANO, Y DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1. ESTADO DE LA PAZ INTERNA Y PROTO-CONSTITUCIONALISMO

El Estado europeo de los Siglos XVI y XVII evolucionó, de un patrón segmentado de poder político medieval cuyas dinámicas se centraban en las interacciones entre los grandes reinos y las microestructuras de los señoríos locales y las ciudades-estados¹, hacia un Estado *de la paz interna*, es decir, un modelo de organización estatal que reclamaba un derecho legítimo del monarca a la violencia, en detrimento de los poderes de las noblezas locales para hacer la guerra.

Tanto el Sacro Imperio Romano como los demás reinos europeos demandaron la competencia de establecer los límites de la violencia del Estado, de modo que los poderes locales y regionales quedaron, en ese mismo aspecto, en un segundo plano. La capacidad de los monarcas de monopolizar en su provecho ciertas tecnologías militares, como los cañones de asalto, facilitaron esta tarea que pugnaba con los tradicionales derechos de la nobleza en la edad media².

Se trató de la confrontación entre la centralización del poder en el rey, y los privilegios políticos, económicos y bélicos de cada señor local. Según Bernd MARQUARDT, esta concentración del poder pudo lograrse a través de dos métodos principales. El primero de ellos es la pacificación por hegemonía unilateral (empleado por el Reino

¹ MARQUARDT, Bernd. *Sociedades Preestatales y Reinos Dinásticos*, Tomo 1 de la *Historia Universal del Estado*. Bogotá. La Carreta Editores. 2009. pp. 137 a 140.

² MARQUARDT, Bernd. "¿Paz por estatalización, paz por Cortes de Justicia, paz por tratado, paz por soberanía, paz por derecho penal?" en: *Revista Pensamiento Jurídico*, No. 26. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. 2009. p. 29.