





VIVIR EN POLICÍA: UNA CONTRALECTURA DE LOS ORÍGENES  
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO



MIGUEL ALEJANDRO  
MALAGÓN PINZÓN

VIVIR EN POLICÍA: UNA CONTRALECTURA  
DE LOS ORÍGENES DEL DERECHO  
ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Malagón Pinzón, Miguel Alejandro

*Vivir en policía : una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano* / Miguel Alejandro Malagón Pinzón. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2007.

334 p. ; 24 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN: 9789587102444

1. Derecho administrativo -- Historia 2. Procedimiento administrativo 3. Actos administrativos I. Universidad Externado de Colombia II. Título

344

SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca

Noviembre de 2013

ISBN 978-958-710-244-4

© 2007, MIGUEL ALEJANDRO MALAGÓN PINZÓN  
© 2007, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá - Colombia  
Teléfono (57 1) 342 0288  
publicaciones@uexternado.edu.co  
www.uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2007

Primera reimpresión: diciembre de 2016

Diseño de carátula: Departamento de Publicaciones

Composición: Proyectos Editoriales Curcio Penen

Impresión y encuadernación: Digiprint Editores SAS

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

*Printed in Colombia*

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

*A mis padres, por su ayuda en mi renacer*

*A Julia, por su cariño, apoyo  
y amor infinito*



## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO PRIMERO	
LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO FRANCÉS.	
LA INVENCION DE LA TEORÍA DEL ACTO POLÍTICO O DE GOBIERNO	
Y SU AUSENCIA DE CONTROL JUDICIAL	
I. Origen del derecho administrativo –	
Cambios lingüísticos debidos a la revolución	19
II. Creación del concepto de soberanía nacional	21
III. La Declaración de los Derechos del Hombre	22
IV. Aparición del principio de legalidad y de la codificación	26
V. La división de poderes, el silogismo jurídico y el arbitrio judicial	30
A. La discrecionalidad administrativa y el nacimiento del acto político	38
VI. Aplicación de los postulados de la Revolución Francesa	44
VII. Primera concepción francesa sobre los estados de excepción	46
CAPÍTULO SEGUNDO	
INFLUENCIAS EXTRANJERAS EN LA CONFORMACIÓN	
DEL DERECHO PÚBLICO Y LA RECEPCIÓN DEL MODELO	
DE DERECHO ADMINISTRATIVO FRANCÉS EN COLOMBIA	
I. La Revolución de los Comuneros	55
II. El Memorial de Agravios y la revolución	
de independencia del 20 de julio de 1810	60
A. Enfrentamiento económico y político entre Cartagena	
y Santa Fe De Bogotá. Génesis de nuestro federalismo	66
III. El pensamiento de Bolívar, el proyecto constitucional	
de Angostura de 1819 y la Constitución boliviana de 1826	73
IV. La Regeneración y la Constitución de 1886	103
V. Recepción del modelo de derecho	
administrativo francés en Colombia	117
A. Acogida de la teoría del acto político	129
1. El primer liberalismo francés, su influencia en Hispanoamérica	
y la diferencia del siglo XIX colombiano	129
2. La Constitución de 1886 y la recepción de la teoría francesa	
del control formal del decreto de estado de sitio	132

3.	La justiciabilidad formal del decreto del estado de sitio	135
4.	La Constitución de 1991 y el rechazo de la teoría francesa de la ausencia de control material del acto político	137
	a. La Corte Constitucional: juez de la Administración	139
	b. La estrategia global de reforma del presidente Uribe y el resurgimiento de la tesis francesa del control formal del acto político o de gobierno	142
CAPÍTULO TERCERO		
LA CIENCIA DE LA POLICÍA		147
I.	Historia y evolución del concepto. La cameralística	151
II.	La ciencia de la policía	153
III.	Policía y justicia	157
CAPÍTULO CUARTO		
EL CONTROL DE LA POLICÍA EN LAS INDIAS		175
I.	Primeras acepciones de policía. Las reducciones, misiones religiosas y los pueblos de indios	177
II.	Los controles a la policía	180
	A. Los controles de ingreso a la policía	180
	1. La adecuación	180
	a. Nacionalidad	183
	b. Religión	188
	c. Edad	189
	d. Sexo	190
	e. Factores económicos y sociales	191
	f. Estado civil	192
	g. Capacidad e incompatibilidad	193
	B. Requisitos para la toma de posesión	194
	C. Controles disciplinarios y fiscales	199
	1. Las visitas	199
	a. Aspectos generales	199
	b. Aspectos procesales	205
	c. Críticas	211
	d. Pervivencia de la visita en el siglo XIX	213
	2. Juicio de residencia	214
	a. Aspectos generales	214

b. Aspectos procesales	218
c. Críticas	228
d. Pervivencia del juicio de residencia en los siglos XIX y XX	229
3. Juicio de cuentas	233
a. Antecedentes y situación en Castilla	233
b. El juicio de cuentas en las Indias	235
c. Pervivencia del juicio de cuentas en los siglos XIX y XX	239
4. Eficacia del funcionamiento de la burocracia colonial	252
5. Controles en vía de recursos contra los actos de gobierno o de policía en las Indias	253
a. Los recursos contra los actos de gobierno o policía en Castilla	254
b. Actos conforme a derecho	256
c. Actos contrarios a derecho	257
d. Los recursos	258
e. Los recursos en las Indias	259
 CONCLUSIONES GENERALES	 295
 BIBLIOGRAFÍA	 303



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

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

Esta investigación es realizada por un abogado administrativista, que amparado en la historia busca generar otro punto de vista sobre el derecho administrativo de Colombia. Desgraciadamente no tenemos la formación profesional de un historiador, por lo que sólo hemos llegado a esbozar una hipótesis distinta sobre el denso proceso de formación del control sobre el poder. Pero no deja de sorprendernos el mal conocimiento que tienen entre nosotros los profesionales del derecho sobre nuestra historia jurídica, circunstancia que ha conducido a tender sobre el derecho administrativo un velo y a que se tengan por verdaderas argumentaciones que, como la de orientación francesa, no atienden a nuestro pasado histórico jurídico. Esperamos que con este modesto escrito se logre cambiar la perspectiva sobre nuestra administración pública y su ordenamiento jurídico.

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

Por lo que se refiere a Colombia, esta disciplina —el derecho administrativo— acusa una falta de identidad debida al olvido no sólo de su primera etapa

hispanica, suplantada por la influencia francesa, sino de esta última al acercarse cada vez más al modelo anglosajón, con la importación del modelo de autoridades independientes que responden al fenómeno del intervencionismo estatal, iniciado por el presidente ROOSEVELT en desarrollo de su *New Deal*.

En este trabajo se pretende estudiar la historia del derecho administrativo colombiano partiendo de la Policía y su desarrollo en el derecho colonial español, mejor conocido como derecho indiano<sup>1</sup>, continuando luego con su evolución en los siglos XIX y XX, hasta la implantación del modelo francés.

La polémica sobre el origen del derecho administrativo está destinada a perdurar. Aquí se busca participar en ella para ayudar a entender y a conocer nuestro derecho público. En efecto, se suele partir de la idea, errónea a nuestro juicio, de que el derecho administrativo mismo es un invento de la Revolución Francesa, y, en consecuencia, se afirma que Iberoamérica no conoció el derecho de la administración pública hasta el siglo XIX.

Nuestra propuesta en este trabajo es que se tome a la ciencia de la policía como la primera etapa en la que la administración pública se somete al derecho, como el primer momento de control sobre el poder. Esta subordinación marca el inicio de la historia administrativa de la actual Colombia, y corresponde en nuestra evolución jurídica a la presencia histórica de España en América, que presenta un armazón de instituciones y figuras jurídicas dotadas de una autonomía ciertamente precaria, pero que a pesar de sus deficiencias permitieron la conformación de una administración pública sujeta a límites, tanto desde el punto de vista jurídico como político-social. De tal modo, existía, es verdad un gobierno absoluto<sup>2</sup>, pero controlado de manera incipiente por la Corona desde España, y por la sociedad en América.

- 
- 1 El derecho indiano “puede correctamente definirse como un sistema de leyes, doctrinas y costumbres, creado o aceptado por los reyes de Castilla, para organizar el gobierno espiritual y temporal del Nuevo Mundo hispánico, regular la condición de sus habitantes, dirigir la navegación y el comercio y, sobre todo, procurar la incorporación de los indígenas a la grey católica”: RICARDO ZORRAQUÍN BECU. “Hacia una definición del derecho indiano”, *Revista de Historia del Derecho* n.º 22, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1994, p. 407.
  - 2 MARÍA LAURA SAN MARTINO DE DROMI. “Historia de la Administración Argentina”, en *Posada Herrera y los orígenes del derecho administrativo español*, Madrid, INAP, 2001, p. 324.

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

El control se manifestó en los poderes de plena intervención de que estaba dotada la policía para imponer el centralismo estatal. Dicha institución en Europa se topó con la oposición de entidades como la Iglesia, los gremios, los municipios, trayendo como resultado que la penetración del absolutismo fuera más lenta. En América, por el contrario, estas instituciones estaban menos establecidas, por lo que la policía encontró un ambiente más propicio para poder arraigarse y expandirse. El resultado de este implante fue que el derecho indiano se construyó inspirado en un ideal modernizador como lo era el del buen gobierno<sup>4</sup>. Es por esto que el ordenamiento indiano es un típico derecho moderno, es un derecho de policía propiamente dicho.

Es preciso empezar por analizar el surgimiento del derecho administrativo francés, para así poder entender que nuestro derecho administrativo es una fusión de antecedentes hispánicos, iluminismo francés e intervencionismo anglosajón<sup>5</sup>. En esta mixtura es difícil ver qué elemento prima sobre el otro;

---

3 HEIKKI PIHLAJAMAKI. “Lo europeo en derecho: ius polittiae y el derecho indiano en derecho y administración en las Indias Hispánicas”, *Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, vol. II, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, p. 1374.

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

5 Para el caso colombiano aún no se ha empezado a estudiar el importante influjo del derecho administrativo inglés y norteamericano. El primer intento es de mi autoría cfr. “Influencia del derecho administrativo norteamericano en el derecho administrativo co-

lo único que se puede vislumbrar es que Iberoamérica tiene un ordenamiento administrativo con una base europea, pero también con un piso propio, que es la ciencia de la policía y su regulación. Este canon no podía ser el mismo de la Península, por la sencilla razón de que América era una realidad distinta, donde las reglas se tenían que adaptar a una realidad completamente diferente de aquella para la que fueron creadas. Si a este hecho le sumamos la distancia entre los dos continentes, vemos que es muy dicente que se diera un control sobre el gobierno, sobre la administración.

---

lombiano: las misiones Kemmerer y Currie”, en *Teoría de la organización administrativa*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005, pp. 15 a 32.

CAPÍTULO PRIMERO

*La Revolución Francesa y el derecho administrativo francés.  
La invención de la teoría del acto político o de gobierno  
y su ausencia de control judicial*



Parte de la doctrina en el derecho administrativo continental europeo<sup>1</sup> sostiene que éste nace con la Revolución Francesa y como consecuencia concreta del principio de separación de poderes. Y expone como uno de sus principales logros el haber creado un juez especial para controlar a la administración. De igual forma plantea que el derecho administrativo será la lucha constante para controlar las potestades discrecionales de la Administración. No obstante, como último reducto de estas inmunidades del poder, quedará la figura del acto político o de gobierno, que surgirá por creación artificial del Consejo de Estado francés. Nosotros no compartimos este pensamiento, pues sostenemos que el derecho administrativo tiene un nacimiento anterior. Pero debemos mostrarlo para posteriormente exponer nuestra hipótesis. Analicemos pues el umbral francés.

#### I. ORIGEN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO - CAMBIOS LINGÜÍSTICOS DEBIDOS A LA REVOLUCIÓN

El derecho administrativo francés se considera como la expresión del fenómeno de conquista del Estado por el derecho, y desde esa óptica es un acontecimiento muy nuevo. Para WEIL tiene un origen “milagroso”, porque es casi una manifestación divina el que el poder quiera someterse al derecho<sup>2</sup>.

Suele considerarse que el punto de partida del derecho administrativo es la Revolución Francesa. Esta fue un acontecimiento que produjo grandes innovaciones. La primera de ellas se dio en el lenguaje, empezando por la palabra “revolución” que antes sólo se refería a la obra del polaco NICOLÁS

---

1 Entre otros, podemos mencionar como representantes de esta postura a PROSPER WEIL. *Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1986; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Madrid, Civitas, 1998, y *La lengua de los derechos. La formación del derecho público tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1994; CARMEN CHINCHILLA. “Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho Administrativo”, en *Nuevas perspectivas del derecho administrativo*, tres estudios, Madrid, Civitas; JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX*, Sevilla, Instituto de Estudios García Oviedo, 1972.

2 WEIL. *Derecho administrativo*, cit., pp. 36 y ss.

COPÉRNICO “*de Revolutionibus*”, publicada en 1543 en Nuremberg. Allí se formuló la teoría heliocéntrica<sup>3</sup>, y se empezó a cambiar el modo de pensar pasando de un pensamiento teológico a uno científico.

En la *Enciclopedia* de DIDEROT y D’ALAMBERT el único significado que se tenía de esta voz, era el de esta obra de COPÉRNICO. Ignorando con ello, por ejemplo, los acontecimientos de la Revolución en Norteamérica. Tampoco allí se definió la palabra “independencia”: esto, como lo señaló GERMÁN ARCINIEGAS, “era obvio, porque viviendo Europa de los imperios, y Europa era todo un imperio para explotar colonias en el mundo, definir independencia como lo que es, era atentar contra las fuentes de la riqueza colonial”<sup>4</sup>.

La lengua se enriqueció con palabras como “aristócrata” y “libertad”, y esta última de ahora en adelante iba a ser entendida como autonomía, y no

- 3 COPÉRNICO, para evitar persecuciones y acusaciones de herejía, le dedica su obra al Papa PAULO III, que era un gran aficionado a la astronomía. Veamos esa dedicatoria: “Me doy cuenta con suficiente claridad, Santo Padre, que habrá personas que al enterarse que en mis libros sobre las revoluciones de las esferas del universo atribuyo unos movimientos al globo terráqueo, pondrán el grito en el cielo y pedirán mi condena junto con mis convicciones [...] Para concebir la idea de un principio distinto en el cálculo de los movimientos de las esferas del mundo, no me ha impulsado otra cosa que la de constatar que los matemáticos, en sus investigaciones acerca de aquéllas, se hallaban en contradicción con ellos mismos [...] De ahí, pues, que con este estímulo me pusiera yo también a reflexionar sobre el movimiento de la tierra. Si, no obstante, hay gentes retorcidas que, aunque lo ignoran todo de las matemáticas, se permiten juzgar estas cosas y, a causa de algún pasaje de las Escrituras, malévolamente desviado de su sentido, osan censurar y atacar mi obra, no me preocuparé en absoluto de ellos, incluso despreciaré su juicio por temerario, para demostrar, tanto a los científicos como a los que no lo son, que no rehuyo la crítica de quien sea, he preferido dedicar este fruto de mi esforzada labor más bien a Vuestra Santidad en lugar de hacerlo a cualquier otra persona, y ello porque incluso en este más remoto rincón de la Tierra donde yo vivo se os considera como el más ilustre, tanto por vuestra dignidad jerárquica como por el amor que profesáis a todas las artes, sin exceptuar las matemáticas. Fácilmente, pues, podréis reprimir con vuestra autoridad y criterio los ataques de lenguas calumniadoras, aunque diga el refrán que no hay medicamento contra la mordedura de un falso acusador”: HÉCTOR ANABITARTE y RICARDO LORENZO SANZ. *Copérnico*, Bogotá, Editora Cinco, 1985, pp. 149 y 150.
- 4 GERMÁN ARCINIEGAS. *Con América nace la nueva historia*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1992, p. 247.

como la libertad de los antiguos; que, según GARCÍA DE ENTERRÍA, siguiendo a CONSTANT, era la de participar en los asuntos públicos<sup>5</sup>.

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

Lo anterior demuestra que la concepción de libertad de los antiguos tiene que tomarse con beneficio de inventario, y debe tratar de mirarse en una perspectiva más social, en el sentido de que fue excluyente y solamente benefició a una clase, la de los varones atenienses propietarios de la tierra<sup>6</sup>.

## II. CREACIÓN DEL CONCEPTO DE SOBERANÍA NACIONAL

En segundo lugar encontramos el principio de la soberanía nacional, entendida como la “traslación de la soberanía (en definitiva del poder) desde el Príncipe (principio monárquico del absolutismo) a la nación, entendida como distinta de los individuos que la componen y titular de dicha soberanía (poder) de forma originaria y ejercida –en virtud de delegación– por los órganos instituidos por la propia nación”<sup>7</sup>. Derivado de este principio surgió el concepto de democracia representativa y de mandato representativo, entendiendo por este último el que los representantes elegidos por el pueblo representaban a la nación y no a ningún interés particular. Este criterio conllevó la supresión de los gremios y de las corporaciones de oficios, pues éstas favorecían los

---

5 GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos*, cit., pp. 17 y 42.

6 PERRY ANDERSON. *Transiciones de la antigüedad al feudalismo*, México, Siglo XXI Editores, 2002, pp. 34 y 35; M. I. FINLEY. *La Grecia antigua*, Barcelona, Crítica, 2000, pp. 134 y 135; JOSEP FONTANA. *Europa ante el espejo*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 12 y 14.

7 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *El concepto del derecho administrativo*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1984, p. 37.

intereses particulares y vulneraban la libertad de asociación y el derecho a escoger libremente profesión u oficio<sup>8</sup>.

### III. LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

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

Los valores que defendió esta Declaración eran la libertad, la igualdad, la fraternidad y la propiedad. El primero se expresó en los derechos de primera generación o libertades públicas, que implicaron para el Estado obligaciones de no hacer, es decir de no intervención<sup>9</sup>, únicamente de reconocimiento. Estas libertades eran de dos clases: “1. Libertades-límite, tales como la seguridad o protección frente a arrestos y detenciones arbitrarias, la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, la libertad de movimiento, la libertad de empresa y la libertad de pensamiento; 2. Libertades-oposición, tales como la libertad de prensa, reunión, manifestación, etc.”<sup>10</sup>.

---

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

9 GIANNINI refiere que la idea de intervencionismo existe en el Estado para solucionar, por medio del ordenamiento jurídico, los conflictos sociales. De tal suerte que siempre que exista un ordenamiento jurídico habrá intervención, “por lo que diciendo que hay intervención no se dice nada, ni jurídica, ni politológicamente pertinente”: MASSIMO SEVERO GIANNINI. *El poder público, Estado y administraciones públicas*, Madrid, Civitas, 1991, p. 21.

10 MAURICE DUVERGER. *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 211.

El valor de la igualdad<sup>11</sup> se predicó desde el punto de vista formal, es decir frente a la ley, por ejemplo, con la abolición de la servidumbre y de los privilegios nobiliarios<sup>12</sup>. La igualdad jugó un papel trascendental en la organización territorial del Estado francés, pues en nombre de ella se organizó el concepto de Estado unitario o central. En efecto, la Revolución terminó en Francia con las antiguas provincias, y buscó la homogeneización mediante la creación del concepto de departamento, como unidad fundamental del territorio. Este se entendió como una división territorial desconcentrada, establecida para que del extremo más lejano del territorio a la capital no se tardaran más de 24 horas a caballo. En el departamento se impuso un agente del poder central denominado prefecto, quien reemplazó al antiguo funcionario comisionado llamado intendente. El régimen municipal también se organizó según este centralismo, y se estipuló que estas entidades tendrían funciones propias y funciones delegadas del poder central; se dispuso que en cada municipio existieran autoridades de elección popular y una autoridad representante del poder central designada por el prefecto. Por último, se contempló que estas

- 
- 11 Aquí debemos hacer referencia a que la aplicación del principio de igualdad fue muy relativa; piénsese por ejemplo que NAPOLEÓN buscó reconquistar Haití, principal colonia francesa, y revocar la abolición de la esclavitud y por lo tanto acabar con la igualdad que había sido pregonada a los cuatro vientos por la Revolución. Cfr. GERMÁN ARCINIEGAS. *Biografía del Caribe*, Bogotá, Círculo de Lectores, 1986; JAMES C. R. L. *Los Jacobinos Negros*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004. De igual forma no me puedo resistir a transcribir un pequeño párrafo del francés ERNEST RENAN, quien esboza perfectamente la ineficacia de la igualdad y muestra además el desprecio por las otras culturas diferentes a la francesa: “Una nación que no coloniza está abocada irrevocablemente al socialismo, a la guerra del rico y del pobre; la conquista de un país de raza inferior por parte de una raza superior que se establece en él para gobernarle no tiene nada de extraño. Inglaterra practica este tipo de colonización en la India, con gran provecho para la India, para la humanidad en general y para sí misma. Así como deben ser criticadas las conquistas entre razas iguales, la regeneración de las razas inferiores o bastardas por parte de las razas superiores está, en cambio, dentro del orden providencial de la humanidad [...] *Regere imperio populus*, he aquí nuestra vocación”: cit. en DARCY RIBEIRO. *Las Américas y la Civilización*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1992, p. 51.
- 12 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo* 1, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, p. 131.

entidades, el departamento y el municipio, quedaran sometidas a control de tutela por la Administración central<sup>13</sup>.

La fraternidad, como lo expresa HABERLE, ha sido un valor con un déficit de plasmación jurídico-positiva y ético-social, que sólo se ha venido a llenar recientemente, con el advenimiento del Estado social de derecho y, concretamente, con el principio de solidaridad<sup>14</sup>.

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

La propiedad ordena la producción y la distribución de los bienes. A través de ella, se logra una selección similar a la biológica –un precedente económico de las doctrinas evolucionistas y la teoría de la selección natural de DARWIN y de los mejores para regir el mundo económico; el máximo rendimiento y el mejor empleo de los medios escasos con los que cuenta una sociedad. Toda la teoría económica quiere liberar de trabas a la producción y distribución industrial y comercial. El propietario debe ser libre para que se favorezca el crédito, el comercio, la industria, etc. [...] Al final, libertad, igualdad, ley, constitución, pacto social, producción, comercio, mercado, orden público, selección natural, evolución y progreso son, todos, nuevos términos análogos ligados a una nueva verdad revelada por la razón científica: la propiedad<sup>15</sup>.

Es famosa la disputa entre BOUTMY y JELLINEK, sobre la falta de originalidad de la Revolución Francesa frente a la Norteamericana. El primero postuló el origen político de la Declaración francesa, no exento de chauvinismo; el segundo le atribuyó a ambas declaraciones un punto de partida religioso, la reforma protestante en concreto, y más específicamente el pacto de Providence en Norteamérica en 1636, elaborado bajo la batuta de ROGER WILLIAMS<sup>16</sup> y plasmado más adelante en 1776 en la Declaración del Buen Pueblo de Virginia. En

---

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

14 PETER HABERLE. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Edit. Trotta, 1998 pp. 89 a 91.

15 JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ CAPEROCHEPI. *La propiedad en la formación del derecho administrativo*, Pamplona, s. ed., 1983, p. 60.

16 JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI. *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid, Editora Nacional, 1984, pp. 9 a 55.

opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>17</sup>, esta discusión quedó zanjada al manifestarse que el gran aporte de los franceses fue haber inventado, tras el absolutismo, el concepto de ley, como epicentro del derecho público moderno.

No se puede poner en duda la influencia de la Revolución Norteamericana en el país gallo. Por ejemplo, la idea de una declaración de derechos surge de LA FAYETTE, héroe nacional francés que luchó en la Independencia norteamericana en donde llegó a tener el rango de Comandante General<sup>18</sup> y quien estuvo presente en los debates de la Constitución de 1776. También se debe tener en cuenta a JEFFERSON, uno de los redactores de la declaración de derechos de América del Norte y quien fuera embajador en París en 1789<sup>19</sup>.

Por otro lado, BENJAMIN FRANKLIN estuvo en Europa y en concreto en Francia de 1776 a 1785, dejando una huella clara en el deísmo. FRANKLIN redactó, en 1728, sus “Artículos de fe y religión”, tras haber sufrido un grave accidente; allí planteó la existencia de Dios y, la inmortalidad del alma y basado en estas reglas dijo:

Considerando estos principios como esenciales a cada religión y encontrándolos en todas las que teníamos en nuestro país, yo las respetaba todas, aunque en diferentes grados, según ellas admitían más o menos artículos que, sin inspirar, extender o fortificar la moral, sólo servían para dividirnos y para hacernos enemigos los unos de los otros. El respeto por todas, junto a la opinión de que la más mala produce algunos buenos efectos, me ha conducido a evitar toda palabra que pueda disminuir la buena opinión que el prójimo pueda tener de su religión. Y como el crecimiento de la población en nuestra provincia exigía continuamente nuevos edificios para el culto, que se levantaban en general mediante suscripciones voluntarias, cualquiera que fuese la secta, yo no negué mi óbolo para ese fin<sup>20</sup>.

Este pensamiento se plasmó en el decreto de la Convención del 7 de mayo de 1794, cuyo propósito fue terminar con el ateísmo y con el cristianismo; allí se reguló que “el pueblo francés reconoce la existencia del ser supremo y

---

17 GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos*, cit., p. 70.

18 ANDRÉ MAUROIS. *Historia de los Estados Unidos*, Barcelona, Círculo de Lectores, 1972, p. 150.

19 *Ibíd.*, p. 67.

20 JESÚS PABÓN. *Franklin y Europa*, Madrid, Sarpe, 1985, p. 137.

la inmortalidad del alma. Reconoce que el culto digno del ser supremo es la práctica de los deberes del hombre”<sup>21</sup>.

#### IV. APARICIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DE LA CODIFICACIÓN

El cuarto aporte fue el principio de legalidad<sup>22</sup>, el establecimiento de la ley como expresión de la voluntad general<sup>23</sup>, encargada de cuidar el interés general, de defender el bien público. Con esto se instauró el imperio de la ley<sup>24</sup>, el que

21 *Ibíd.*, p. 140.

22 En realidad fue la Gloriosa Revolución inglesa la que consagró por vez primera el principio de legalidad, porque prohibió que la ley pudiera ser modificada por el rey, y se dispuso que esta sólo podía ser cambiada por el Parlamento. Adicionalmente también estableció la independencia judicial para garantizar la supremacía de la ley sobre la voluntad del monarca, ya que JACOBO II había destituido a los jueces que se habían negado a interpretar la ley según sus designios: cfr. GEORGE MACAULAY TREVELYAN. *La Revolución Inglesa 1688-1689*, La Habana, Edit. Ciencias Sociales, 1980, pp. 125 y 126.

23 Según FRIEDRICH, el principio roussonianiano de la voluntad general es contradictorio pues “esta voluntad es al mismo tiempo trascendente y racional. La doctrina de la voluntad racional es muy antigua, y desempeñó un papel importante en la Antigüedad clásica y en el período escolástico. Pero en las viejas formas no se atribuía esta voluntad racional a cada individuo, sino que dependía de que lo racional estaba activo en un hombre determinado. En ROUSSEAU, como resultado de su concepto radicalmente igualitario del hombre, encontramos el punto crítico de la teoría de COPÉRNICO. Se dice que todos los hombres poseen una voluntad racional y, entonces, la voluntad general se considera como la expresión de estos individuos cuando se reúnen para legislar. Pero ello no significa que ROUSSEAU creyera que la voluntad general era la suma de las voluntades de los individuos que forman la comunidad, ya que cada una de estas voluntades no tiene como mira el bien general, sino el bien individual. Una verdadera ley es siempre una regla general, y el problema central de todo orden gubernamental consiste en encontrar la forma de lograr tales leyes. Sin embargo, ROUSSEAU no resuelve el problema. Ciertamente, no lo resuelve en el sentido democrático de la decisión mayoritaria, como con frecuencia se ha afirmado. ROUSSEAU creía que la democracia sólo era adecuada para comunidades muy pequeñas, pues no estaba dispuesto a permitir o aceptar la representación”: C. J. FRIEDRICH. *La filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 183 y 184.

24 En Inglaterra, en la Edad Media se estableció el principio de sujeción del rey a la ley; así, en la Carta Magna de 1215 se dispuso en su artículo 39: “Ningún hombre libre podrá

de aquí en adelante iba a ser considerado el código de conducta de los funcionarios de la Administración, quienes en adelante sólo podrían hacer lo que les estaba permitido expresamente por ella. Los funcionarios se convirtieron así en meros agentes del poder soberano que se encarnó en el parlamento, único órgano investido de la representación popular<sup>25</sup>. A comienzos del siglo XIX esta concepción de la vinculación positiva sufrió una transformación que implicó que se considera que la Administración ejecutaba la ley y además buscaba los intereses generales, basándose en la discrecionalidad, acogiéndose con ello el principio de vinculación negativa, “que había sido tradicional a la institución monárquica”<sup>26</sup>.

---

ser detenido o encarcelado, privado de sus derechos o de sus bienes, o puesto fuera de la ley o exiliado, o privado de su rango de cualquier otro modo, ni usaremos de la fuerza contra él, o enviaremos a otros para que lo hagan, excepto por sentencia judicial de sus pares y según la ley del país”: MAURICIO FIORAVANTI. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Edit. Trotta, 2000, p. 32. La razón de ser de este artículo es el juramento que debían prestar los reyes ingleses al ser coronados, mediante el que se garantizaba que el monarca actuara según el derecho, circunstancia que protegía los derechos de los súbditos, quienes al ser juzgados por los jueces del reino estaban en capacidad de exigir que fueran procesados de acuerdo a la ley. CHARLES HOWARD MCILWAIN. *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 96 y ss.

25 “La importancia que la ley asume en la Revolución es puesta ya de manifiesto desde el artículo 3 de la Constitución de 1791 que proclama que ‘el rey está sujeto a la ley’. La ley garantiza la igualdad y la libertad, principios a partir de los cuales debe contemplarse el desarrollo del derecho administrativo; si la ley es sinónimo de igualdad, esta va a hacer surgir la poderosa Administración contemporánea, y con ella, como derecho que le es propio y específico, el derecho administrativo”: CANNADA BARTOLI, cit. por CHINCHILLA MARÍN. *Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo*, cit., p. 28. SORIANO sostiene que la “ley es así ley civil, igual para todos, y responde a la idea de salvaguardar la libertad del individuo que cambia radicalmente, al convertirse en ciudadano, abandonando la más elemental condición de súbdito con que el Antiguo Régimen venía en caracterizarlo”: JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA. *Los fundamentos históricos del derecho administrativo en Francia y Alemania*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, *Temas de Derecho Público* n.º 35, 1994, p. 29.

26 SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos*, cit., p. 197.

La ley se convirtió para los franceses en la principal fuente del derecho, incluso por encima de la Constitución. Esta únicamente fue considerada como un texto político que incluía los derechos humanos y la estructura del Estado. Es decir que era una regulación que contenía una parte dogmática y una orgánica; no se entendió que era una norma jurídica porque no existió el control de constitucionalidad de las leyes, y estas podían vulnerar la norma fundamental sin que ello tuviera consecuencias jurídicas. Se le dio primacía a la ley porque emanaba del poder legislativo que se consideraba el poder soberano. Esta superioridad, en Francia duró en principio hasta 1958, pero en concreto hasta 1974, cuando se amplió la legitimación activa para interponer el recurso de inconstitucionalidad<sup>27</sup>.

Por otro lado, esta preponderancia de la ley hizo necesario que los derechos del hombre, los derechos fundamentales, fueran incorporados en un texto legal para tener aplicabilidad, pues no podían ser exigidos directamente sobre la base de la Constitución. Por este motivo se adoptó el Código Civil de NAPOLEÓN de 1804, y especialmente para proteger el sacrosanto derecho de propiedad<sup>28</sup>.

Este Código se dividió en tres partes, directamente relacionadas con la propiedad: la primera hacía referencia a las personas en cuanto propietarias; la segunda trataba de manera específica sobre la propiedad, y la última estudiaba los actos jurídicos que permitían la transferencia del dominio de un ciudadano a otro, ya sea por acto entre vivos o por causa de muerte<sup>29</sup>.

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

---

27 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, p. 31.

28 BARTOLOMÉ CLAVERO. *Los derechos y los jueces*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 41 y 57.

29 “La propiedad aparece como un poder absoluto sobre la cosa; la cosa casi se identifica con el fundo rústico, el viejo depósito de la riqueza, y representa bien la meta final del itinerario penosamente recorrido de la clase burguesa que, finalmente, alcanza el resultado siempre buscado y nunca plenamente conseguido de un acceso incondicionado a la propiedad libre de la tierra”: PAOLO GROSSI. “Propiedad y contrato”, en *El Estado moderno en Europa*, cit., p. 130.

... intervención autoritaria del Estado que enumera taxativamente las reglas jurídicas aplicables, sustrayéndolas de esta manera a la historia, o cerrando ahora aquellos caminos que durante siglos los juristas habían recorrido con desenvoltura a la búsqueda de un derecho todavía practicable. Las respuestas eran ahora impartidas de manera más simple, rápida y (aparentemente) segura por una ley tendencialmente completa, orgánica y ordenada, explícitamente promulgada por la competente autoridad estatal<sup>30</sup>.

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

El derecho civil se basó en el sujeto único y trasladó estas diferencias a la capacidad de actuar; por ello se estableció que había quienes, como las mujeres, los menores, los dementes o los disipadores, necesitaban de la ayuda de otro sujeto para poder desenvolverse. En este mismo sentido el derecho comercial desarrolló los actos de comercio, conductas que objetivamente definían quién tenía que ser considerado comerciante, y eliminó de esta forma la antigua figura elitista del comerciante para intentar aparecer más imparcial. Por último, el derecho penal sustituyó las diferencias que se planteaban con relación a la clase social, mirándolas desde la víctima o el victimario, en términos, por ejemplo, de si uno u otro era noble o plebeyo, y las reemplazó por la igualdad de los delitos y de las penas, sin importar el agente del que provinieran, ni quién las padecía<sup>31</sup>, y que de ahora en adelante iban a ser vistas exclusivamente como unas circunstancias de hecho que se subsumían en una norma jurídica y que necesariamente tenían unas consecuencias legales.

Surgió, emanada de la preeminencia de la ley y de los códigos, la escuela de la exégesis que estableció que todo el derecho se encontraba en la ley y que en la interpretación del derecho debía buscarse la intención del legislador. Cuando

---

30 PIO CARONI. *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 55.

31 GIOVANNI TARELLO. *Cultura jurídica y política del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 50 y 51.

ésta no se podía conocer, se tenía que acudir a una interpretación presunta que se apoyaba en la jurisprudencia y en los precedentes históricos<sup>32</sup>.

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

Estaba compuesto por tres partes:

En la primera parte describe la Organización administrativa desde el Ministerio del Interior hasta las municipalidades, así como los consejos territoriales, pasando por las prefecturas y sus subordinados. La segunda parte entraña los actos del estado civil, es decir, el matrimonio, el divorcio y los decesos e inhumaciones. La tercera parte es la más extensa: trata de las personas dentro del Estado, así como de las contribuciones, la conscripción, los socorros públicos, la agricultura, la industria y el comercio, además de las prisiones, los hospitales y los extranjeros. El resto del documento aborda las propiedades del Estado, la policía administrativa y el procedimiento administrativo<sup>33</sup>.

## V. LA DIVISIÓN DE PODERES, EL SILOGISMO JURÍDICO Y EL ARBITRIO JUDICIAL

El quinto aporte fue la separación de poderes de MONTESQUIEU, doctrina que no tiene nada de original pues había sido planteada primero por ARISTÓTELES y después por LOCKE. Este último influyó de manera decisiva en la teoría de MONTESQUIEU. El pensador anglosajón estableció que hay tres poderes en el Estado, el legislativo que crea el derecho, el ejecutivo que da el respaldo de la

---

32 FRANCISCO JOSÉ HERRERA JARAMILLO. *Filosofía del derecho*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1994, pp. 85 y 86.

33 ÓMAR GUERRERO. Estudio introductorio a CHARLES JEAN BONNIN. *Principios de Administración Pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 95.