

*Mecanismos de protección de derechos: de la República Romana a la acción pública del siglo XIX en Colombia**

Luisa Fernanda García López**
Miguel Malagón Pinzón***

Recibido: agosto 31 de 2009
Aprobado: octubre 26 de 2009

RESUMEN

El artículo hace un recuento de la *intercessio* romana, el derecho de veto, el justicia mayor en el reino de Aragón, los recursos de amparo en el período colonial, la acción pública de la primera república en Colombia, como elementos protectores de los derechos ciudadanos. Consideramos que el estudio es importante para que en nuestro país el derecho público pueda tener desarrollo doctrinal.

Palabras clave: tribuno de la plebe, recursos de amparo, justicia mayor, acción pública.

* Artículo desarrollado dentro del proyecto de investigación denominado: Historia de la administración pública" adscrito a la línea de investigación de pluralismo jurídico, administración pública y justicia de la facultad de jurisprudencia de la Universidad del Rosario.
** Abogada de la Universidad del Rosario, Doctor en Derecho Universidad de Montpellier I – Francia-. Profesora –Investigadora Facultad de Jurisprudencia Universidad del Rosario. Correo electrónico: luisa.garcia45@urosario.edu.co
*** Abogado de la Universidad del Rosario, Doctor en Ciencia Política y sociología de la Universidad Complutense de Madrid.- España-. Profesor –Investigador Facultad de Jurisprudencia Universidad del Rosario., Director de la línea de investigación de pluralismo jurídico administración pública y justicia.
Correo electrónico: mmalagop@urosario.edu.co

*Right protection mechanism.
From Roman Republic to the public action of the XIX century
in Colombia*

ABSTRACT

This article makes a review of the Roman intercessio, the right to veto, more justice in the Aragon kingdom, recurso de amparo* (application to a court for immediate protection of basic liberties when threatened by a public authority or private institution) during the Colony period, public action of the first Republic in Colombia, as well as protective elements of citizens' rights. We think that the study is important so that public law can achieve a doctrinal development in our country.

Key words: People's tribune; *recurso de amparo; more justice; public action.

INTRODUCCIÓN

Vamos a estudiar distintos mecanismos históricos para proteger derechos ciudadanos que han tenido una evolución muy diversa, pero que sin lugar a dudas sirvieron para controlar al poder.

Empezaremos analizando la institución de los Tribunos de la Plebe y su lenta progresión a través de la *intercessio*. Esta circunstancia nos ubica en el período de la República Romana, en donde aspiramos a precisar las instituciones que la integraron y la estructura del poder público.

Con ello, lograremos puntualizar, cómo los plebeyos alcanzaron derechos que pertenecían únicamente a la oligarquía patricia, clase dominante que lenta y progresivamente fue cediendo privilegios y derechos a los miembros del pueblo. Así, diez (10) años después de la promulgación de una de las leyes Licinias (367 a. C) donde se equipararon políticamente patricios y plebeyos, se alcanzaron logros que merecieron una paridad en el plano político inicialmente. Por lo tanto, en la segunda parte, abordaremos los logros jurídicos alcanzados por los plebeyos, el reconocimiento del tribunado por parte de la plebe, como institución jurídica que se materializó en un reconocimiento de libertad e igualdad como garantía de equilibrio y de estabilidad de la república romana.

Luego proseguiremos con el período de dominación española, y los recursos de amparo. Estos se desarrollaron en virtud del principio de desigualdad, que se entendía como discriminación, por lo cual, en el siglo XVI se creó el Juez de Indios o Naturales, que atendía quejas provenientes de indios, de manera individual o colectiva. También podían ser personas no indias, circunstancia que hacía que el virrey no actuara como juez natural de indios, sino como simple juez. De esta forma, en el amparo colonial, la petición de amparo pedía la suspensión

del acto reclamado y también la reparación de los perjuicios causados. De igual forma, en el siglo XVIII existió la figura del Real Amparo, una institución del derecho procesal que buscaba proteger una situación de necesidad.

Asimismo, encontramos en el siglo IX en el Reino de Aragón, *el justicia mayor*, un agente que se origina en el derecho musulmán, y que después rige en la península Ibérica. Este comisionado tenía como función principal escuchar y tramitar quejas presentadas contra la administración o sus agentes.

Por último, en la primera república encontramos que las diferentes Constituciones provinciales idearon un modelo de control frente a las infracciones de la Constitución en vía de acción pública.

1. LA INTERCESSIO Y LOS TRIBUNOS DE LA PLEBE

Los tribunos de la plebe o *tribuna plebis*, que inicialmente fueron dos (2) hasta alcanzar el número de diez (10), constituyeron una magistratura de la República Romana, con derecho de veto; la *intercessio* era el poder de contradecir cualquier decisión emanada de un magistrado o del Senado que atentara contra los derechos de los plebeyos. El tribuno fue considerado sacrosanto e inviolable y, por el juramento que prestaba ante los *concilia plebis*, quedaba amenazada toda persona que atentara contra la vida del mismo. Con el tiempo, los tribunos fueron reuniendo al pueblo, en asambleas, donde luego de deliberar, votaban resoluciones que eran los plebiscitos, que sólo tenían fuerza obligatoria dentro de los concilios plebeyos. Más adelante, tuvieron el carácter de leyes generales y vinculantes para toda la *civitas*.

La evolución de esta institución permitió a los miembros de la clase baja alcanzar las más altas

magistraturas dentro de la República, hasta penetrar el sacrosanto mundo de los pontífices, reservado a los patricios. La *intercessio*, como mecanismo legítimo de intervención en todos los ámbitos de aplicación del derecho, ofreció un modelo de reconocimiento y de soberanía a la plebe, con lo cual se alcanzó la igualdad en la construcción de la República, como garantía de estabilidad:

Así pues con estos doscientos cuarenta años de gobierno de reyes o poco más, con los interregnos y tras la expulsión de Tarquino, el pueblo romano conservó un odio al nombre de rey tan grande como el deseo que había tenido de él después de la muerte, o mejor dicho, el tránsito de Rómulo; así como en aquella ocasión no podía carecer de rey, después de la expulsión de Tarquino, no podía oír hablar de reyes. (...) (Cicerón, s.f.) .

A. LA REPÚBLICA ROMANA

La caída de Tarquinio el Soberbio, último rey etrusco, hizo el tránsito a la República romana en el siglo VI a. C. Esto desencadenó un proceso evolutivo hacia la consolidación de las instituciones republicanas¹, donde se adoptaron fundaciones nuevas, reemplazando la monarquía vitalicia. En realidad, la dinastía etrusca se caracterizó por un menosprecio de la aristocracia latino-sabina que se basaba en la *gens*, por lo tanto, con la decadencia de la monarquía etrusca, la aristocracia patricia empezó a luchar por la instauración de un régimen de carácter oligárquico (Cicerón, s.f.).

1 No se trató de un acto revolucionario, que dio origen a las instituciones Republicanas, se trató más de la decadencia o “desaparición de la institución real”. En realidad el fin de la dominación etrusca se produjo por “una serie de luchas alternas prolongadas varios años, a la que se unió un proceso político-constitucional, en buena parte cimentado sobre bases nuevas, pero sin sustraerse totalmente de emplear también las ya existentes, según la característica tendencia romana, reiteradamente indicada, de no eliminar lo antiguo sino simplemente con el deseo de agilizarlo o de añadirle elementos nuevos”, tal y como lo afirma Burdese (1972, pp. 32-33).

Ello, sin lugar a dudas, representó una transformación constitucional: la República Romana (509-27 a. C.), integrada por una aristocracia local encabezada por una magistratura suprema, colegial y temporal. Por lo tanto, el rey fue sustituido por los cónsules, dos magistrados patricios con igualdad de poderes. Surgieron, igualmente, dos nuevos arquetipos de asambleas cívicas, las *comitia centuriata* y *comitia tributa*² y el Senado, un tercer elemento de la vida constitucional romana (Kunkel, 1998, p. 26)

En efecto, las diferentes magistraturas estaban representadas en el consulado, la censura³, la pretura⁴, la edilidad⁵, la cuestura⁶ y la dictadura⁷. El consulado, contaba con el imperio o mando militar, función que pertenecía únicamente a los cónsules, que a partir de (367 a. C), con las leyes Licinias, se extendió a los plebeyos.

2 En realidad señala Burdese que la causa fundamental de ello era: “el atender a las necesidades militares que Roma, y con ella la aristocracia oligárquica dominante, debía tomar en consideración para hacer frente en el período inmediato a la pérdida de la hegemonía etrusca en el Lacio, que se produjo por la reacción de las ciudades latinas coaligadas contra Roma, que como se ha visto, en la batalla de Aricia, se inclina todavía a favor de los etruscos, con el fin de quebrantar la posición de supremacía que había alcanzado en el territorio durante la monarquía etrusca (...)” (Burdese, 1972, p. 35)

3 La censura eran listas de ciudadanos considerados como “custodios de costumbres” del pueblo romano. Con el plebiscito Ovinio se les autorizó redactar la lista de senadores para excluirlos del Senado con un juicio previo sobre sus costumbres. (Espitia, 2006, p. 69)

4 Afirma Espitia que “este magistrado fue considerado mayor, provisto de imperium y colega menor de los cónsules”. Sin embargo la importancia de esta magistratura radicó en “la sustracción al consulado, para su ejercicio autónomo, de la atribución de decir el derecho entre los ciudadanos romanos (*ius dicere inter cives Romanos*), y así regular mediante su edicto el trámite de las controversias judiciales”. (Espitia, 2006, p. 70).

5 Los ediles eran elegidos en los Concilia Tributa plebis, eran los encargados de vigilar el comercio público y gestionar todo lo relacionado con los negocios del mercado, así como el abastecimiento de la ciudad, la atención de las calles, lugares públicos y edificios (Espitia, 2006).

6 Era un asistente del cónsul, manejando las finanzas y los temas criminales había una participación patricio-plebeya (Espitia, 2006).

7 Era designado en caso de crisis o conmoción interior, no desplazaba al cónsul pero no tenía ninguna limitación en materia criminal, pudiendo ejercer el veto, aunque no lo vinculaba la *intercessio* además que estaba eximido de toda responsabilidad política. Esta magistratura también llegó a ser ejercida por la plebe en 356 a.C. (Espitia, 2006, p. 71).

El imperium que asistía al magistrado supremo le permitía reclutar tropas, dirigir las operaciones bélicas y –como supremo mando militar (imperium militae)– ejercer la represión criminal (coercitio) fuera de los confines (pomerium) de la ciudad, sin los límites de la provocatio ad populum; también le correspondía convocar a los comicios por centurias (ius agendi cum populus) y a los senadores (ius agendi cum patribus), así como –con el auxilio de los cuestores y en ausencia de los censores– la administración de las tierras públicas, y –nuevamente con el auxilio de los cuestores– del dinero público; no obstante, se le despojó de una importante función, la de administrar justicia en las controversias entre particulares, que correspondió a partir de entonces al pretor.

La temporalidad del imperium, incompatible con algunas gestas bélicas, llevó a concebir (a finales del siglo IV a.C) su prórroga (prorrogatio imperii) por un término determinado directamente o vinculado a la gestión a cumplir; en uno y otro caso se requería la auctoritas del Senado y la aprobación de los comicios (Espitia, 2006, p. 69).

Por su parte, los *comitia curiata* o comicios curiados⁸ correspondían a aquella figura monárquica que separaba a los ciudadanos en curias⁹ esta institución perdió vigencia durante la República y cedió el paso a nuevas asambleas populares, como los comicios por centurias y los comicios por tribus (Burdese, 1972).

En realidad, los comicios por centurias surgieron de una tradición monárquica en época republicana, pero representaron un cambio

institucional, ya que estaban integrados por patricios y plebeyos, y eran “una forma de encuadramiento militar de los ciudadanos, que debían prestar servicio de armas entre los diecisiete y los sesenta años” (Burdese, 1972).

Fueron 193 centurias y a cada una se le atribuía un voto. Así, las centurias se repartieron en 18 de caballería, 5 de obreros, músicos y proletarios como aquellos que no poseían tierras y solo tenían prole (Burdese, 1972) y 170 de infantería, que se dividían en 5 clases, dependiendo de la riqueza de los ciudadanos (Burdese). Este sistema “timocrático de encuadramiento conducía por tanto, a la hegemonía de quienes poseían mayor fortuna” (Rascón, 2000). Estos comicios fueron creados para la elección de los magistrados mayores como los cónsules, los censores o los pretores.

Asimismo, las *concilia tributa plebis* estaban integradas por propietarios de fundos que eran inicialmente plebeyos¹⁰; más adelante se ampliaron para todo el pueblo y se llamaron *comitia tributa*, donde se reunían, y votaban por tribus todos los ciudadanos poseedores de grandes fundos. Los criterios de pertenencia de las tribus cambiaron cuando el censor Appio Claudio Cieco (312 a. C.) inscribió también, en las tribus¹¹ y en las centurias, a todos aquellos que tenían un patrimonio mueble o no tenían nada (Burdese, 1972, pp. 101-111). Estas eran instituciones políticas donde el pueblo participaba sin tener en cuenta las pertenencias o los “criterios económicos” y votaban las “*leges tributae*”, que correspondían a la elección de los magistrados menores y a la ratificación de multas impuestas por éstos.

Los *concilia plebis*, por su parte, estaban organizados bajo el esquema de los *comitia tributa*, y tenían como función la elección de tribunos y ediles de la plebe para el voto de los plebiscitos. Inicialmente, estos acuerdos sólo eran vinculantes para los plebeyos pero con la

8 Las tribus que integraban la ciudad correspondían a las poblaciones latina, sabina y etrusca, cuya fusión produjo una asamblea de base territorial, mas, no étnica. Esta asamblea eran los comicios curiados, a los cuales pertenecían todos los ciudadanos romanos varones patricios o plebeyos (Fernández de Buján & Fernández, 2002).

9 Se presume que era una organización basada en la gens, por lo tanto los plebeyos no hacían parte de ella. (Rascón, 2000, p. 70)

10 Que se reunía en los concilia tributa plebis.

11 Las tribus eran “demarcaciones territoriales”, inicialmente fueron 20 y más adelante se convirtieron en 35.

ley Hortensia (287 a.C.), se les dio el carácter vinculante a los plebiscitos (Rascón, 2000).

Finalmente, el Senado, como “consejo de ancianos” (Kunkel, 1998), estaba inicialmente integrado por miembros de la nobleza patricia y más adelante, en la República, por ex magistrados, quienes desempeñaban un cargo que era fundamentalmente vitalicio. Fue un órgano deliberante y consultivo¹²; los *senatus consulta* eran consejos o acuerdos que, sin ser emanaciones del poder legislativo o del ejecutivo, contenían decisiones políticas clave y regían la vida pública de la República (Kunkel). En realidad, la fuerza vinculante de los *senatus consulta* radicaba en la *auctoritas* de los senadores que eran notables y gozaban de la *auctoritas patrum*, entendida como el poder de rechazar o aceptar los acuerdos de las asambleas del pueblo, ejerciendo “un control de constitucionalidad de la norma” (Rascón, 2000). Ese era el poder supremo del Senado que defendía los intereses de los patricios a través de las leyes y la elección de los magistrados, y éste desaparecería más adelante con la *lex Hortensia*.

Así, la República buscaba dos elementos determinantes; estabilidad y libertad. Tal y como lo manifestaba Cicerón:

... (r)ecordad lo que he dicho al principio: que la república no puede conservar su estabilidad a no ser que se de en ella un equilibrio de derecho, deber y poder de suerte que los magistrados tengan la suficiente potestad, el consejo de los hombres principales tenga la suficiente autoridad, y el pueblo tenga la suficiente libertad (Cicerón, s.f.).

Este período fue la antesala del reconocimiento de los derechos de la plebe, en donde el individuo adquirió mayor autonomía, limitando así, la arbitrariedad por parte de los magistrados

¹² El Senado en la época de la República estaba integrado por la oligarquía Romana que representaba los intereses de la nobleza, era un gobierno de tipo oligárquico, antes de que la plebe entrara a integrar el Senado (Rascón, 2000).

patricios encargados de la Administración de Justicia y se reconoció inicialmente el derecho de veto de los tribunos. Se separó igualmente el derecho de la religión, puesto que la autoridad religiosa fue distanciada de los poderes civiles y pasó a estar en cabeza del Gran Pontífice.

Relata Cicerón,

Así, pues, en esa época, el senado mantuvo la República de manera que, siendo libre el pueblo, unas pocas cosas las hiciera el pueblo y la mayoría se rigieran por la autoridad, la decisión y la tradición del senado, y que unos cónsules tuvieran, solo por un año, una potestad que por si misma y de derecho era como la de los reyes, y se observaba decididamente, lo que era muy importante para asegurar el poder de los nobles, que los acuerdos de los comicios populares no valieran si no los aprobaba la autoridad de los padres del Senado.” (...) Sin embargo, todo se regía por la autoridad suprema de los hombres principales, no oponiéndose el pueblo, y en esa época figuras enérgicas, con el imperio supremo como dictadores o cónsules, realizaron grandes hazañas militares (Cicerón, s.f.).

B. LOS PLEBEYOS GENERADORES DE UNA REVOLUCIÓN JURÍDICA

Las diferencias entre patricios y plebeyos estaban bien definidas, en el sentido en que para integrar las familias o las *gens* se debía ser elegido por *cooptatio* como miembros de pleno derecho.

La plebe, al estar integrada por seres libres, trabajadores, artesanos o comerciantes, que provenían de otras latitudes y que se habían instalado en Roma, en virtud del florecimiento de la ciudad (Cicerón, s.f.), se encontraba excluida de cualquier magistratura, esto aunado a que no contaba con fuente alguna de sustento, ya que como consecuencia de las numerosas guerras quedó desprovista del cultivo de la tierra. Así se fue acrecentando la situación marginal de los plebeyos, quienes tuvieron

que acudir a préstamos de dinero, mediando el pago de intereses. Esta situación se convirtió en una constante, porque en caso de deuda, la facultad del acreedor se dirigía únicamente contra la persona del deudor, y no contra su patrimonio, y podía venderlo como esclavo al extranjero o descuartizarlo en señal de venganza. Esto generó un escenario de esclavitud puesto que ante la imposibilidad de cumplir con sus deudas, los plebeyos tuvieron que someterse a toda clase de afrentas, y padecerlas en casa de sus acreedores.

De esta forma, los plebeyos, al convertirse en clientes, alcanzaron o bien la “*civitas*” o bien la “*gens*”¹³, con lo cual pudieron ejercer cargos de comerciantes o artesanos hasta acceder a la propiedad y conformar una clase económica lo suficientemente representativa¹⁴. Progresivamente, tomaron conciencia del rol que jugaban en la sociedad, ya que integraban el ejército romano, lo que les permitió rebelarse y negarse a hacer

parte de dicha institución; esta situación condujo a generar enfrentamientos con patricios. Por esta razón, se exiliaron de Roma y se retiraron a los montes Sacro y Aventino, que luego se convirtieron en montes plebeyos.

Los miembros de la plebe reivindicaban el acceso a las magistraturas y a los sacerdocios, cargos que sólo eran reservados a los patricios. También exigían el matrimonio o *connubium* entre clases, y solicitaban que se atenuaran las penas de los deudores insolventes, la rebaja de los intereses en los préstamos y la participación en el reparto del *agers público* reservado a los patricios (Fernández de Buján & Fernández, 2002). Por lo tanto, los patricios decidieron realizar un acuerdo, a fin de que los plebeyos regresaran a la ciudad y al ejército, mediando un reconocimiento oficial de las asambleas de la plebe o *concilia plebis* y de los tribunos de la plebe.

Los *tribuna plebis* eran voceros o protectores de sus intereses frente a los patricios. Eran elegidos en los *concilia plebis* bajo juramento, en virtud de los postulados de la ley *sacra*. Con esta figura, ingresaron al mundo jurídico las nociones de igualdad y de libertad, inexistentes en la época monárquica, y que progresivamente se fueron consolidando con los avances jurídicos que proporcionó la *intercessio*, la promulgación de la ley de las XII tablas y, más adelante, el desarrollo de los plebiscitos como fuente de derecho.

Fieles a esa tradición “revolucionaria” y después de la sublevación en el monte Aventino, los verdaderos dirigentes de la plebe fueron los tribunos de la plebe, *tribuni plebis*, que inicialmente fueron dos (2) hasta alcanzar el número de diez (10). Los *concilia plebis* y sus decisiones eran vinculantes para los miembros de la plebe, y se entendían como unas leyes internas que sometían a una comunidad en particular, dentro del Estado. El reconocimiento de los tribunos de la plebe, se dio

13 Los patricios, eran por derecho propio las “*gentes*” o grupo gentilicio. La gran diferencia entre patricios y plebeyos era que los plebeyos no eran descendientes de las “*gentes*” o *gens* y no tenían una identidad étnica o racial. Los plebeyos surgieron en la República como producto de una asociación entre varias gentes plebeyas a la imagen de los patricios, que según los historiadores se cree que fueron sometidos a comunidades gentilicias, como clientes. Con lo cual, había una relación de vasallaje y el deber de protección por parte de la *gens* con el cliente. Además de la institución gentilicia, grupos de familias fueron acogidos bajo la monarquía etrusca por el monarca, con lo cual estos individuos que si bien no eran clientes terminaron por ser miembros de comunidades de ciudadanos, tomando el nombre gentilicio. A pesar de contar con menos derechos, que los verdaderos clientes, participaban del culto y su organización, la intervención en la vida ciudadana, les dio una posición activa en estructuras como la curia o los comicios. Esto sucedió de manera simultánea con la decadencia de las estructuras gentilicias y “el reforzamiento de las estructuras unitarias de la ciudad, con la distribución de los ciudadanos en tribus territoriales y con la organización del ejército de hoplitas en centurias”.

14 En los primeros diez años de la República, no hubo ningún tipo de exclusión hacia los plebeyos, lo que les permitió ocupar las más altas magistraturas, hasta organizarse de manera autónoma, realizar levantamientos plebeyos y hasta suscitar conflictos entre los mismos patricios. Así, lograron organizarse de tal manera que casi se declaran independientes, lo que provocó la reacción de los patricios, excluyendo de la dirección y participación de la *civitas* a todos aquellos que no tenían una estirpe gentilicia. La “*cerrazón del patriciado*” consolidó la clase patricia en respuesta a la organización de los plebeyos como clase económica, instaurando a los patricios como una fuerza política de dirección de la *civitas* excluyendo a los plebeyos de todo cargo de dirección. (Vela, 1997, p. 148).

formalmente después del acuerdo entre patricios y plebeyos para garantizar la estabilidad de las asambleas y alcanzar una eficacia y un carácter obligatorio de las deliberaciones. Como resultado de los *concilia tributa plebis*¹⁵ surgieron los plebiscitos que se votaban como resoluciones dentro de las reuniones de los mismos. La evolución de esta institución hizo que los tribunos de la plebe lograsen el reconocimiento de magistrados pertenecientes a la plebe, con derecho de veto.

Los avances alcanzados por los tribunos de la plebe, inicialmente a través de la *intercessio* sobre los actos de los cónsules, magistrados y miembros del Senado, protegieron los intereses del pueblo. Luego, a través de las distintas magistraturas de la Roma Republicana alcanzaron una cierta igualdad y libertad¹⁶. Esto trajo como resultado un cambio político, ya que la igualdad de patricios y plebeyos no se limitó a una igualdad económica como lo fue a principios de la República, sino que se logró a través de una equiparación política y jurídica.

Efectivamente, la igualdad se manifestó a través de los logros alcanzados con el desarrollo de leyes, como las agrarias, donde la plebe se benefició con los terrenos públicos o *agers publicus*, cuya posesión fue anteriormente destinada a los patricios. Otro logro fue el de mejorar las condiciones de deudores plebeyos y la rebaja de los intereses, y sobre todo, restringir el monopolio de la determinación de las normas jurídicas a los pontífices que pertenecían a la clase patricia. También consiguieron ocupar las magistraturas en el plano político, y obtener el *connubium* con los patricios que estaba inicialmente prohibido. Estas luchas fueron progresivas y se dieron entre los siglos V y IV a. C., hasta lograr la paridad en la conformación de la *civitas*.

15 La Ley Valeria Horatia 449 A.C., la Ley Publilia Philonis de 339 A.C. y la Ley Hortensia de 286 A.C.

16 La definición de libertad de la República Romana se refiere a no tener dueño.

Igualmente, la *intercessio* geográficamente operó en Roma, y dentro del radio de una milla alrededor, para oponerse a decisiones emitidas bien fuera por magistrados, cónsules o el Senado. Por lo tanto, la lucha por la igualdad persistió, y se configuró así una “revolución política” (Fernández de Buján & Fernández, 2002), puesto que los plebeyos si bien no tenían la conciencia de clase, lo que querían era que el sistema perdurara tal cual existía, a condición de que se les diera un reconocimiento y, sobre todo, se eliminaran los privilegios de los patricios. (Fernández de Buján & Fernández)

Los tribunos de la plebe, se convirtieron en aguerridos defensores de sus derechos, hasta alcanzar la proclamación de la ley de las XII Tablas, que fijó límites a los abusos de los patricios. Así, se equipararon los cargos públicos, sin que persistieran las discriminaciones existentes, pero también los colegios religiosos se abrieron a los plebeyos quienes igualmente participaron en el reparto del *agers publicus*, por lo tanto, mediante el ejercicio activo de éstos se fue consolidando la República.

De esta forma, la abolición de privilegios fue cediendo paso a la igualdad tal y como lo manifiesta Cicerón:

Tal forma de ciudad es muy inestable, por la razón de que muy fácilmente degenera precipitada para mal por el defecto de una sola persona. Porque el reino, por sí mismo, no es censurable, y no sé si no sería preferible respecto a las otras formas puras de gobierno, es decir, en la medida en que el reino se conserve como tal, y consista en que la seguridad, la igualdad y el sosiego de los ciudadanos se rija por la potestad permanente y la justicia de uno solo, y por la sabiduría de uno solo; pero son muchas cosas las que faltan del todo al pueblo que está sometido a un rey, y, en primer lugar, la libertad; la cual no consiste en tener un dueño justo, sino en no tener dueño alguno. (Cicerón, s.f.)

La entrada de los plebeyos en el Consulado¹⁷ fue objeto de una deliberación comicial, en el 367 a. C. y vino acompañada de la colegialidad en condiciones de igualdad en relación con los patricios. Igualmente, el cónsul se convirtió en fiscalizador de lo realizado por el otro, mediante un recurso de turno entre colegas y la *intercessio* recíproca, que era una figura derivada de la *intercessio* tribunicia. Este logro colectivo vendría acompañado de otras instituciones o magistraturas afines como la dictadura en el 356 a. C., la censura en el 351 a. C., la pretura en el 337 a. C., y la paridad con el sacerdocio. Manifiestamente, con el plebiscito Ogulnio se aumentó de cuatro (4) a ocho (8) el número de pontífices y de cuatro (4) a nueve (9) el número de augures, cargos que fueron proveídos por los plebeyos. Más adelante, lograron alcanzar en el 254 a. C. el cargo de primer Pontífice Máximo Plebeyo con Tiberio Coruncanio. También mediante el plebiscito Ovinio, del 312 a. C., se admitieron en el Senado los plebeyos que luego terminaron siendo una mayoría. Advino más adelante, el acceso al matrimonio¹⁸ legítimo entre patricios y plebeyos y la promulgación de las Leyes Hortensia¹⁹, la Ley Valeria Horatia²⁰ y la Ley Publilia²¹, como una muestra de los considerables avan-

ces alcanzados por los tribunos en materia de derechos de la plebe.

En efecto, en virtud de la vigencia de la Ley Hortensia, los plebiscitos que inicialmente solo eran decisiones tomadas en los *concilia plebis* y para la plebe, adquirieron el carácter de leyes, con carácter general y formal, aplicables tanto a patricios como a plebeyos.

Los tribunos fueron los intérpretes de justas reclamaciones de la plebe, exigiendo la redacción de una ley que rigiera para todos los ciudadanos dentro de parámetros de igualdad preestablecidos. La insistencia por parte de los tribunos persistió diez (10) años, hasta que los patricios cedieron, y en un trabajo conjunto entre el Senado y los tribunos, alcanzaron un acuerdo para redactar y promulgar la ley de las XII tablas. Tomando como parámetro la legislación griega vigente, tres patricios fueron enviados a ciudades griegas de la Italia meridional, para elaborar la ley de las XII tablas donde las leyes de Solón y de Licurgo estaban vigentes. Así, las magistraturas ordinarias fueron suspendidas, y estos poderes fueron confiados a los *decenviros*, diez (10) magistrados patricios nombrados en los comicios por centurias para elaborar la ley. Esta legislación pareció insuficiente, por lo cual se eligieron otros *decenviros* para completar las leyes preexistentes. La Ley Decenviral, grabada sobre tablas de bronce o de roble expuestas en el foro, no se conoce de manera evidente, sino que se infiere a partir de comentarios de Gayo en el Digesto. En efecto, la doctrina coincide en afirmar que fue una creación romana, donde estaban plasmadas las costumbres que devinieron en fuente formal del derecho. La influencia griega se predicó en

- a) la novedad que supone el que el derecho se escriba y se publique;
- b) que la ley surja como producto de un acto legislativo aprobado por la asamblea popular, lo que implica la asunción de un nuevo concepto

17 La principal magistratura, estaba integrada por el Consulado con un carácter colegial cuya función se refería a la de comandantes militares, encargados de dirigir las operaciones de guerra (que declara el comicio centuriado y que transcurre bajo el control del Senado). También estaban a su cargo, la represión penal, contando con amplios poderes de administración financiera, administración de las tierras públicas, la imposición de tributos y la gestión del dinero público, que el cónsul ejercitaba con la autorización del Senado. En sí, el Cónsul tenía a su encargo el mantenimiento del orden público, y podía tener la competencia en materia de justicia civil, pero únicamente respecto de actos de jurisdicción voluntaria y no contenciosa, que le fue confiada al praetor urbano. Los cónsules se elegían por el comicio centuriado presidido por un Cónsul, por un Dictador o un Interrex. En caso de ausencia de uno de los Cónsules, el que prevalecía podía elegir un suplente y si faltaren los dos se producía un interregnum. Los plebeyos accedieron a esta magistratura a partir de 367 a. C.

18 En el año 309 a. C. con la Ley Canuleia

19 Le daba fuerza legal a los plebiscitos votados por los plebeyos en la *concilia plebis*, equipara el plebiscito a la ley.

20 Declaró la inviolabilidad de los tribunos.

21 Disponía que los tribunos debían obtener la aprobación del senado antes del voto, era la *auctoritas* del senado patricio, el anticipo de la equiparación de los plebiscitos a las leyes.

de legalidad democrática por la sociedad romana,

- c) el reconocimiento de la idea griega de la isonomía, es decir la igualdad ante la ley, y
- d) la identificación del nuevo concepto de lex con el griego nomos, que podría traducirse por norma jurídica²².

Sin lugar a dudas, los tribunos fueron defensores naturales de los intereses de la plebe, eran elegidos en la *concilia plebis* y si bien, inicialmente, no tuvieron funciones administrativas ni jurisdiccionales, más adelante fueron admitidos como magistrados de todo el pueblo romano (Fernández de Buján & Fernández, 2002). Con el derecho de veto sobre los actos de cónsules o de magistrados o aún del Senado, llegaron a estar facultados para presidir la asamblea senatorial, con lo cual lograron obtener poderes coercitivos para “obligar al cumplimiento de las actuaciones realizadas en ejercicio de sus competencias, mediante la imposición de multas y la detención de sus infractores.” (Fernández de Buján & Fernández). Así, la función fue relevante, en la medida en que se erigieron en “defensores del pueblo” si consideraban que actos o decisiones provenientes de los mencionados funcionarios lesionaban algún derecho de la plebe; por ello, llevaban la vocería del pueblo, para impedir la ejecución de un acto o de una decisión y, asimismo, interrumpir sus efectos.

No se trataba, por lo tanto, de una función que velara porque se cumplieran los requisitos de la validez de una decisión o acto. Los tribunos de la plebe convocaban plebiscitos para enjuiciar leyes, actos de autoridad o resoluciones judiciales, cuando fueran en contra de los intereses de la plebe.

²² Asimismo, reglamentaron el derecho público y el derecho privado, y revistieron de legitimidad todo lo que de ellas se derivaba. Sin embargo, no cumplieron con las pretensiones de los plebeyos, puesto que no plasmaron la tan anhelada igualdad a la que aspiraban, justamente, les estaba vedado acceder a las magistraturas al igual que contraer matrimonio con los patricios (Fernández de Buján & Fernández, 2002).

Por otra parte, resulta evidente, que la *intercessio* correspondió a una institución que fue concebida, para proteger derechos de una clase en particular, además de ser un instrumento, destinado a presionar los actos de los cónsules, magistrados, censores o miembros del senado.

2. LOS RECURSOS DE AMPARO

A. El amparo colonial

El derecho colonial se basaba en el principio de la desigualdad, que tenía que entenderse como discriminación. Expresión de esta diferenciación cultural se dio en México con la creación del juez de indios o naturales, institución a cargo del Virrey que se estableció en 1592 y se abolió en 1820.

El historiador Andrés Lira Guillén, haciendo un estudio de casos, menciona que esta institución tenía por objeto la protección de

(l)as personas en sus derechos cuando estos son alterados o violados por agraviantes, que realizan actos injustos de acuerdo con el orden jurídico existente, y conforme a la cual una autoridad protectora, el virrey, conociendo directamente, o indirectamente como presidente de la Real Audiencia de México, de la demanda del quejoso agraviado, sabe la responsabilidad del agraviante y los daños actuales y/o futuros que se siguen para el agraviado, y dicta el mandamiento de amparo para protegerlo frente a la violación de sus derechos, sin determinar en éste la titularidad de los derechos violados, y sólo con el fin de protegerlos de la violación (Lira, 1972, p. 35).

Los quejosos podían ser los indios, individual o colectivamente, como en el caso de los pueblos de indios²³. También podían ser personas no

²³ “Don Luis de Velasco, etcétera. hago saber a vos Alfonso de Estrada, alcalde Mayor del pueblo y provincia de Tula, que los indios del pueblo de Asuchitán me han hecho relación que en doce de noviembre del año pasado de mil y quinientos ochenta y siete años, precediendo diligencias que para

indias, circunstancia que hacía que el virrey no actuara como juez natural de indios, sino como simple juez. Estos casos eran de españoles, como personas naturales²⁴ o como personas morales²⁵.

Como agraviantes se tenía a las autoridades españolas, a las autoridades indígenas y a

ello hicisteis, por mandamiento del virrey, Marqués de Villa Manrique, les disteis y señalasteis dos caballerías de tierras en sus términos para propios de su comunidad y que los del pueblo de Xilotepec se entremeten en tomarlos y ocuparlos sin causa alguna; y me pidieron los mandase amparar...Y por mi visto, por el presente os mando... los ampareis en dichas tierras que constaren estar adjudicadas a su comunidad sin perjuicio de terceros ni consentir que se las tomen ni ocupen, ni inquieten en su posesión sin ser oídos y por fuero y derecho vencidos ante quien y como deban. Fecho en México, a veinte días de octubre de mil y quinientos noventa años. Don Luis de Velasco, por mandato del virrey, Martín López Gaona." (Lira, 1972, p. 40)

24 "Don Álvaro Manrique, etcétera. Por quanto Francisco Martínez, maestro de enseñar niños en esta ciudad, me ha hecho relación que por horden mía está mandado que no haya más de una escuela en una calle, por evitar los inconvenientes y pesadumbres que entre maestros y discípulos suelen suceder, y que un Antonio de Vitoria, maestro, teniendo escuela en la calle de San Francisco la traspasó a un Alonso Benítez... y con visión de malicia y con ánimo de inquietarle, se ha pasado a tener escuela en la misma calle donde él la tiene, y prosigue en administrarla muchos días ha; de que se le sigue mucho perjuicio. Y me pidió se le mandase quitar...Y por mi visto, por el presente mando a Ruy de Mendoza, alcalde de esta ciudad, que conforme a lo nuevamente proveído ampareis al antiguo maestro de la escuela que hubiere en la calle donde Francisco Martínez está, y eche de allí al moderno y me dé razón de lo que hubiere hecho en cumplimiento de ello. Fecho en México, a catorce de diciembre de mil quinientos y ochenta y siete años. El Marqués; por mandado de su excelencia, Juan de la Cueva." (Lira, 1972)

25 "Así se ve claramente en la mención hecha en un documento refiriéndose a la Compañía formada por Hernando Sanctotis, Antonio del Castillo y Pedro Lobato para el descubrimiento y ejercicio del comercio en Baja California, y a la cual, para ese efecto se le había hecho merced por el obispo de México, y confirmado por el virrey en 1587. La Compañía no cumplió enteramente con las exigencias de la capitulación y las condiciones de la merced. Al ser admitida para esos efectos otra compañía, la de Sanctotis se quejó, pidiendo la exclusividad que no le fue concedida, sin embargo, ante la petición de la segunda compañía en el sentido de que no se excluyera a la primera y se le quitaran los derechos, se resolvió que Sanctotis y sus compañeros "debían ser amparados en la dicha merced que de todo lo referido tenían, porque como de ella y de la dicha licencia (para descubrir y comerciar) que por el dicho arzobispo (de México) había sido dada, por mí confirmada (dice el Virrey Velasco), constaba tener derecho adquirido al descubrimiento...(Y) en conformidad y ejecución de la dicha merced y cédula mía (ordené) que el dicho (Sanctotis) su parte y consortes fuesen amparados y defendidos." El testimonio del virrey Velasco está fechado el 5 de junio de 1590." (Lira, 1972)

... los plebeyos, al convertirse en clientes, alcanzaron o bien la "civitas" o bien la "gens", con lo cual pudieron ejercer cargos de comerciantes o artesanos hasta acceder a la propiedad y conformar una clase económica lo suficientemente representativa. Progresivamente, tomaron conciencia del rol que jugaban en la sociedad, ya que integraban el ejército romano, lo que les permitió rebelarse y negarse a hacer parte de dicha institución.

particulares que tuvieran alguna relación con las personas agraviadas²⁶.

La petición de amparo se presentaba ante el virrey, en ella se podía pedir la suspensión del acto reclamado²⁷ y también la reparación de los perjuicios causados²⁸.

El mandamiento de amparo, el equivalente hoy día a la sentencia, consistía en una orden de protección o mandamiento de amparo en la que se protegía el derecho violado y se señalaba la "vía ordinaria para plantear los problemas relacionados con la titularidad del derecho mismo" (Lira, 1972). Esto último debido a que en el amparo colonial no se establecían o declaraban derechos, sino que simplemente

26 Eran los casos de los encomenderos y de los obrajeros (dueños de los obrajes) frente a los indios, principalmente por trabajos forzosos y malos tratos. También existieron casos de españoles agraviados por indios como el que ocurrió en 1632 en donde se "protegió a los vecinos de Tlazazalca, frente a los indios, pues estos "so color de haber sido amparados", invadían tierras e impedían el pastoreo de los ganados de los españoles" (Lira, 1972).

27 En el caso del pueblo de Teatlalco, el común pidió al virrey, luego de demostrar los "excesos y agravios" que sufrían por las autoridades elegidas en 1583 y que pretendían reelegirse, los "mande remediar" impidiendo la reelección. (Lira, 1972).

28 Como por ejemplo la situación con "los indios de San Francisco, que en 1591 son agraviados y dañados en sus sementeras por un español, al que termina imponiéndosele una pena." (Lira, 1972).

se protegían de cualquier ataque injusto. Los actos reclamados podían ser pasados²⁹, presentes³⁰ y futuros³¹.

29 “Don Rodrigo Pacheco Osorio, Marqués de Cerralvo, etcétera, por cuanto Nicolás de Barrientos, indio fiscal de la iglesia de Tlacochavaya por nombramiento de él (elección del pueblo) y confirmación mía (del virrey), me ha hecho relación que por hallar la doctrina en los muchachos están distraídos y olvidada por el mucho descuido de el alcalde mayor, y por tener ocupados a sus padres en inteligencias (negocios), tratos y granjerías, procuró la enseñanza y formación de los dichos muchachos, debiéndole premio y agradecimiento, antes ha sido punido, pues don Xtobal (Cristóbal) Pérez, indio alcalde del dicho pueblo y dos enemigos del vicario, y el susodicho (alcalde mayor mandó) en su despacho a pedirle con un alguacil, llamado Andrés Mayoral, el cual le prendió y le robó la casa (al quejoso, Nicolás de Barrientos), auentándole de ella a su mujer e hijos y le llevó diez pesos que tenía, y sobre todo lo susodicho el Obispo le quitó la vara de fiscal, teniéndola por mí (dice el virrey), y asimismo le llevó dos pesos de jabón y un dinero y un sombrero que le costó cuatro pesos y una arroba de lana, y se le huyeron las gallinas, y perdió toda la pobreza que tenía y sobre todo lo susodicho, el Obispo le quitó la vara de fiscal dada por mí (sic). Y teniéndole preso, vino a mi amparo (desde) más de ochenta leguas, dejando su casa, mujer e hijos y tierras. (Y) para que se remedie, me pidió le mándase devolver la dicha vara de fiscal y le restituya todo lo que así le quitaron y llevaron el dicho alguacil y los que con él fueron, a su valor, y se le paguen los daños (y) pérdidas que por la dicha causa se le han seguido; y también pidió mandar que el dicho encomendero no asista ni tenga casa, mujer e hijos, como los tiene, en el dicho pueblo de (hace) más de treinta años a esta parte, y que el dicho Cristóbal Pérez, indio, no use oficio de alcalde sin confirmación mía. Y por mi visto (dice el virrey) en el Juzgado de indios con el parecer de Diego Barrientos, mi asesor en él, por el presente mando a la Justicia del pueblo de Tlacochahuaya ampareis al contenido en el uso y posesión de su oficio de alguacil (quiere decir fiscal) del iglesia, en estado (constando) habérsele robado el dicho oficio (dado) por nombramiento en el pueblo (y) aprobado por el gobierno, no se impida en manera alguna, sin nueva orden y mandamiento del gobierno, con apercibimiento que se proveerá contra la justicia y personas que impidieren y no le ampararen, y para ello les despaché (este) mandamiento. Fecho en México, a diez de julio de mil seiscientos treinta años. El Marqués (el virrey). Por mandato de su excelencia, Pedro de la Mora.” (Lira, 1972).

30 “Don Luis de Velasco, etcétera; hago saber a vos, el alcalde mayor del pueblo de Querétaro, que los indios del pueblo de San Miguel, sujetos al dicho pueblo de Querétaro, me han hecho relación que ellos tienen mucha cantidad de tierras que siembran y cultivan, y que algunas personas se les entran en ellas sin causa más que querer de su autoridad hacerlo, en los cuales han sido agraviados. Y me pidieron mandase ampararlos en ellas. Y por mi (visto), por el presente (mandamiento) os mando que hagais averiguaciones si las dichas tierras son de los dichos indios; y constando serlo, los ampareis en la posesión della y no consintais que sean despojados sin ser oídos y por fuero y derecho vencidos ante quien y como deban. Fecho en México, a diez días del mes de septiembre de mil y quinientos y noventa años. Don Luis de Velasco. Por mandato de su excelencia, Martín López Gaona.” (subrayas fuera del texto) (Lira, 1972).

31 “Don Joseph Sarmiento, etcétera, por quanto don Juan Angel Fernández de Jáuregui, vecino de esta ciudad, por mi (sic) re-

El juzgado general en un comienzo operó con jurisdicción alterna en primera instancia en los pleitos entre los aborígenes, y en los conflictos de españoles contra indios. Las quejas de indígenas contra peninsulares escapaban a su competencia, pero en la práctica fueron falladas por el Virrey como administrativas y no judiciales. Hay que anotar que este tipo de cuestiones, las administrativas, estaban excluidas del conocimiento del juzgado de

lación que me presentó, dijo que como constaba de recaudos que presentó, era vizcaino noble, hijodalgo notorio, que me suplicó que le mandase librar mandamiento de amparo de nobleza para que las justicias de esta gobernación le guardasen todos los fueros, privilegios, y excepciones que a los nobles pertenecen, así para que su persona no pudiese ser presa por deudas, como para todos los demás casos en que la nobleza produce excepción, en (lo) que recibirá merced. (De) lo que mandé dar vista al señor Oydor y Fiscal, y con su respuesta; que el dicho don Juan Angel Fernández de Jáuregui presentase fe de bautismo y justificase ser el contenido en los papeles que presentó. Y habiéndolo hecho con cierto número de testigos y presentándola, dada por Cristóbal de Uglade, notario público en el lugar de Meneágara y en veinte y uno de abril de seiscientos y ochenta y seis de la que se percibe haber sido bautizado en el mismo lugar e iglesia del Señor de San Pedro, en veinte y tres de abril de seiscientos y sesenta y nueve, y ser hijo legítimo de Antonio de Jáuregui y María de Ojinando, y nieto por esa vía paterna de Juan Fernández de Jáuregui y María Garavilla Mendieta, y por la materna de Juan de Ojinando, María de Olamendi, mandé al dicho señor Oydor Fiscal, que en vista de todo dio esta respuesta: Excelentísimo Señor: El Oydor Fiscal, habiendo visto la información de nobleza que se compone de seis testigos y a que procedió citación de don Juan Antonio de Simón, como substituido (sic) por don Juan Angel Fernández de Jáuregui Ojinando Olamendi y Mendieta, en cuya virtud y atención a haber justificado ser el contenido en ella y tener exercida (sic) su fe de bautismo, pretende que se le despache mandamiento de amparo, en que, declarándose por noble hidalgo, se le confieran todas las gracias, privilegios, excepciones y prerrogativas que a los de esta calidad competen. (Y) dice que aunque la referida información parece en litigio en contradictorio juicio, como queda (?) que ésta no se dió en una de las dos Chancillerías de Valladolid o Granada, lo más que al jus, (que hace la petición, Juan A. Fernández de J.) se le podía conceder será mandamiento de amparo sin perjuicio del Real Fisco ni otro culaquier tercero de mejor derecho, así lo determinará Vuestra Excelencia, siendo servido o lo que tuviere por más conveniente, que será, como siempre lo mejor. México, febrero catorce de mil setecientos y un años. Licenciado don Francisco Anquita Sandoval y Roxas. Y conformándose con la dicha persona, por el presente amparo al dicho don Juan Angel Fernández de Jáuregui en la posesión de dicha nobleza en que se halle, según la que se produce de los recaudos presentados; y mando a las justicias de S. M. de esta gobernación que guarden y hagan guardar todos los privilegios que como noble le pertenecen, sin perjuicio del Real Fisco ni de otro tercero de mejor derecho, para lo cual se le devolverán los recaudos presentados. México, diez y ocho de febrero de mil setecientos y un años. Don Joseph Sarmiento. Por mandato de Su Excelencia: Tomás Fernández de Guevara.” (Lira, 1972).

acuerdo con un decreto virreinal de 12 de agosto de 1622, que ordenaba que el juzgado no emitiera órdenes en cuestiones de gracia, merced y gobierno, pero, como se comenta, esta prohibición fue pasada por alto por los virreyes (Borah, 1996). También tenía jurisdicción alterna, pero no exclusiva, para casos criminales contra indios.

Woodrow Borah (1996) trae un listado de los principales casos que se manejaron en el juzgado, y menciona, en primer lugar, las “quejas por tierras, en forma de disputas de propiedad, cuestiones de concesiones, ventas, alquileres o división entre herederos.”

En segundo término encontró las quejas contra funcionarios locales españoles y contra el clero. Y en última instancia estaban los pleitos con españoles, pero que no fueran por disputas de tierras, tales como cuestiones de deudas, servicio y trato a los trabajadores, y los conflictos ocasionados por elecciones, gobierno, mal trato y extorsión por funcionarios, o negativa a mostrar respeto y obediencia por los indios del común (Borah, 1996).

Hay que hacer referencia a los escritos y órdenes de amparo, que en su mayoría se referían a conflictos de tierra y aguas, pero también sobre cualquier otro derecho vulnerado. Miremos algunos casos:

1. 24 marzo de 1616, ciudad de México. José de Celi, solicitador indio, en nombre de los indios de San Nicolás Cuitlatetelco, sujeto de Mezquique, explica al juzgado que durante muchos años el pueblo viene celebrando su mercado todos los sábados detrás de la iglesia, en paz y orden, pero que ahora ciertos españoles y algunos indios llegados de fuera desean trasladar el mercado para sus propios fines. Pide protección, y que nadie ocupe el lugar. Por consejo del asesor, el virrey expide una orden al juez de la provincia, en el sentido de que no se obstaculice el mercado del pueblo y que nadie obligue a los indios a abandonar el lugar ni se autorice su ocupación con otros propósitos.
2. 3 de agosto de 1628, ciudad de México. El licenciado Alfonso de Castro Guzmán, capellán del Hospital Real de Indios de la ciudad de México, solicita al juzgado una orden de amparo. Los muchos indios que mueren en el hospital son enterrados con gran gasto para pagar a los cantantes indios de los conventos de San Francisco, Santa María y San Pablo. Para reducir costos, de otra parte ha llevado a unos maestros cantores que forman un verdadero coro de capilla, pero teme que los frailes se inmiscuyan y los jueces molesten a sus cantores. El asesor opina que no se infringe ningún derecho si los indios cantan en las fiestas y entierros del hospital sin cargo a los indios y si no aparecen en las fiestas y entierros que están fuera de la jurisdicción del hospital. El virrey expide una orden de amparo.
3. 2 de septiembre de 1676, ciudad de México. Juan López, indio de Coyotepec, provincia de Yanhuitlán, solicita protección para sí mismo y para su esposa en la casita que poseen en la plaza mayor, cerca de los edificios reales. También para que se les exima del cobro de impuestos sobre sus ventas del día de mercado, ya que se mantienen vendiendo chocolates, tamales y verduras. Unas personas amenazan con apoderarse de la casa y desean fijar 0/1 cada día de mercado por el derecho de vender. El virrey expide la orden de amparo.
4. 27 de diciembre de 1720, ciudad de México. Los indios de Nueva Tlaxcala solicitan protección contra los abusos del teniente del cercano centro minero de Chalchihuites (Zacatecas), que los maltrata y encarcela y amenaza con hacer que cada indio

de Nueva Tlaxcala que sea atrapado dentro de su jurisdicción reciba doscientos latigazos. El virrey expide un decreto de amparo. El caso afecta los derechos de los descendientes de los colonos tlaxcaltecas llevados al norte, a quienes se acordaron privilegios especiales a perpetuidad; y la rivalidad entre la audiencia de México, donde se encuentra Nueva Tlaxcala y la de Nueva Galicia, gobernada desde Guadalajara, donde se halla Chalchihuites. El virrey estaba afirmando su prerrogativa de gobernar en la primera audiencia e intervenir, cuando le pareciera deseable o conveniente, en la otra (Borah, 1996, pp. 154-158).

B. Los reales amparos

Posteriormente en el siglo XVIII en lo que hoy conocemos como la República, antigua isla La Española, existió la figura del real amparo. Esta era una institución del derecho procesal y buscaba proteger una situación de necesidad, como lo era el hecho de la posesión. Se desarrollaba en un procedimiento breve y sumario, sin menoscabo de los terceros (Ots, 1959).

Los reales amparos también generaban una posibilidad de adquirir el derecho de propiedad frente a la Corona, que podía concederse si la posesión que se ampara se cubre con el hecho del cultivo, o de la población –si trata de hatos de ganado– dentro de tres meses (Ots, 1959)³².

Dentro de la legitimación activa de este recurso, también encontramos los cabildos. Veamos qué nos comenta Ots,

El cabildo de la villa de Azua, por ante el Alcalde Mayor de la ciudad de San-

³² “Substanciado que fue el proceso breve y sumariamente conforme a lo dispuesto en la Real Instrucción de quince de octubre de setecientos sinquenta y quatro... Vistos estos autos con el mérito favorable que de ellos resulta. Fallo: que debo de vos amparar y amparo a Tomás Rale vezino de la villa de San Carlos de Tenerife, extramuros de esta ciudad, en la posesión de una caballería de tierra sita en el parage que se titula las Bueltas de Arroyo Salado jurisdicción de esta ciudad linda”.

tiago de los Caballeros y Juez Visitador de Tierra – Dentro, sobre unas tierras que el Cabildo entiende que eran ejido y en las cuales se habían introducido algunos particulares. El fallo presenta las mismas características: Líbrese Real provisión de Amparo en la conformidad pedida por el Señor Fiscal con reserva de su derecho a los que se consideren interesados a la propiedad, para que la deduzcan en ese Tribunal como y cuando les convenga (Ots, 1959, p. 39).

3. EL REINO DE ARAGÓN, EL JUSTICIA MAYOR³³

El origen de esta institución parece ser musulmán. En efecto, en el siglo V de la hégira, el equivalente al siglo XI de nuestro calendario, se publicó por parte de Almagar el libro titulado *Instituciones políticas*. Allí se hablaba de un funcionario musulmán llamado el Gobernador de las Injusticias. Este era un agente nombrado por el Sultán, que tenía como principales competencias las de “oír y sustanciar las quejas de contrafuero o agravio causados por las autoridades y los empleados públicos” (Ribera, 1897). Para ello podía actuar de oficio para prevenir y reparar las injusticias que ocasionaban los nombrados agentes (Ribera).

En orden secundario, poseía la facultad para deshacer las rapacidades generadas por particulares y por agentes públicos. Estos últimos muchas veces se apoderaban de las propiedades de los súbditos. En estos casos, si el Gobernador de Justicia había actuado de oficio podía exigir que los bienes fueran devueltos; o bien, si el procedimiento se había iniciado por queja, este resolvía directamente la reclamación. En igual sentido, también podía inspeccionar *motu proprio* las oficinas de la Administración Pública, y si descubría algún agravio a la propiedad, lo

³³ Al respecto puede consultarse: Escudero (1995), Fairen (1971), Gibert (1968) y Lalinde (1983).

reparaba sin necesidad de ninguna otra prueba, sólo le bastaba la inspección³⁴.

Otras de las rapacidades eran las que podían cometer los particulares. Estas eran ocasionadas por “hombres muy poderosos e influyentes, que podían abusar de su autoridad o influjo, al apoderarse de los bienes de sus súbditos por la fuerza” (Ribera, 1987). Aquí el magistrado sólo podía actuar por queja y únicamente podía devolver los bienes objeto de disputa, si tenía medios probatorios idóneos como la confesión o el testimonio (Ribera).

Esta figura del gobernador de justicia fue llevada por los musulmanes a la península y copiada por el reino de Aragón, al comenzar Pedro I y Alfonso el Batallador, la reconquista de las regiones colindantes con Zaragoza (Ribera, 1987).

En el ordenamiento de Aragón, ‘el justicia’ fue creado en el siglo XIII; sus primeras referencias se tienen en las cortes de Egea de 1265 y en la concesión en las Cortes de Zaragoza del denominado privilegio de la unión (Lalinde, 1983).

El justicia mayor estaba en el punto medio entre el rey y el pueblo; tenía como función básica la de proteger los fueros del reino (Gilbert, 1968), que habían sido promulgados por Jaime I en 1247³⁵. Por estos fueros el monarca se comprometió a respetar los usos, costumbres, privilegios, cartas de donación. Tenían un carácter pactado, pues el rey debía jurarlos, y se podían exigir judicialmente primero por los nobles y luego por el resto de los estamentos. (Lalinde, 1983)

No se exigía ser letrado para detentar el oficio de justicia mayor. Este actuaba asesorado

por auxiliares de carácter técnico; sus decisiones constituían las denominadas observancias³⁶.

La elección del justicia se hacía entre los caballeros del reino; esto ocasionaba que se le excluyera de la nobleza y que pudiera ser condenado a penas corporales (Fairen, 1971).

Era una figura inamovible, que detentaba un cargo irrenunciable que además generaba la garantía de la inviolabilidad de su persona. Esto no significaba que hubiera una inmunidad sobre sus acciones porque se le podía exigir responsabilidad, primero ante el rey y las cortes, y posteriormente frente a un tribunal especial denominado “de los XVII Judicantes”, este estaba conformado por 17 jueces legos que juzgaban en equidad; sus sentencias no tenían apelación y de ellas no se podía impedir su ejecución (Fairen, 1971).

Dentro de sus funciones estaba la de la prevención de la inconstitucionalidad; por esta figura los jueces y el regente del reino tenían la obligación de consultar previamente al justicia sobre la moralidad de actos políticos, administrativos y judiciales, el no hacer la consulta entrañaba la imposición de severas penas. Al absolver la consulta, el justicia emitía una certificación que tenía carácter vinculante, incluso para el propio rey (Fairen, 1971).

Otra forma de controlar los desafueros, la constitucionalidad, consistía en el veto de las normativas reales. El rey debía jurar ante el justicia para poder empezar a ejercer jurisdicción; en este acto se comprometía a cumplir los fueros; cuando esto no sucedía se podían

34 Es decir obraba gubernativamente, sin estrépito judicial (Ribera, 1987).

35 El propósito de esta codificación fue dar término a la inseguridad derivada de las distintas y no concordes redacciones privadas, estableciendo un texto que recoja el derecho tradicional del alto Aragón adecuado a las exigencias y circunstancias del siglo XIII (Escudero, 1995).

36 Estas observancias eran la jurisprudencia del Justicia que debía ser guardada por todos los jueces del reino. Fueron compiladas, la primera vez en la segunda mitad del siglo XIV por obra de Jaime de Hospital, esta demostró la influencia del derecho romano sobre el estamento judicial; la segunda data de 1437, fue elaborada por el Justicia Díez de Aux, “estas adquirieron una autoridad superior llegando incluso a prevalecer sobre los mismos fueros” (Escudero, 1995)

vetar las disposiciones que violaran los fueros, circunstancia que ocasionaba que el rey debía pronunciar un segundo mandato; si en este continuaba vulnerando los fueros, los jueces u oficiales encargados de aplicarla debían ignorarla (Fairen, 1971). El equivalente castellano de esta institución es el “se obedece pero no se cumple”, recurso de suplicación que tuvo un gran desarrollo en las Indias.

El proceso de firma era otra de las prerrogativas con que contaba el justicia, esta

(e)ra una orden de inhibición que se obtenía de la Corte del Justicia, basándose en justas excepciones –alegaciones defensivas, *in genere* y con prestación de fianza que asegurase la asistencia al juicio, y el cumplimiento de la sentencia– el *iudicati solvendo*– otorgándose, en general, contra jueces, oficiales y aun particulares a fin de que no perturbasen a las personas y a los bienes contra fuero y derecho; existiendo tanto en materia civil como criminal (como política, hay que añadir). Era pues una garantía de los derechos individuales y políticos. (Fairen, 1971, p. 65).

Las firmas se dirigían contra toda clase de agravios, ya fueran hechos o futuros. Por la primera se solicitaba la revocación de los agravios causados: el juez agravante debía inhibirse hasta que el justicia decidiera. Con la segunda “se alegaba que tal oficial o juez intentaba o pretendía obrar desaforadamente, y se pedía al justicia que le ordenase no proceder.” (Fairen, 1971, p. 66).

Existía la revocación de firma; el competente para resolver era también el justicia. Aquí el agraviado con la firma se hacía presente en el proceso en el que esta se había concedido, se citaba al favorecido con ella, y se pedía la revocación; posteriormente se corría traslado al beneficiario para contradecir los argumentos del agraviado y finalmente se dictaba sentencia (Fairen, 1971).

La garantía más importante para proteger los derechos de las personas era el proceso de manifestación; esta era la

... facultad del justicia o de sus lugartenientes miembros de su Corte o Tribunal, de emitir una orden mandando a cualquier juez u otra persona que tuviere ante sí a un preso, pendiente o no de causa, para que se lo entregasen, a fin de que no se hiciese violencia alguna contra él antes de que se dictase sentencia; después de lo cual si la sentencia no estaba viciada, el Justicia ordenaba la entrega del preso a la autoridad que sobre él había sentenciado, a fin de que la dicha sentencia se cumpliera de modo ordinario. El procedimiento era muy sencillo y no se admitía contestación previa de parte de la autoridad requerida de manifestación, ni por el Justicia o los individuos de su Tribunal se proveía a información previa sobre el peligro en que se hallase el preso a cuyo nombre se solicitaba la manifestación; así, pues la orden o mandamiento de manifestación era un vehículo muy fácil de obtener. Mientras duraba el proceso incoado contra él –en el caso de que existiere–, el preso, ya acogido a la manifestación, era recluido en un establecimiento especial llamado “cárcel de manifestados” o internado o casa particular o lugar fijado por el Justicia... El peligro de que se acudiese contra el preso por medio de la tortura quedaba así excluido (Fairen, 1971, p. 136).

La manifestación era de dos clases de personas y de bienes,

(e)n cuanto a la de personas había que distinguir el caso de que la persona a manifestar se hallase en poder (u oficiales reales) o bien de “privadas personas”. En el primer caso, la competencia para ordenar la manifestación, correspondía solamente al Justicia y su Corte; si tal persona se hallaba en poder de “privadas personas”, era competente cualquier juez ordinario... La manifestación de

personas tenía también por objeto fines simplemente civiles—prevenir la amenaza civil de personas, retenidas por sus parientes injustamente, más sin malos tratos—; lo que hoy llamaríamos “deposito de personas”. La manifestación de bienes, tuvo especial relieve cuando el bien retenido injustamente... era un proceso. Sin duda, por la diversidad de jurisdicciones, debía ser muy frecuente el hecho de que los procesos desapreciaren o fueran reclamados por algún oficial interesado, o bien que los mismos jueces y secretarios se negasen a ponerlos de manifiesto a las partes, con peligro de las mismas (Fairen, 1971, p. 84).

El proceso de manifestación desaparece en el siglo XVIII con la llegada de los Borbones al trono español. Felipe V castiga al reino de Aragón por el apoyo que este brinda al archiduque Carlos en la guerra de sucesión, y por un decreto del 29 de julio de 1707 declara abolidos los procesos aragoneses en favor de la unificación jurídica de toda la península.

Para concluir hay que anotar que el justicia y el proceso de manifestación cumplieron un papel preponderante en la rebelión aragonesa contra Felipe II a fines del siglo XVI, con los sucesos de Antonio Pérez. Este secretario del rey venía huyendo de Castilla de la persecución real, se internó en Aragón y se acogió al proceso de manifestación. La Inquisición, siguiendo órdenes reales, lo tomó prisionero, acontecimiento que ocasionó que el pueblo se sublevara y lo liberara. El justicia, con la entrada del ejército real, fue decapitado por orden del rey.

4. LA PRIMERA REPÚBLICA Y LA ACCIÓN PÚBLICA

Este período comprende de 1811 a 1815, fecha en la que se interrumpe la vida independiente por la reconquista española a cargo del pacificador Pablo Morillo.

Comenzamos por la Carta de Cundinamarca de 1811. Allí se ideó un modelo de control frente a las infracciones de la Constitución, disponiendo que un Senado de Censura y Protección fuera el principal tribunal de la Provincia³⁷. Este tenía como propósito el de preservar la supremacía del texto fundamental y los derechos imprescriptibles de los ciudadanos. El mecanismo para hacerlo efectivo era la acción pública que podía interponer cualquier ciudadano o cualquier autoridad por la vulneración constitucional o por la usurpación de funciones de todos o de cada uno de los tres poderes públicos. El Senado, para remediar esta situación, estaba facultado para obligar al funcionario involucrado a que reformara su actuación dentro de los tres días siguientes al de la recepción de la orden. (Restrepo, 1996)

En la Constitución de Tunja se estableció que el control de los actos violatorios de la Carta eran competencia del Senado de acuerdo con lo regulado por el artículo 18 del Capítulo III la Carta que establecía que:

Puede el Senado, sin que proceda acusación o denuncia de la Cámara de Representantes, pedir al Gobernador o Teniente de gobernador, razón de cualesquiera decreto, orden o determinación que se juzgue por las tres quintas partes de sus miembros, ser contra la Constitución o perjudicial a la causa pública. En Caso de que no se de una razón satisfactoria, podrá el Senado prevenir a cualquiera de los dos que suspendan su determinación. (Pombo & Guerra, 1911, pp. 202-203)

La Provincia de Cartagena promulgó una Constitución en el año de 1812; allí se le asignó la competencia al Senado Conservador de resolver las situaciones vulneradoras de la

³⁷ “El Senado de Censura y protección no era un órgano político. Ocupaba el primer lugar en jerarquía en el poder judicial. Su reglamentación fue incluida en el Título VII (del poder Judicial): - “El primer Tribunal de la Provincia preferente a todos los demás es el Senado...”. (artículo 4^{to}.) (Restrepo, 1978, p. 16).

Constitución y de los derechos de los ciudadanos. Este cuerpo estaba conformado por cinco miembros que eran nombrados por el Colegio Electoral. Dos de sus integrantes constituían el Consejo Revisor, ente que tenía que examinar la inconstitucionalidad de las actuaciones de los poderes públicos (Restrepo, 1996).

En el año de 1814 la Provincia de Popayán se dio su Constitución. Esta previó que el Senado debía ser el ente encargado del control de las actuaciones transgresoras de la Carta y de los derechos, al estipular que el principal objeto de esta Corporación era el de hacer observar la Constitución, tomando conocimiento de las infracciones que hiciera de ella cualquiera de los poderes o de sus miembros, o de sus agentes inmediatos (Restrepo, 1996).

La Provincia de Mariquita expidió su Carta en el año de 1815; allí reguló un control de las actuaciones anticonstitucionales, a cargo del Senado de Censura, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo I del título X, que dispuso que el “principal objeto del Senado es velar sobre el exacto cumplimiento de la Constitución, e impedir que sean atropellados los derechos imprescriptibles del pueblo y del ciudadano” (Pombo & Guerra, 1911, pp. 592, 599-600).

5. CONCLUSIÓN

Para terminar, mencionamos que estas instituciones lograron conformar primigeniamente unas garantías ciudadanas y, de igual manera,

representan los primeros intentos de sometimiento del poder al derecho.

De este modo tenemos que la *intercessio* se asimila a un mecanismo o instrumento de protección de derechos, reservada a los tribunos de la plebe. En efecto, como bien lo señala Esguerra (2004) era un “mecanismo cautelar de protección de derechos”, que le dio participación a los plebeyos en las instituciones republicanas, ayudando al ascenso social.

Los amparos coloniales aportaron la primera protección en la América Hispana de lo que hoy conocemos como derechos fundamentales. En el mismo sentido encontramos la figura del justicia mayor de Aragón, que consigue en la península ibérica el mismo propósito de preservación de derechos humanos y que sin lugar a dudas tuvo injerencia en Colombia, porque no olvidemos que recibimos una importante colonia aragonesa en el período de dominación española.

Por último, tenemos que la acción pública durante la primera República marca un importante hito en nuestra historia jurídica, porque intentó ponerle freno al primigenio poder independiente, que tenía un muy fuerte sustrato absolutista.

De esta manera pretendemos dar a conocer diversas formas de control, que son diferentes de los mecanismos de encauzamiento franceses y norteamericanos que marcaron una pauta en nuestros siglos XIX y XX.

REFERENCIAS

- Borah, W. (1996). El juzgado general de indios en la Nueva España. México: Fondo de Cultura Económica.
- Burdes, A. (1972). Manual de derecho público romano. Barcelona: Bosch.
- Cicerón. (s. f.). Sobre la República, II, 30, 52.
- Escudero, J. (1995). Curso de historia del derecho. Madrid. (s.n.)
- Esguerra, J. (2004). La protección constitucional del ciudadano. Bogota: Editorial LEGIS.
- Espitia, F. (2006). Historia del derecho romano. (2da Ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fairen, V. (1971). Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo. México. UNAM.
- Fernández De Buján & Fernández, A. (2007). Derecho público romano. (6ta Ed.) Madrid: Civitas.
- Gibert, R. (1968). Historia general del derecho español. Granada: Editorial de Mariano Huerta.
- Kunkel, W. (1998). Historia del derecho romano. Barcelona: Ariel Derecho 4ª reimpresión.
- Lalinde, J. (1983). Iniciación histórica al derecho español. Barcelona: Editorial Ariel.
- LIRA, A. (1972). El amparo colonial y el juicio de amparo. México: Fondo de Cultura Económica.
- OTS CAPDEQUI, J. (1959) El régimen de tierras en la época colonial. México: Fondo de Cultura Económica.
- Pombo, M. & Guerra, J. (1911). Constituciones de Colombia Tomo II. Bogotá: Imprenta La Luz.
- Rascon, C. (2000). Manual de derecho romano. (3era Ed). Madrid: Tecnos, Madrid.
- Restrepo, C. (1978). Tres ideas constitucionales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Restrepo, C. (1996). Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela. 1811-1830. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ribera, J. (1897). Orígenes del justicia de Aragón. Zaragoza: Tipografía de Comas Hermanos.
- Vela, F. (1997) Abreviatura de El espíritu del derecho romano de R. von Ihering. Madrid: Marcial Pons.

