

# PAZ TERRITORIAL Y TIERRAS

UNA MIRADA CRÍTICA FRENTE  
A LOS ACUERDOS DE LA HABANA

BERND MARQUARDT  
JOSÉ MARTÍNEZ  
MARIELA SÁNCHEZ  
EDITORES



UNIVERSIDAD  
**NACIONAL**  
DE COLOMBIA



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT  
GÖTTINGEN



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA



# **PAZ TERRITORIAL Y TIERRAS**

UNA MIRADA CRÍTICA FRENTE A LOS  
ACUERDOS DE LA HABANA



BERND MARQUARDT & JOSÉ MARTÍNEZ  
& MARIELA SÁNCHEZ (Eds.)

# PAZ TERRITORIAL Y TIERRAS

UNA MIRADA CRÍTICA FRENTE A LOS  
ACUERDOS DE LA HABANA



UNIVERSIDAD  
NACIONAL  
DE COLOMBIA



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT  
GÖTTINGEN



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

Bogotá - Colombia  
2018

Marquardt, Bernd, y Martínez, José, y Sánchez, Mariela

Paz territorial y tierras, Una mirada crítica frente a los Acuerdos de La Habana / Bernd Marquardt y otros - - Bogotá : Grupo Editorial Ibáñez, 2018.

376 páginas: gráficos : 17 x 24 cm.  
Incluye bibliografía.

ISBN: 978-958-749-878-3

1. Derecho constitucional. 2. Derecho civil. 3. Derecho agrario. 4. Derecho ambiental. 5. Derecho internacional público. 6. Historia del Derecho. 7. Teoría de la Paz.

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

## **PAZ TERRITORIAL Y TIERRAS, UNA MIRADA CRÍTICA FRENTE A LOS ACUERDOS DE LA HABANA**

© Bernd Marquardt & José Martínez & Mariela Sánchez, editores  
© Autores varios

© Grupo Editorial Ibáñez  
Carrera 69 Bis N<sup>o</sup>. 36-20 Sur  
Bogotá D.C. – Colombia  
Tels: 2300731 – 2386035  
[www.grupoeditorialibanez.com](http://www.grupoeditorialibanez.com)

### *Librería:*

Calle 12 B N<sup>o</sup>. 7-12 L. 1  
Bogotá D.C. - Colombia  
Tels: 2847524 - 2386035

Primera edición: marzo de 2018  
Impreso y hecho en Bogotá, D.C., Colombia

ISBN: 978-958-749-878-3

Diseño & diagramación: Bernd Marquardt

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales

# CONTENIDO

## INTRODUCCIÓN

### CAPÍTULO I

#### PAZ TERRITORIAL Y PROPIEDAD AGRARIA: DESARROLLOS Y PERSPECTIVAS COLOMBIANAS EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO

BERND MARQUARDT

1. Introducción.....	1
2. El problema de investigación .....	2
A) Seis dificultades de acercamiento .....	2
a) La teorización insuficiente de la Paz.....	2
b) La transfiguración por el agro-romanticismo.....	3
c) El reduccionismo de la no geografía agro-ambiental e histórica .....	4
d) La simplificación de la estructura conflictiva y del patrón de distribución de propiedad.....	5
e) El fracaso metodológico en reconstruir el número de desplazados rurales .....	6
f) El mito northista de la debilidad estructural de la propiedad.....	8
B) Seis respuestas.....	8
a) La pazología como salida de la violentología .....	8
b) La caída del campesinado en la transformación a la sociedad post- agraria e industrial.....	9
c) La ubicación del conflicto colombiano en las zonas periféricas de la nueva colonización .....	12
d) Las huellas ecológicas de Bogotá, Medellín y otras megaciudades de la era postagraria .....	16
e) La necesidad de reevaluar el número de los desplazados rurales por violencia.....	17
f) Dos siglos del constitucionalismo garantista de propiedad y libertad de industria .....	17
3. Consideraciones sobre la relación general entre la paz territorial y la propiedad rural.....	18

## PAZ TERRITORIAL Y TIERRAS

4. Las grandes transformaciones de la propiedad agraria en América Latina .....	20
A) La Reforma agraria liberal del siglo XIX .....	20
B) La reforma agraria social desde 1917 .....	24
a) La reforma mexicana de 1917 en contraste con la rusa de 1918 .....	24
b) La experiencia colombiana.....	26
5. El conflicto colombiano de los 67 años (1949-2016) y la cuestión de la propiedad agraria .....	28
A) Inicio y perfil .....	30
B) La conversión en un conflicto atípico alrededor de 1990.....	32
C) La zonalidad limitada y el componente de la propiedad agraria .....	34
6. El Acuerdo de paz de 2016 y la cuestión de la propiedad raíz: problemas y perspectivas .....	34
A) Acuerdo nuclear y líneas principales.....	36
B) Paz por justicia social y reforma integral del espacio rural .....	40
7. Tareas abiertas y potencial de mejoramiento .....	43
A) En cuanto a la paz territorial del espacio rural, en particular las zonas oscuras en las tierras bajas.....	43
B) Las oportunidades para una paz social profunda .....	47
C) La paz judicial.....	49
D) La chance para una paz cultural profunda.....	50
8. Reflexiones finales.....	53
Bibliografía .....	54

## CAPÍTULO II

### LA PAZ TERRITORIAL MÁS ALLÁ DEL ACUERDO DE LA HABANA

MARIELA INÉS SÁNCHEZ CARDONA

1. Introducción.....	63
2. Retos y desafíos de la tierra en tiempos de paz .....	64
3. Más allá del acuerdo de La Habana - Acción territorial .....	69
4. Giro epistemológico en la investigación de la paz territorial.....	76
5. Luces al problema territorial desde la Escuela sociocultural de la paz pedagógica .....	80
6. Conclusiones .....	83
Bibliografía .....	84

## CAPÍTULO III

### PAZ TERRITORIAL Y PROPIEDAD: EXPERIENCIAS ALEMANAS Y EUROPEAS

JOSÉ MARTÍNEZ

## CONTENIDO

1. Introducción.....	87
2. La reforma agraria y el derecho comparado.....	88
A) Sobre el valor de una perspectiva comparativa en el derecho constitucional nacional .....	88
B) La recepción como un proceso escalonado .....	90
C) La comparabilidad de las experiencias históricas colombiana y alemana .....	91
3. Las reformas agrarias en Alemania en el siglo XVIII y XIX.....	91
A) Las dos líneas de desarrollo diferentes.....	92
B) La reforma agraria alemana como proceso académico estatal de top- down .....	92
C) Efectos sociales y jurídicos.....	93
D) La función de la población rural en el proceso de la reforma.....	94
E) Efectos económicos.....	95
4. Las reformas agrarias en el siglo XX.....	96
A) La reforma socialista 1945 -1949 y 1949-1990.....	96
B) La ‘Revolución Pacífica’ en 1989 .....	97
C) La revocación parcial de las reformas socialistas a través del Tratado de Unificación.....	99
D) Exenciones por tratados internacionales .....	100
E) Función especial de los terrenos agrícolas.....	100
F) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	101
5. Las políticas públicas rurales de la Unión Europea como instrumento adicional para la reforma agraria .....	104
6. Conclusiones .....	107
Bibliografía .....	108

## CAPÍTULO IV

### DERECHO Y CONFLICTO: DISPUTAS POR TIERRAS DURANTE EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO NEOGRANADINO, 1810-1816

DAVID ERNESTO LLINÁS ALFARO

1. A guisa de introducción.....	111
2. Una teoría dinámica y microscópica del derecho .....	112
A) El derecho es, también, una estrategia social para vivir en paz.....	112
B) El derecho constitucional como un ‘espacio’ de ‘guerra ritual’.....	114
3. El régimen jurídico de tierras en el Estado Indiano .....	118
4. Exposición de los litigios sobre derechos y tierras después de 1810 .....	127
A) La facultad de litigar contra el poder abusivo .....	127
B) El caso de José Cabeza, Gabriel Fula y Jesús Reyes contra el corregidor Manuel Venegas.....	131

c) El caso de Ysabel Leyton, viuda y miserable, contra su hermano y contra un cura que le quisieron despojar de la tierra en que cifraba su subsistencia.....	133
a) A manera de introducción.....	133
b) La lucha de una mujer por los derechos sobre su tierra.....	134
c) Manuel López de la Castilla, un Ciriaco de Urtecho constitucional.....	141
5. Conclusión	
Bibliografía .....	150

## CAPÍTULO V

### LA DIMENSIÓN JURÍDICA DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN EL CASO DE LAS VÍCTIMAS DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO EN COLOMBIA

SONIA PATRICIA CORTÉS ZAMBRANO

1. Introducción.....	155
2. Poder discrecional de la Corte Constitucional en el Estado de Cosas Inconstitucional .....	158
3. Estado de Cosas Inconstitucional.....	159
4. Gravedad del fenómeno de desplazamiento en Colombia.....	161
5. El problema de la tierra en Colombia .....	162
6. El estatus de víctima de los desplazados en Colombia.....	164
7. Presupuestos que determinan el estado de cosas inconstitucional.....	165
A) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas.....	167
B) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos.....	168
C) Adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado.....	168
D) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos fundamentales .....	169
E) La existencia de un problema social cuya solución implica la intervención de varias entidades.....	169
F) Congestión Judicial si todas las personas afectadas por el mismo problema acuden a la acción de tutela.....	170
8. Relación entre presupuestos de Ausencia de Estado y Estado de Cosas Inconstitucional .....	170
9. El poder discrecional de la Corte Constitucional en el estado de Cosas Inconstitucional .....	172

## CONTENIDO

A) Las políticas públicas.....	172
B) Las Órdenes de la Corte Constitucional y el estado de cosas hoy.....	172
Bibliografía .....	174

## CAPÍTULO VI

### BINNENVERTREIBUNG ALS PROBLEM INNERSTAATLICHER KONFLIKTE

MAREN MÜLLER-MENZEL

1. Einleitung.....	177
2. Begriffsbestimmungen.....	178
A) Innerstaatliche Konflikte.....	178
a) Bewaffneter Konflikt, der keinen internationalen Charakter hat.....	179
b) Territorialer Anwendungsbereich .....	180
c) Ergebnis .....	180
B) Binnenvertreibung.....	181
a) Aufenthalt innerhalb nationaler Staatsgrenzen .....	181
b) Aus ihren Heimstätten oder dem Ort ihres gewöhnlichen Aufenthalts.....	181
c) Ursachen des Heimatverlassens .....	182
d) Zwangselement .....	182
3. Akteure im innerstaatlichen Konflikt.....	183
A) Staatliche Akteure.....	183
B) Nichtstaatliche Gewaltakteure.....	183
4. Rechtlicher Rahmen für Binnenvertriebene in innerstaatlichen Konflikten.....	184
A) Völkerrecht.....	184
a) Humanitäres Völkerrecht .....	184
b) Menschenrechte .....	186
c) Flüchtlingsrecht.....	187
d) Leitlinien betreffend Binnenvertreibung.....	188
e) Völkerrechtliche Bindung nichtstaatlicher Gewaltakteure.....	189
B) Nationales Recht.....	192
a) Leitlinien als ‘Werkzeug’ für den nationalen Gesetzgeber.....	193
b) Umfang der Umsetzung der Leitlinien in nationales Recht.....	193
c) Art und Weise der Umsetzung.....	194
d) Ergebnis .....	194
5. Fazit .....	195
Literaturverzeichnis.....	196

CAPÍTULO VII

DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN LOS PROCESOS DE  
PAZ: UNA MIRADA DESDE LA LEGALIDAD Y LA  
REALIDAD EN COLOMBIA

SANDRA LILIANA AVELLANEDA HERNÁNDEZ

1. Introducción.....	199
2. Antecedentes desde la legalidad .....	199
3. Acuerdo de paz de La Habana .....	202
A) La verdad .....	202
B) La justicia .....	202
C) Reparación .....	203
a) Actos tempranos de reconocimiento de responsabilidad colectiva.....	204
b) Acciones concretas de contribución a la reparación.....	204
c) Reparación colectiva en el fin del conflicto.....	204
4. Antecedentes desde la realidad.....	207
5. Conclusiones .....	212
Bibliografía .....	213

CAPÍTULO VIII

AMPLIANDO EL ALCANCE DE PAZ TERRITORIAL: UN  
ANÁLISIS CENTRADO EN LA PERSPECTIVA DE LAS  
VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL

SUSANN ABOUELDAHAB

1. Introducción.....	215
2. Metodología.....	216
3. Violencia sexual como arma de guerra.....	217
4. Violencia sexual y el control del territorio.....	221
5. Violencia sexual como estrategia del despojo y el desplazamiento forzado .....	224
6. La ‘interrelación de violencias’ .....	228
7. Buscando respuestas adecuadas en el marco de la justicia transicional .....	231
8. Conclusiones .....	236
Bibliografía .....	238

CONTENIDO

CAPÍTULO IX

PAZ AMBIENTAL, CONFLICTOS TERRITORIALES Y  
MINERÍA ILEGAL EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL  
ACUERDO DE PAZ

NATALIA RUIZ MORATO

1. Introducción.....	243
2. Desarrollo agrario integral, daños ambientales del conflicto armado y conflicto por la tierra.....	244
3. ¿Por qué la minería de oro es crucial para la implementación del Acuerdo de paz? .....	247
4. La incapacidad institucional en Colombia en el postconflicto como fuente de nuevas criminalidades y violencias en el sector de la minería de oro.....	250
5. Violencias y nuevas criminalidades alrededor de la minería aurífera en el posconflicto.....	255
6. La injusticia multidimensional que permea el modelo minero aurífero en Colombia.....	264
7. Consideraciones finales para la implementación del acuerdo de paz en materia de paz ambiental.....	270
Bibliografía .....	272

CAPÍTULO X

REPARACIÓN DESAFÍOS Y POSIBILIDADES EN LOS  
ACUERDOS DE LA HABANA

LEONARDO ZHER SANDOVAL

1. Introducción.....	277
2. Desafíos para la reparación.....	279
3. Justicia transicional: aproximación y contexto colombiano .....	284
A) Contexto.....	284
B) Reparación y Justicia Transicional .....	286
C) Asegurar la integralidad del Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición .....	289
D) El Propósito: reparar de manera integral.....	292
E) Reparación y Jurisdicción especial para la Paz.....	293
4. Conclusiones: reparar para reconciliarse y construir la paz.....	295
Bibliografía .....	297

CAPÍTULO XI

EL ACCESO PROGRESIVO  
A LA PROPIEDAD DE LA TIERRA

DIANA CAROLINA SANABRIA RAMÍREZ

1. Introducción.....	299
2. El derecho al acceso progresivo a la propiedad de la tierra.....	300
A) Carácter de derecho fundamental.....	300
B) Ámbito de protección.....	303
C) Injerencia y justificación de injerencia.....	305
3. El acceso progresivo a la propiedad de la tierra como condición de paz.....	307
4. Comentario final.....	310
Bibliografía.....	312

CAPÍTULO XII

DERECHO A LA PROPIEDAD EN EL PROCESO DE PAZ  
EN COLOMBIA: APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN  
JURÍDICO DE BALDÍOS, FRENTE A LOS ACUERDOS DE  
PAZ CON LAS FARC: UN ANÁLISIS PROSPECTIVO

RICARDO DURÁN VINAZCO

1. Introducción.....	315
2. Breves consideraciones frente al Acuerdo de paz, la política pública en colombia en materia de baldíos.....	316
3. El derecho real de propiedad.....	320
4. Problemática entre prescripción y ocupacion y relación con la falta de censo de los baldíos.....	324
5. Conclusiones.....	328
Bibliografía.....	329

CAPÍTULO XIII

LA SOCIALIZACIÓN DEL SUELO EN ALEMANIA: UNA  
DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL SIMBÓLICA

MERLE MONIKA WELK

1. Introducción.....	333
2. Artículo 15 de la Ley Fundamental de Alemania – un cuerpo constitucional extraño como parte integrante de la Ley Fundamental.....	333

## CONTENIDO

3. El punto de partida de motivación política del artículo 15 de la Ley Fundamental.....	335
A) La motivación política-jurídica del artículo 15 de la Ley Fundamental .....	335
B) El objetivo político, consagrado en el artículo 15 de la Ley Fundamental .....	336
C) La norma del símbolo del artículo 15 de la Ley Fundamental en la jurisprudencia nacional .....	338
4. La aplicación del artículo 15 de la Ley Fundamental.....	339
A) Transferencia a la propiedad socializada u otras formas de la economía socializada con fines de socialización .....	339
a) Economía socializada.....	339
b) Propiedad socializada .....	340
c) Otras formas de la economía comunitaria.....	340
d) Con fines de socialización: el requisito de los motivos económicos comunitarios .....	341
B) Los objetos aptos para la socialización .....	341
a) La tierra .....	341
b) Recursos naturales .....	342
c) Medios de producción .....	342
C) La aplicación de la autorización .....	342
D) Compensación por la socialización.....	343
5. Relación con el artículo 14 de la Ley Fundamental así como aspectos de derecho comunitario e internacional .....	343
6. Artículo 15 de la Ley Fundamental como base para una reforma agraria: la socialización de la tierra.....	344
7. Conclusión.....	346
Bibliografía .....	347



## INTRODUCCIÓN

El presente libro *Paz territorial y tierras, Una mirada crítica frente a los Acuerdos de La Habana*, es una publicación científica e investigativa que se ha elaborado con base en las inspiraciones logradas en el evento con (casi) el mismo nombre, desarrollado por iniciativa de Prof. Dr. JOSÉ MARTÍNEZ en la Georg August Universität Göttingen en Alemania de 11 a 14 de octubre del año 2017, en la cooperación tridimensional de la misma con el grupo de investigación *CC - Constitucionalismo Comparado* de la Universidad Nacional de Colombia y la Universidad Santo Tomás, como alianza estratégica en el marco de la consolidación investigativa del consorcio inter-universitario y binacional denominado *Instituto Colombo-Alemán para la Paz* (CAPAZ). El evento señalado contó con la participación de 15 académicos e investigadores de ambos países comprometidos con los estudios de la paz, el derecho público, las tierras y la propiedad en Colombia y en Europa; el objetivo del mismo era analizar en perspectiva comparada los alcances y limitaciones del *Acuerdo de paz*<sup>1</sup> alcanzado entre el Gobierno colombiano y el grupo guerrillero *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército Popular* (FARC-EP) el 24 de noviembre de 2016 que pretende terminar el largo conflicto armado colombiano de los últimos 67 años (desde 1949).



**Img. 1:** Los ponentes del seminario *Paz territorial y propiedad*, realizado de 11 a 14 de octubre de 2017 en la Universidad de Gotinga en Alemania<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* de 24.11.2016, ed. por OFICINA DE ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ, <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf> (28.2.2018).

<sup>2</sup> Foto: autor desconocido, cámara de BERND MARQUARDT.

En Colombia, la paz es considerada la gran temática transversal del presente; sin embargo, los autores del libro actual no adoptan simplemente una moda, sino que su intención se precisa en analizar profunda, comparada e interdisciplinariamente lo acordado y lo desarrollado en los términos de la paz territorial –un concepto de la tradición alemana que señala el monopolio de la violencia legítima del Estado moderno en su territorio–, de la pazología –que parte del sistema de valores de la paz positiva– y del régimen de tierras –un tema central de la violencia política de los últimos 67 años–. En ese sentido, se estudian las relaciones e interdependencias entre lo pactado, el marco jurídico, la realidad socio-política y los impactos agro-ambientales, para evaluar las oportunidades y riesgos de la consolidación de la paz ante una amenaza persistente de volver a la antigua cultura de la violencia.



**Img. 2:** Los participantes BERND MARQUARDT, NATALIA RUIZ, JOSÉ MARTÍNEZ, MARIELA SÁNCHEZ y DAVID LLINÁS en el seminario *Paz territorial y propiedad*, realizado de 11 a 14 de octubre de 2017 en la Universidad de Gotinga en Alemania<sup>3</sup>

El equipo de trabajo considera importante abordar, desde una perspectiva crítica, los logros, proyecciones, dificultades y vacíos encontrados durante el encuentro de saberes, respecto al *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, específicamente en el estudio analítico y comparativo del punto 1° *Hacia un nuevo campo colombiano: reforma rural integral*. Tal análisis busca dar un vuelco paradigmático y epistemológico sobre la forma de abordar el tema de la paz, pasando de la mera reducción de *paz es no guerra*, a *paz es el reflejo de las virtudes y los valores positivos* de una sociedad, que construye una cultura a través de acciones concretas, armonizadas y dinámicas. En palabras del ex Secretario General de las Naciones Unidas KOFI ANNAN (1997-2006), “la verdadera paz es más que la ausencia de la guerra. Es un fenómeno que abarca el desarrollo económico y la justicia social. Significa la salva-

<sup>3</sup> Foto: autor desconocido, cámara de BERND MARQUARDT.

guardia del ambiente mundial [...] democracia, diversidad, dignidad, respeto de los derechos humanos y del Estado de derecho”<sup>4</sup>.

El primer capítulo, dedicado a la *Paz territorial y propiedad agraria, Desarrollos y perspectivas colombianas en el contexto latinoamericano*, el constitucionalista y comparativista BERND MARQUARDT, director del centro de investigación *CC - Constitucionalismo Comparado*, analiza la relación compleja entre la paz territorial y la propiedad rural de Colombia, en lo que compara dicha relación tanto en términos de tiempo como de espacio. El autor analiza de manera detallada, en forma de ocho subcapítulos, el conflicto colombiano y la pacificación actual, con un enfoque en las implicaciones del régimen de tierras agrarias, teniendo en cuenta el desarrollo histórico del derecho agrario. El autor discute el *Acuerdo de paz* de 2016 en cuanto a sus fortalezas, sus debilidades y sus perspectivas hacia el futuro. Igualmente, al final del capítulo, quiere dejar planteadas tareas abiertas y el potencial de mejoramiento que tiene el país en pro de un desarrollo de la paz social, judicial y cultural.

En el segundo apartado de la presente edición, la pazóloga MARIELA SÁNCHEZ CARDONA, en su artículo *La paz territorial más allá del acuerdo de La Habana*, pretende hacer un breve recorrido por el problema de la tierra en Colombia, donde se enfatiza en la importancia de empezar a mirar las iniciativas colectivas que se han desarrollado como forma de hacer las paces en los diferentes departamentos del país. Se precisa igualmente como, desde la perspectiva de la *Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica*, se puede contribuir a la investigación de la paz desde un enfoque territorial en Colombia.

Subsiguientemente, JOSÉ MARTÍNEZ, director del Instituto de Derecho Agrario de la Universidad de Gotinga en Alemania y co-fundador del *Instituto Colombo-Alemán para la Paz* (CAPAZ), en su estudio *Paz territorial y propiedad, Experiencias alemanas y europeas*, presenta un ejemplo del derecho comparado para poder contextualizar los desarrollos colombianos. En particular, el autor enfatiza en las diferentes reformas agrarias en la historia del derecho de Alemania. El texto aborda las causas y consecuencias de las reformas liberales, sociales y neoliberales de los últimos dos siglos, incluyendo la revocación parcial de la reforma socialista en Alemania oriental desde 1989. Posteriormente, discute las interdependencias entre el camino alemán y el derecho europeo.

En el cuarto texto, denominado *Derecho y Conflicto, Disputas por tierras durante el primer constitucionalismo neogranadino, 1810-1816*, el constitucionalista e historiador del derecho DAVID ERNESTO LLINÁS ALFARO analiza, en primer lugar, las relaciones generales entre el derecho, la paz y la violencia. En segundo lugar, reconstruye el régimen jurídico de tierras en el Estado Indiano de los siglos XVI-1810. Tercero, con base en estudios de fuentes primarias del Archivo General de la Nación, expone algunos litigios

---

<sup>4</sup> *Mensaje del Secretario General de las Naciones Unidas Kofi A. Annan, Pronunciamiento del Año Internacional de la Cultura de Paz*, París, 14.9.1999, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derbum/cont/39/pr/pr28.pdf> (28.2.2018).

sobre derechos y tierras en el marco de la revolución constitucional de 1810, por ejemplo el caso de Ysabel Leyton, es decir, la lucha de una mujer por los derechos sobre su tierra.

El quinto texto, dedicado al tema de *La dimensión jurídica del estado de cosas inconstitucional en el caso de las víctimas del desplazamiento forzado en Colombia*, SONIA PATRICIA CORTÉS ZAMBRANO quiere presentar un análisis del desplazamiento forzado como realidad del Estado colombiano y consecuencia del problema de la tierra, poniendo de manifiesto la precariedad del ejercicio del poder, en cuanto al cumplimiento de los fines del Estado y la materialización o realización efectiva de los Derechos Humanos en Colombia. Asimismo, plantea como la Corte Constitucional en sus declaraciones de estado de cosas inconstitucional, visibiliza el problema de las víctimas por desplazamiento forzado.

En sexto lugar, MAREN MÜLLER-MENZEL examina la *Desplazamiento interno como problema de conflictos armados del interior estatal*, teniendo en cuenta tanto el derecho internacional público en sus dimensiones humanitarias e iushumanas como las normas nacionales de Colombia. El artículo está publicado en alemán para subrayar la apertura de la ciencia jurídica colombiana hacia los grandes idiomas investigativos del espectro internacional.

El séptimo artículo, desarrollado por SANDRA LILIANA AVELLANEDA HERNÁNDEZ, expone el tema de *Derechos de las víctimas en los procesos de paz* para efectuar *Una mirada desde la legalidad y la realidad en Colombia*. Centra la perspectiva desde la legislación nacional e internacional acerca de los derechos de las víctimas en el Estado colombiano, particularmente en lo plasmado en el *Acuerdo de Paz de La Habana* de 2016. Se hace un análisis a los componentes jurídicos, tomando como base los testimonios narrados durante un encuentro en la ciudad de Tunja, Boyacá con víctimas del conflicto armado.

Posteriormente, en el artículo octavo titulado: *Ampliando el alcance de paz territorial, Un análisis centrado en la perspectiva de las víctimas de violencia sexual*, SUSANN ABOU-ELDAHAB analiza el uso de la violencia sexual como arma de guerra y su interdependencia con otros patrones que surgen frecuentemente en conflictos armados. Examina el conjunto de estos fenómenos, demuestra las superposiciones respecto al despojo de tierras y al desplazamiento forzado los cuales los vincula a las dificultades subsecuentes de conseguir títulos de tierras.

Consecutivamente, en el siguiente apartado, la doctora NATALIA RUIZ MORATO desarrolla el tema de la *Paz ambiental* en cuanto a la relación entre *Conflictos territoriales y minería ilegal en la implementación del Acuerdo de paz*. Con base en los *Estudios Críticos de Derecho* y la *Teoría socio-cultural y transnacional del Derecho público*, la autora intenta demostrar la falta de sostenibilidad de las políticas económicas de Colombia que se mani-

fiestan en el fenómeno extenso de la minería aurífera ilegal, en particular en las zonas periféricas. El *Acuerdo de Paz* entre la guerrilla FARC y el gobierno, firmado en el año 2016, tampoco pone a disposición las herramientas para prevenir las nuevas criminalidades que resultan de la injusticia multidimensional.

En el capítulo décimo, LEONARDO ZHER SANDOVAL, a través de su texto *Reparación desafíos y posibilidades en los acuerdos de La Habana*, plantea la importancia que ocupa el en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz, la reparación de las víctimas, como propósito y proceso hacia la reconciliación y la convivencia para la consecución de una paz estable y duradera.

En el siguiente artículo, titulado *El acceso progresivo a la propiedad de la tierra*, la autora DIANA CAROLINA SANABRIA trata el derecho al acceso progresivo a la propiedad de la tierra según el artículo 64 de la *Constitución Política* de Colombia de 1991 como parte importante del *Acuerdo de Paz* de 2016 entre el Gobierno Nacional y la guerrilla FARC-EP. En el mismo, se aborda el carácter de derecho fundamental de dicho principio, su ámbito de protección, así como la injerencia o afectación de la esfera de protección y su justificación.

Subsiguientemente, en el capítulo *Derecho a la propiedad en el proceso de paz en Colombia: Aproximación al régimen jurídico de Baldíos frente a los acuerdos de paz con las FARC: Un análisis prospectivo*, RICARDO DURÁN VINAZCO, efectúa un breve análisis en el marco de los *Acuerdos de La Habana*, sobre el problema de la falta de censo de los terrenos baldíos, para la conformación del Fondo de Tierras en desarrollo del Acuerdo con las FARC, en relación con el modo especial que la ley ha previsto para adquirir el dominio sobre ese tipo de bienes por los particulares.

En el último apartado, MERLE MONIKA WELK se dedica de modo comparativista al tema de *Socialización del suelo en Alemania*, detectando *Una disposición constitucional simbólica*. Inspirado por la demanda socialista de una socialización de la riqueza natural que surgió en el siglo XIX y que persistió hasta el siglo XX, la *Ley Fundamental* alemana de 1949 permite la socialización de las tierras, de los recursos naturales y de los medios de producción, y proporciona así una base hipotética para una eventual reforma agraria. Sin embargo, nunca fue aplicada y parece innecesaria para este país, debido al desarrollo estructural agrario alemán.

*Autores y autoras*

Dipl.-Jur. Susann Aboueldahab

Doctoranda e investigadora del *Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano* (CEDPAL) de la Universidad de Gotinga en Alemania y del *Instituto Colombo-Alemán para la Paz* (CAPAZ). Maestría en Derecho (Diplomjuristin).

Correo electrónico: susann.aboueldahab@jura.uni-goettingen.de

Prof. Mg. Sandra Liliana Avellaneda

Docente de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja y en la Escuela de Policía Rafael Reyes de Santa Rosa de Viterbo, Boyacá. Magister en Derecho Penal Internacional de la Universidad de Granada en España (2014) y en Derechos Humanos de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia en Tunja (2011). Especialista en Pedagogía de los Derechos Humanos de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia en Tunja (2009) y en Instituciones Jurídico Procesales de la Universidad Nacional de Colombia (2007). Abogada egresada de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja (2005). Es autora de los artículos: *La responsabilidad del superior en la fuerza pública: un estudio en la legislación penal y disciplinaria en Colombia* (2016), *La dignidad humana, Un derecho incierto en algunas situaciones de conflicto* (2016) y *Discriminación laboral y género, Un estudio en el sector oficial de Duitama* (2010).

Correo electrónico: sandra.avellaneda@usantoto.edu.co.

Prof. Mg. Sonia Patricia Cortés Zambrano

Decana y docente investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, sede Villavicencio. Candidata a Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Derecho Público de las Universidades Santo Tomás y Universidad de Constanza en Alemania (2010). Especialista en Derecho Constitucional y Derecho Parlamentario de las Universidades Externado de Colombia y Autonomía de Madrid en España (2006). Abogada de la Universidad Santo Tomás (2002). Consultora en Planificación y Gobierno, diseño y gestión de políticas públicas, planeación y gestión estratégica para el desarrollo en el marco de los Derechos Humanos. Conjuez Tribunal Contencioso Administrativo del Meta. Autora de artículos de investigación: *La dimensión Jurídica del estado de cosas inconstitucional en el caso de las víctimas del desplazamiento forzado en Colombia* (2016), *Derechos humanos en las políticas de paz y posconflicto en Colombia* (2016), *La globalización económica y los derechos humanos* (2014), *Gobernabilidad y constitucionalismo, Presidencialismo colombiano* (2013), *El poder discrecional de la corte constitucional en el estado de cosas inconstitucional* (2012), entre otros.

Correo electrónico: soniacortes@usantotomas.edu.co

Prof. Mg. Ricardo Durán Vinazco

Profesor e investigador del *Centro de Investigaciones Francisco Vitoria –CIFRAVI–*, línea Derecho Privado, de la Universidad Santo Tomás, sede Bogotá. Candidato a Doctor y maestría de la Universidad Nacional de Colombia (2010). Especialista en Derecho comercial de la Universidad de los Andes (1993) y en Derecho procesal de la Universidad del Rosario (1991). Abogado de la Universidad Santo Tomás (1988). Autor de artículos científicos sobre: *Reflexiones sobre derecho y transferencias electrónicas de fondos en Colombia* (2016), *Lex mercatoria y pluralismo jurídico* (2012), *Pago con transferencia electrónica* (2012), *Régimen financiero y leasing internacional* (2011).

Correo electrónico: riduvina@hotmail.com.

## INTRODUCCIÓN

Prof. Mg. David Ernesto Llinás Alfaro

Profesor de teoría e historia constitucional, derecho constitucional colombiano y sistemas jurídicos en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Investigador del grupo de investigación *CC - Constitucionalismo Comparado* (categoría A 1) en la misma Universidad, donde dirige la línea de investigación número 2, *El Estado moderno: teoría e historia*. Ha sido profesor de derecho administrativo en la Universidad del Magdalena. Candidato a doctor en derecho de la Universidad Nacional, magíster en derecho (2012), especialista en derecho administrativo (2010) y abogado de la misma Universidad (2007). Abogado litigante. Se ha desempeñado como consultor del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en el Departamento Nacional de Planeación. Es autor del libro *Estado Indiano, Estado Responsable* (2013) y de artículos de investigación sobre *Constitucionalismo temprano* (2018), *La paz o la guerra mediante el Derecho* (2016), *Recurso de agravios colonial en el Estado constitucional de Cundinamarca, 1814* (2016), *¿Derecho público multinacional y anti-constitucional?* (2015), *Anti-constitucionalismo y dictadura soberana* (2013), *Proto-constitucionalismo indiano* (2012) y coautor de *La transformación del concepto de ciudadanía dentro del paradigma bipolar weberiano* (2015).

Correo electrónico: davidllinas@yahoo.es

Prof. Dr. Bernd Marquardt

Profesor titular en derecho constitucional e historia del derecho la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá (desde 2006). Es fundador y director del grupo de investigación *CC - Constitucionalismo Comparado* (categoría A 1) e *investigador señor* en *Colciencias*. Doctorado *summa cum laude* en derecho (1999), estudios postdoctorales (2000), *segundo doctorado superior* (la *Habilitation* centroeuropea, 2003) de la Universidad de Sankt Gallen en Suiza. Magister en derecho (*Erstes Juristisches Staatsexamen*, 1995) de la Universidad de Gotinga en la República Federal Alemana. Ha enseñado, entre otros, en los programas de doctorado y maestría de las Universidades de Sankt Gallen en Suiza, Linz en Austria, Autónoma en Saltillo en México, Libre y Santo Tomás en Bogotá, de Medellín, Surcolombiana en Neiva. Es experto en derecho constitucional, historia y teoría constitucional, teoría del estado, historia del derecho y derecho ambiental. Es director de la revista *Pensamiento Jurídico*. Tiene actualmente 187 publicaciones, con 24 libros completos, incluyendo los dos tomos de la *Teoría integral del Estado* (2018), *Ius contra bellum* (2017), *Historia constitucional comparada de Iberoamérica* (2016), *Derechos humanos y fundamentales, Una historia del Derecho* (2015) y *La historia del Estado moderno en Asia y África del Norte* (2014).

Correo electrónico: b.marquardt@gmx.ch

Prof. Dr. José Martínez

Profesor de derecho público y agrario, director del Instituto de Derecho Agrario, director de la sección de Derecho comparado del Instituto de Derecho Público y De-

cano académico de la Facultad de Derecho, todos en la Universidad de Gotinga en Alemania. Doctorado *summa cum laude* en derecho (1995) y *segundo doctorado superior* (la *Habilitation* centroeuropea, 2004) de la Universidad de Gotinga. Magister en derecho (*Erstes Juristisches Staatsexamen*, 1992) de la misma Universidad y Licenciado en Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Madrid, España. Ha enseñado, entre otros, en las Universidades de Constanza, Dresde (TU), Fráncfort del Meno, Nanjing (China), Potsdam y Santo Tomás en Bogotá. Es co-fundador del *Instituto Colombo-Alemán para la Paz* (CAPAZ). Experto en derecho agrario, derecho constitucional, derecho administrativo, y derecho comparado. Autor de los libros: *Das Recht der Europäischen Raumordnung* (en prensa) y *Die Garantie des Rechtsschutzes gegen die öffentliche Gewalt in Spanien* (1997), editor de 14 libros, entre ellos *Landwirtschaft in einer modernen Gesellschaft* (2016) y *Agrarrecht - Querschnittskommentar* (2016), de igual forma, de más de 80 artículos científicos, por ejemplo, sobre *Desafíos para el Estado de Derecho* (2017), *Transparencia administrativa en el ámbito de las subvenciones agrícolas* (2016), *Indirect discrimination in family farms in Germany* (2014).

Correo electrónico: iflr@jura.uni-goettingen.de

Dipl.-Jur. Maren Müller Menzel

Doctoranda y asistente científica y del Instituto de Derecho Agrario de la Universidad de Gotinga en Alemania. Maestría en Derecho (Diplomjuristin) de la misma Universidad.

Correo electrónico: maren.mueller-menzel@jura.uni-goettingen.de

Prof. Dra. Natalia Ruíz Morato

Investigadora del grupo de investigación *CC - Constitucionalismo Comparado* (categoría A 1) de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá, donde dirige la línea de investigación número 7 *La constitucionalización del sistema internacional y de las culturas no occidentales*. Catedrática en varias Universidades colombianas. Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia (2015). *Master of Arts in International Development* de Korea University (2008), Especialista en Derecho Económico (2005) y Abogada de la Universidad Nacional de Colombia (2004). Se ha desempeñado como consultora de entidades públicas y privadas en temas de Desarrollo y Derecho. Es autora de los artículos de investigación: *Desarrollo para la paz, Superando la violencia multidimensional y genocidio ambiental* (2016), *El derecho al desarrollo y su necesidad de incorporación en el sistema jurídico colombiano* (2015), *Encuentros y desencuentros de un pluralismo jurídico en Colombia* (2015), *El dilema internacional sobre los refugiados de Corea del Norte* (2013), *El modelo chino de la estatalidad de derecho* (2012), entre otros.

Correo electrónico: ruiznatalia@gmail.com

## INTRODUCCIÓN

Mg. Diana Carolina Sanabria Ramírez

Doctoranda en derecho público y *Legum Magister* de la Universidad de Constanza en Alemania. Auxiliar de cátedra en la misma Universidad. Abogada de la Universidad Santo Tomás. Becaria del *Servicio Alemán de Intercambio Académico* (DAAD).

Correo electrónico: dianasanabria23@hotmail.com

Prof. Dra. Mariela Sánchez Cardona

Investigadora del grupo de investigación *CC - Constitucionalismo Comparado* (categoría A 1) de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá, donde dirige la línea de investigación número 5 *Constitucionalismo y Paz* (*Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica*). Profesora en varias Universidades colombianas, actualmente por ejemplo en la Maestría de reconciliación y convivencia de la Universidad Santo Tomás, sede Bucaramanga, en la Maestría de Derecho público de la Universidad Surcolombiana en Neiva, en los postgrados de la Universidad del Norte en Barranquilla y en la Escuela de Posgrados de la Policía nacional en Bogotá. *Doctorado en Estudios de Paz Conflicto y Desarrollo* de la Universidad Jaume I, Castellón, España (2012). *International Master in Peace, Conflict and Development Studies* de la misma universidad (2007). Psicóloga de la Universidad San Buenaventura, Medellín (1989). Es autora del libro *Educación para la cultura de paz, Una aproximación psicopedagógica* (2016) y de los artículos *La escuela sociocultural de la paz pedagógica en Colombia* (2017), *La sostenibilidad de la paz en Colombia: voces y pensamientos de las juventudes* (2017), *Falsos paradigmas para la paz en Colombia* (2016) *Potencialidades de las generaciones jóvenes en el fortalecimiento del derecho humano a la paz* (2015), *El papel de la Universidad en la deconstrucción de la violencia cultural: Aportes de las ciencias jurídicas* (2015), *El valor de la Paz en la formación jurídica* (2013), *Problemáticas socioculturales en la realización de la paz en Colombia* (2012), *Empoderamiento y responsabilidad de la Cultura para la Paz a través de la educación* (2012), entre otros.

Correo electrónico: marielainesanchez@hotmail.com

Dipl.-Jur. Merle Monika Welk

Doctoranda y asistente científica del Instituto de Derecho Agrario de la Universidad de Gotinga en Alemania. Maestría en Derecho (Diplomjuristin) de la misma Universidad.

Correo electrónico: merle.welk@jura.uni-goettingen.de

Prof. Mg. Leonardo Zher Sandoval

Docente universitario, coordinador del Instituto de Victimología de la Universidad Santo Tomás, seccional Bucaramanga. Profesional en Derecho con estudio de Maestría en Derecho con énfasis en empresarial y contractual. Asesor y consultor en temas relacionados con la promoción y reconocimiento de los derechos humanos, el

derecho internacional humanitario, los derechos de las víctimas, la reconciliación y la convivencia.

Correo electrónico: zherk17@hotmail.com

Todos los 13 artículos fueron revisados por el equipo de evaluación y edición del comité científico del grupo de investigación *CC - Constitucionalismo Comparado*. En cuanto al acompañamiento de la elaboración de la presente edición, el Prof. Dr. BERND MARQUARDT, el Prof. Dr. JOSÉ MARTÍNEZ y la Prof. Dra. MARIELA SÁNCHEZ CARDONA quieren expresar su agradecimiento al asistente administrativo de *CC - Constitucionalismo Comparado* JUAN DANIEL FORERO MORA. Por otro lado, es fundamental destacar la colaboración de NATALLY DUARTE HINCAPIÉ, LAYNIKER NAGITH PEÑA MUÑOZ, SONIA LORENA RUSSI, JHON MARIO MONTENGRO y ALFREDO ROSERO VERA, quienes han participado en la corrección de estilo. De igual forma, expresamos nuestro profundo reconocimiento y aprecio a las universidades participantes en la alianza estratégica e investigativa del *Instituto Colombo-Alemán para la Paz* (CAPAZ). En relación con el proceso editorial, dirigimos nuestro agradecimiento especial al editor GUSTAVO IBÁÑEZ por su valioso y excelente trabajo.

Bogotá, 5 de febrero de 2018

Prof. Dr. BERND MARQUARDT  
Director del grupo de investigación  
*CC-Constitucionalismo Comparado*  
Facultad de Derecho, Ciencias  
Políticas y Sociales de la  
Universidad Nacional de Colombia,  
sede Bogotá

Prof. Dr. JOSÉ MARTÍNEZ  
Director del *Instituto de Derecho Agrario*  
y de la *Sección de Derecho comparado del*  
*Instituto de Derecho Público*  
Juristische Fakultät  
Georg-August-Universität Göttingen,  
Alemania

Prof. Dra. MARIELA SÁNCHEZ CARDONA  
Líder de la línea de investigación  
*Constitucionalismo y Paz*  
(*Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica*)  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y  
Sociales de la  
Universidad Nacional de Colombia,  
sede Bogotá

## CAPÍTULO IV

# DERECHO Y CONFLICTO

## DISPUTAS POR TIERRAS DURANTE EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO NEOGRANADINO, 1810-1816

DAVID ERNESTO LLINÁS ALFARO<sup>1</sup>

### 1. A GUIA DE INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es simple: mostrar unos cortos e interesantes litigios elevados por la gente miserable en contra del abuso del poder. La idea, a partir de las fuentes primarias, es observar cómo el derecho pudo instrumentalizarse de forma constitucional en épocas en las que apenas existía una constitución, y no había, sobre todo entre las clases subalternas y populares, una idea clara de constitución (mucho menos una teoría constitucional). En otras palabras, quiere exponerse, a través de varios litigios que se encuentran en el Archivo General de la Nación, los mecanismos *microscópicos* a través de los cuales el derecho se enfrenta contra el poder.

Adicionalmente, los casos que se expondrán en el artículo tienen el común denominador de versar, directa o indirectamente, sobre problemáticas de posesión y dominio sobre tierras en los que median aspectos como el abuso de autoridades locales, o bien de personas que no ejercían poder institucional pero que lo utilizaron para profundizar la desigualdad social, o el lucro particular con perjuicio de la gente indefensa. También tienen en común el hecho de que la gente débil acudió a los tribunales para defender sus derechos, o lo que es lo mismo para los efectos de este artículo, sus *únicos y cortos* medios de subsistencia.

En ese orden de ideas, el orden expositivo que se seguirá es el siguiente: en primer lugar se harán breves referencias a la *teoría dinámica y microscópica del derecho*, que sirve como marco teórico para hablar después sobre la forma en que se instrumentalizó el medio jurídico en función de la *lucha por los derechos* de la gente desposeída; en segundo

---

<sup>1</sup> A JOSÉ DAVID, prospecto de astronauta, físico teórico, crack de fútbol, y sobre todo, de buen ser humano.

lugar, se harán unas referencias al régimen jurídico de las tierras existente en el momento en que se presentaron las revoluciones junteras en Hispanoamérica, que todavía fue utilizado por las pequeñas repúblicas de facto que surgieron después de 1810; en tercer lugar, se hará una breve exposición de aquellos litigios, acaecidos en lo que hoy es el departamento de Cundinamarca, en Colombia, que entonces era el Virreinato de la Nueva Granada, y después de 1810-1811, el Estado de Cundinamarca; y finalmente, se expondrán unas conclusiones.

Resulta, sin embargo, necesario hacer una última aclaración relativa a la estructura de este artículo. En la Universidad de Gotinga se expuso, por la generosidad de la misma Universidad, de su Facultad de Derecho y del Instituto de Derecho Agrario, dirigido por el Prof. Dr. JOSÉ MARTÍNEZ, el contenido de un artículo que fue publicado previamente en el marco del grupo de investigación *CC - Constitucionalismo Comparado*, de la Universidad Nacional de Colombia, que se tituló “la paz o la guerra mediante el derecho, o de cómo el derecho es una herramienta para construir paz”<sup>2</sup>. El presente documento guarda una relación íntima y directa con ese artículo, pero tiene también grandes diferencias, en la medida que (i) no se acude solamente al mismo caso (litigio) para corroborar la hipótesis, y (ii) en esta ocasión el enfoque académico es el conflicto sobre las tierras y su eventual solución mediante la instrumentalización del derecho, y de los derechos, por parte de quienes por su condición social están desamparados. El marco histórico de la investigación es, no obstante, el mismo: 1810-1816.

## 2. UNA TEORÍA DINÁMICA Y MICROSCÓPICA DEL DERECHO

### A) EL DERECHO ES, TAMBIÉN, UNA ESTRATEGIA SOCIAL PARA VIVIR EN PAZ

El derecho es, también, una estrategia social para vivir en paz; reemplaza la guerra, o la institucionaliza, pues en lugar de la beligerancia con las armas se instaura un proceso, sometido a reglas, términos, y sentencias. El derecho pasa a ser así un *campo de batalla*, y las tácticas de la guerra, la estrategia en sí misma, se transforma en litigio, argumentación y, muchas veces, en retórica. El derecho es, entonces, una “guerra reglamentada”, una “guerra ritual”. Esta es la tesis planteada por el jurista peruano FERNANDO DE TRAZEGNÍES GRANDA en *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor*, un bonito libro que recoge un caso ordinario, y al mismo tiempo, extraordinario, sucedido en las postrimerías del Perú virreinal, en el año de 1782, apenas dos años después de la sublevación comandada por JOSÉ GABRIEL CONDORCANQUI, conocido por la historia como TÚPAC AMARU II.

---

<sup>2</sup> DAVID E. LLINÁS ALFARO, “La paz o la guerra mediante el derecho, o de cómo el derecho es una herramienta para construir paz”, en BERND MARQUARDT (Ed.), *Paz a través del Derecho y de la Constitución, Anuario VI de CC – Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2016, págs. 119-140.

Era un caso ordinario porque, como el mismo autor lo menciona en la introducción a su texto, en la época en que transcurre y hasta tres décadas después, era bastante común que los esclavos acudieran a la vía judicial para, si no conseguir la libertad, al menos mermar las condiciones de su cautiverio y su cosificación, solicitando a los jueces que fueran vendidos a otros dueños porque se veían duramente maltratados por sus actuales propietarios<sup>3</sup>. Pero extraordinario también, porque el objetivo del protagonista del libro —o mejor, de aquel caso—, un español pobre y venido a menos, era pedirle al juez la libertad de una esclava mulata, porque “se da el caso, Su Señoría, que ésta esclava es mi mujer”:

“Que con motivo de este Matrimonio me he hallado constituído en la obligación de vivir con mi Mujer sujetándome a la misma Esclavitud de ésta, pero conociendo yo lo gravoso de esto, mayormente a un hombre que por su naturaleza es libre y nació con ese privilegio, determiné separarme por algún tiempo y sujetarme a las miserias del Cerro Minero de Hualgayoc a fin de solicitar el Valor de dicha mi Mujer; así me he mantenido trabajando con las mayores indigencias que son decibles, sólo a fin de conseguir la libertad de mi Mujer y, por consiguiente, la mía”<sup>4</sup>.

El caso de CIRIACO DE URTECHO, y su litigio para levantar el peso de la esclavitud que recae sobre su esposa, le va a servir al autor para postular que el derecho no es un simple instrumento de opresión de una clase social sobre otra, sino un lugar, un “espacio” en el que suceden cosas, y como tal, no es el resultado del poder sino una de las etapas en las que se forma y se cuestiona el poder<sup>5</sup>. No es tampoco —o por lo menos no únicamente—, un mecanismo de manutención del *statu quo* de las relaciones sociales de producción por la simple y llana razón de que si el derecho fuera solo eso, no habría sido posible siquiera solicitar la supresión de la esclavitud de una persona —y menos ganar la demanda<sup>6</sup>—, siendo la esclavitud una parte esencial dentro del andamiaje productivo y dentro de la división social del trabajo en aquella época, en la cual, además, no existía la misma noción que existe ahora sobre la propiedad privada de un medio de producción (aunque un esclavo es precisamente eso, una cosa, un bien privado; un ser humano disminuido)<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> FERNANDO DE TRAZEGNÍES GRANDA, *Ciriaco de Urtecho, Litigante por amor*, 3ª ed., Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, pág. 13. Es una verdadera lástima que, en aras de la lectura fácil, el autor haya actualizado la ortografía y sintaxis de las fuentes primarias.

<sup>4</sup> TRAZEGNÍES, *Ciriaco de Urtecho, op. cit.*, pág. 28.

<sup>5</sup> TRAZEGNÍES, *Ciriaco de Urtecho, op. cit.*, pág. 81.

<sup>6</sup> Incluso, en la sentencia se va más allá de la solicitud original de Ciriaco, porque no se ordena simplemente la venta de la esclava a su marido, sino que se ordena su liberación.

<sup>7</sup> El autor reconoce, de todas formas, que la esclavitud del mundo hispánico en América no era tan agobiante como la esclavitud del mundo antiguo, porque la cosificación, entendida como la transformación del ser humano en una cosa, no implicó la pérdida de la noción de humanidad sobre los esclavos. Sobre

El hecho de que el caso que desarrolla el libro sea ‘ordinario’ es lo más interesante desde un punto de vista histórico, porque esa batalla jurídica para desprenderse de la peor alienación humana no es un evento aislado en un mundo caracterizado por considerar necesaria (no normal) la esclavitud para sostener la economía social y del Estado. Y si los esclavos, apenas reconocidos como seres humanos, son capaces de hacer valer algún mínimo derecho ante las autoridades judiciales, qué no podrán hacer los hombres libres que, aunque pobres, tienen prerrogativas y fueros (no digamos derechos todavía, porque ese fenómeno es más bien relativo a la ilustración, que es posterior) reconocidos por el derecho que se produce y procura desde el otro lado del océano.

El caso de Ciriaco es importante, no solo por lo que supone en términos jurídicos su demanda y sus alegaciones, sus batallas reglamentadas en contra de los dueños de su compañera, sino por la circunstancia de ser descubierto por TRAZEGNÍES cuando quiso poner la lupa sobre la historia social, y sobre la historia del derecho, en el Perú virreinal.

Aunque no haya sido de forma consciente (pues no lo plantea en estos términos), el relato de TRAZEGNÍES sobre CIRIACO es un relato sobre la instrumentalización eficiente del derecho por parte de las clases subalternas. Es decir, el autor narró una microhistoria, y de aquel proceso microscópico y de las imbricadas relaciones de poder existentes entre Ciriaco, su esposa —por quien él mismo se torna esclavo—, los dueños de su esposa, y los funcionarios judiciales de la provincia de Huamachuco, arrojó sus conclusiones acerca de la naturaleza *espacial* del derecho.

Ahora bien, las limitaciones del noble peruano, al menos en lo que respecta a mis intereses investigativos, obedecen precisamente a que él no habla de derecho constitucional o de derechos individuales, ni de las lindezas de la ilustración, sino que dedica toda su imaginación a la crisis de las concepciones del derecho que lo ven solamente como un instrumento de opresión de clase, “un vehículo de la voluntad de la clase dominante”<sup>8</sup>, o como un medio de disciplina para normalizar conductas sociales<sup>9</sup>.

## B) EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO UN ‘ESPACIO’ DE ‘GUERRA RITUAL’

El libro de TRAZEGNÍES fue publicado originalmente en 1981, y la tesis allí concebida sobre el derecho como *espacio* es utilizada, con posterioridad, por el jurista co-

---

este tema concreto, se recomienda ver una reciente presentación que hace el autor sobre su libro, disponible en [https://www.youtube.com/watch?v=oxQrsd\\_M6k0](https://www.youtube.com/watch?v=oxQrsd_M6k0) (28.2.2018).

<sup>8</sup> TRAZEGNÍES, *Ciriaco de Urtecho*, *op. cit.*, pág. 80.

<sup>9</sup> TRAZEGNÍES, *Ciriaco de Urtecho*, *op. cit.*, pág. 201. En cierta parte de su libro, TRAZEGNÍES deconstruye la microfísica del poder de MICHEL FOUCAULT, y a partir de los mismos postulados del pensador francés, construye la idea del derecho como un espacio donde suceden cosas, y no como una simple cosa.

lombiano HERNANDO VALENCIA VILLA para desarrollar su particular visión de la historia constitucional colombiana, en la cual las constituciones políticas son, o fueron, *Cartas de Batalla* (1987 fue el año de su primera edición)<sup>10</sup>. Algunas lecturas sobre la obra de VALENCIA VILLA suelen detenerse en el hecho de que, aparentemente y según el autor, las cartas constitucionales son meras constataciones de la voluntad política del vencedor de una guerra, más que documentos jurídicos y políticos con un poder normativo concreto; y esa perspectiva del derecho, sobre todo del derecho constitucional, choca frontalmente con la idea del derecho como discurso de paz<sup>11</sup>.

Y la crítica es bastante acertada: no es posible concebir al derecho constitucional como el producto de la imposición política de quien gana una guerra (y la capitulación de quien la pierde), y al mismo tiempo pretender que el constitucional es un discurso esencialmente pacífico y tolerante. Pensar aquello conllevaría una visión anticonstitucional del mejor aspecto político y jurídico que legó la ilustración, pues supone pensar que la constitución es más un orden concreto, una imposición soberana de quien puede definir qué es la paz y la guerra, el amigo y el enemigo, y en fin, que la constitución es el designio de quien es capaz de definir un estado de excepción<sup>12</sup>. Lo que pasa, al parecer, es que las dos partes<sup>13</sup> que componen el libro de VALENCIA VILLA están disociadas entre sí.

En la primera parte del libro se encuentra todo el marco teórico y conceptual que le sirve al autor, inspirándose en su propia forma de entender la microfísica del poder de MICHEL FOUCAULT, así como en la cautivadora historia de CIRIACO DE URTECHO<sup>14</sup>, para llegar a la idea de que el derecho, y sobre todo el constitucional, es un *espacio* en el que se desarrollan batallas cuyos participantes provienen de las diferentes

<sup>10</sup> HERNANDO VALENCIA VILLA, *Cartas de batalla, Una crítica del constitucionalismo colombiano*, 3ª ed., Bogotá, Panamericana Ed., 2010, pág. 49.

<sup>11</sup> Ver, por ejemplo, a BERND MARQUARDT, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica, Las seis fases desde la Revolución de 1810 hasta la transnacionalización del Siglo XXI*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2016, pág. 47; JOSÉ MANUEL SUÁREZ DELGADO, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano, Derechos sociales y agenda ideológica crítica, Algunas implicaciones”, en BERND MARQUARDT (Ed.), *El Estado constitucional de los valores, Anuario V del Grupo de Investigación CC – Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2015, págs. 265-323, 316; ALFREDO VÁZQUEZ CARRIZOSA, “Reseña de H. Valencia Villa, *Cartas de batalla, 1987*”, en revista *Análisis Político*, núm. 3, Bogotá, UNAL, 1988, págs. 181-184; MELBA LUZ CALLE MEZA, *Constitución y guerra en Colombia*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2014, págs. 96 y ss.

<sup>12</sup> Obviamente, se hace referencia acá al brillante, pero siempre oportunista y anticonstitucional, CARL SCHMITT, *El Concepto de lo Político* (1932), en ID., *Teólogo de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004. Título original en alemán: *Der Begriff des Politischen*, Múnich, Duncker & Humblot, 1932 (primera versión de 1927); del mismo autor, ver también *Teología Política* (1934), en ID., *Teólogo de la Política, op. cit.*

<sup>13</sup> La última edición del libro, de 2010, cuenta con cuatro partes. No obstante, en este artículo se considera que el libro tiene realmente dos partes: un marco teórico (que se compone, a su vez, de “la gramática de la guerra” y de “la formación del Estado Nacional”), y el intento de aplicación de tal marco (compuesta por “las guerras constitucionales” y las consideraciones sobre “la constitución de 1991”).

<sup>14</sup> El gran marco teórico de ambos autores es el mismo: una relectura de la microfísica del poder de MICHEL FOUCAULT, en la que el Derecho deja de ser una herramienta de dominación, para pasar a ser, incluso, una herramienta de emancipación. TRAZEGNÍES, *Ciriaco de Urtecho, op. cit.*, págs. 81 y s.

capas y estamentos en que está dividida la sociedad; y que si tal imaginario sobre lo jurídico es correcto, de la mayor importancia resulta el estudio de la jurisprudencia, de las decisiones judiciales, porque allí es donde se encuentra quiénes ganan y quiénes pierden esas batallas, si se quiere, virtuales<sup>15</sup> y al mismo tiempo reales. Es por eso que el autor habla del derecho como *guerra ritual*<sup>16</sup>. En esta primera parte, VALENCIA VILLA parece replicar el raciocinio de FERNANDO DE TRAZEGNÍES, quien afirma que el derecho

“[n]o puede ser concebido como el festín de los vencedores, como el acta de capitulación que se redacta dentro del clima de paz que sucede a la victoria; por el contrario, el Derecho es la batalla misma, una batalla que no termina nunca. Es verdad que en tal batalla hay unos ejércitos más poderosos que otros; pero todos disparan, en todos los bandos hay victorias tácticas, muertos y heridos, los proyectiles cruzan en todas las direcciones”<sup>17</sup>.

No es completamente acertado, por tanto, acusar a VALENCIA VILLA de dislocar el propósito de paz que históricamente tiene el derecho. Más bien, lo que puede entenderse de su obra es que, paralelamente a la naturaleza conflictual del ser humano (afirmación que, de entrada, también es discutible), el derecho en sí tiene el efecto social de tender al reemplazo de los muertos por los alegatos; que es mejor, e infinitamente mucho más útil socialmente hablando, *hacer la guerra* acudiendo al ingenio y a la argumentación, que destrozarnos la vida con balas y morteros; acudir a la civilidad del derecho en lugar de solucionar los conflictos con el uso de la barbarie. Es decir, que el juicio según el cual textos como *Cartas de Batalla* parten de una concepción guerrerista del derecho es incompleto. Habría que decir, más bien, que para estos autores el derecho es, cuando menos, otra forma más de hacer la guerra, pero que se trata de una “guerra reglamentada”, que no excluye el belicismo humano, pero sí se expande hasta sobreponérsele.

Así, cuando VALENCIA dice que “en este orden de ideas, debe decirse que no es propósito del derecho hacer la paz o cosa parecida”<sup>18</sup>, no está jugando a decir que la guerra decide el sentido del derecho; está, en realidad, afirmando que “su finalidad [la del derecho] es canalizar la energía agresiva y competitiva de la especie [humana] para extraer de su ejercicio controlado ciertos efectos de poder y de saber”<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Ninguno de los dos autores aludidos acude a la expresión ‘guerra virtual’, pero, como se ha dicho, VALENCIA VILLA acude más a la *guerra ritual* para desarrollar completamente su tesis. Ver especialmente el capítulo II de la obra, a partir de la página 43. Ver, también, FERNANDO VALENCIA VILLA, “De las guerras constitucionales en Colombia, Capítulo LXVIII, Un informe sobre la reforma Barco”, en revista *Análisis Político*, núm. 6, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 1989, págs. 96-119.

<sup>16</sup> VALENCIA V., *De las guerras constitucionales en Colombia*, *op. cit.*

<sup>17</sup> TRAZEGNÍES, *Ciriaco de Urtecho*, *op. cit.*, pág. 81. Ver también, en similar sentido, a VALENCIA V., *Cartas de batalla*, *op. cit.*, pág. 49.

<sup>18</sup> VALENCIA V., *Cartas de batalla*, *op. cit.*, pág. 49.

<sup>19</sup> VALENCIA V., *Cartas de batalla*, *op. cit.*, pág. 49.

Por eso el derecho –según TRAZEGNÍES y VALENCIA– es un espacio, un lugar en donde sucede una cosa concreta llamada *litigio*, como ámbito en el que compiten por ganar, siguiendo las reglas del proceso, los múltiples niveles del poder –con intereses económicos, jurídicos y sociales contrapuestos– difuminado en la comunidad política, a través del cual, finalmente, se pueden transformar –o, al menos, trastornar?– las estructuras económicas, lograr conquistas sociales, y alterar la intemporalidad del poder hegemónico. Dice FERNANDO DE TRAZEGNÍES, al respecto, que:

“El Derecho no puede entonces ser concebido como un juego de espejos que reproducen hasta el infinito la Gran Dominación: no se trata de que, detrás de las ‘formas terminales del poder’ (contratos, juicios, etc.), exista un enfrentamiento primigenio definitivamente resuelto entre bastidores (al menos para una época histórica), cuyos resultados son repetidos minuciosamente en cascada a través de todas las relaciones sociales. Esto supondría que tal enfrentamiento da lugar a un Gran Ganador que impone vertical y mecánicamente sus dictados y cuyo brazo armado es el Derecho. Por el contrario, desde la perspectiva que hemos adoptado en este trabajo, el Derecho se presenta como un conjunto de campos de batalla a diferentes niveles, como una multiplicidad de relaciones de fuerzas, cada una de las cuales tiene pedestales móviles, locales e inestables. El poder está siempre presente en el Derecho; pero no el Poder con mayúscula, no el Poder bajo la forma de una unidad primigenia de dominación, sino como algo que se está produciendo a cada instante, en todos los puntos del medio social: el Derecho entendido de esta manera está siempre en ebullición, es un campo burbujeante donde continuamente nacen y desaparecen esferas del poder”<sup>20</sup>.

Y, traduciendo tal concepción “dinámica” del derecho al mundo constitucional colombiano, VALENCIA arguye que

“el litigio cotidiano ha de tramitarse y decidirse según ciertas reglas, formalidades y tradiciones que no aseguran un resultado único, ni reproducen simplemente la dominación de clase, sino que ofrecen terrenos de despliegue y repliegue y armas de ataque y defensa a los diversos actores sociales por manera que los desplazamientos y replanteamientos en las jerarquías políticas vigentes siempre forman parte del plan de batalla de cada día. Tales estrategias y tácticas configuran una gramática de la guerra, la gramática de la guerra que es la sociedad”<sup>21</sup>.

El gran problema con la obra de VALENCIA VILLA está, entonces, en la segunda parte de su libro, que es además la más leída y citada. El asunto concreto es que la lectura de esa segunda parte expone explícitamente una tesis parecida, pero no igual, a

<sup>20</sup> TRAZEGNÍES, *Ciriaco de Urtecho*, *op. cit.*, pág. 162. Nótese lo parecido que se lee esto con lo que ahora se denomina “litigio estructural”.

<sup>21</sup> VALENCIA V., *Cartas de batalla*, *op. cit.*, pág. 50.

la de la primera parte, en el sentido de que ya al final queda claro que las diferentes constituciones colombianas, así como sus reformas, son para él apenas el reflejo jurídico de los intereses políticos de quienes ganaron las batallas reales, como si olvidara que en el derecho las batallas se surten a través de la argumentación. Pero sobre todo porque su historia constitucional se restringe al protagonismo de la clase política dirigente, de cómo Fulano y Sutano acudieron a las lagunas normativas para imponer su propia interpretación de la Constitución y la Ley, o de cómo los textos constitucionales eran (o son) el programa de gobierno de uno u otro partido político, o de facciones y frondas ideológicas<sup>22</sup>; pero margina por completo la posibilidad de desentrañar cuál fue la historia constitucional de las diversas capas de la sociedad, de la gente común, subalterna y subordinada, en ese solaz foucaulteano del poder difuso que se encuentra por doquier, que es parte esencial del ya expuesto marco teórico. Es decir: el exiliado VALENCIA, villa y plaza de la crítica constitucional colombiana, no es consecuente con su propia teoría dinámica del derecho, no cumple con deconstruir la historia de las clases dirigentes porque él mismo la reproduce –historiando el *discurso* constitucional–, y no hace una historia del microcosmos jurídico y social, del espacio que es la constitución, donde se despliegan las batallas cotidianas en las que el derecho y los derechos son instancias de formación del poder<sup>23</sup>.

### 3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE TIERRAS EN EL ESTADO INDIANO

En la Europa medieval, la organización del poder público se sustentaba alrededor de la fortaleza militar de los segmentos políticos, y por tal razón cada uno de ellos tenía un alto nivel de autonomía respecto del poder monárquico. Cada señorío feudal tenía el derecho a hacer la guerra, precisamente como instrumento jurídico para defender tal o cual privilegio de sus vecinos o del mismo monarca<sup>24</sup>. Para el Siglo XVI,

---

<sup>22</sup> Por ejemplo, luego de sugerir que las normas constitucionales son campos de batalla, explica el porqué de tal afirmación en el contexto de las luchas entre las élites bolivarianas y santanderistas por la lectura de ciertos artículos de la Constitución de Cúcuta: “Así, el artículo 191 no sólo niega lo que el artículo 190 afirma sino que se convierte en motivo de una discusión erudita primero y de un conflicto político luego entre bolivarianos y santanderistas. En efecto, esta norma fue el campo de batalla en la lucha por el poder durante los años 1827 y 1828 cuando los hombres del presidente intentaban imponer la Constitución bolivariana mientras los hombres del vicepresidente trataban de promover una Convención Constituyente varios años antes del término previsto por el artículo 191”; VALENCIA V., *Cartas de batalla*, *op. cit.*, pág. 141.

<sup>23</sup> Por eso resulta interesante y paradójico al mismo tiempo que VALENCIA afirme que “si lo jurídico, por fin, es casi por entero un saber polémico, el discurso del combate perpetuo que estructura, desestructura y reestructura el orden entre los hombres, vale la pena conceder más atención reflexiva e investigativa a los análisis de contenido ideológico, las historias intelectuales, las arqueologías y genealogías y otras metodologías de idéntica estirpe que esclarezca el lugar y el carácter de las luchas legales en el contexto socio-económico y político que nos ha tocado vivir”; VALENCIA V., *Cartas de batalla*, *op. cit.*, pág. 50.

<sup>24</sup> BERND MARQUARDT, *Teoría integral del Estado, Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, tomo 1, *La era preilustrada y preindustrial, Desde la sociedad pre-estatal hasta el Estado de la paz interna (3000 a.C.-1775 d.C.)*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2018, págs. 204 y ss.

no obstante, la reorganización del *ius ad bellum* supuso que el Estado en sí mismo se reinventara, de manera que, si bien las autonomías territoriales de los segmentos siguieron existiendo hasta la irrupción de la ilustración y del constitucionalismo, la guerra como instrumento jurídico fue reemplazada por tribunales y cortes de justicia. Los campos de batallas fueron sustituidos por las demandas, las pruebas, los alegatos y las sentencias, o en una palabra, por *el proceso*; y a cada segmento se le dio alguna participación política en las asambleas estamentales<sup>25</sup>. A esta reorganización esencial del Estado, el profesor BERND MARQUARDT la ha denominado *Estado judicial de la Paz interna*<sup>26</sup>.

En la América española la situación fue bien diferente: no hubo segmentos políticos (aunque sí autonomías rurales), y por tanto no se recrearon las asambleas estamentales que ya existían en Europa. Pero como los virreinos y provincias fueron creados sobre reinos y proto-Estados que ya existían, que tenían una entidad política definida, y que estaban situadas al otro lado del mundo, era apenas lógico que cada autoridad colonial puesta por los reyes para gobernarlas tuviera un alto nivel de autonomía respecto de la Metrópoli; autonomía que de no vigilarse podría derivar en episodios como la insurrección de LOPE DE AGUIRRE (1511/1515-1561) o la rebelión de GONZALO PIZARRO (1510-1548).

Ahora bien, las autonomías que existieron durante trescientos años de dominación castellana en América estaban ancladas en el tipo de propiedad rural que, para evitar conflictos sociales, los monarcas europeos se preocuparon por promover y proteger, y que partía de dos premisas fundamentales. En primer lugar, la consideración jurídico-política según la cual los monarcas españoles sucedieron, subrogaron o reemplazaron en su posición de mando a quienes gobernaban en los reinos americanos antes que ellos, de lo cual se desprendía que la *res nullius*, las tierras de nadie, ahora eran de la Corona para efectos de su administración y distribución entre pobladores, a quienes se les dará el título de poseedores (con lo que ello implica en los términos de la relación entre la persona y la cosa). Así empezó el régimen de tierras baldías y de bienes ejidos, con la asimilación de la propiedad rural que no estuviera en cabeza de alguien más con un *iura regalia*, esto es, con un derecho del rey o, más precisamente, de la Corona<sup>27</sup>.

Sobre este derecho de la Corona, FELIPE II, el 20 de noviembre de 1578 y luego en noviembre de 1591, dispuso que

<sup>25</sup> Esta historia, en detalle, es contada por MARQUARDT, *Teoría integral del Estado, Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, tomo 1, *op. cit.*, págs. 257 y ss, 262 y s. Comp. ÍD., *Ius contra bellum, La promoción del potencial humano a la paz mediante el derecho público –interno e internacional–, Recorrido del último milenio*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2017, págs. 46 y ss.

<sup>26</sup> MARQUARDT, *Teoría integral del Estado, Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, tomo 1, *op. cit.*, págs. 235 y ss.

<sup>27</sup> ARMANDO SUESCÚN, *Derecho y sociedad en la historia de Colombia*, tomo 2, *El derecho colonial*, Tunja, UPIC, 2001, págs. 249-251.

“por Haver Nos sucedido enteramente en el Señorío de las Indias, y pertenecer á nuestro Patrimonio y Corona Real los valdios, suelos y tierras, que no estuvieren concedidos por los señores Reyes nuestros predecesores, ó por Nos, ó en nuestro nombre, conviene, que toda la tierra, que se posee sin justos y verdaderos títulos, se nos restituya”<sup>28</sup>.

En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, las disposiciones normativas de los reyes también partieron de premisa de *separar jurídicamente* las tierras comunales de los naturales del Nuevo Mundo, de las tierras y propiedades que van a consolidar, primero los expedicionarios y luego los encomenderos, a partir —generalmente— de la explotación del aborigen y de una posesión primigenia que se va a dar originalmente a título *merced* o *gracia*, a fin de recompensar a los conquistadores la sangre vertida en la reducción —desplazamiento y asesinato— de los indígenas<sup>29</sup>.

La separación del territorio indígena estuvo amparado no solamente en la posesión ancestral de los naturales sobre sus tierras, sino también en la necesidad de reconocer en ellos la calidad de vasallos del rey, estatuto jurídico que va a quedar más o menos claro a partir de 1500, y que después de la expedición de las *Nuevas Leyes* de 1542 (y de su reforma, poco después) va a implicar la obligación de pagar un tributo como contraprestación del *factum* de la evangelización<sup>30</sup>, además del derecho a los resguardos, como parte esencial de la autonomía rural de la que se habló anteriormente.

Las normas también establecieron varias disposiciones significativas alrededor del tema agrario: por un lado, que las tierras que adquirieran los españoles a cualquier título (venta, merced o composición) de parte de los indígenas, no conllevaran un agravio para estos, pues de lo contrario sería necesaria su devolución a quien “en derecho pertenezca”; en segundo lugar, que la cría de ganado se desarrollara a una distancia prudencial de los territorios comunales, a fin de evitar los daños en los sembradíos naturales; y en tercer lugar, que la extensión geográfica de las encomiendas (o más

---

<sup>28</sup> *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias mandadas imprimir y publicar por la magestad católica del rey Don Carlos II*, Madrid, Ivlian de Paredes, 1681, libro 4, título 12, ley 14<sup>a</sup>. El contenido de esta disposición real es lo suficientemente importante como para volver a mencionarla más adelante.

<sup>29</sup> Ver también a MÓNICA P. MARTINI & FERNANDO MAYORGA GARCÍA, “Los derechos de los pueblos originarios sobre sus tierras de comunidad. Del Nuevo Reino de Granada a la República de Colombia”, en MARIO G. LOSANO (Ed.), *Un giudice e due leggi, pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Milano, Giuffrè Ed., 2004, págs. 35-73, 36.

<sup>30</sup> Sobre el estatuto jurídico del indígena, ver a LUCIANO PEREÑA, *Carta Magna de los Indios*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 1996, pág. 38; CARLOS R. SALINAS ARANEDA, “El iusnaturalismo hispano-indiano y la protección jurídica en la persona”, en *Annuario Mexicano de Historia del Derecho*, núm. 6, México, UNAM, 1994. Sobre la historia del tributo, ver a FERNANDO MAYORGA GARCÍA, “La extinción del tributo indígena en la Nueva Granada”, en *Íd.*, *Estudios de Derecho Indiano*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2003, págs. 19-53.

precisamente, de los derechos que tenía el encomendero) no se sobrepusiera respecto de las tierras indígenas<sup>31</sup>.

Por ejemplo, en 1535, el Emperador CARLOS V estableció el procedimiento para la parcelación y repartición de las tierras, que debían hacer los virreyes o, en su defecto, los gobernadores, con la participación activa de los cabildos de las villas y ciudades, además, dejando a salvo de la repartición las tierras de los indígenas:

“Haviendose de repartir las tierras, aguas, abrevaderos, y pastos entre los que fueren á poblar, los Virreyes, ó Gobernadores, que de Nos tuvieren facultad, hagan el repartimiento, con parecer de los Cabildos de las Ciudades, ó Villas, teniendo consideración á que los Regidores sean preferidos, si no tuvieren tierras, y solares equivalentes: y á los Indios se les dexen sus tierras, heredades, y pastos, de forma, que no les falte lo necessario, y tengan todo el alivio y descanso posible para el sustento de sus casas, y familias”<sup>32</sup>.

Otra disposición en la que se vislumbra la preocupación monárquica por el bienestar de los naturales se encuentra en una ley del 6 de abril de 1588, de FELIPE II, que dispuso “que los repartimientos de tierras, asi en nuevas poblaciones, como en lugares y términos, que ya estuvieren poblados, se hagan con toda justificación, sin admitir singularidad, acepcion de personas, ni agravio de los Indios”<sup>33</sup>; o la ley del 11 de junio de 1594, del mismo monarca, según la cual “las estancias, y tierras, que se dieran a los españoles, sean sin perjuizio de los Indios, y que las dadas en su perjuizio y agravio, se buelvan á quien de derecho pertenezcan”<sup>34</sup>.

También existían disposiciones de carácter político (o de alto gobierno) sobre la prohibición de vender la tierra repartida a los conquistadores y pobladores a eclesiásticos (o a la misma Iglesia)<sup>35</sup>, o bien imperativos de tipo económico, tendientes a obligar a los beneficiarios a cultivar las tierras en plazos no mayores a los tres meses siguientes a la repartición y adjudicación de una parcela, so pena de perderla, y cuya reacción era, también, explícita en el sentido de que estas personas eran más poseedoras que propietarias del territorio. Este tipo de normas no solo establecían reglas relativas a la propiedad o posesión de las tierras, sino también a su uso<sup>36</sup>:

<sup>31</sup> JOSÉ MARÍA MARILUZ URQUIJO, *El régimen de la tierra en el Derecho Indiano*, Buenos Aires, Ed. Perrot & Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, 1978, págs. 28 y 29. Ver también a MARTINI & MAYORGA, *Los derechos de los pueblos originarios*, *op. cit.*, págs. 36 y ss.

<sup>32</sup> *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, *op. cit.*, libro 4, título 12, ley 5ª.

<sup>33</sup> *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, *op. cit.*, libro 4, título 12, ley 7ª.

<sup>34</sup> *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, *op. cit.*, libro 4, título 12, ley 9ª.

<sup>35</sup> *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, *op. cit.*, libro 4, título 12, ley 10ª.

<sup>36</sup> URSULA EWALD, “The large estate – myth and reality”, en JAP DE MOOR & DIETMAR ROTHERMUND (Eds.), *Our Laws, Their Lands, Land Laws and Land Use in Modern Colonial Societies*, Münster & Hamburgo, Lit Verlag, 1994, págs. 68-76, 74.

“Todos los vecinos y moradores á quien se hiziere repartimiento de tierras, sean obligados dentro de tres meses, que les fueren señalados, á tomar posesion de ellas, y plantar todas las lindes, y confines, que con las otras tierras tuvieren de fauces, y arboles, siendo en tiempo, por manera, que demás de poner la tierra en buena, y apasible disposición, sea parte para aprovecharle de la leña, que huvieren menester, pena de que pasado el termino, si no tuvieren puestas las dichas plantas, pierdan la tierra, para que se pueda proveer, y dará otro qualquiera poblador, lo qual no solamente haya lugar en las tierras, sino en los pueblos, y canjas, que tuvieren, y hubieren en los limites de cada Ciudad, ó Villa.

Porque las estancias de ganados vacunos, yeguas, puercos, y otros mayores y menores, hazen gran daño en los maizales de los Indios, y especialmente el que anda apartado, y sin guarda. Mandamos, que no se dén estancias ningunas en partes y lugares de donde puedan resultar daños, y no pudiéndose escusar, sean lexos de los Pueblos de Indios, y sus sementeras, pues para los ganados hay tierras apartadas, y yervas donde pastorear y pastar sin perjuizio, y las justicias hagan, que los dueños del ganado, é interesados en el bien publico, pongan tantos Pastores, y guardas, que basten á evitar el daño, y en caso que alguno sucediere, le hagan satisfacer”<sup>37</sup>.

Otro aspecto de gran importancia en lo que toca a la historia del régimen jurídico de las tierras en América hispánica es el de los resguardos indígenas (congregaciones o reducciones, como se les decía en México y en el Perú, respectivamente), que para la Nueva Granada (lo que hoy es Colombia) tiene su momento creador en 1591<sup>38</sup>, cuando FELIPE II profirió –con el propósito de frenar el abuso en la ocupación de las tierras y, sobre todo, esperando incrementar el nivel de recaudo fiscal para construir la Armada de Barlovento<sup>39</sup>– cinco cédulas en las que se ordenaba someter a revisión los títulos de las tierras expedidos hasta ese momento a favor de los españoles y de grupos indígenas, y que derivó, bien en la restitución a la Corona de los predios que no contarán con “justos y verdaderos” títulos<sup>40</sup>, o en la legalización de las ocupaciones de hecho, previo pago de una *composición*<sup>41</sup>.

Una de estas cédulas reales fue citada párrafos atrás, al hacer referencia al *iura regalia* de la Corona sobre las tierras descubiertas, pero su real importancia radica en el

<sup>37</sup> *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, op. cit.*, libro 4, título 12, ley 11<sup>a</sup>-12<sup>a</sup>.

<sup>38</sup> MARTINI & MAYORGA, *Los derechos de los pueblos originarios, op. cit.*, pág. 39.

<sup>39</sup> De forma detallada, ver a MARÍA CRISTINA TORALES PACHECO, *Tierras de indios, tierras de españoles, Confirmación y composición de tierras y aguas en la jurisdicción de Cholula (Siglos XVI-XVIII)*, México, Universidad Iberoamericana, 2005, págs. 36-44.

<sup>40</sup> *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, op. cit.*, libro 4, título 12, ley 14<sup>a</sup>, citada con antelación.

<sup>41</sup> Ver, fundamentalmente, a FRANCISCO DE SOLANO, *Cedulario de Tierras, Compilación de legislación agraria colonial (1497-1820)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, pág. 43. Ver también a MARTINI & MAYORGA, *Los derechos de los pueblos originarios, op. cit.*, pág. 37.

establecimiento de un término mínimo para la demostración o exhibición de los *justos títulos* relacionados con la posesión o tenencia de “tierras, chacras y cavallerias”<sup>42</sup>:

“por Haver Nos sucedido enteramente en el Señorío de las Indias, y pertenecer á nuestro Patrimonio y Corona Real los valdios, suelos y tierras, que no estuvieren concedidos por los señores Reyes nuestros predecesores, ó por Nos, ó en nuestro nombre, conviene, que toda la tierra, que se posee sin justos y verdaderos títulos, se nos restituya, según, y como nos pertenece, para que reservando ante todas cosas lo que á Nos, ó á los Virreyes, Audiencias, y Governadores pareciere necesario para plaças, exidos, propios, pastos, y valdios de los Lugares, y Concejos, que están poblados: afsi por lo que toca al estado preferente en que se hallan como al por venir, y al aumento, que pueden tener, y repartiendo á los Indios lo que buenamente huvieren menester para labrar, y hacer sus sementeras, y crianças, confirmándoles en lo que aora tienen, y dándoles de nuevo lo necesario, toda la demás tierra, quede y esté libre y desembaraçada para hazer merced, y disponer de ella á nuestra voluntad. Por todo lo qual ordenamos y mandamos á los Virreyes, y Presidentes de Audiencias Pretoriales, que quando les pareciere señalen termino competente para que los poseedores exhiba ante ellos, y los Ministros de sus Audiencias, que nombraren los títulos de tierras, chacras, y cavallerias y amparando á los que con buenos títulos y recaudos, ó justa prescripción poseyeren, se nos buelvan y restituyan las demás, para disponer de ellas á nuestra voluntad”<sup>43</sup>.

Además de la prescripción, establecida en la misma norma, y de los actos jurídicos mediante los cuales la Real Audiencia reconocía derechos de tenencia o de propiedad, el *justo título*<sup>44</sup> de posesión y tenencia (obsérvese que no se habla de dominio) de las tierras fue, por regla general, la composición, esto es, el resultado de un procedimiento consistente en la ocupación de terrenos baldíos, “quietos y pacíficos”, aptos para la agricultura, para luego de algunos años de explotación económica, se solicitara el título de propiedad. Con este procedimiento, el monarca no solo obtuvo ingentes recursos para financiar la construcción de su armada, sino que estimuló la ocupación de tierras baldías<sup>45</sup>, que llevó en no pocas oportunidades al abuso de la figura y a la usurpación

<sup>42</sup> Las caballerías eran, conjuntamente con las peonías, unidades de medida de origen medieval destinadas al repartimiento de tierras. Sobre este particular, ver a SUESCÚN, *Derecho y sociedad en la historia de Colombia*, *op. cit.*, pág. 255.

<sup>43</sup> *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, *op. cit.*, libro 4, título 12, ley 14<sup>a</sup>.

<sup>44</sup> Para evitar confusiones, es necesario resaltar el hecho de que en este tipo de normas, por justo título no se hace referencia a la distinción moderna entre título y modo que se encuentra en el derecho civil (y que, de ningún modo, es común a todos los sistemas jurídicos derivados del famoso derecho romano-germánico, como en Francia, donde el título es suficiente para la adquisición de un derecho real).

<sup>45</sup> Esa era la idea, no obstante, en la Nueva España se suplicaron las cédulas, por considerarlas lesivas de la gente pobre que ocupaba de facto tierras de nadie, y que no podían pagar la composición. Ver TORALES PACHECO, *Tierras de indios, tierras de españoles*, *op. cit.*, pág. 40-42.

de tierras que sí tenían dueño<sup>46</sup>. Los títulos de adquisición de las tierras, fuera composición o cualquiera otro, precisaron de una *real confirmación*, que debían dar los funcionarios del rey luego de estudiados tales títulos y de verificar si se cumplían con los requisitos establecidos por la legislación<sup>47</sup>:

“No sea admitido á composicion de tierras el que no las huviere poseído por diez años, aunque alegue, que las está poseyendo, porque este pretexto solo no ha de ser bastante, y las Comunidades de Indios sean admitidas á composicion, con prelación á las demás personas particulares, haziendoles toda conveniencia”<sup>48</sup>.

FERNANDO MAYORGA menciona que, cuando el presidente de la Real Audiencia de Santafé conoció el contenido de estas cédulas reales, ordenó a sus subalternos verificar las tierras que los indígenas de cada pueblo o villa necesitaban para sus labranzas, crianzas y resguardos, de manera que desde ese momento, los oidores de la Audiencia (y luego los corregidores) tendrían la facultad legal de vincular a cada pueblo indígena<sup>49</sup> con una porción de tierras comunales que tendrían la característica de ser inalienables (salvo que, con autorización de la comunidad, el virrey o gobernador permitiera su venta)<sup>50</sup>, y que se compondría de tres partes:

“el resguardo propiamente dicho, que se dividía y entregaba a los tributarios para su sostén y el de su familia; la tierra e labranza, que debía ser trabajada anualmente por los pobladores por rotación obligatoria a fin de solventar tanto el pago del tributo [del que se habló brevemente arriba] como las necesidades comunitarias [...]; y la de pastos, destinada a la cría de ganado y al abastecimiento de leña y de madera. En tanto en las tierras más parejas el resguardo era,

<sup>46</sup> Sobre esto, ver fundamentalmente a MARILUZ U., *El régimen de la tierra en el Derecho Indiano*, *op. cit.*, pág. 61, también citado por MARTINI & MAYORGA, *Los derechos de los pueblos originarios*, *op. cit.*, pág. 37.

<sup>47</sup> SUESCÚN, *Derecho y sociedad en la historia de Colombia*, *op. cit.*, pág. 258.

<sup>48</sup> *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, *op. cit.*, libro 4, título 12, ley 19ª.

<sup>49</sup> Sobre los pueblos indígenas y los resguardos, debe mencionarse que, en las provincias existían, conjuntamente con las ciudades españolas, los corregimientos de indios. En los corregimientos se aglomeraban, a su vez, varios pueblos de indios. Menciona SUESCÚN lo siguiente: “la provincia de Santa Fe, además de la ciudad del mismo nombre, tenía los corregimientos de indios de Zipaquirá, Guatavita, Ubaté, Bogotá, Ubaque, Bosa y Pasca, y el corregimiento de indios de Zipaquirá tenía los pueblos de indios de Zipaquirá, Cajicá, Cota, Cogua, Chía, Gachancipá, Tocancipá, Tabío, Pacho, Sopó y Nemocón”, SUESCÚN, *Derecho y sociedad en la historia de Colombia*, *op. cit.*, pág. 182. El gobierno de los corregimientos estaba a cargo de los corregidores de naturales (que eran diferentes a otros funcionarios con el mismo título, pero de las ciudades y provincias), y cada pueblo de indios era gobernado (en su función esencial de administrar justicia y de mantener el orden a través de criterios de policía) por caciques, capitanes o alcaldes de indios. Ver sobre este asunto *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, *op. cit.*, libro 6, título 3, ley 15ª; y a SUESCÚN, *op. cit.*, pág. 183.

<sup>50</sup> MARTINI & MAYORGA, *Los derechos de los pueblos originarios*, *op. cit.*, pág. 39.

casi siempre, un rectángulo perfectamente regular, la tierra de labranza y el potrero se trazaban en redondo asignándolas al primero”<sup>51</sup>.

El resguardo, que fue entendido como enclaves territoriales adjudicados a los grupos indígenas, era, además, y según el mismo autor, una contramedida jurídica a la merma demográfica que dejó el régimen de las encomiendas, de lo que se desprende que los resguardos podían implicar, institucionalmente, la debilitación de la encomienda, pues en la medida que la población natural creciera dentro del *globo*, era lícito expropiar los territorios vecinos (que podían hacer parte de encomiendas) para redistribuir allí a la gente, compensando a los propietarios originales con otras tierras<sup>52</sup>.

El tipo de relación existente entre los indígenas y sus tierras obedecía al tipo normal –o cotidiano– de propiedad campesina preindustrial, esto es, la propiedad colectiva fundada en la agricultura (circunstancia que, adicionalmente, se encuentra explícita en muchas normas<sup>53</sup>), por lo que no existió una noción clara de la propiedad individual<sup>54</sup>, y así era entendido el asunto por los reyes al consagrar ese tipo de derechos en los múltiples documentos protoconstitucionales dirigidos a sus súbditos americanos, a quienes se consideraba *miserables* o *menores*<sup>55</sup>. El dominio sobre las tierras, pues, era ejercido por toda la comunidad, que entregaba en *usufructo* a cada uno de sus integrantes una pequeña parte de tierra para su sostén individual, así como de su familia<sup>56</sup>.

El carácter de inalienabilidad que tenían los resguardos fue, no obstante, con el paso del tiempo y llegadas las ideas de la ilustración, un obstáculo para el ideario político y económico del primer liberalismo que inundó el constitucionalismo de la región a partir de 1810. Por esa razón, ya en ese año y durante el corto periodo de tiempo que duraron las primeras repúblicas, se establecieron las primeras normas que integraron al indígena a la sociedad, vale decir, que lo despojaron de su carácter de miserable, de menor, y le atribuyeron la igualdad ciudadana respecto de quienes descendían de los conquistadores europeos. Se trató de una primera clase de reforma agraria y económica que, en aras de la igualdad, terminó por afectar muy negativamente a las

<sup>51</sup> MARTINI & MAYORGA, *Los derechos de los pueblos originarios*, *op. cit.*, págs. 39 y 40.

<sup>52</sup> MARTINI & MAYORGA, *Los derechos de los pueblos originarios*, *op. cit.*, pág. 40.

<sup>53</sup> EWALD, *The large estate – myth and reality*, *op. cit.*, pág. 68.

<sup>54</sup> EWALD, *The large estate – myth and reality*, *op. cit.*, pág. 74.

<sup>55</sup> MARTINI & MAYORGA, *Los derechos de los pueblos originarios*, *op. cit.*, pág. 42; ver, también, a PAULINO CASTAÑEDA DELGADO, “La condición de miserable del indio y sus privilegios”, en *Anuario de Estudios Americanos*, Vol. XXVIII, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1971, págs. 245-335; ÁNGELA CATTÁN ATALA, “La Restitutio in Integrum en el Derecho Indiano”, en *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, tomo 1, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, págs. 209-222.

<sup>56</sup> MARTINI & MAYORGA, *Los derechos de los pueblos originarios*, *op. cit.*, pág. 42.

diferentes comunidades indígenas, a través de dos mecanismos: la equiparación tributaria y la liberalización de las tierras<sup>57</sup>.

El espíritu de la igualdad, de tradición republicana y democrática, predicaba una especial aversión frente al sistema de privilegios, segmentarios y agrarios, que prevalecieron durante el Antiguo Régimen, que consistieron en la delegación que el monarca hacía de sus derechos particulares de gobierno (los mentados *iura regalia*) en la nobleza. La igualdad, así entendida, instauró un nuevo tipo de derecho natural que contrariaba las posiciones hereditarias, y eso terminó por afectar, paradójicamente, a las comunidades indígenas. Un buen ejemplo de esa postura filosófica traducida en texto político se encuentra en la Constitución de la República de Tunja, de 1811, que determinó:

“Ningún hombre, ninguna corporación, ó asociación de hombres tiene algun título para obtener ventajas particulares ó exclusivos privilegios distintos de los que goza la comunidad, sino es aquel que se derive de la consideracion, que le den sus virtudes, sus talentos y los servicios que haga ó haya hecho, al público. Y no siendo este título por naturaleza hereditario ni transmisible á los hijos, descendientes, ó consanguíneos, la idea de un hombre que nazca Rey, Magistrado, Legislador ó Juez, es absurda y contraria a la naturaleza”<sup>58</sup>.

Así, si antes las tierras eran comunales, y por esa misma razón, inalienables, ahora van a asumir la ficción jurídica de la individualidad y, por esa misma razón, deben poder ser enajenables —algunas veces, como medida de transición, después de pasado algún tiempo—. En 1810, la Constitución del Socorro va a decir que

“en el día que proclamamos nuestra libertad y sancionamos nuestro gobierno por el acto más solemne y e juramento más santo de ser fieles a nuestra Constitución, es muy debido dar un ejemplo de justicia declarando a los indios de nuestra provincia libres del Tributo que hasta ahora han pagado y mandado que las tierras llamadas Resguardos se les distribuyan por iguales partes para que las posean con propiedad y puedan trasmitirlas por derecho de sucesión; pero que no puedan enajenarlas por venta o donación hasta que hayan pasado veinticinco años contados desde el día en que cada uno se encargue de la posesión de

<sup>57</sup> Sobre este mismo asunto, aunque con enfoque investigativo posterior a la década de 1821, ver MARQUARDT, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, *op. cit.*, págs. 102 y s; LINA DEL CASTILLO, “‘Prefiriendo siempre á los agrimensores científicos’, Discriminación en la medición y reparto de resguardos indígenas en el altiplano cundiboyacense, 1821-1854”, en revista *Historia Crítica*, núm. 32, Bogotá, Ed. Universidad de los Andes, 2006, págs. 72 y ss; MAYORGA, *La extinción del tributo indígena en la Nueva Granada*, *op. cit.*

<sup>58</sup> *Constitución de la República de Tunja* de 1811, Santafé de Bogotá, B. Espinosa, 1811, lugar: Biblioteca Nacional, Bogotá, Fondo Antiguo, Fondo Pineda, VFDU-1-447, ed. facsimile por BERND MARQUARDT (Ed.), *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Edición auténtica y comentada*, Bogotá, 2ª ed., Ed. Ibáñez, 2011, págs. 391-422; e ÍD. (Ed.), *Constitutional Documents of Colombia and Panamá, 1793-1853*, Berlín & Nueva York, De Gruyter, 2010, págs. 651-672; facsimile digitalizado: ÍD., <http://modern-constitutions.de/CO-TU-1811-12-09-es-e.html> (28.2.2018), SP, cap.1, art. 4.

la tierra que le correspondía. Asimismo se declara que desde hoy entran los indios en sociedad con los demás ciudadanos de la provincia a gozar e igual libertad y demás bienes que proporciona la nueva Constitución, a excepción del derecho de representación que no obtendrán hasta que hayan adquirido las luces necesarias para hacerlo personalmente”<sup>59</sup>.

Al papel de mero espectador, al de saturación de la plaza pública, a eso se redujo al indígena con este liberalismo incompleto y retórico, que equiparó económicamente con el patriciado criollo a una población tradicionalmente dependiente de un estatuto jurídico que partía de su minoría de edad, y que bajo el mismo argumento, le negó el derecho a la participación política hasta tanto no adquiriera *luces*<sup>60</sup>, cosa que la misma Constitución ratifica cuando afirma, en su artículo 12, que “solamente la Junta podrá convocar al Pueblo, y éste no podrá por ahora reclamar sus derechos sino por medio del Procurador General, y si algún particular osare tomar la voz sin estar autorizado para ello legítimamente, será reputado por perturbador de la tranquilidad pública y castigado con todo el rigor de las penas”<sup>61</sup>.

#### 4. EXPOSICIÓN DE LOS LITIGIOS SOBRE DERECHOS Y TIERRAS DESPUÉS DE 1810

##### A) LA FACULTAD DE LITIGAR CONTRA EL PODER ABUSIVO

De poco sirve hacer una lista de las cédulas reales, y en general de las prescripciones jurídicas que establecían el régimen de tierras durante el Antiguo Régimen, si no se pregunta al mismo tiempo por lo que podía suceder si alguien con poder, institucional o no, alteraba de forma abrupta los derechos que se desprendían de esta casuística legislación, emanada de la voluntad de un rey que vivía más allá del Atlántico. Es más, también resulta válido preguntar, dado el periodo de tiempo que se analiza en este trabajo, si este mismo *corpus* dispositivo era el mismo que podía aplicarse al final del dominio español en el Nuevo Mundo, y empezando a configurarse la organización estatal que supuso la Revolución de 1810, casi a lo largo y ancho del continente.

<sup>59</sup> *Constitución del Estado Libre e Independiente de Socorro* de 1810, ed. por MARQUARDT, *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Edición auténtica y comentada*, op. cit., págs. 21-24; e ÍD. (Ed.), *Constitutional Documents of Colombia and Panamá, 1793-1853*, op. cit., págs. 643-646, art. 14.

<sup>60</sup> Ver a JESÚS LUIS CASTILLO VEGAS, “El estatuto jurídico de los indígenas en las constituciones hispano-americanas del periodo de la emancipación” en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 35, Valparaíso, Universidad Católica, 2013, págs. 431-459, 432-435; INDALECIO LIÉVANO AGUIRRE, *Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia*, tomo 2, Bogotá, Tercer Mundo Eds., 1997, pág. 634. MAYORGA trae a colación el ejemplo de la Constitución del Socorro, de 1810, en el sentido de que las tierras comunales debían fragmentarse para efectos de su adjudicación, a título de dominio, a cada familia de indígenas, teniendo como criterio de distribución (i) la extensión original del resguardo, y (ii) el número de personas de las que conste cada familia; MARTINI & MAYORGA, *Los derechos de los pueblos originarios*, op. cit., pág. 57.

<sup>61</sup> Art. 12 de la *Constitución del Estado Libre e Independiente de Socorro* de 1810, op. cit., pág. 22.

Es válido afirmar que el Derecho Indiano –y muy concretamente las instituciones procesales como la suplicación, los juicios de residencia, las visitas, el recurso de amparo, y el recurso de agravios o de apelación– tenía un doble objeto: poner límites a la autonomía de las autoridades impuestas por la Corona, y evitar los abusos que en virtud de tal autonomía pudiesen cometer las autoridades (o diversas personas con el poder de abusar de su posición social o económica en perjuicio de otros) contra los súbditos del rey, sean españoles o indígenas. Dicho de otro modo: el derecho podía ser utilizado como un medio de control de las autoridades por parte de la Corona, y consecuencia de esto, como instrumento de garantía de derechos, fueros y privilegios. Todo con la idea de mantener la paz: una paz diseñada e implementada desde las altas escalas del poder, pero instrumentalizada por los litigantes usuales en el Nuevo Mundo, que eran, generalmente, desposeídos y subordinados<sup>62</sup>.

Así pues, el objetivo último de los diversos medios de control sobre las actividades del Estado Hispano en América no era solamente evitar las crueldades hechas por los virreyes, gobernadores y demás autoridades sobre la población, sino garantizar esa paz mediante la posibilidad de que una autoridad esencialmente jurisdiccional (las Reales Audiencias) controlara a otra eminentemente gubernativa<sup>63</sup>. Se comprobó que permitirles a los súbditos la defensa de sus intereses a través de recursos jurisdiccionales, era especialmente eficaz para mantener un equilibrio entre las distintas autoridades, y para mantener bajo control las tensiones sociales derivadas de la encomienda, la mita, o cualquiera otra forma de explotación humana de una clase social sobre otra. La garantía de los derechos, fueros y privilegios de los destinatarios del poder político era una bonita consecuencia de esta forma bipolar de organizar al Estado. Por eso, aunque *sui generis*, el Estado que se llegó a realizar en América fue también un *Estado judicial de la Paz interna*, creado con el propósito de consolidar el poder español y, al tiempo, evitar cualquier posibilidad de guerra civil. El litigio fue, en ese sentido, (y con esto volvemos al marco teórico, plasmado en la primera parte de este trabajo), una estrategia sistémica para eludir el conflicto material, ese que se soporta en los muertos, y canalizar la energía vital de los contendientes hacia el impulso y desarrollo de los vericuetos y laberintos del derecho.

Los indígenas se hicieron, a punta de necesidad, expertos en recorrer esos laberintos. JORGE AUGUSTO GAMBOA MENDOZA, un autor colombiano que ha analizado a profundidad la instrumentalización del medio jurídico por los indígenas muisca durante el Antiguo Régimen, menciona lo siguiente:

<sup>62</sup> Sobre esta idea, ver a DAVID E. LLINÁS ALFARO, *Estado indiano, Estado responsable*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2013.

<sup>63</sup> Sobre este asunto hay ya una bibliografía consolidada. Ver, por ejemplo, a MARQUARDT, *Teoría integral del Estado, Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, tomo 1, *op. cit.*, págs. 498 y ss, 506 y ss; MIGUEL MALAGÓN PINZÓN, *Vivir en policía, Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007, págs. 177 en adelante; ÍD, *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811-2011)*, Bogotá, Ed. Universidad de los Andes, 2012, todo el libro.

“el objetivo [...] es mostrar la forma como las autoridades muiscas empezaron a usar los tribunales de origen español para tramitar los diversos conflictos que se presentaban entre ellas, sin que esto implicara el abandono total de los mecanismos tradicionales. Durante los primeros veinte años después de la conquista muy pocos caciques acudieron a la justicia española. Sus diferencias se siguieron resolviendo de acuerdo con sus costumbres, y la intervención que pidieron a los blancos fue mínima. Pero desde finales de la década de 1550, y a lo largo de los años sesenta, su presencia en las cortes se fue incrementando, a medida que las instituciones coloniales se iban afianzando y los indios las iban entendiendo y asimilando. Al llegar a la década de 1570 el aumento en la actividad judicial de la Audiencia de Santafé resulta notable, pero más que un indicador del aumento de los delitos, es una clara señal de que las leyes españolas y los tribunales coloniales se estaban convirtiendo, poco a poco, en una herramienta indispensable para el trámite y solución de los conflictos entre la misma población indígena”<sup>64</sup>.

Sobre los indígenas peruanos, el mismo autor menciona que “aprendieron rápidamente a usar las instituciones españolas a su favor y lograron enredar a los colonizadores ‘en una maraña de pleitos laberínticos’, donde, a pesar de tener varios factores en su contra, lograban ganar importantes batallas. Las contradicciones que existían en el seno de las élites blancas [...], les daban una oportunidad de maniobra. De este modo, adquirieron la reputación de ser litigantes y pleitistas [...]”; y frente a las costumbres litigiosas de los indígenas en el Nuevo Reino de Granada, menciona que

“lo cierto es que la presencia de los caciques muiscas en la Audiencia de Santafé fue muy escasa en la década de 1550, si bien poco a poco se fue incrementando. Por supuesto, las situaciones más frecuentes fueron las quejas relacionadas con irregularidades en los tributos y los malos tratos. Pero también empezaron a presentarse quejas contra las comunidades vecinas las cuales, en muchos casos, fueron la prolongación de conflictos que venían desde antes de la llegada de los europeos. [...] Los caciques muiscas aprendieron rápidamente las estrategias necesarias para litigar en los tribunales españoles con mayores posibilidades de éxito; seguramente, aconsejados por los letrados que los representaban y a través de la experiencia”<sup>65</sup>.

Pero ¿pasó lo mismo con el derecho, y con los derechos, después de 1810? Y si fue así ¿qué derecho aplicaban los jueces? ¿El Derecho Indiano o alguna clase de derecho republicano o independiente? La hipótesis que se sostiene en este artículo es que las estrategias jurídicas, de tipo procesal, que usaron las personas para defenderse de la negación de sus derechos después de 1810, eran exactamente las mismas estrategias

<sup>64</sup> JORGE AUGUSTO GAMBOA MENDOZA, *El cacicazgo muisca en los años posteriores a la conquista, Del sibipkua al cacique colonial, 1537-1575*, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2010, pág. 537.

<sup>65</sup> GAMBOA M., *El cacicazgo muisca en los años posteriores a la conquista, op. cit.*, págs. 538-540.

que habrían podido utilizar mientras durara el Antiguo Régimen español. También se afirma que el derecho al que acudían los jueces era, durante ese mismo periodo, el contenido en la Legislación de Indias. Las repúblicas americanas no rompieron de forma inmediata con el derecho español, y en Colombia concretamente tal cosa no va a suceder hasta 1887.

En lo que sigue, a partir de unos relatos microhistóricos, se demostrará que los litigios —esto es, hacer del derecho un instrumento de lucha por la reivindicación de los derechos— también se dirigían contra el ejercicio del poder institucional, y en general, contra el ejercicio de un poder abusivo, aunque este no tuviera origen estatal. En ambos casos, el derecho se *utilizaba de forma constitucional*, porque implicaba acometer un control del poder desde el ejercicio del derecho. Para comprender cabalmente el papel del derecho en estos eventos, hay que entenderlo de forma microscópica, a partir de la gente que lo vive, y no solo como la lejana emanación normativa de un poder legítimo.

Por eso, los relatos que siguen son los siguientes: primero, se hablará del caso de JOSÉ CABEZA, GABRIEL FULA y JESÚS REYES contra el corregidor del pueblo de Machetá, MANUEL VENEGAS. Este caso es breve, y la información existente alrededor del mismo en las fuentes primarias es poca, pero permite arrojar luces sobre el ejercicio del derecho contra el abuso de una autoridad desbocada, en materia de tierras.

En segundo lugar, se hará referencia al caso de YSABEL LEYTON, mujer viuda y desamparada, contra MATÍAS FERNANDEZ MAECHA y contra BENAVENTURA LEYTON, su hermano, por el despojo que estos hicieron de las tierras en las que vivía la primera, manipulando para ese fin a la autoridad judicial del pueblo de Guaduas. Este caso es uno de los pocos procesos que sucedieron entre los años 1808 y 1816 que cuentan con una sentencia definitiva por parte de las autoridades republicanas del Estado de Cundinamarca.

Finalmente, se hará referencia al caso de MANUEL LÓPEZ DE LA CASTILLA, ciudadano de El Chaparral, contra los alcaldes pedáneos del mismo pueblo, por los múltiples abusos que estos cometieron contra la población, entre los que se encuentra la intención de esos magistrados de disponer de las tierras de varios campesinos pobres que sustentaban su existencia vital en los frutos de sus parcelas. Sobre este caso se han publicado ya varios artículos, pero considero importante reiterarlo en esta nueva publicación, primero porque fue el que se expuso en el evento realizado entre los días 5 y 10 de octubre de 2017 en la Universidad de Gotinga, y después, porque se considera (con toda la humildad) que es un buen ejemplo del tipo de constitucionalismo temprano en el continente americano, y que nunca es mala idea reproducirlo en ámbitos académicos que no sean el estrictamente colombiano.

## B) EL CASO DE JOSÉ CABEZA, GABRIEL FULA Y JESÚS REYES CONTRA EL CORREGIDOR MANUEL VENEGAS

Es importante hacer una breve reseña del recurso de agravios interpuesto por los “indios principales del pueblo de Machetá”, JOSÉ CABEZA, GABRIEL FULA y JESÚS REYES, contra el corregidor de dicha población, don MANUEL VENEGAS, ante la Real Audiencia de Santafé, puesto que sirve para exhibir, aunque sea superficialmente, la concepción que se tenía sobre el derecho y los derechos, antes de la Revolución de 1810.

Según aducían los jefes indígenas, abusando del poder de su cargo, dicho funcionario, en lugar de buscar la justicia y el buen gobierno de las personas sometidas a su jurisdicción, lo que hacía era ambicionar y arrebatárles las tierras a las personas más pobres y miserables y, para colmo de males, seguía cobrando los tributos anuales. Nótese que el tipo de conflicto jurídico que suscitaron los indígenas era la querrela que normalmente podía presentarse en el marco de una sociedad agraria y con una concepción del Derecho estamental, premoderna, en la que se acusa a quien gobierna de buscar su propio interés y anteponerlo al bien de la comunidad (es decir, de tiranía). Por eso los derechos que se consideraban vulnerados por el actuar del corregidor eran aquellos que se podían predicar de la colectividad, y no derechos individuales. No en vano la queja se redacta en la primera persona del plural, y por ello es comprensible que sean varios jefes quienes imploren la justicia de la Real Audiencia: “[s]eñor, ya estamos tan atribulados, questamos cuasi en estado de desesperar y no tenemos mas abrigo, y consuelo, sino es el de los sielos”<sup>66</sup>.

La queja contra el corregidor no contenía solamente la relación de hechos que originaban las inconformidades, sino la solicitud de que las medidas de tal autoridad se truncaran, evitando la profundización de los agravios a la comunidad<sup>67</sup>, es decir, el pedido de medidas cautelares.

Ejemplos de quejas como esta abundan en los tres siglos de dominación castellana sobre América y pueden citarse eventos en los cuales los jefes indígenas exigían justicia a los monarcas por la explotación a la que eran sometidas sus familias y sus pueblos, esto es, por la agitación que sufrían los derechos de la comunidad<sup>68</sup>. Solo por mencionar un episodio bastante conocido, se puede citar la representación que hizo en 1584 DIEGO DE TORRES, Cacique de Turmequé, al rey FELIPE II, en el que alude a la

<sup>66</sup> En *Archivo General de la Nación* (en adelante AGN), Bogotá, Sección Archivo Anexo I, Fondo Quejas, tomo 1, folios. 94-101. Ver en especial el folio núm. 96, anverso.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> Ver, sobre el tipo de derechos que se protegían en las civilizaciones agrarias que subsistieron hasta las revoluciones ilustradas e industriales, a BERND MARQUARDT, *Derechos humanos y fundamentales, Una historia del derecho ¿Valores Universales o Hegemonía Moral de Occidente?* Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2015, págs. 14 a 25.

libertad de los indígenas reconocida por el derecho, y a la prohibición de cometer contra ellos agravios o atropellos en sus personas o en sus bienes:

“Por nuevas leyes y ordenanzas reales hechas para las Indias tiene V.M. ordenado y mandado que los indios naturales de aquellas partes sean tratados como personas libres como lo son y que no reciban agravio alguno en sus personas, haciendas, mujeres e hijos. Hállase en la ciudad de Tunja usarse un cautiverio y crueldad diabólica contra lo que así V.M. tiene ordenado y mandado, y es que cada mujer de encomendero de indios tiene en sus casas muchas mujeres que sacan de los pueblos que tienen en su encomienda para que les hilen hilo, tejan y labren y hagan otros servicios y granjerías que han usado tener dentro de sus casas y estas mujeres las más son hijas de indios principales que es una cosa que los pobres naturales sienten mucho, ver a sus hijas, sobrinas y deudas en un cautiverio tan perpetuo y servicio tan ingrato, que toda la vida viven debajo de llave, que no ven sol ni luna, haciéndoles padecer extrema y miserable vida”<sup>69</sup>.

Ahora bien, y retomando el hilo del relato, aunque los derechos de los indígenas (el derecho de propiedad sobre la tierra, especialmente) sean preponderantemente colectivos, y desde ese punto de vista, las batallas jurídicas hayan tenido unas pretensiones de reivindicación social (y por qué no, también de emancipación), el caso del corregidor del pueblo de Machetá<sup>70</sup> es significativo porque evidencia que las fórmulas sacramentales usadas para pedir justicia en casos de abusos cometidos por las autoridades locales, son las mismas que años después habrían de utilizar los ciudadanos de Cundinamarca para litigar a favor de los derechos constitucionales, de índole individual y emanados de las revoluciones ilustradas. Esta circunstancia encuentra explicación en el hecho de que tanto el caso de Machetá como los que más adelante se exponen, son todos ellos recursos de agravios que fueron institucionalmente aplicados en el derecho público dirigido a las Indias, que no se abandonó una vez terminó el vínculo político con España<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Ver a GERMÁN COLMENARES & JORGE ORLANDO MELO (Eds.), *Lecturas de Historia Colonial III, El problema indígena en el período colonial (1540-1614)*, Bogotá, Ed. Universidad de los Andes, 1967-1970, publicación digital en la página web de la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/historia/colonia3/9-1.htm#9>. *Relación que don Diego de Torres, Ca* (28.2.2018).

<sup>70</sup> Hoy día, municipio del departamento de Cundinamarca, en Colombia.

<sup>71</sup> Sobre la supervivencia del recurso de agravios luego de la Independencia y su transformación en un medio de control jurisdiccional contra los actos del gobierno republicano, ver a DAVID E. LLINÁS A., “Recurso de agravios colonial en el Estado constitucional de Cundinamarca, 1814, Un fósil de la acción de nulidad por inconstitucionalidad”, en revista *Pensamiento Jurídico*, núm. 43, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2016, págs. 185-243; ver, sobre todo, a MALAGÓN, *Vivir en policía, op. cit.*

C) EL CASO DE YSABEL LEYTON, VIUDA Y MISERABLE, CONTRA SU HERMANO Y CONTRA UN CURA QUE LE QUISIERON DESPOJAR DE LA TIERRA EN QUE CIFRABA SU SUBSISTENCIA

a) *A manera de introducción*

Para comprender adecuadamente este caso en particular, debe mencionarse primero que el estatuto jurídico de la mujer en el marco del Derecho Indiano implicaba su incapacidad absoluta para hacer valer los derechos que le eran negados, salvo por intermedio de un representante legal, que bien podía ser su padre, un familiar cercano (un hermano), un tutor, y, sobre todo, su esposo. La única manera en que adquiriría su capacidad, y de forma precaria, además, era mediante la viudez o la orfandad<sup>72</sup>. Y tal precariedad jurídica se debía también a la consideración muy patriarcal y aristotélica de que antes y después de la viudez (o la orfandad), a la mujer se le consideraba menor de edad, demente o tarada<sup>73</sup>, lo que la hacía merecedora de la ayuda social. Y la pauperización jurídica (y social, fundamentalmente) de la mujer variaba también en función de su pertenencia a una clase social. En este párrafo se ha caracterizado el estatuto de derecho en la mujer española, no de las mujeres indígenas<sup>74</sup>, ni mucho menos de las esclavas.

Es por esto que casos como el de YSABEL LEYTON (o como el de CIRIACO DE URTECHO) son tan extraordinarios –y al mismo tiempo, ordinarios– en el marco del orden jurídico del Antiguo Régimen español, y es por ello que sirven para la descripción microscópica del fenómeno jurídico, y social, en momentos diferentes a esta modernidad. La viudez y la orfandad, por otro lado, no es una situación difícil de imaginar en esa época del mundo, por diversos factores entre los que vale la pena mencionar el hecho de las guerras<sup>75</sup>. Por ejemplo, en 1772, la viuda “modesta” y “recatada” MARCELINA NIETO, una vecina de Santiago de Veraguas, en lo que hoy es Panamá, por alguna razón no advertible en las fuentes primarias se ganó la animadversión del gobernador de aquella provincia, FÉLIX FRANCISCO BEJARANO, y terminó despojada de sus tierras, de todos sus bienes y de los cortos medios de los que vivía, siendo obligada además a irse exiliada de aquella ciudad, sin la posibilidad de volver.

El agravio que ella denunció se dio con ocasión de un procedimiento arbitrario que no tuvo en cuenta las pruebas que había en su favor. Interpuso un memorial –con una densidad jurídica impresionante para la época– ante el virrey de la Nueva Granada, MANUEL GURIOR, solicitándole encarecidamente que revoque la decisión del señor

<sup>72</sup> Ver, fundamentalmente, a MARÍA TERESA CONDÉS PALACIOS, *Capacidad jurídica de la mujer en el derecho indiano*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2002 (tesis doctoral), págs. 152 y ss.

<sup>73</sup> SUESCÚN, *Derecho y sociedad en la historia de Colombia*, op. cit., pág. 233.

<sup>74</sup> SUESCÚN, *Derecho y sociedad en la historia de Colombia*, op. cit., págs. 233 y 234.

<sup>75</sup> CONDÉS P., *Capacidad jurídica de la mujer en el derecho indiano*, op. cit., págs. 152 y ss.

BEJARANO y le permita volver a ver a su familia, advirtiéndole desafiante que de comprobarse su *culpabilidad* en el delito que le imputó el gobernador, se le imponga la pena definitiva; pero que de no encontrarse responsabilidad alguna en su contra, se le restituya a la “pacífica posesión en que vivía”.

“Con modo irregular y prohibido para la imposición de tan acerba pena, como lo es el defecto de citación y combencimiento de delito con causas en sí recibidas [...] implorando la superioridad de vuestra excelencia para ser restituida a mi patria, caza y familia [...] no se me justifica y combence con pruebas concluyentes el reato cualquier delito, que me imponga la recerba, que en sí tiene, para lo que, siendo del superior Vuestra Señoría se dignara su piedad [...] y que de resultar en mi contra combencimiento de culpa, se dé que á vuestra señoría para el castigo, que merezco, y de no resultarme mandar que se me deje en la quieta, y pacífica posesión, en que vivía, con reserva de mi derecho contra quien pueda y deba, sobre que espero de la benigna piedad de vuestra señoría ser atendida en este recurso, e invidada enteramente del conocimiento que pueda tener en mis causas y de los míos”<sup>76</sup>.

b) *La lucha de una mujer por los derechos sobre su tierra*

Ahora bien, y como se prometió desde el principio, este apartado está dedicado a YSABEL LEYTON y a su litigio contra un par de conspiradores que, valiéndose del hecho de tener una mejor posición social, manipularon a las autoridades del pueblo de Guaduas<sup>77</sup> para intentar arrebatarle unas pequeñas tierras que habían sido legadas por su padre antes de morir, a través de un testamento<sup>78</sup>.

Sobre el tema de las tierras, lo que puede colegirse de la lectura del caótico expediente es que antes de morir, el padre de los hermanos YSABEL y BUENAVENTURA LEYTON hizo la partición y distribución de unas tierras de su propiedad a las que, desde hacía muchos años, habían llamado “Trigo” y “Saldaña”, que estaban ubicadas en el corregimiento del pueblo de Guaduas. A YSABEL le correspondió, por el legado, una pequeña fracción de la parcela llamada Trigo, apenas lo necesario para reproducir su vida. Tomó posesión de la finca y actuó en adelante como su legítima dueña. A su hermano le correspondió el resto de los terrenos, pero no contento con el privilegio que le daba el hecho de tener la mayor parte de la heredad de su padre —además por la circunstancia específica de ser hombre en esta premodernidad—, urdió una compleja

<sup>76</sup> En Archivo General de la Nación, Bogotá, Sección Archivo Anexo I, Fondo Quejas, tomo 1, folios 73 y 74.

<sup>77</sup> Hoy en el departamento de Cundinamarca, Colombia.

<sup>78</sup> El expediente está titulado como *Matías Fernández de Maecha se queja de los procedimientos de los alcaldes de Guaduas*, en Archivo General de la Nación, Bogotá, Sección Archivo Anexo I, Fondo Quejas, tomo 1, folios 423-461. Sobre el asunto del testamento, del cual no hay copia en el expediente que se encuentra en el Archivo General de la Nación, pero respecto del cual hay varias menciones y citas concretas, ver folio 436.

red de tramas judiciales que envolvió, como intermediario, a un tal MATHÍAS FERNANDEZ DE MAECHA, a fin de retener para él lo que por derecho le pertenecía a su hermana.

Este MATHÍAS era clérigo de menores, es decir, el eclesiástico de bajo rango que apenas ha recibido una o varias de las órdenes menores<sup>79</sup>. Siguiéndole el renglón a BUENAVENTURA, interpuso en el año de 1808 una demanda contra YSABEL ante el alcalde (juez) de Guaduas, aduciendo que esos predios eran propiedad de la Iglesia en virtud de “varios ramos de capellanías”<sup>80</sup> colativas, que habían sido fundadas por la familia de los Linares, propietaria arcana de todas aquellas haciendas, que las había constituido para la salvación de sus almas.

Para entender mejor este detalle, debe mencionarse que las capellanías de misas consistieron en la destinación que, a través de un testamento, una o varias personas hacían de la totalidad o de parte de sus bienes, especialmente territoriales, para garantizar la salvación de su alma a través de misas celebradas a perpetuidad<sup>81</sup>. Los crímenes y pecados cometidos por los expedicionarios europeos en América, y la simple religiosidad de los españoles, los obligaron a fundar muchas capellanías legando extensos territorios a la Iglesia para que, con los frutos y ganancias derivados de esos bienes, se hicieran periódicamente las misas en memoria de los fundadores. Según la cosmovisión de la época, la fundación de una capellanía ayudaba a dejar tranquila la conciencia antes de morir, y se garantizaba que, después de siglos de estancia en el purgatorio, la persona llegara finalmente a las puertas del cielo. El problema con los bienes que se entregaban al clero a título de capellanía, es que salían del mercado, eran inalienables, y literalmente se transformaban en *manos muertas*<sup>82</sup>.

Pues bien, pese a que el señor clérigo de menores impetró su solicitud jurídica ante el juez del lugar, también se excusó de asistir a la diligencia de toma de posesión de las

---

<sup>79</sup> Que son, a saber, *ostiaro, lector, exorcista y acólito*. Con posterioridad al Concilio Vaticano II, en 1972, el Papa PABLO VI suprimió estas órdenes menores y las transformó en lo que ahora se llaman *ministerios*. Ver PAULUS PP. VI, *Litterae apostolicae, motu proprio datae, ministeria quaedam disciplina circa primam tonsuram, ordines minores et subdiaconatus in ecclesia latina innovatur*, en [http://w2.vatican.va/content/paul-vi/la/motu\\_proprio/documents/hf\\_p-vi\\_motu\\_proprio\\_19720815\\_ministeria-quaedam.html](http://w2.vatican.va/content/paul-vi/la/motu_proprio/documents/hf_p-vi_motu_proprio_19720815_ministeria-quaedam.html) (28.2.2018).

<sup>80</sup> *Matías Fernandez de Maecha se queja*, *op. cit.*, folio 426.

<sup>81</sup> “La capellanía de misas era un acto legal por el que una o varias personas, los fundadores, disponían de unos bienes económicos con el fin de crear un capital, el principal, para que generase unos réditos o renta permanente con la que pudiera mantenerse un sacerdote, el capellán. Éste tenía la obligación de celebrar a perpetuidad un número determinado de misas cada año, a modo de sufragio por las almas estipuladas por los fundadores. Al ser una fundación perpetua, requería una figura supervisora para que no se extinguiese la renta y siempre hubiese un capellán para celebrar las misas. Esa persona era el patrón de la capellanía, que era nombrado por los fundadores. Éstos solían dejar instrucciones para que siempre hubiera un patrón al fallecer el anterior”. Ver a JUAN MESQUIDA OLIVER, “La población de Manila y las capellanías de misas de los españoles: libro de registros, 1642-1672”, en *Revista de Indias*, núm. 249, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2010, págs. 469-500, 473.

<sup>82</sup> SUESCÚN, *Derecho y sociedad en la historia de Colombia*, *op. cit.*, págs. 237 y s.

tierras reclamadas, y en su lugar nombró, como mandatario, al mismísimo BUENAVENTURA LEYTON. Dentro de la estrategia estaba también demandar a un tercero, de nombre MANUEL DOMÍNGUEZ, que nada tenía que ver con las tierras de El Trigo, para que, haciéndose pasar por el propietario del pequeño lote que hacía parte de esa finca, no contestara la demanda y se allanara a las pretensiones relativas a la capellanía. Por algún medio se enteró YSABEL que querían tenderle esa trampa, e inmediatamente recusó sucesivamente a los funcionarios que habrían de dirigir la toma de posesión, por considerarlos parcializados a favor de su hermano. El alcalde de Guaduas, DIEGO ZAPATA, vislumbrando quizás la artimaña, aceptó todas y cada una de las recusaciones:

“Por auto del 20 de abril del año pasado se dio por recusado a D. José Ma Acosta, y en su lugar se nombró a D. Antonio Reyes, quien aceptó el encargo, según aparece en la diligencia del (no es claro). En seguida recusó a éste D. Ysabel Layton, y quando mi parte aguardaba q. el auto de su separación fuese con intervención del acompañado, pues que ambos debían concurrir en el negocio, interin no hubiese providencia que lo inviese de su conocimiento; procedió el Alcalde D. Diego Zapata (no es claro) á nombrar a D. Ygnacio Serrato, dando por recusado a D. Antonio Reyes. Luego que el apoderado de Fernandez fue notificado de este auto, reclamó semejante arbitrariedad interponiendo el competente recurso de apelación”<sup>83</sup>.

Uno de los recusados, JOSEF ANTONIO REYES, hace un breve relato (a modo de certificación ante el Tribunal que va a conocer el caso) de lo que, desde su perspectiva, pasó en esa diligencia de toma de posesión<sup>84</sup>, y si se toma esta declaración con lo afirmado por el abogado de MATHÍAS FERNANDEZ durante el proceso que siguió<sup>85</sup>, se puede concluir que BUENAVENTURA LEYTON, frenético y rabiado por la inteligente reacción de su hermana, increpó al alcalde de Guaduas por su falta de autoridad, razón por la cual este lo ordenó aprisionar.

Es por esto que FERNANDEZ, mediante apoderado judicial, demanda en abstracto la decisión del alcalde de Guaduas (DIEGO ZAPATA) de aceptar la recusación de todos aquellos que habrían podido seguir con la diligencia de toma de posesión. La demanda se interpone ante los *señores ministros del Tribunal de Justicia* de Santafé, que luego fue la Sala de Apelaciones del Estado de Cundinamarca<sup>86</sup>. Esta situación es la que explica, adicionalmente, que el expediente se titule, en el Archivo General de la Nación, como

<sup>83</sup> *Matías Fernández de Maecha se queja, op. cit.*, folio 454.

<sup>84</sup> *Matías Fernández de Maecha se queja, op. cit.*, folio 432 anverso.

<sup>85</sup> *Matías Fernández de Maecha se queja, op. cit.*, folio 454.

<sup>86</sup> Sobre este asunto, DAVID E. LLINÁS ALFARO, “Constitucionalismo temprano, Insumos para la reconstrucción del pensamiento constitucional posterior a 1810 en Colombia”, en ID. & BERND MARQUARDT (Eds.), *Historia comparada del derecho público latinoamericano del Siglo XIX, Anuario VII del Grupo de Investigación CC – Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ibáñez, 2018, págs. 141-198, 162 y ss.

*Matías Fernández de Maecha se queja de los procedimientos de los alcaldes de Guaduas.* El memorial es bastante ilustrativo sobre los hechos que se han estado analizando:

“Don Estevan San Miguel agente de negocios de esta ciudad, a nombre de Don Mathías Fernandez Mahecha clérigo de menores (no es claro) cuyo poder (no es claro) pretendo exhibir, ante V.S. por via de queja, agravio, o por el recurso que sea mas regular (no es claro), parezco, y con el debido respeto digo: que al referido mi poderdante se le han declarado varios ramos (no es claro) de capellanias, y entre ellas las que fundaron la familia de los Linares, cuyos fundos convierten en unas tierras tituladas el trigo, y Saldaña, con ubicacion en la Villa de Guaduas, de las que necesariamente debía posecionarse, y como le fuera mismamente imposible el comunicarse (no es claro) personalmente en el referido lugar de Guaduas, confirió un poder a Don Buenaventura Layton de aquella misma vecindad para que a su nombre tomase posesión de las mencionadas tierras entregándole para ello los documentos (no es claro) de la accion, y dio, e instruyendole para igualmente procediese contra Don Manuel Dominguez (no es claro) y sin réditos; el (no es claro) ocurrió inmediatamente al juez de Guaduas, y haciéndole (no es claro) su persona y documentos, pidió que mi nombre se le confriese la posesion que el solicitaba, de cuya justa pretension se desentendio el Alcalde Ordinario Don Diego Zapata y aspirando a entorpecer el asunto, confirió traslado a Doña Ysabel Layton, ignorándose absolutamente la causa o razón de este procedimiento (no es claro) Layton miente en el asunto, ni puede calificar ningun derecho porque realmente no lo tiene; mas como la supuesta interesada quisiese convenir con las ideas de aquel juez, prevalida de la prosecución que le imparte Don Balthasar Miñano, residente actual en esta Guaduas, (no es claro), que impuso con (no es claro), y dirigiéndose contra el impedido apoderado de mi poderdante, pidió su arresto, los otros desatinos que aterraron de tal suerte al mencionado Don Buenaventura, que se vio en la necesidad de desamarar la acción, y lugar de su residencia, según convence en declaración que con la solemnidad necesaria presento.

No satisfechos aquellos jueces con la temeridad de sus procedimientos antes mencionados, los han extendido igualmente al entorpecimiento de la caución decretada contra los bienes de don Manuel Dominguez en virtud de despacho que con el mencionado fin se libró desde el año (no es claro) de 1808, sin que hasta la fecha se haya corregido la menor providencia, a causa de que los jueces solo aspiran decididamente a perjudicar a mi poderdante, y a su (no es claro), para ello no solo presentan frívolos, y especiosos fundamentos sino que exigen derechos exesivos”<sup>87</sup>.

Pese a su condición social y económica la señora LEYTON no cayó en el engaño, supo cómo litigar en favor de sus intereses, y antes bien, aprovechando la circunstan-

---

<sup>87</sup> *Matías Fernández de Maecha se queja, op. cit.*, folio 426 (anverso y reverso).

cia de ser mujer, y pobre, consiguió un abogado que logró vincularla al proceso instaurado ante el Tribunal en su calidad *miserable*, esto es, como persona necesitada del amparo social y del Estado, pero también como sujeto de pobreza:

“Señores Ministros del Tribunal de Justicia

Pide se le tenga por parte en la  
causa que menciona y se le entreguen  
los autos que refiere

Doña Ysabel Leyton vecina de la Villa de Guaduas y amparada por pobre ante V.S. como mas haya lugar en derecho y con el debido respeto paresco y digo: que sobre las tierras denominadas del Trigo ubicadas en aquella Villa, se ha establecido cierta gestión por Don Buenaventura Layton mi hermano como apoderado de Don Matías Fernandez Maecha con el objeto solo de inquietarme.

Estos autos tengo noticia se han remitido a este Superior Tribunal; y necesitando de hacerme parte en ellos como señora que soy de la Tierra a que se contrae la disputa, para representar los derechos que puedan convenirme”<sup>88</sup>.

Ahora bien, en algún instante entre la apelación interpuesta por FERNÁNDEZ y la decisión del Tribunal, y por alguna razón que no queda clara entre los documentos del expediente, a YSABEL se le logra despojar, al menos temporalmente, de la posesión de su tierra. Por esta razón, el abogado de la señora Leyton, JOAQUÍN EDUARDO PONTÓN, en un memorial que le sirve como alegaciones finales, solicita con urgencia que se le restituya en sus derechos y en su propiedad:

“S.S. de la Sala de Justicia

Don Joaquín Eduardo Ponton Agente de negocios (no es claro) Doña Ysabel Layton amparada por pobre en autos, con don Matías Fernandez Maecha, (no es claro) este Tribunal penden por vía de apelación que de hecho interpuso este [se refiere a Fernandez Maecha] ante V.S. como más haya lugar en derecho y con el debido respeto digo. Que nada lograría mi parte, si después de elevado este expediente a su Tribunal Superior no anelare llevar consigo un testimonio de la protección con que V.S. defiende a los miserables.

Es bien claro que el recurso promovido por Fernandez, es el mas temerario, y en que solo lleva el objeto de fomentar la casi propencion nata que le asiste de lirigar: tal lo enuncia el nacimiento de esta misma accion y sus comprobantes. La formalizó sin derecha razon, insiste en ella, y para (no es claro) presenta los documentos que obran desde fojas primera hasta la quarenta y ocho. Documentos y papeles que desde la particion que de las tierras del Trigo se hizo quedaron en poder del hermano de mi parte Don Buenaventura Leyton como se colige del concepto del documento de foja sinquenta y ocho.

<sup>88</sup> *Matías Fernandez de Maecha se queja, op. cit.*, folio 437.

Prevalcido el citado hermano de mi parte, esta ocasión oportuna de serbir a su poderdante Fernandez exhibe tal documentacion; pero no advierte que esta serie de documentos, enumeran el antiguo derecho de propiedad, y justo titular con que las citadas tierras del Trigo se han transmitido, y llegaron al padre de mi parte Don Ventura Layton y de este a (no es claro) Ysabel Layton por titulo de herencia.

Un inconcluso (no es clara esta palabra) derecho convenzen en (no es claro) que fue el que las transmitio en don Buenaventura Layton a quien ha subcedido Doña Ysabel unas quietas y pacíficas posesion destruye la demanda de Fernandez. Ni estos documentos ni el titulo de Capellan pueden hacer a su favor.

El título de capellan nada dice acerca de las tierras del Trigo, ni en el se enuncia que alguno de los antecesores de mi parte fuese el fundador de capellanía. Nada hay que apoye la solicitud; y así fue que convencido de esta verdad, sacó los autos, y tubo por devolverlos sin escrito, confundido, seguramente de la precipitación con que exordio una demanda que a todas luces se descubre injusta.

Pero a pesar de la injusticia que embuelve sin embargo mi parte ha sentido los fatales efectos de verse privada del corto redito que le producía esta tierra que le ha embargado o dejado en suspenso por causa de este pleito, y con lo que se ha apurado mas su indigente situación.

No le resta pues, otro arbitrio, que acogerse como persona miserable a la protección de V.S. y adherirse al deseo que manifiesta Fernandez su contendor en que esta causa se radique ante V.S. con que lograría el que con brevedad se le de administre justicia, y tendrá por prueba reprecentar sus justos derechos.

En esta firme confianza, no duda mi parte que la integridad de V.S. se digne mandar librar la correspondiente real provicion para que el alcalde de Guaduas la restituya al goze de la corta pensión que por razon de arrendamiento se le contribuya por las citadas tierras del Trigo: en esta virtud.

V.S. Rendidamente suplico se digne determinando injusta y temeraria la queja propuesta por Fernandez, mandar se le (no es claro), en la posesion de la tierra mencionada que así es justicia<sup>89</sup>.

La sentencia fue proferida por el Tribunal de Justicia del Estado de Cundinamarca el 28 de enero de 1812, y en ella se rechaza, por improcedente, el recurso de apelación promovido por el clérigo de menores. Reza así la decisión:

“Los SS. Saavedra, Vergara, Rondón, Silva y Hoyos a 28 de enero de 1812

Vistos: no ha lugar el recurso de apelacion interpuesto por el apoderado del clérigo Don Matias Fernandez Maecha del auto de nueve de mayo (no es claro) dictado por la Justicia Ordinaria de la Villa de Guaduas, que a mayor abun (no

<sup>89</sup> *Matias Fernandez de Maecha se queja, op. cit.*, folios 441 y 442.

es claro) miento se confirma con costas, y sírvanse los autos para que mantenerse a las partes en la posesión han tenido se administra justicia conforme a derecho

(Firmas)<sup>90</sup>.

Sin embargo, esta corta aunque sustancial providencia no pudo ser ejecutada de inmediato, porque antes de realizarse la diligencia de notificación, FERNÁNDEZ hizo llegar al Tribunal un escrito de súplica, esto es, del recurso según el cual *se obedece pero no se cumple* una disposición por considerarla lesiva de sus derechos particulares (y de los de la Iglesia, que él decía representar)<sup>91</sup>. La pretensión de este recurso de súplica era que se revocara la sentencia, a fin de que se mandara al alcalde de Guaduas para que, acompañado del señor Antonio Reyes y de un segundo regidor, ejercieran las funciones relativas a la toma de posesión de las tierras a favor de la capellanía

YSABEL tampoco se quedó quieta, y ella misma hizo llegar al mismo Tribunal dos breves memoriales en los que contesta la suplicación y, también, solicita de manera apremiante que se hiciera cumplir la sentencia proferida a su favor. Este es el primer memorial:

“Sres Ministros del Tribunal de Justicia

Doña Ysabel Layton en autos sobre tierras ubicadas en Guaduas con Don Matias Fernandez Maecha ante V.S. como mas haya lugar en derecho y con el debido respeto digo: que esta causa se ha terminado; y aun no ha tenido efecto a causa de que la parte contraria no ha satisfecho los hechos de autonomía. Para que este asunto con mi perjuicio no se retarde.

Rendidamente suplico se digne mandar que la parte de Fernandez se ha apremiado a esta satisfacion inmediatamente y que la causa tenga su efecto en justicia<sup>92</sup>.

En el segundo memorial, menciona:

“Señores de la Sala de Repocicion

D<sup>a</sup> Ysabel Layton amparada por pobre de solemnidad contextando al traslado en autos sobre tierras con Dn Matías Fernandes Mahecha ante V.E. como mas haya lugar en derecho, y con el debido respeto digo: que el actual recurso dirigido contra el auto de veinte y ocho del ultimo enero que confirmo el apelado de nueve de mayo de mil ochocientos onze dictado por el Alcalde Ordinario de la Villa de Guaduas embuelve tanta temeridad e injusticia quanta descu-

<sup>90</sup> *Matías Fernandez de Maecha se queja, op. cit.*, folio 442 (reverso).

<sup>91</sup> Sobre el recurso de súplica o la suplicación, ver LLINÁS A., *Estado indiano, Estado responsable, op. cit.*, págs. 165 y ss.

<sup>92</sup> *Matías Fernandez de Maecha se queja, op. cit.*, folio 445.

bió el primero. Recordaré a V.E. el contenido de aquella determinación cuya confirmación ha dado motivo al remedio de Suplica que Fernandez ha abrazado con el mayor abuzo.

El juez de Guaduas para proceder en la causa que sobre tierras conocidas baxo el nombre del Trigo había establecido D. Matías Fernandez con el objeto de arrancarlas de mi poder a pesar de la antigua posesión que de ellas he logrado, se acompañó con el rexidor de aquella Villa Don Antonio Reyes. Recusé a este acompañado, y el Alcalde Ordinario por el mencionado decreto de nueve de mayo admite la recusación y nombra a otro Rexidor cuyo nombramiento mando hacer saber a las partes y que previa su confirmación se hiciese saber al nombrado para su aceptación se traxesen los autos a la vista para determinar. Tal ha sido el auto confirmado por los señores del Tribunal de Apelación.

Este auto desnudo de fuerza de definitivo o permanente o permanente (no es claro) interlocutorio no solo era inapelable sino con mucha razón no suplicable. Sin embargo ambos recursos se han abrazado de contrario con mucha injusticia y por puro capricho. Como lo cui (no es claro) la naturaleza del negocio”<sup>93</sup>.

Cansados de tantos ires y venires, y con un lacónico “se confirma el auto suplicado con costas”<sup>94</sup>, la Sala de Apelaciones de Cundinamarca no solo reiteró su decisión anterior, sino también ordenó el pago de las costas procesales a cargo de FERNÁNDEZ.

c) *Manuel López de la Castilla, un Ciriaco de Urtecho constitucional*

La importancia de este caso radica en que permite vislumbrar la maleabilidad del derecho español anterior a la independencia, que sobrevive pese a ella, y con su aval. Es un remoto caso de control ciudadano a las autoridades públicas por la vía jurisdiccional que, como el de CIRIACO DE URTECHO, es ordinario y al mismo tiempo extraordinario. Ordinario porque desde que el Estado Indiano se instauró en América durante el Siglo XVI como un Estado que propugna por la paz interna, era común que los súbditos del rey español se levantaran, jurídicamente, contra los abusos de la Corona (y es que la misma Corona así lo autorizaba: permitía la contradicción jurídica de sus decisiones<sup>95</sup>), y esa característica de irrupción contra la arbitrariedad no se perderá con la llegada del constitucionalismo ilustrado a Hispanoamérica a partir de 1810<sup>96</sup>. Pero es también extraordinario, porque resulta ser un buen ejemplo de cómo la gente

<sup>93</sup> *Matías Fernandez de Maecha se queja*, *op. cit.*, folio 456 (anverso y reverso).

<sup>94</sup> *Matías Fernandez de Maecha se queja*, *op. cit.*, folio 457 (reverso).

<sup>95</sup> Ver, por ejemplo, LLINÁS A., *Estado indiano, Estado responsable*, *op. cit.*, págs. 103-105.

<sup>96</sup> LLINÁS A., *Recurso de agravios colonial en el Estado constitucional de Cundinamarca, 1814*, *op. cit.*; ver también a ANDRÉS BOTERO BERNAL, *Modelo de lectura del constitucionalismo provincial hispanoamericano, Origen del constitucionalismo antioqueño*, Medellín, Ed. Universidad de Medellín, 2010, págs. 118 y 119, pie de página 395.

del común acude a las ideas ilustradas del constitucionalismo y los derechos del hombre, para obtener, a través de los mecanismos judiciales del Antiguo Régimen, una reparación jurídica por las arbitrariedades (inconstitucionalidades, mejor) explícitas en un auto de buen gobierno. En última instancia, puede decirse que ejemplifica bien el funcionamiento del derecho como *espacio* en el que suceden cosas, en el que se libran batallas intelectuales capaces de remover el ejercicio del poder, sin acudir a la rebelión o a la guerra física.

Todo esto significa que, el que se va a recordar es a un mismo tiempo un ejemplo del derecho público del Antiguo Régimen español en América, con sus características y ductilidad; y un ejemplo del derecho constitucional que apenas está surgiendo en el mundo.

El caso sucede en vigencia de la segunda Constitución del Estado de Cundinamarca, de 1812, y resulta de la demanda que interpone el ciudadano MANUEL LÓPEZ DE LA CASTILLA contra un bando de buen gobierno promulgado por los alcaldes ordinarios, o jueces de primera instancia con funciones gubernativas, de la parroquia del Chaparral:

“En la Parroquia del Chaparral de la Provincia de Mariquita, en nueve días del mes de Abril de mil ochocientos y catorce, los ciudadanos Antonio de Oviedo y Francisco Ruiz, alcaldes ordinarios de esta dicha Parroquia y su jurisdicción, por el superior gobierno del Estado, libre é independiente de la Capital de Cundinamarca, desimos. Que para el mejor asierto en el gobierno político de esta republica es presiso prevenir a todos los vecinos estantes y asistentes algunas de las cosas mas exenciales, que deveran observar y guardar, y que cada uno en la parte que le toque cumpla con los preceptos de los capítulos siguientes”<sup>97</sup>.

Así empieza el bando de buen gobierno que los alcaldes del Chaparral, los “ciudadanos” ANTONIO DE OVIEDO y FRANCISCO RUIZ, expiden para “un mejor” acierto en el gobierno de la comunidad. Como puede verse, está dirigido a todos los vecinos de la villa, quienes deben observar y cumplir sus disposiciones, que tenían que ver con los asuntos que durante el Antiguo Régimen eran considerados gobierno ordinario, es decir, con los aspectos más singulares de la vida cotidiana que debían regularse para vivir en tranquila armonía, en temas que incluso tocaban lo religioso, y que se dejaban al buen criterio de los gobernadores provinciales.

La generalidad característica de las órdenes policivas que emiten estos dos jueces se nota, también, en el tipo de lenguaje impersonal y prescriptivo que usa el bando de buen gobierno: “que siempre que se toque la campana para administracion [se refiere a

<sup>97</sup> *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, o por el recurso que haya lugar en derecho, impetrado por el ciudadano Manuel López de la Castilla contra el bando de buen gobierno del 9 de abril de 1814*, en Archivo General de la Nación, Bogotá, Sección Archivo Anexo I, Fondo Quejas, tomo 2, folio 40.

la misa], deveran concurrir todo los varones a acompañar a la Divina Magestad”<sup>98</sup>, so pena de la imposición de una multa. Otro ejemplo de esa generalidad tiene que ver con la orden, dirigida a los padres de familia, de que si reciben foráneos en sus casas, deben notificar tal situación a los alcaldes, pues de lo contrario “se les declarara responsables por los perjuicios que se causen a los vecinos”<sup>99</sup>. Otra orden, que atacaba directamente la digna libertad campesina de embriagarse tranquilamente, decía que “la persona que se vea dando escandalo en el lugar, con el desordenado vicio de la embriagues, sera arrestado y castigado”<sup>100</sup>. Otra más, prohibía el porte de toda clase de armas y ordenaba terminantemente que a la hora del “toque de la queda” todos debían “recogerse” en sus casas; mandato cuyo incumplimiento acarrearía el arresto<sup>101</sup>.

En fin, se trató de un acto general en el que constan veintidos órdenes que iban desde la prohibición de que los gariteros recibieran en sus negocios a hijos de familia y a esclavos, hasta la prohibición de los juegos de dados y de naipes por ser contrarios a la moral cristiana (bajo la pena de pagar una multa de cinco pesos)<sup>102</sup>, pasando por la permisión del intercambio comercial con monedas de plata, siempre y cuando en estas se noten claramente la cruz o el valor que representan<sup>103</sup>. Todo un régimen policial en una provincia sometida a una constitución ciertamente prolija en derechos y libertades.

Pero de entre aquellas disposiciones, quizás la que más interesa por su impacto en términos de afectación de los derechos particulares era la numero 16, relativa a los platanales que bordeaban la villa, pues según los alcaldes ordinarios, además de ser incómodas, estorbaban la construcción de casas en las que también podrían habitar los vecinos. La orden, en ese sentido, consistió en arrancar de raíz todas las plantas de plátano que se encuentran en el Chaparral dentro del término perentorio de quince días, bajo la multa de diez pesos que se exigirían a quienes omitan su cumplimiento, cuyo importe sería utilizado para financiar las “necesidades del Estado”:

“Que atendidos del perjuicio que causan los platanales de que esta poblado el lugar, a mas de tener impedidos los terrenos en que pueden poblar casas los vecinos que no las tengan, tenemos a vien mandar que arrancen [arranquen] de raíz todos los platanales que se hallan en el terreno de la Parroquia, dentro del término de quínse días, lo que cumplan bajo la multa de dies pesos que se le exigiran a los que fueren omiso, y que aplicaran a las necesidades del Estado, adonde se remitiran con el correspondiente informe de que quedara advertido

<sup>98</sup> *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, op. cit.*

<sup>99</sup> *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, op. cit.*, folio 40 (reverso).

<sup>100</sup> *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, op. cit.*

<sup>101</sup> *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, op. cit.*, folio 40 (reverso).

<sup>102</sup> *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, op. cit.*, folio 41 (reverso).

<sup>103</sup> *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, op. cit.*, folio 41 (anverso y reverso).

todo vecino, para que desocupados los terrenos que cubren los platanales, fomenten la construcción sus casas”<sup>104</sup>.

Como ya no había Real Audiencia en Santafé<sup>105</sup> porque el nuevo gobierno la suprimió, y sus actividades en materia jurisdiccional fueron reemplazadas por los cinco Tribunales de la Constitución de 1812 que pertenecían a la Representación Nacional, lo lógico para el ciudadano litigante era acudir ante el Tribunal que más se pareciera a la antigua Audiencia, y este era la Sala de Apelaciones. Y así, escondidos entre cientos de folios viejos y arrugados, se pueden encontrar algunas “quejas”, interpuestas por los ciudadanos de Cundinamarca en contra de sus alcaldes ordinarios, que habitaron en villas o ciudades que a veces estaban lejos del centro de poder en Santafé. Tal lejanía es un factor muy importante, porque entre más lejos se encontraba una comunidad del centro de poder, más facilidades tenía para autogobernarse, lo cual incidía en que los jueces ordinarios, que eran elegidos por el mismo pueblo (los alcaldes) y que presidían los cabildos, tuvieran mayores facultades en asuntos de gobierno, y que fueran más proclives al exceso y a la comisión de abusos. Era el caso del Chaparral, hoy en el departamento del Tolima, en Colombia, que en aquellos años era una población sometida a la jurisdicción de la provincia de Mariquita, que estaba a su vez sometida al gobierno de Cundinamarca.

Pues bien, ya sea porque los alcaldes ordinarios<sup>106</sup> encontraron a dos vecinos jugando dados; o porque se enteraron de que otros dos vecinos habían tenido una riña a puños; porque habían escuchado el sonido de la música proveniente de una casa de familia honrada, donde encontraron a dos peones y a dos esclavas tocando la guitarra<sup>107</sup>; o porque alguien se había quedado parado en el camino empedrado que estaba frente a la iglesia, los jueces del Chaparral tomaron la decisión de encarcelar y torturar a unos y de perseguir a otros con inquina, todo porque tales o cuales actividades habían quedado prohibidas por el bando de buen gobierno. También le quitaron el sustento económico a la gente más pobre de la villa, sobre todo mujeres, al erradicar forzosamente las plantas de plátano, que según ellos debían desaparecer para poder construir en su lugar las casas en las que debían habitar los mismos pobres que ya no tenían qué comer.

<sup>104</sup> *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, op. cit.*, folio 42.

<sup>105</sup> Quizás la Constitución de la época que mejor supo expresar que los Tribunales de Justicia reemplazaban a la Real Audiencia, fue la tunjana de 1811. El Capítulo IV de la Sección Tercera, sobre el Poder Judicial, señalaba que “las demás apelaciones de las sentencias que pronunciaren los alcaldes ordinarios se llevarán al alto Tribunal de Justicia que residirá en la capital de la provincia, en los términos que antes se hacía para la Real Audiencia del Reino”; *Constitución de la República de Cundinamarca* de 1812, Santafé, Bruno Espinosa, 1812, 61 págs., lugar: Biblioteca Nacional, Bogotá, Fondo Antiguo, Fondo Pineda, VFDU 1-371, pieza 30, ed. facsímil por MARQUARDT, *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Edición auténtica y comentada, op. cit.*, págs. 481-540; e ÍD., *Constitutional Documents of Colombia and Panamá, 1793-1853, op. cit.*, págs. 501-536; facsímil digitalizado: ÍD., <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1812-07-18-es-e.html> (28.2.2018).

<sup>106</sup> La fuente primaria enfatiza el papel protagónico, o mejor de villano, del alcalde OVIEDO.

<sup>107</sup> *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, op. cit.*, folio 52.

A JOSÉ MOLINA, un jornalero de excelente conducta, se lo llevaron preso por haber estado jugando dados y, ya encerrado, lo sujetaron con un cepo sin considerar las llagas que el hombre tenía en algunas partes de su cuerpo debido a sus labores diarias. Lo soltaron solamente por las súplicas de un buen amigo preocupado por su futuro<sup>108</sup>. A YPOLITO OSPINA lo metieron preso y le pusieron un par de grillos para inmovilizarlo por haber tenido una pelea con un indígena llamado LORENZO CASTRO. Uno de los alcaldes le dio “un planazo con el sable”<sup>109</sup> para inmovilizarlo y luego negarle la libertad.

Los dos alcaldes ordinarios también entraron a la fuerza en la casa de un renombrado ciudadano del Chaparral —de nombre MIGUEL GALINDO— mientras este no estaba allí, para luego llevarse presas a dos esclavas, una de ellas nombrada LUISA, porque según ellos estaban bailando en horas prohibidas, cuando lo único que hacían era tocar la guitarra<sup>110</sup>.

Entonces, otro ciudadano de la villa que se había visto damnificado con las disposiciones de los dos alcaldes ordinarios, llamado MANUEL LÓPEZ DE LA CASTILLA, interpone un recurso “por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, o por el recurso que haya lugar en derecho” —es decir, un recurso de apelación— en contra del bando de buen gobierno ante la Sala de Apelaciones del Estado de Cundinamarca<sup>111</sup>.

El señor LÓPEZ era dueño de un garito, una casa donde se jugaban dados, y ocasionalmente era empleador de JOSÉ MOLINA, el jugador a quien los alcaldes pusieron en el cepo. Un domingo, cuando en compañía de su familia se dirigía hacia la Iglesia parroquial, tuvo el enorme atrevimiento de quedarse parado en la esquina empedrada de la Iglesia unos “cortos minutos”, mientras esperaban el llamado a misa. La exaltación del alcalde OVIEDO, cuando notó la gigantesca violación a su disposición policiva<sup>112</sup>, fue de tal magnitud que al reclamarle su falta a LÓPEZ le dijo que era tan criminal su pecado, que seguramente tenía guardados en su casa a “treinta hombres preparados para resistirle en caso que me recombiniese sobre el hecho de haberme parado en aquel citio”<sup>113</sup>.

Como conocía los violentos antecedentes de los dos alcaldes cuando se desobedecían sus órdenes, y antes de verse reducido a los grillos en prisión, o sometido a la

<sup>108</sup> *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, op. cit.*, folio 51 (anverso y reverso).

<sup>109</sup> *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, op. cit.*, folio 58, donde se encuentra el concepto del fiscal de la Sala de Apelaciones sobre el caso.

<sup>110</sup> *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, op. cit.*, folio 52.

<sup>111</sup> *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, op. cit.*, folios 40 y ss.

<sup>112</sup> Es que también, la disposición núm. 21 del bando, prohibía quedarse parado en el camino empedrado que rodeaba la iglesia del pueblo.

<sup>113</sup> *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, op. cit.*, folio 29 (reverso).

tortura del cepo, tomó la sabia decisión de poner pies en polvorosa, dirigiéndose a Bogotá con la esperanza de que allí la justicia del Estado constitucional estatuida en 1812 solucionara el problema, no solamente suyo, sino de toda la comunidad chaparraleña. Llama la atención que en la parte final de su demanda el ciudadano LÓPEZ pide al Tribunal que, para comprobar la verdad de sus afirmaciones, se envíe en comisión al lugar de los hechos a los alcaldes ordinarios de la Villa de la Purificación, y no a los de Ibagué, por dos razones: primero, porque la Villa de la Purificación está más cerca, y segundo, porque los alcaldes de Ibagué son igual o más arbitrarios que los del Chaparral, y podrían estar parcializados a su favor<sup>114</sup>.

Es poco probable que el señor LÓPEZ haya sido quien redactara y escribiera esta demanda de nulidad, pero indistintamente de ello, el lenguaje que utiliza el documento es simplemente bello, no solo en términos de lo que busca —la justicia— sino, sobre todo, en cuanto a lo que demuestra desde el punto de vista de la historia constitucional de América Latina: que las personas tenían absolutamente claro, aunque vivieran en los espacios más alejados de los círculos de poder, que tenían unos derechos, que esos derechos eran universales, que eran imprescriptibles e inalienables; o más sencillamente, demuestra que tenían en la cabeza la idea de la ilustración, y que la Constitución tenía vigor normativo. Lo más curioso, a la luz del paradigma (que es, precisamente, ilustrado) con el que se explica el origen del constitucionalismo en esa época que va desde 1776 hasta 1821, es que al menos en este remoto Estado, nunca reconocido por el *ius publicum europeum*, los medios jurídico-procesales que se usaron para defender los derechos de la ilustración eran los previstos en el derecho propio del Antiguo Régimen.

Así pues, el memorial de MANUEL LÓPEZ expone dos clases de argumentos para justificar la inconstitucionalidad del acto impugnado<sup>115</sup>: el primero es que los alcaldes se extralimitaron en sus funciones, incurriendo en una iniquidad contra toda la comunidad del Chaparral; y el segundo, que vulneraron directamente las disposiciones de la Constitución con la afectación directa del derecho de propiedad, así como del derecho de libertad y la prohibición de la tortura, de varios de los habitantes del pueblo, no sólo por limitar la capacidad de locomoción de los vecinos, sino también por encarcelar y torturar a las personas que no cumplieran sus disposiciones. En la demanda también se pregunta “que utilidad trae a la sociedad este decreto, o que motivos imperiosos han concurrido para dictarle”, como buscando en la falta de conexión del bando de buen gobierno con el bienestar general, y en motivaciones ocultas e ilegales de los alcaldes, una infracción de la constitución que debe tener consecuencias jurídicas ad-

<sup>114</sup> *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, op. cit.*, folio 30.

<sup>115</sup> Cuando el autor del documento menciona el capítulo del auto de buen gobierno que ordena la destrucción de las huertas y matas de plátano, se pregunta sobre los motivos de la expedición del mismo: “¿Qué motivos imperiosos han concurrido para dictarle?” a lo que responde que ningún motivo más allá de la arbitrariedad. *Ibid.*, folio 30.

versas, tanto para dicho bando como para sus autores. Esto es importante, porque posteriormente el Fiscal de la Sala de Apelaciones va a preguntarse lo mismo para luego concluir con la inconstitucionalidad del bando.

En el auto de admisión del recurso de agravios<sup>116</sup>, del 27 de mayo de 1814, la Sala de Apelaciones, actuando con la precaución que solicita el demandante frente a los jueces de Ibagué (pues según el demandante los del Chaparral están hechos a su imagen y semejanza) ordena que se libre un despacho comisorio dirigido a las justicias ordinarias de la Villa de la Purificación, que es mucho más cercana geográficamente – ya que está a un día de distancia, con apenas un río en el camino, que es navegable en canoa–, para que con la posible brevedad practiquen todas las diligencias que la parte solicita, decretando al mismo tiempo una medida cautelar consistente en el recogimiento de los poderes de los alcaldes ordinarios del Chaparral<sup>117</sup>, es decir que, a prevención, se les suspenden tanto sus facultades en materia de gobierno como los efectos del bando de buen gobierno<sup>118</sup>. También ordena traer al Tribunal los antecedentes documentales de todos los hechos denunciados en la apelación<sup>119</sup>.

El Fiscal de la Sala de Apelaciones, NICOLÁS LLANOS, que tenía la función de emitir su concepto sobre toda la actuación procesal, recomendando a los jueces la adopción de la decisión en un sentido u otro, no solamente se muestra indignado con el tipo de injusticias que se evidencian de las actuaciones de los alcaldes ordinarios del Chaparral, de cuyas buenas motivaciones duda, sino que solicita a los tres magistrados del Tribunal que declaren nulo el bando de buen gobierno. Por ello, después de censurar el comportamiento arbitrario de los alcaldes ordinarios, analiza jurídicamente cada una de las disposiciones del bando, y afirma:

“Es claro que ninguna criminalidad embuelve el hecho de que un individuo se pase en el Altozano! Ningun delito abriga el no tener un almud de platanal de sembradura; que puede acontecer por no tener comodidad para plantarlo; y por ultimo la omisión de arrancar de raiz los platanales lejos de ser una acción culpable lo es solamente de conservar aquellos arboles que sembraron con trabajo cultivaron con tesoro y después de tantas fatigas iban a lograr de este fruto acaso para sostener una crecida y pobre familia: si después de esto se adiriese la innecesidad que hay de prohibir al vecino se pase en el Altizano porque a nadie se ofende; o la ninguna utilidad que resulta de arrancar los platanales porque sin pribar al miserable de este caro renglon de su subsistencia hay en la Parroquia del Chaparral mucho terreno en que edificar.

<sup>116</sup> Esa providencia reproduce la totalidad del recurso de agravios, lo cual facilitó su comprensión, porque el documento original de la demanda está muy deteriorado.

<sup>117</sup> *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, op. cit.*, folio 36.

<sup>118</sup> *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, op. cit.*, folios 44-46 (reverso).

<sup>119</sup> El auto es suscrito por los tres jueces institucionales de la Sala de Apelaciones: FRANCISCO GONZÁLEZ MANRIQUE, FELIPE ÁLVAREZ y MANUEL SAAVEDRA.

[...] Bien es que ni los alcaldes tenían facultad para hacer leyes nuevas o sanciones en puntos inusitados, ni el suficiente para hacerlas ejecutar porque la una facultad es del poder legislativo y la otra del poder ejecutivo. Así aparece que estos nuevos establecimientos derivados por la ninguna facultad de quien los formo y mando ejecutar; como también por ser ofencibos y perjudiciales”<sup>120</sup>.

Como se ve, la argumentación del fiscal es lo suficientemente moderna como para acusar a los alcaldes del Chaparral de que se extralimitaron en sus funciones, en la medida que las disposiciones del bando de buen gobierno crean Derecho de forma ilegítima, y que la función normativa radica exclusivamente en el poder legislativo. Es decir, que los alcaldes usurparon las facultades del legislador de Cundinamarca. Pero a más de lo anterior, la nocividad del bando radica en que su ejecución por parte de los mismos jueces que los crearon fue arbitraria, pues las disposiciones legislativas solo pueden ser aplicadas por el poder ejecutivo.

En una sola frase: el fiscal consideró que el bando era inconstitucional porque los alcaldes del Chaparral no tenían la facultad para expedirlo. Por eso termina solicitando a la Sala de Apelaciones que “se ha de servir V.E. prevenir que se les suspende del empleo que han abuzado, declarando nulo el auto de buen gobierno que con arbitrariedad formaron”<sup>121</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN

En el caso de MANUEL LÓPEZ DE LA CASTILLA, la batalla jurídica no se da contra un esclavista o contra un encomendero, ni se buscó tampoco la libertad de un esclavo; se trató de un caso en el que un ciudadano, consciente de sus derechos, y de los derechos de sus vecinos, entabló una batalla jurídica para proteger la libertad de toda una comunidad de la arbitrariedad de las autoridades locales. Aunque no se encuentra la sentencia de la Sala de Apelaciones, las breves intervenciones de ese mismo Tribunal, así como del fiscal del caso, NICOLÁS LLANOS, permiten suponer que la demanda la iba a ganar el ciudadano LÓPEZ. La posibilidad que existía en el Antiguo Régimen, relativa a contradecir jurídicamente las disposiciones de la Corona en aras de la paz social, va a quedar impregnada en la mentalidad de la gente que, ya viviendo bajo el influjo del constitucionalismo ilustrado, buscó por la vía judicial atajar el arbitrio de un par de abusadores.

En el caso de YSABEL LEYTON, no es claro en el expediente si era viuda para el momento en que se hizo efectivo el legado, o para el momento en que intentaron montarle la celada, o bien con ocasión de su intervención como parte procesal dentro

<sup>120</sup> *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, op. cit.*, folio 59 y reverso.

<sup>121</sup> *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, op. cit.*, folio 59 (reverso).

de la apelación promovida por su hermano (por FERNÁNDEZ, en la mera forma) contra las recusaciones de los funcionarios en Guaduas. Pero sí está claro que nunca interviene acompañada por un representante legal o a través de algún tutor como mediador, como lo exigían las leyes de indias. Es más, el litigio era, en los papeles, contra un clérigo de menores, pero en la práctica lo era contra su hermano, quien según el ordenamiento debía fungir como representante de sus derechos ante la ausencia del padre o del marido. Por esa razón, de acuerdo con el marco normativo que impuso la legislación indiana, puede especularse que, o bien era viuda y tal circunstancia –extrañamente– nunca se hizo explícita en el expediente; o lo que hizo en los Tribunales fue desafiar abiertamente el estatuto jurídico del cual hacía parte desde que nació, un acto subversivo contra el pensamiento aristotélico y escolástico acerca de la supuesta naturaleza inferior de las mujeres, legitimado a través del ejercicio del derecho, a través de la lucha por sus derechos.

No deja de llamar la atención que sea este precisamente, el único de los procesos relativos a *quejas* contra autoridades, o bien contra particulares (como es, realmente, este caso), en el que la causa se siguió hasta su finalización por parte de instituciones republicanas, en el periodo comprendido entre 1810 y 1816, antes del retorno del poder de facto de España con PABLO MORILLO al frente del ejército de la reconquista<sup>122</sup>.

Ahora bien, el derecho, visto como un espacio o un lugar en el que sucede el litigio, y como el mejor mecanismo que tiene la civilización para evitar la guerra (o para reemplazarla), es usado en estos casos, como en el que relató FERNANDO DE TRAZEGNÍES GRANDA, para no acudir a la rebelión o a las armas, y sí transformar, aunque sea en parte, las estructuras previamente definidas del poder. Aunque el recurso a la resistencia es legítimo dentro de la concepción que se tiene del derecho en el Antiguo Régimen, y fue esa idea la que conllevó a la independencia y a las demás revoluciones ilustradas, el derecho siempre servirá como medio para hacer la paz, sustituyendo las armas por las ideas. No es extraño, tampoco, que estos conflictos hayan girado alrededor del tema más álgido –desde sus implicaciones sociales y económicas– desde el Siglo XVI hasta ahora en América Latina: la tenencia, posesión y propiedad de las tierras, y su despojo bien por el Estado, acaso por particulares.

El derecho, y los derechos, fueron usados como alternativa de control por parte de los destinatarios del poder, ante la ausencia de ese mismo poder, pero esta vez en términos políticos. ¿Los campesinos de los últimos treinta años en Colombia, habrían podido acudir al derecho para evitar el desplazamiento, o para retornar a las tierras? Depende, concretamente, de la forma en que se vea el derecho, y de la voluntad polí-

---

<sup>122</sup> Desde luego, hay que aclarar que se hace referencia a los procesos relativos a *quejas* o recursos de agravios y solicitudes de amparo jurídico, que el autor ha estado investigando desde hace nueve años en el Archivo General de la Nación de Bogotá. Es posible que se encuentren más procesos, y es deseable que así sea.

tica para dejarlo cumplir una función, si no emancipadora, al menos sí reivindicadora. En la Colombia republicana, esa consciencia del derecho como instrumento de poder, como espacio desde donde se construye el poder, solo se ha pronunciado desde la Constitución de 1991, y se espera que se consolide con la implementación de los *Acuerdos de Paz suscritos entre el Gobierno Nacional y las Farc* en 2016.

Al fin y al cabo, si se acepta que el derecho es un lugar en el que transcurren y compiten entre sí los más diversos intereses, que es una de las etapas de la construcción del poder, y que por otro lado el discurso constitucional se sustenta sobre la idea de la tolerancia y del control (como lo fue, también, la noción de fortalecer al Estado para garantizar la paz social en el Siglo XVI), no sería descabellado afirmar lo que sigue: la Constitución es un sitio en el que la competencia de intereses está signada, sometida, a la noción del control; y el control supone, al mismo tiempo, que los interlocutores al interior del derecho, que persiguen legítimamente sus objetivos económicos, políticos y jurídicos, deben estar dispuestos a aceptar por igual tanto la pérdida como la ganancia. La Constitución es, por tanto, el aspecto más ético de ese sitio denominado derecho, y si se educa a la sociedad en esa ética, es posible eliminar, o al menos reducir a su mínima expresión, la guerra como etapa para definir el poder. Bonita idea que, de un modo u otro, debería considerarse en el largo camino hacia la paz que Colombia todavía debe recorrer.

## BIBLIOGRAFÍA

### A) FUENTES PRIMARIAS

- (1497-1820) SOLANO, FRANCISCO DE: *Cedulario de Tierras, Compilación de legislación agraria colonial (1497-1820)*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.
- (1584) *Relación que don Diego de Torres, Cacique, hace a su Majestad sobre los agravios que a los naturales del Nuevo Reino se hacen por las personas en quienes su Majestad los tiene encomendados y de la manera que se consumen y acaban, las cosas que conviene remediar y el poco fruto que con ellos se ha hecho en su conversión*, Archivo General de Indias, Patronato 196, en COLMENARES, GERMÁN & MELO, JORGE ORLANDO (Eds.): *Lecturas de Historia Colonial III, El problema indígena en el período colonial (1540-1614)*, Bogotá, Ed. Universidad de los Andes, 1967-1970, publicación digital en la página web de la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/historia/colonia3/9-1.htm#9>. Relación que don Diego de Torres, Ca (28.2.2018).
- (1681) *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias mandadas imprimir y publicar por la magestad católica del rey Don Carlos II*, Madrid, Ivlian de Paredes, 1681.
- (1772) *Recurso o queja por vía de agravio de Marcelina Nieto contra Félix Bejarano*, en Archivo General de la Nación, Bogotá, Sección Archivo Anexo I, Fondo Quejas, Tomo 1, folios 73 y 74.
- (1802) *Recurso o queja por vía de agravio, violencia e infracción de los jefes principales del pueblo de Machetá*, en Archivo General de la Nación, Bogotá, Sección Archivo Anexo I, Fondo Quejas, tomo 1, folios 94-101.
- (1808-1812) *Matías Fernández de Maecha se queja de los procedimientos de los alcaldes de Guaduas*, en Archivo General de la Nación, Bogotá, Sección Archivo Anexo I, Fondo Quejas, tomo 1, folios 423-461
- (1810) *Constitución del Estado Libre e Independiente de Socorro*, ed. por MARQUARDT, BERND (Ed.): *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Edición auténtica y comentada*, 2ª ed., Bogotá, Ed. Ibáñez, 2011, págs.

- 21-24; e ÍD. (Ed.): *Constitutional Documents of Colombia and Panamá, 1793-1853*, Berlín & Nueva York, De Gruyter, 2010, págs. 643-646.
- (1811) *Constitución de la República de Tunja*, Santafé de Bogotá, B. Espinosa, 1811, lugar: Biblioteca Nacional, Bogotá, Fondo Antiguo, Fondo Pineda, VFDU-1-447, ed. facsímile por MARQUARDT, BERND (Ed.): *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Edición auténtica y comentada*, Bogotá, 2ª ed., Ed. Ibáñez, 2011, págs. 391-422; e ÍD. (Ed.): *Constitutional Documents of Colombia and Panamá, 1793-1853*, Berlín & Nueva York, De Gruyter, 2010, págs. 651-672; facsímile digitalizado: ÍD., <http://modern-constitutions.de/CO-TU-1811-12-09-es-e.html> (28.2.2018).
- (1812) *Constitución de la República de Cundinamarca*, Santafé, Bruno Espinosa, 1812, 61 págs., lugar: Biblioteca Nacional, Bogotá, Fondo Antiguo, Fondo Pineda, VFDU 1-371, pieza 30, ed. facsímile por MARQUARDT, BERND (Ed.): *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Edición auténtica y comentada*, 2ª ed., Bogotá, Ed. Ibáñez, 2011, págs. 481-540; e ÍD. (Ed.): *Constitutional Documents of Colombia and Panamá, 1793-1853*, Berlín & Nueva York, De Gruyter, 2010, págs. 501-536; facsímile digitalizado: ÍD., <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1812-07-18-es-e.html> (28.2.2018).
- (1814) *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, o por el recurso que haya lugar en derecho, impetrado por el ciudadano Manuel López de la Castilla contra el bando de buen gobierno del 9 de abril de 1814*, en Archivo General de la Nación, Bogotá, Sección Archivo Anexo I, Fondo Quejas, tomo 2, folio 40.
- (1972) PAULUS PP. VI: *Litterae apostolicae, motu proprio datae, ministeria quaedam disciplina circa primam tonsuram, ordines minores et subdiaconatus in ecclesia latina innovatur*, en [http://w2.vatican.va/content/paul-vi/la/motu\\_proprio/documents/hf\\_p-vi\\_motu-proprio\\_19720815\\_ministeria-quaedam.html](http://w2.vatican.va/content/paul-vi/la/motu_proprio/documents/hf_p-vi_motu-proprio_19720815_ministeria-quaedam.html) (28.2.2018).

## B) BIBLIOGRAFÍA SECUNDARIA

- BOTERO BERNAL, ANDRÉS: *Modelo de Lectura del Constitucionalismo Provincial Hispanoamericano. Origen del constitucionalismo antioqueño*, Medellín, Ed. Universidad de Medellín, 2010.
- CALLE MEZA, MELBA LUZ: *Constitución y guerra en Colombia*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2014.
- CASTAÑEDA DELGADO, PAULINO: “La condición de miserable del indio y sus privilegios”, en *Anuario de Estudios Americanos*, Vol. XXVIII, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1971, págs. 245-335.
- CASTILLO, LINA DEL: “‘Prefiriendo siempre á los agrimensores científicos’, Discriminación en la medición y reparto de resguardos indígenas en el altiplano cundiboyacense, 1821-1854”, en revista *Historia Crítica*, núm. 32, Bogotá, Ed. Universidad de los Andes, 2006, págs. 68-93
- CASTILLO VEGAS, JESÚS LUIS: “El estatuto jurídico de los indígenas en las constituciones hispanoamericanas del periodo de la emancipación” en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 35, Valparaíso, Ed. Universidad Católica, 2013, págs. 431-459.
- CATTÁN ATALA, ÁNGELA: “La Restitutio in Integrum en el Derecho Indiano”, en *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, tomo I, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, págs. 209-222.
- CONDÉS PALACIOS, MARIA TERESA: *Capacidad jurídica de la mujer en el Derecho Indiano*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2002 (tesis doctoral).
- EWALD, URSULA: “The large estate – myth and reality”, en MOOR, JAP DE & ROTHERMUND, DIETMAR (Eds.): *Our Laws, Their Lands, Land Laws and Land Use in Modern Colonial Societies*, Münster & Hamburgo, Lit Verlag, 1994, págs. 68-76.
- GAMBOA MENDOZA, JORGE AUGUSTO: *El cacicazgo muisca en los años posteriores a la conquista, Del sibipkna al cacique colonial, 1537-1575*, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2010.
- LIÉVANO AGUIRRE, INDALECIO: *Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia*, tomo 2, Bogotá, Tercer Mundo Eds., 1997
- LLINÁS ALFARO, DAVID E.: “Constitucionalismo temprano, Insumos para la reconstrucción del pensamiento constitucional posterior a 1810 en Colombia”, en ÍD. & MARQUARDT, BERND (Eds.): *Historia comparada del derecho público latinoamericano del Siglo XIX, Anuario VII del Grupo de Investigación CC – Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ibáñez, 2018, págs. 141-198.

- *Estado indiano, Estado responsable*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2013.
- “La paz o la guerra mediante el derecho, o de cómo el derecho es una herramienta para construir paz”, en MARQUARDT, BERND (Ed.): *Paz a través del Derecho y de la Constitución, Anuario VI de CC – Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2016, págs. 119-140.
- “Recurso de agravios colonial en el Estado constitucional de Cundinamarca, 1814, Un fósil de la acción de nulidad por inconstitucionalidad”, en revista *Pensamiento Jurídico*, núm. 43, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2016, págs. 185-243.
- MALAGÓN PINZÓN, MIGUEL: *Vivir en policía, Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007
- *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811-2011)*, Bogotá, Ed. Universidad de los Andes, 2012.
- MARILUZ URQUIJO, JOSÉ MARÍA: *El régimen de la tierra en el Derecho Indiano*, Buenos Aires, Ed. Perrot & Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, 1978.
- MARQUARDT, BERND: *Derechos humanos y fundamentales, Una historia del derecho ¿Valores universales o hegemonía moral de Occidente?* Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2015.
- *Historia constitucional comparada de Iberoamérica, Las seis fases desde la Revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2016.
- *Ius contra bellum, La promoción del potencial humano a la paz mediante el derecho público –interno e internacional–, Recorrido del último milenio*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2017.
- *Teoría integral del Estado, Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, tomo 1, *La era preilustrada y preindustrial, Desde la sociedad pre-estatal hasta el Estado de la paz interna (3000 a.C.-1775 d.C.)*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2018.
- MARTINI, MÓNICA P. & MAYORGA GARCÍA, FERNANDO: “Los derechos de los pueblos originarios sobre sus tierras de comunidad, Del Nuevo Reino de Granada a la República de Colombia”, en LOSANO, MARIO G. (Ed.): *Un giudice e due leggi, pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Milano, Giuffrè Ed., 2004, págs. 35-73.
- MAYORGA GARCÍA, FERNANDO: “La extinción del tributo indígena en la Nueva Granada”, en Íd.: *Estudios de derecho indiano*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2003, págs. 19-53.
- MESQUIDA OLIVER, JUAN: “La población de Manila y las capellanías de misas de los españoles, Libro de registros, 1642-1672”, en *Revista de Indias*, núm. 249, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2010, págs. 469-500.
- PEREÑA, LUCIANO: *Carta Magna de los Indios*, Salamanca, Ed. Universidad Pontificia de Salamanca, 1996
- SALINAS ARANEDA, CARLOS R.: “El iusnaturalismo hispano-indiano y la protección jurídica en la persona”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, núm. 6, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- SCHMITT, CARL: *El Concepto de lo Político (1932)*, en ID.: *Teólogo de la política*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2004. Título original en alemán: *Der Begriff des Politischen*, Múnich, Duncker & Humblot, 1932 (primera versión de 1927).
- *Teología Política (1934)*, en ID.: *Teólogo de la Política*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2004. Título original en alemán: *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 2ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1934 (1ª ed. de 1922).
- SUÁREZ DELGADO, JOSÉ MANUEL: “El nuevo constitucionalismo latinoamericano, Derechos sociales y agenda ideológica crítica, Algunas implicaciones”, en MARQUARDT, BERND (Ed.): *El Estado constitucional de los valores, Anuario V del Grupo de Investigación CC – Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2015, págs. 265-323.
- SUESCÚN, ARMANDO: *Derecho y sociedad en la historia de Colombia*, tomo 2, *El derecho colonial*, Tunja, Ed. Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, 2001.
- TORALES PACHECO, MARÍA CRISTINA: *Tierras de indios, tierras de españoles, Confirmación y composición de tierras y aguas en la jurisdicción de Cholula (Siglos XVI-XVIII)*, México, Ed. Universidad Iberoamericana, 2005.
- TRAZEGNÍES GRANDA, FERNANDO DE: *Ciriaco de Urtecho, Litigante por amor*, 3ª ed., Lima, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995.

LLINÁS: DERECHO Y CONFLICTO

- VALENCIA VILLA, HERNANDO: *Cartas de batalla, Una crítica del constitucionalismo colombiano*, 3ª ed., Bogotá, Panamericana Ed., 2010.
- “De las guerras constitucionales en Colombia, Capítulo LXVIII, Un informe sobre la reforma Barco”, en revista *Análisis Político*, núm. 6, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 1989, págs. 96-119.
- VÁZQUEZ CARRIZOSA, ALFREDO: “Reseña de H. Valencia Villa, Cartas de batalla, 1987”, en revista *Análisis Político*, núm. 3, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 1988, págs. 181-184.