



Autora: Adriana Botero Martinez

Técnica: Lápiz y acuarela con intervención digital

Dimensión: 8 x 10

Año:

RELACIONES ENTRE LOS PODERES EJECUTIVO Y JUDICIAL: EL CASO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO*

* Artículo desarrollado dentro del proyecto de investigación titulado “ Evolución de la Administración Pública” de la línea de investigación de Historia, Derecho y Ciencia de la Administración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes.

RELACIONES ENTRE LOS PODERES EJECUTIVO Y JUDICIAL: EL CASO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

*Por Miguel Malagón Pinzón***

RESUMEN

Este artículo muestra como han sido las relaciones entre los poderes ejecutivo y judicial. Para ello se utiliza el ejemplo de Francia, México y Colombia. Se analiza como en los dos primeros países el enfrentamiento entre las mencionadas ramas ocasionó la creación un juez especial para encausar el gobierno. Este juez se llama el Consejo de Estado. En nuestro país su creación se produjo por el legislador, pero sin lugar a dudas este órgano se puede considerar como el mejor aliado del Ejecutivo.

Palabras Clave: ejecutivo, judicial, derecho administrativo, consejo de estado.

RELATIONS BETWEEN EXECUTIVE AND JUDICIAL BRANCHES: THE CASE OF ADMINISTRATIVE LAW

ABSTRACT

This article shows the relations between the executive and judicial branches. For that is using the example of France, Mexico and Colombia. This analysis shows how in the two first countries the confrontation between the branches is the reason for the creation of the special judge knowledge as Council of State. In Colombia this judge was created by the legislative power, but it always had been the partner of the government, because it helps in many situations the acts of the executive branch.

Keywords: executive branch, judicial branch, administrative law, Council of State.

** Abogado de la Universidad del Rosario. Doctor en Ciencia Política y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor – Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. Correo electrónico: ma.malagon160@uniandes.edu.co

RELACIONES ENTRE LOS PODERES EJECUTIVO Y JUDICIAL: EL CASO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre los poderes ejecutivo y judicial no han sido pacíficas, se han enfrentado desde que surge el Estado Moderno. En Francia, por ejemplo, durante el Estado Absoluto tuvieron una contienda los parlamentos, representantes del poder judicial, y el monarca. Como consecuencia de esta disputa el rey cerró los parlamentos, que sólo fueron restablecidos poco antes de la revolución¹. Tiempo después este choque hizo surgir el modelo de derecho administrativo en Europa continental, basado en la existencia de un juez especial para juzgar a la Administración Pública. Este juez es representado por el Consejo de Estado.

En Hispanoamérica desde la Colonia chocaron las autoridades de Gobierno y las de Justicia. No obstante lo anterior, prevaleció el control que ejercía la Real Audiencia como Tribunal de Justicia, sobre los agentes gubernamentales. Con el advenimiento de los siglos XIX y XX, algunos países de América Latina decidieron copiar el sistema de encausamiento a la francesa. Tenemos en primer lugar a México, allí las relaciones entre los poderes ejecutivo y judicial fueron muy problemáticas en la época del gobierno de Antonio López de Santa Anna. Llegándose al extremo de implantar el Consejo de Estado para hacer más flexible el encausamiento de las actuaciones del ejecutivo.

En segundo lugar encontramos a Colombia, quien en 1913 le confirió facultades judiciales al Consejo de Estado. Este organismo no surge como consecuencia del choque entre los nombrados poderes, sino que se importa por el legislador para estar a tono con el sistema de separación de poderes propio del ordenamiento galo². El Consejo se convertirá en el mejor aliado del Ejecutivo, ya que como lo veremos, el control que ha ejercido sobre las actuaciones administrativas siempre ha sido muy laxo.

1 MALAGÓN PINZÓN, Miguel. *Vivir en Policía. Una contra lectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2007. p. 34

2 RODRIGUEZ PIÑERES, Eduardo. *Estudio crítico a la Ley Colombiana sobre la Jurisdicción de lo contencioso – administrativo*. Bogotá. Librería Americana. 1914. p. 10

Comenzaremos desarrollando cada uno de estos temas para darle una visión al lector que le aporte elementos para entender esta problemática.

II. LA SITUACIÓN FRANCESA Y EL NACIMIENTO DEL CONSEJO DE ESTADO.

A. EL ENFRENTAMIENTO EN EL ESTADO ABSOLUTO

En Francia antes de la Revolución, el monarca actuó en las regiones a través de unos agentes delegados. Estos eran conocidos como los Intendentes, y se constituyeron en el primer elemento de centralización del poder real. Tenían básicamente cuatro funciones, la de Policía o Gobierno, la de Administrar Justicia, la del manejo de la Hacienda Pública y la de declarar la Guerra. Estos funcionarios del Rey se enfrentaron con la nobleza, que integraba el poder judicial en cabeza de los parlamentos. Este choque entre Intendente y Parlamento, fue en realidad un conflicto entre estamentos. El primero actuaba buscando el servicio público, mientras que el segundo lo hacía procurando el interés privado. Es por ello que Luis XIV les da la facultad a los Intendentes, de avocarse asuntos que eran propios de la jurisdicción ordinaria, es decir de los parlamentos, en donde estaba involucrado el interés general.³

B. EL CONFLICTO DESPUÉS DE LA REVOLUCIÓN

Los revolucionarios franceses, integrantes del poder ejecutivo, se dieron cuenta de que tenían que neutralizar al poder judicial, representado por los nobles, para poder sobrevivir. Por ello en 1790 expidieron las leyes del 16 y 24 de agosto que sacaron del control de la judicatura las actividades administrativas⁴. Establecieron en el código penal como delito la intromisión de los jueces en la acción administrativa.

3 MANNORI, Lucca y SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. Roma – Bari. Editori Laterza. 2001. p. 108.

4 Con la ley de 6-7 y 11 de Septiembre de 1790 se reparte el control de la Administración entre los Tribunales de Distrito y la Administración activa (directorios de distrito y de departamento), el profesor SANTAMARIA citando a CHEVALLIER nos dice que se acoge esta proposición de PEZOUS al intervenir en la Asamblea y cuestionar: “¿por qué no volver la mirada a los administradores locales, que son elegidos igual que los jueces y que, además, resuelven con rapidez y sin gastos? Pezous demuestra la inanidad de las pretensiones en contra de la administración activa, puesto que su origen democrático le hace tan imparcial, tan independiente como los tribunales judiciales.” SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845)*. Sevilla. Instituto García Oviedo. 1973. p. 47-54.

Esta situación originó el derecho administrativo, pues el Consejo de Estado, organismo creado por Napoleón en 1800, para asesoría y consulta del gobierno, empezó a resolver las controversias entre los particulares y la Administración Pública, proponiendo las soluciones al Jefe del Ejecutivo. Esta etapa es conocida con el nombre de la Jurisdicción Retenida, pues el poder de administrar justicia recaía en el Gobierno, es decir era retenido por él.

Más adelante, en 1872,⁵ el Consejo adquirirá funciones judiciales por mandato expreso del legislador, teniendo como principal competencia la de controlar los actos administrativos. Pero teniendo la peculiaridad de estar incluido dentro de la rama ejecutiva.⁶ Este período es llamado el de la Jurisdicción Delegada, que es el imperante en la actualidad en Francia.

C. SURGIMIENTO DE LA TEORÍA DEL ACTO DE GOBIERNO.

El nacimiento de los actos de gobierno en Francia se produce en la época de la restauración borbónica (1815-1830), cuando el Consejo de Estado estaba siendo sometido a críticas muy fuertes por parte de los monárquicos. Se ponía en entredicho su existencia como institución por ser de creación napoleónica⁷. Es así que se presentó el caso Laffitte, en el que la hermana de Napoleón, Paulina, le vendió una renta, de 670.000 francos que le habían asignado, al banquero Laffitte.

Al subir nuevamente al trono, los borbones expidieron la ley de 12 de enero de 1816, por la que privaron a toda la nobleza que tuviera vínculos con Napoleón de todos los bienes y rentas que se les hubieran asignado a título gratuito, y entre ellos la renta de Paulina.⁸ Ante esta situación el banquero demandó y el Consejo se inhibió de pronunciarse sobre el asunto, aduciendo que se trataba de un acto de gobierno, que no tenía control judicial porque atendía a un móvil político. Se creó así una categoría distinta a la de acto administrativo⁹, que sí tiene control jurisdic-

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

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

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

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

9 La primera vez que se usó la expresión Acto Administrativo fue en el año de 1807 en el *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence* de Philippe - Antoine Merlin. Allí se le definió como “un decreto, una deci-

cional, que responderá a vestigios de la razón de Estado más que a expresiones del Estado de Derecho.

En 1875 fue revaluada esta doctrina en el caso Príncipe Napoleón. Allí se dispuso que los actos de gobierno no responden a un móvil político, que no pueden ser un rezago del absolutismo. A partir de este momento los actos políticos se derivaron de un listado que estableció la jurisprudencia, y que básicamente contempló dos clases, la primera referida a las relaciones entre el gobierno y el parlamento, donde se incluyeron por ejemplo el estado de sitio¹⁰; o las decisiones tomadas por el ejecutivo de proponer o retirar un proyecto de ley. La segunda, la constituyeron los actos referentes a las relaciones del gobierno con un Estado Extranjero o con un organismo internacional, como son las relaciones internacionales de Francia y las operaciones y hechos de guerra.¹¹ Debemos anotar que sobre estas dos categorías de actos políticos o de gobierno, el único control jurisdiccional que ejerció, y que ha continuado ejerciendo, el Consejo de Estado ha sido el formal. Hoy en día los actos políticos o de gobierno siguen teniendo plena vigencia en el derecho francés.

III. EL CONFLICTO EN LA AMÉRICA HISPANA

A. SITUACIÓN GENERAL EN LA COLONIA

En la América hispana chocaron las autoridades de gobierno y las judiciales, básicamente por el control que ejercían estas últimas sobre las primeras. Para ayudar a dilucidar este problema Felipe II expide la real cédula de 1568, destinada al virreinato del Perú, y a Francisco de Toledo, su virrey en particular. Esta disposición después se extendió a todos los territorios bajo dominio español.

sión de la autoridad administrativa, una acción, o un hecho de un administrador inherente a sus funciones.” MANNORI, Luca y SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. Op. Cit. p. 262.

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

11 BRAIBANT, *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*. Bogotá. Ediciones El Profesional. 2001. p. 12 -15.

Allí se estableció que era el Virrey, como principal autoridad administrativa, quien debería calificar una actuación como de gobierno o de justicia, y contra esta calificación no se podía interponer ningún recurso. Con esta calificación se buscaba evitar la injerencia, entendiéndose el control excesivo, que querían ejercer los jueces sobres los asuntos administrativos, porque al ser calificados de esta naturaleza, en principio, no eran susceptibles de ser controlados.

Si el Tribunal de Justicia, la Real Audiencia, no estaba de acuerdo con esa valoración debía informarlo al rey. Hay que anotar que si el asunto era calificado como de gobierno, y con él se causaba agravio a alguien, se podía apelar ante la audiencia volviéndolo inmediatamente objeto de control judicial.¹²

Esta normativa anotada distinguió entre el orden judicial, que es el destinado a proteger los derechos de las partes, y el gubernativo o administrativo, cuyo fin es el bien común. Se definió la supremacía del gobierno sobre la justicia en cuanto a la ejecución de mandatos dirigidos al bien común, más también la supremacía de la justicia sobre el gobierno en cuanto a la conservación de los derechos ya adquiridos, que habían sido lesionados por mandato administrativo, pero que podían ser restituidos por sentencia en el juicio de apelación.¹³

Más adelante se promulgó la Recopilación de 1680, en donde se reguló esta materia. Allí se desarrollaron dos disposiciones sobre el control judicial de los actos de gobierno. La primera era la facultad del virrey para calificar los asuntos; la segunda establecía que cuando el asunto sobrepasaba el nivel doméstico y aparecía una persona agraviada, el negocio se volvía de conocimiento de la justicia, es decir *inter partes*, entre el particular afectado y la autoridad que había dictado el acto.¹⁴

B. EL CASO MEXICANO

• LA COLONIA

En la Nueva España, hoy mejor conocida como los Estados Unidos Mexicanos, las autoridades del Gobierno también se enfrentaron a las de Justicia. Unos de los

12 BRAVO LIRA, Bernardino. Protección Jurídica de los gobernados en el nuevo mundo (1492-1992) Del absolutismo al Constitucionalismo. Publicado en: Homenaje al profesor García Gallo. Vol.3b. Madrid. Universidad Complutense. 1992. p. 68.

13 GONGORA, Mario. El Estado en el Derecho Indiano. Santiago de Chile. Instituto de Investigaciones Históricas Culturales. 1961. p. 290.

14 VILLAPALOS, Los recursos en materia administrativa en Indias Siglos XVI y XVII. Notas para su estudio. Anuario de Historia del Derecho Español. XLVI. Madrid. CSIC. 1976. p. 37.

principales agentes del Rey, de igual manera que en Francia, fueron los Intendentes. Estos tenían las cuatro atribuciones esenciales, policía o gobierno, justicia, guerra y hacienda. Por la causa de policía o gobierno, el Intendente tenía que fomentar el desarrollo de la economía, debía cobrar los tributos, mantener en buen estado los caminos y conservar la paz pública.¹⁵ La causa de justicia introdujo la figura de los Tenientes letrados, estos funcionarios actuaban como asesores del Intendente para asuntos de derecho privado en la capital de las provincias. Por regla general los Intendentes no eran abogados “por eso el mismo rey se encargó de exaltar la posición de los Tenientes letrados como jueces ordinarios, al ordenar que los intendentes nunca debían separarlos del conocimiento de sus causas...”¹⁶

Las autoridades judiciales estaban encabezadas por la Reales Audiencias. Ellas conocían las apelaciones que se interpusieran contra los autos y sentencias que como jueces ordinarios proferían los asesores letrados. En este aspecto no se presentó ningún tipo de discordia.

Este se ocasionó cuando se dispuso que las Audiencias conocieran en apelación de los asuntos de policía o gobierno dictados por los Intendentes, que causaran agravios o perjuicios a las personas. Ya que como sucedió en Francia, hubo desavenencias por el “entorpecimiento” de la labor de administrar. Pero primó la concepción del respeto de los derechos de los súbditos frente al bien común.

• EL SIGLO XIX Y LA APARICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO

El juez especial de la administración en México fue creación del gran jurista Teodosio Lares, quien publicó en 1852 sus Lecciones de Derecho Administrativo¹⁷, escrito que dio origen a la ley de mayo de 1853, que creó El Consejo de Estado. Esta tarea le había sido encomendada por el Dictador Antonio López de Santa Anna, militar que había llegado a ejercer el poder ejecutivo por usurpación y no por la vía democrática¹⁸.

15 ACEVEDO, Edberto Oscar. La causa de policía o gobierno. Publicado en: Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes del río de la Plata. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1995. p. 50.

16 REES JONES, Ricardo. El despotismo ilustrado y los Intendentes de la Nueva España. México. UNAM. 1979. p. 163.

17 LARES, Teodosio. Lecciones de Derecho Administrativo. México. Imprenta de Ignacio Cumplido. 1853.

18 LIRA GUILLÉN, Andrés. El Contencioso Administrativo y el Poder Judicial en México a mediados del siglo XIX. Notas sobre la Obra de Teodosio Lares. Publicado en. Memoria del II Congreso de Historia del Derecho en México. México. UNAM. 1981. p.631

Santa Anna tuvo muchos inconvenientes con el poder judicial y por ello solicitó a Lares que creara un Juez particular para el Ejecutivo. Este organismo tenía básicamente como principales competencias el conocer “las obras públicas, los contratos celebrados por la administración, las rentas nacionales, los actos administrativos que tuvieran por objeto el interés general.”¹⁹ Debía ser benévolo con las actuaciones de la Administración, “para no entorpecer la tarea de gobernar”. Este juez se encontraba ubicado dentro de la rama ejecutiva.

Lares, toma como referente el modelo francés, e instaura en México la prohibición a los Tribunales Judiciales de “proceder contra los agentes de la administración, por crímenes o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin la previa consignación de la autoridad administrativa”.²⁰

Además se instauró un modelo de vía administrativa bastante absolutista. Pues se preveía que los particulares que hubieran sido afectados por actuaciones administrativas, no debían concurrir a los jueces sin haber acudido a la Administración, con una memoria en la que tenían que manifestar los motivos de la queja o del reproche. Luego la autoridad estudiaba el caso y si no lo corregía le daría vía libre para acudir a la vía contenciosa, es decir al Consejo.²¹

Se diferenció entre Gobierno y Administración. El primero se expresaba por medio de reglamentos, decretos y órdenes promulgados para el desarrollo de las leyes; o por intermedio de los tratados y convenciones. Mientras que la segunda se manifestaba por la preservación del bien común. Referente a esta última se consagraron medios de defensa, según fuera graciosa o contenciosa. Los primeros hacían referencia a las reclamaciones que interponían los particulares por afectaciones de sus intereses por las actuaciones administrativas, por otra parte los últimos, los contenciosos, se presentaban cuando “la administración lastimaba los derechos de los individuos y daba lugar a un recurso contra sus decisiones.”²²

El desarrollo de este Contencioso en México duró el tiempo que Santa Anna permaneció en el poder, que fue hasta el año de 1855. Posteriormente se le consideró inconstitucional, ya que según reputados autores de la época, el poder ejecutivo

19 FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Apuntes históricos sobre la ciencia del derecho administrativo en México. Publicado en: Estudios Jurídicos en homenaje a Marta Morineau. Tomo I. México. UNAM.2006. p. 170.

20 Ibid. p. 171.

21 LIRA GUILLEN, Op. Cit. p. 632

22 FERNÁNDEZ RUIZ, Op. Cit. p.168-169

estaba atentando contra el principio constitucional de separación de poderes, porque administraría y juzgaría al mismo tiempo²³.

Según el autor Jacinto Pallares, el implantar este modelo de Contencioso – Administrativo, también es violatorio de la Constitución, porque allí se consagra la prohibición según la cual “nadie puede ser juzgado... por Tribunales Especiales”.²⁴

C. EL DESARROLLO EN COLOMBIA

• LAS RELACIONES COLONIALES

En la antigua Nueva Granada operó plenamente el sistema que hemos esbozado en la Situación General. Pero no se presentaron conflictos entre los poderes judicial y gubernativo. Para demostrar esto traemos un caso del siglo XVII que nos comprueba el sometimiento de las autoridades gubernamentales a la judicatura.

En el año de 1623 una autoridad española decidió cambiar de ubicación un pueblo de indios que se encontraba asentado en tierra caliente a tierra fría. Como consecuencia de esta reubicación muchos de los indígenas mueren. Razón por la cual el cacique decide apelar de esta actuación de gobierno que les estaba generando agravios.

La Real Audiencia conoce del asunto y determina que se debe volver a ubicar a los aborígenes en tierra caliente.²⁵

Como vemos por este caso, la situación en nuestro país durante la colonia fue de control sobre las actuaciones administrativas. Debemos resaltar que este control era ejercido por el mismo juez que decidía los asuntos entre los particulares.

• SITUACIÓN EN EL SIGLO XX Y CREACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO

La Constitución de 1886 trajo este órgano a nuestra estructura político constitucional. Asignándole las competencias consultivas, más la de presentar proyectos

23 VALLARTA, Ignacio. Cuestiones Constitucionales. Votos que como Presidente de la Suprema Corte de Justicia dio en los negocios más notables resueltos por este Tribunal desde mayo de 1878 a septiembre de 1879. Tomo I. México. Editorial Porrúa. 1989. p. 352

24 PALLARES, Jacinto. Legislación Federal complementaria del Derecho Civil Mexicano. México. 1864. Citado por: FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. México. Editorial Porrúa. 1993. p. 452.

25 MALAGÓN PINZON, Miguel. Vivir en Policía, Op. Cit. p. 274

de ley y códigos, y la de ser el máximo juez de la Administración Pública²⁶. El artículo 164 de este texto preceptuó que la “ley podrá establecer la jurisdicción contencioso-administrativa, instituyendo tribunales para conocer de las cuestiones litigiosas ocasionadas por la providencias de las autoridades administrativas de los departamentos y atribuyendo al Consejo de Estado la resolución de las promovidas por los centros superiores de administración”.²⁷

Esta disposición fue desarrollada por la ley 130 de 1913, que tuvo como ponente al prestigioso abogado Eduardo Rodríguez Piñeres, quien fundamentó la importación del juez especial porque

Hay cuestiones que por su naturaleza misma son del resorte de la administración pública y no pueden llevarse ante la justicia ordinaria sino en la forma de una acusación contra el funcionario o empleado que ejecutó un acto ilegal lesivo de un derecho civil. Así, verbigracia, si un prefecto o alcalde lleva a la cárcel indebidamente a un ciudadano, este tendrá acción criminal contra aquellos empleados para que se les castigue por razón del delito cometido, pero tiene ante quien quejarse para que se ponga fin a la prisión indebida, y no puede establecerse que esa queja se eleve al Poder Judicial, porque la intervención de éste en la materia lo haría inmiscuirse en una cuestión que pugnaría abiertamente con sus funciones tutelares y que entorpecería la marcha de la administración pública.²⁸ (Subrayas fuera del texto)

El profesor Libardo Rodríguez comenta que se le asignó al Consejo esta función de ser el juez de la Administración, porque se llegó a la “consideración de que dichos asuntos (los administrativos) debían estar regidos por normas y principios especiales diferentes de los que regían la actividad de los particulares.”²⁹

Continúa el mismo autor diciendo que

La afirmación anterior encuentra respaldo en el contexto histórico de derecho comparado de la época, que permite constatar fácilmente que esa idea estaba de moda en Francia, donde se había originado y donde, por razones históricas

26 En los debates de la Carta de 1886, y en concreto en lo tocante con el control de los reglamentos administrativos inconstitucionales o ilegales dijo Miguel Antonio Caro que “Los particulares agraviados por providencias administrativas podrán siempre ocurrir a los Tribunales ordinarios, según la práctica anterior, o a los especiales contencioso-administrativos, que por ley podrán crearse (...)”. Antecedentes de la Constitución Colombiana de 1886 y debates del Proyecto en el Consejo Nacional Constituyente. Bogotá. Librería Americana. 1913. p. 95.

27 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Un siglo de Derecho Administrativo en Colombia. Publicado en: El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al profesor Allan Randolph Brewer-Carías. Tomo II. Madrid. Civitas. 2003. p. 1336.

28 RODRIGUEZ PIÑERES, Eduardo. Ley Colombiana sobre la Jurisdicción de lo Contencioso, Op. Cit. p. 4.

29 RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. Un siglo de Derecho Administrativo en Colombia. Op. Cit. p. 1336

diferentes, a finales del siglo XVIII se había creado un Consejo de Estado con carácter consultivo del gobierno, el cual, por virtud del ejercicio de su propio poder, había venido creando una serie de principios y reglas especiales para regular la administración del Estado, hasta llegar a obtener, a finales del siglo XIX, el reconocimiento de juez de esa misma administración.³⁰

• LA COPIA DE LA TEORÍA FRANCESA DEL ACTO DE GOBIERNO

Los actos de gobierno en Colombia han tenido un desarrollo muy prolijo. Nos ocuparemos solamente de estos en materia administrativa.

El caso más conocido fue el del archipiélago de los Monjes. Estos islotes quedan cerca de la Guajira y el Estado colombiano tuvo desde el siglo XIX un diferendo limítrofe con Venezuela por la soberanía de los mismos.

En el año de 1952 el Presidente de Colombia Roberto Urdaneta Arbeláez y su Ministro de Relaciones Exteriores redactaron una nota diplomática, dirigida al embajador de Venezuela en Colombia, en la que reconocían la soberanía de este país sobre las nombradas islas.³¹

Esta nota diplomática fue demandada en el año de 1971 ante el Consejo de Estado, quien decidió inadmitirla. Se interpuso el recurso de súplica y le correspondió decidirlo al Consejero Humberto Mora Osejo. Este admitió la demanda argumentando que en Colombia no tenían existencia los actos de gobierno, como actos carentes de control ya que nuestro país es un Estado de Derecho en donde todos los actos tienen control judicial.

Posteriormente en 1976 el Consejo falló este caso y el mismo fue inhibitorio. Ya que no había materia para pronunciarse, por cuanto la Jurisdicción Contencioso –Administrativa, sólo esta instituida para conocer las demandas contra los actos administrativos y en este caso se estaba en presencia era, de un acto de gobierno.³²

Posteriormente en 1984, se demandó ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el segundo inciso del artículo 82 del nuevo Código Contencioso, que disponía que los actos de gobierno en Colombia, sólo era juzgables por razones de forma. La Corte con ponencia de Ricardo Medina Moyano declaró inconstitucional el mencionado inciso.

30 Ibid.

31 SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Op. Cit. p. 150-156

32 Ibid.

Esta circunstancia sirvió para que el año de 1993, la nota diplomática fuera demandada nuevamente ante el Consejo de Estado. Y allí por fin, en providencia cuyo ponente fue Ernesto Rafael Ariza, se decidió anular este acto administrativo.³³

Aquí vemos que el Consejo tardó cuarenta años en reformular la postura que copiamos de Francia. Situación que para el caso en concreto no aportó mucho, pues se perdieron los islotes y sobre todo los recursos naturales no renovables que estaban en su territorio.

- **EL CONSEJO DE ESTADO MEJOR ALIADO DEL GOBIERNO**

Como lo establece el profesor Manuel Fernando Quinche³⁴, la Jurisdicción de lo Contencioso - Administrativo ha venido avalando actuaciones inconstitucionales del ejecutivo. Esta situación se ha presentado en materia de Estados de Excepción. Como es sabido, el control de estos instrumentos jurídicos por disposición de la Carta de 1991, recae exclusivamente en la Corte Constitucional.

Desde la promulgación de la Constitución, la Corte ha efectuado un control bastante estricto sobre los Estados de excepción, para evitar que se siguiera produciendo la anormalidad de la Constitución de 1886, en cuya vigencia no se encausó esta facultad del ejecutivo por seguir el modelo francés del acto de gobierno como incontrolable³⁵.

El Gobierno para evitar este control de la Corte ha proferido unas disposiciones que en lo sustancial son decretos legislativos, propios de los Estados de Excepción, pero que en la forma reciben el nombre de resoluciones ejecutivas. Estas según el ejecutivo colombiano son actos administrativos de carácter general.

Al ser calificadas como actos administrativos, su juez ya no es la Corte Constitucional sino el Consejo de Estado, quien por regulación constitucional es el órgano competente para controlar todas las actuaciones administrativas, sean estas de carácter general o particular.

Esta situación se ha presentado por ejemplo, con la llamada Resolución Ejecutiva no. 129 de 2002, “por la cual se delimitan unas zonas de rehabilitación y consolidación y se designan sus comandantes”. En palabras del tratadista Quinche,

33 Ibid.

34 QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. La lectura Administrativa de la Constitución Política. Bogotá. Revista Universitas. Pontificia Universidad Javeriana. No. 104. Diciembre de 2002. p. 149-165.

35 GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El Constitucionalismo perverso. Publicado en el caleidoscopio de las justicias. Tomo I. Bogotá. Varios. Editores. 2001

Este instrumento, en tanto designado como resolución ejecutiva, debería entenderse como un acto administrativo, y por lo mismo, su control escaparía a la Corte Constitucional, para ser radicado en el Consejo de Estado, con lo cual se lograría, que su control no fuera automático (como con los Estados de Excepción) y que en caso de ser demandado, demorara cuando menos dos años en el trámite de la decisión³⁶.

Así las cosas, tenemos que el ejecutivo para evitar el control judicial recurre al Consejo de Estado, ente que en teoría debe ser imparcial pero que opera como el mejor aliado del Gobierno. Es decir que se acude a un juez que no controla las actuaciones de la Administración.

No deja de ser llamativo, por decir lo menos, el comportamiento del derecho administrativo colombiano copiando el modelo francés de justicia especial e implantando categorías como la de actos de gobierno, que son totalmente contrarias a un prototipo de Estado Social y Democrático de Derecho, como se supone que es el colombiano.

IV. CONCLUSIONES

Nos parece interesante para concluir, contrastar nuestro escenario con el español. País que no tiene un Consejo de Estado, sino que cuenta con un modelo judicialista. Es decir, con un solo juez para encausar a la administración y también a los particulares. Este juez se llama Tribunal Supremo, quien cuenta con una sala que se denomina de lo contencioso- administrativo. Este Tribunal desde la nueva Constitución de 1978 ha rechazado la teoría del acto de gobierno.

Allí en 1998 se expidió la más reciente ley de lo contencioso- administrativo. Es decir esta es la normativa que le confiere la competencia para actuar a la sala de lo contencioso- administrativo. En la exposición de motivos se estableció que

La ley parte del sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad, llámense actos políticos, de gobierno, etc., excluida per se de control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una ley que pretende adecuar el régimen legal de la jurisdicción contencioso- administrativa a la letra y al espíritu de la constitución, llévase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad el propio concepto de “acto político” se halla hoy en franca retirada del derecho

36 Ibid. p. 164.

público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el derecho constitucional, y exento del control de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho.³⁷

Vemos que desde el derecho europeo se rechazan los planteamientos franceses y se busca encausar todas las competencias del ejecutivo al Estado de Derecho, a través del juez ordinario, como lo es el Tribunal Supremo.

Pensamos que si no hubiéramos importado el sistema francés de juez especial, nuestro sistema jurídico-político sería más fuerte. Porque de acuerdo a como lo vimos, este modelo responde a unas circunstancias particulares de Francia, que se fundamentaron en el autoritarismo y en el rechazo al control de los jueces ordinarios. Nuestro Consejo ha sido el mejor aliado del Gobierno, pues como lo hemos estudiado ha generado y fomentado comportamientos absolutistas dentro de nuestro ordenamiento administrativo.

Es decir que si no tuviéramos Consejo de Estado las relaciones entre los poderes ejecutivo y judicial serían muy diferentes. Porque nuestros jueces ordinarios hubieran sometido de mejor manera al gobierno, a como lo ha hecho el Juez Especial de la Administración. Piénsese por ejemplo en el valeroso papel desempeñado por nuestra Corte Suprema en el caso de la parapolítica, y otra hubiera sido la historia si esos procesos los hubiera llevado el Consejo de Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO, Edberto Oscar. La causa de policía o gobierno. Publicado en: Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes del río de la Plata. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1995.
- BRAIBANT, Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa. Bogotá. Ediciones El Profesional. 2001.
- BRAVO LIRA, Bernardino. Protección Jurídica de los gobernados en el nuevo mundo (1492-1992) Del absolutismo al Constitucionalismo. Publicado en: Homenaje al profesor García Gallo. Vol.3b.Madrid. Universidad Complutense. 1992.
- CARO, Miguel Antonio. Antecedentes de la Constitución Colombiana de 1886 y debates del Proyecto en el Consejo Nacional Constituyente. Bogotá. Librería Americana. 1913.

37 MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I. Madrid. Civitas. 2004. p.590

- CASSESE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. 1994.
- DE LAUBEDERE, André. *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá. Editorial Temis. 1984.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Apuntes históricos sobre la ciencia del derecho administrativo en México*. Publicado en: *Estudios Jurídicos en homenaje a Marta Morineau*. Tomo I. México. UNAM. 2006.
- FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. México. Editorial Porrúa. 1993.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *El Constitucionalismo perverso*. Publicado en el caleidoscopio de las justicias. Tomo I. Bogotá. Varios. Editores. 2001
- GARRIDO, Nuria. *El Acto de Gobierno*. Barcelona. Cedecs Editorial. 1998.
- GÓNGORA, Mario. *El Estado en el Derecho Indiano*. Santiago de Chile. Instituto de Investigaciones Históricas Culturales. 1961.
- GOODNOW, Francisco. *Derecho Administrativo Comparado*. Tomo II. Madrid. La España Moderna. 1875.
- LARES, Teodosio. *Lecciones de Derecho Administrativo*. México. Imprenta de Ignacio Cumplido. 1853.
- LIRA GUILLEN, Andrés. *El Contencioso Administrativo y el Poder Judicial en México a mediados del siglo XIX*. Notas sobre la Obra de Teodosio Lares. Publicado en: *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho en México*. México. UNAM. 1981.
- MALAGÓN PINZÓN, Miguel. *Vivir en Policía. Una contra lectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2007.
- MANNORI, Lucca y SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. Roma – Bari. Editori Laterza. 2001.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo I. Madrid. Civitas. 2004.
- QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. *La lectura Administrativa de la Constitución Política*. Bogotá. Revista Universitas. Pontificia Universidad Javeriana. No. 104. Diciembre de 2002.
- REES JONES, Ricardo. *El despotismo ilustrado y los Intendentes de la Nueva España*. México. UNAM. 1979.
- RODRÍGUEZ PIÑERES, Eduardo. *Estudio crítico a la Ley Colombiana sobre la Jurisdicción de lo contencioso – administrativo*. Bogotá. Librería Americana. 1914.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Un siglo de Derecho Administrativo en Colombia*. Publicado en: *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al profesor Allan Randolph Brewer- Carías*. Tomo II. Madrid. Civitas. 2003.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845)*. Sevilla. Instituto García Oviedo. 1973.

- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2002.
- VALLARTA, Ignacio. Cuestiones Constitucionales. Votos que como Presidente de la Suprema Corte de Justicia dio en los negocios más notables resueltos por este Tribunal desde mayo de 1878 a septiembre de 1879. Tomo I. México. Editorial Porrúa. 1989.
- VILLAPALOS, Los recursos en materia administrativa en Indias Siglos XVI y XVII. Notas para su estudio. Anuario de Historia del Derecho Español. XLVI .Madrid. CSIC. 1976.

