

## VI

# LA EVOLUCIÓN INSTITUCIONAL ORIGINARIA DEL DERECHO CONTENCIOSO INDIANO: EL SELFGOVERNMENT Y EL RÉGIMEN CONTENCIOSO EN INDIAS. CARACTERES DEL MISMO: EL JUICIO CONTRADICTORIO DE RECLAMACIONES; EL INTERÉS COMO BASE DEL RECURSO

El procedimiento jurídico, la forma procesal, para la aplicación práctica de tales principios era el juicio contradictorio, lo que hoy denominaríamos acción popular para la exigencia de responsabilidades sobre la base del *interés*, y no tan sólo del derecho, según ya dijimos.

Aludíamos antes a la forma de democracia política que ello engendraba, y queremos insistir por la transcendencia de este aspecto de la política indiana, rozado apenas incluso por los autores que se han dedicado a percibir y señalar los latidos democráticos en el régimen indiano.

Cuando en un pueblo o en una comarca que había sufrido los excesos o los abusos de gobernantes o funcionarios, el particular, lesionado en sus derechos o en sus intereses, entablaba reclamación en un juicio de residencia o de vista, el resto de los vecinos era lógico que se interesara en la resolución que al cabo recayese, y, por otro lado, los deudos, allegados o partidarios del encausado habían de laborar a favor de éste. De aquí la pugna de intereses, de parcialidades y partidismos que se suscitaban y apasionaban los ánimos en torno a los juicios de residencia, máxime si tenemos en cuenta que frecuentemente tratábase de reclamaciones colectivas, los célebres *capítulos de agravio*, que entablaban a un tiempo

todos aquellos a quienes unfa la identidad del perjuicio o del agravio sufrido. El “torbellino de pasiones”, que, según gráfica frase de un Virrey, levantaban los juicios de residencia, la lluvia de ataques y acusaciones en confuso tropel, que, como escribe el visitador Cáceres, promovían, nos dan idea de la intensidad con que la solución de los expedientes judiciales de responsabilidad en las residencias interesaba a la opinión pública de los pueblos y ciudades de Indias. Una corriente de hondo sentido civil, que diríamos hoy, ya que se trataba de una corriente fiscalizadora de la gestión pública por parte de los administrados para exigirles las responsabilidades derivadas de aquélla y obtener reparación de los agravios y daños experimentados, y ello por los *cauces contencioso-administrativos de una intervención ciudadana*, hacía vibrar fuertemente la vida pública de la colonia en torno al problema de la responsabilidad de los gobernantes que la regían.

En tal sentido, constituyó una fuerza política, en el concepto elevado o etimológico de la palabra, de indudable valor, para apreciar la importancia e intensidad de la cual sería necesario pulsar los múltiples factores que integran la compleja trama de la vida colonial.

En España, donde el proceso fiscalizador de las residencias tuvo mucha menor importancia que en América, dio base como se ha estudiado<sup>111</sup> a una especie de vida pública, embrionaria e inconsistente, claro está; a la exteriorización del público sentir; fue a manera de ventanal por donde pudo éste asomarse a las esferas de la gobernación.

En Indias este proceso de fiscalización había de ser forzosamente mucho más intenso.

Sujetas a la residencia las autoridades y funcionarios de todas clases y categorías; numerosa la burocracia; temporales multitud de cargos, y requisito forzoso la residencia para pasar de unos a otros; frecuentísimos los abusos; existentes a más el régimen de residencia, el de visita, la celebración de juicios de responsabilidad era por una u otra de estas causas, permanente. Y todo ello vino a comunicar al organismo colonial una vibración de vida pública.

<sup>111</sup> Por Sánchez Toca en su interesante libro *El gobierno en el régimen antiguo y en el parlamentario*, en el que estudia la significación política deseudomanifestación de la opinión pública del régimen de residencia.

La alimentaban como su órgano propio un factor que tan importante influjo desempeñó en la existencia de la colonia: el cuerpo de letrados y unas instituciones de incipiente democracia, a las que aquélla dio origen y principal impulso; los cabildos abiertos, las Cortes y los procuradores de Indias.

Es un hecho que importa resaltar a la atención de los historiadores y tratadistas del derecho indiano. Esas instituciones inicialmente democráticas surgen, más bien que de un espíritu político de democracia, que no era propio de la época, de un espíritu jurídico de fiscalización, que surgió potente.

Nacieron al calor de los bandos y contiendas entre los españoles y de sus excesos sobre los indios, como reacción para establecer un régimen jurídico que acabase con aquéllas y evitase éstos. Recordemos que ante la difícil situación de La Española, minada por las discordias y anárquicos individualismos de todos, reúnen los pueblos de la isla en cabildo abierto y acuerdan enviar procuradores a España; llegados los Jerónimos a las Antillas, son éstos quien convocan Cortes que asumen en cierto modo la autoridad suprema —superior a la del Gobernador general— para informarse de los *agravios* y de las aspiraciones de todos.<sup>112</sup> Y es ahora cuando se dispone por el gobierno que Cortes de esta naturaleza se junten todos los años; se reconoce el derecho de petición e informe ante el Poder central, y se reglamenta el régimen de procuradores de Indias y cabildos abiertos.

Claramente se ve, cómo Cortes, cabildos abiertos, procuradores de Indias y derecho de petición, es decir las instituciones democráticas, surgen en América principalmente como órgano de fiscalización para impedir agravios y ser cauce de aspiraciones ante el Poder público.

En efecto. Un fuerte espíritu de rebeldía alienta en los núcleos populares que realizaron la conquista. El espolique de la ambición o el rencor de intereses heridos o preteridos provocan rivalidades, sublevaciones y alzamientos, y quienes al calor de aquéllas alcanzaban cargos directivos —de gobierno o de justicia— hacían caer sobre sus enemigos el rigor, envuelto generalmente en formas más o menos jurídicas. El espíritu de discordia intestina y gobierno

112 Véase Serrano Sanz, ob. cit., y Betancourt, *Orígenes españoles del régimen colonial autónómico*. Bol. de la Institución libre de Enseñanza, 1898.

directos de nuestros concejos medievales se traslada a Indias, pero exacerbado por las condiciones del nuevo medio.

En las nacientes poblaciones, de hecho, es la masa quien predetermina e impone las resoluciones de los Gobernadores, o se subleva y los derriba, en caso contrario.

Los tratadistas de Indias así como los testimonios de la época hablan claramente de cómo “el espíritu de soberbia” se había adueñado hasta tal punto de los nuevos pobladores, que en América era cosa corriente desacatar las órdenes del Poder público y la disposición de los Gobernadores. Díganlo los célebres bandos de La Española; el caso altamente representativo de la rebelión del alcalde mayor Francisco Roldán en La Isabela, el cual se había puesto al frente de trabajadores, marineros y gente humilde, exigiendo de la autoridad que ellos utilizarían directamente el servicio personal de los indios;<sup>113</sup> las discordias de los primeros tiempos en Nueva España, y, sobre todo, las guerras de Chupas y Salinas; la dramática sublevación de Lope de Aguirre, que, al frente de sus marañones, desafía desde los confines de Indias al Monarca de la Metrópoli, declarándose independiente de todo Poder;<sup>114</sup> las palabras de Cieza de León, aludiendo al mal de la soberbia y “ánimo turbulento” que aquejaba a los colonos españoles; las de Vaca de Castro, cuando escribiendo al Consejo de Indias decía que como los españoles allí nacidos “no han conocido al Rey ni esperan de conocerlo, escuchan a los que les incitan a protestar”,<sup>115</sup> y tantos otros testimonios reveladores del “genio instintivo de libertad”, según frase de Levene, de “democracia embrionaria e igualitaria”, que alentaba en los pobladores españoles, y “que acusaba su soberanía por espasmos violentos engendrando lentamente una libertad de hecho”,<sup>116</sup> de “la escuela de democracia social, viva y hondamente sentida, que en los cuadros mismos de las viejas jerarquías europeas había engendrado la conquista”.<sup>117</sup>

113 *Vide* Levene, p. 81.

114 Véase Izcicúa, ob. cit.

115 Levillier, *Gobernantes del Perú*, en *Publicaciones históricas*. Buenos Aires, t. III, p. 241.

116 Levene, p. 16.

117 Altamira, Prólogo a *Los exploradores españoles en el siglo XVI*, de Lummis.

Un proceso evolutivo que constituye uno de los más interesantes espectáculos de la historia colonial y en general de la historia del derecho, y que acusa el hondo sentido jurídico de la nación colonizadora, se da en esta primera época de iniciación y organización indiana.

Junto al magno problema de organizar la explotación económica del nuevo mundo, salvaguardando al mismo tiempo las libertades personales del indígena, otro problema jurídico, más erizado todavía de dificultades, se planteaba al gobierno de la Metrópoli: encauzar el desbordado caudal de energías de los pobladores hispánicos, utilizarlas y transformarlas, convirtiéndolas en factores de un gobierno regular. Obra que se consuma en los primeros cincuenta años en el más brillante proceso jurídico. No se ahogan ni se asfixian esas potentes energías creadoras. Se las regula y se las limita, encuadrándolas en el marco legal de la administración. Se aprovechan, se utiliza la fuerza política latente que encerraban, el valioso fondo jurídico que emergía de su superficie para erigirlos en factores públicos, para organizar, mediante ellos, un sistema *jurídico* de gobierno, el gobierno *jurídico* que los tratadistas de Indias pedían: se recoge el espíritu de gobierno directo, a que antes aludíamos, reglamentándolo en el régimen de cabildos abiertos, de procuradores de Indias en España, de *Juntas* de ciudades o Cortes, y en el cuadro intensamente funcional de Municipio indiano. El espíritu de *justicia popular*, que latía en el seno de las contiendas intestinas de los conquistadores se acoge en el sistema de fiscalización y responsabilidad, que hemos estudiado.

Se reconoce y reglamenta la inviolabilidad de la correspondencia, el derecho de queja de los particulares; de información y denuncia por parte de éstos, de las ciudades y funcionarios ante la Metrópoli; el derecho de los indios de reunirse para dar poder y *quejas*, interesante forma de actuación pública indígena; se estimula el sentido de acción de los pobladores hispanos, dirigiéndolo a la causa pública, mediante el principio general de aceptación obligatoria de cargos públicos, la obtención meritoria de éstos y su provisión en personas responsables, *residenciables*; y se crea, en suma, la organización jurídico-responsabilista estudiada en el curso de estas páginas.

*El régimen del “estado del derecho” indiano y el derecho público moderno.* Se trata, repetimos, de un proceso jurídico altamente ejemplar. El más hondo estado de descomposición social: individualismos anárquicos, rivalidades, egoísmos, crueldades, amalgamados con legítimas ambiciones en la masa turbulenta de los conquistadores, plétorica de vida y de acción, y con los redentores idealismos jurídicos de los eclesiásticos principalmente, y del Estado. Y ese caos laberíntico se encauza a la sombra del derecho y cristaliza en un régimen de responsabilidad y “estado de derecho” de estirpe contemporánea.

Los historiadores del derecho indiano no han prestado la atención necesaria repetimos a las consecuencias de este hecho, que trazó en el escenario histórico de la época las líneas directrices de una, forma de organización pública más *jurídica y justa* que la entonces existente. Me interesa subrayar la trascendencia de tal hecho.

El descubrimiento y colonización del Nuevo Mundo inició insospechados problemas que habrían de transformar el rumbo de la Edad Moderna. La conducta a seguir con los naturales de las Indias planteaba el problema de la personalidad. La explotación de las fuentes de riqueza americana, el del régimen de trabajo para la utilización de la mano de obra indígena. El de los títulos de dominación en Indias y el derecho de guerra con los aborígenes alumbraba las cuestiones fundamentales del moderno derecho internacional. El régimen de la cosa pública en las regiones descubiertas, suscita los grandes problemas de organización funcional, responsabilidad político-administrativa, etcétera, del derecho público de nuestros días.

¿Cómo reaccionó frente a estos problemas la Metrópoli? La escuela española de teólogos y filósofos, “que forman legión”, afirma la doctrina de la personalidad indígena, y por vez primera, España inicia el principio de la protección y tutela de las razas inferiores y coloniales, como mandato histórico y humano de las superiores y civilizadas, y crea el Estatuto legal de la libertad de los indios.

Los tratadistas españoles, al estudiar las cuestiones relativas a la guerra con éstos, echan las bases del derecho internacional.

Ello es conocido y ha constituido el punto principal de las investigaciones americanistas.

En cambio, la forma de reaccionar España frente al problema social de la colonización no ha merecido hasta ahora la atención debida por parte de los autores.

Para reglamentar el régimen de aprovechamiento de la mano de obra indígena, dicta la Metrópoli, con disposiciones ininterrumpidas, el Estatuto de trabajo de los indios, engendrando un valiosísimo derecho social que en las tres direcciones del derecho obrero, el seguro y el socorro lleva en gran parte el sello del progreso social de nuestros días. Este derecho es escasamente conocido. Sólo en fecha reciente se ha publicado algún estudio parcial,<sup>118</sup> y en su investigación integral hemos puesto nuestro mayor empeño, a fin de publicar un estudio monográfico de conjunto<sup>119</sup> que no existe hasta el día.

Pero lo que hasta ahora no ha detenido la atención de los autores es la importancia que el régimen estudiado en el transcurso de estas páginas encierra en relación con las doctrinas contemporáneas del derecho público y las nuevas estructuras político-jurídicas de nuestros días.

La esencia del derecho público radica hoy en el principio efectivo de responsabilidad en toda la organización pública. El siglo XIX elevó a los estadios de la vida pública el régimen de democracia, pero olvidó su complemento indispensable, el de responsabilidad.

A nuestro tiempo toca realizar esta integración mediante el principio efectivo y no sólo nominal de responsabilidad, que tiene su concreción práctica en el régimen del estado de derecho, engranado en las dos bases de responsabilidad directa del gobernante o del funcionario por su gestión, y responsabilidad indirecta de la administración por los actos del gobernante o funcionario. Tal régimen se alimenta en una triple corriente concatenada en la que descansa todo el edificio del nuevo derecho público: 1° El desarrollo frondoso de lo contencioso-administrativo, que de mera

118 Los trabajos de los Sres. Sangro y Elorrieta y las breves páginas que dedica al tema el profesor Poblete y Troncoso en *La legislación social de la América latina*, 1928, sobre la base de trabajos míos publicados en la *Revista de humanidades* de la Universidad de La Plata, años 1924 y 1925, y antes en la *Revista de Archivos*, 1921.

119 El *Estatuto*, etcétera, ob. cit., que verá próximamente la luz, editado por la Compañía Ibero-Americana de publicaciones.

contienda entre la administración y el particular lesionado en sus derechos concretos, a virtud del nuevo sistema de recursos fundados en el principio del interés y no del derecho y la disminución creciente del campo de la actividad discrecional para su conversión en reglada, se transforma en una especie de acción pública para el mantenimiento y defensa de la legalidad, envolviendo en la atmósfera del derecho el campo todo de la administración pública. 2° La intensificación de la intervención ciudadana, pero en una nueva forma más jurídica y práctica que antes, ya que mediante los recursos de *interés*, cualquier ciudadano, por el hecho de serlo, aunque no hayan sido lesionados individualmente sus derechos, puede reclamar por la vía contenciosa contra las decisiones o actos del gobierno o la administración si las estima atentatorias a la legalidad; y como consecuencia de todo ello, la intervención, cada vez más creciente, del Poder judicial en todas las esferas de la administración, y en general del Poder público, lo cual constituye el punto culminante de la presente evolución del derecho estatual.

En la época del antiguo régimen, predomina el Poder ejecutivo —el Poder real—, que absorbe en sí a los demás poderes. En el siglo XIX, alcanza tal predominio el Poder legislativo. En nuestro tiempo es el judicial, quien tiende a suplantar a los demás poderes en esta supremacía.

Como se ve, por esta breve síntesis de la evolución político-jurídica de nuestros días, las notas capitales del moderno *staatsrecht*: responsabilidad de todo organismo administrativo, efectivación de su responsabilidad mediante la fiscalización ciudadana asentada en el amplio y flexible cauce contencioso de los recursos de interés, y consiguiente predominio del Poder judicial por virtud del sometimiento del Poder público, incluso en actos de soberanía al imperio jurídico de aquél, son en esencia y con las naturales y lógicas diferencias las notas integrantes del *staatsrecht* en el derecho público indiano: responsabilidad de organismos y funcionarios de gobierno en la colonia; exigencia de esta responsabilidad mediante la fiscalización por los administrados en virtud del juicio contradictorio de capítulos de agravio y reclamaciones en visitas, residencias y apelaciones al Acuerdo como poder jurídicamente moderador de las decisiones vicerreales, y consiguiente intervención preponderante del Poder judicial en la administración pública.



Debemos insistir en la elevada significación histórica de estos hechos.

“El descubrimiento del Nuevo Mundo —dice Levene— entró una expansión del espíritu humano desde los puntos de vista filosófico y jurídico. Mucho se ha escrito de ello desde los puntos de vista científico, geográfico y político. Pero queda mucho más por explorar en cuanto atañe al experimento jurídico, económico y social que se llevó a cabo en las Indias. Nuevos y fundamentales problemas se plantean. Las doctrinas que entonces se desplegaron por los teólogos en memorables controversias para fundamentar los principios de libertad, representan una revolución en la historia de las ideas; su fulgor irradia hasta en los tiempos modernos, pues debe reconocerse que, como declaración de principios, las Leyes de Indias y las doctrinas que las sustentan se anticiparon casi tres centurias a la proclamada a fines del siglo XVIII por la Revolución Francesa.” “La teología renovó su antiguo contenido y creáronse otras ramas de la ciencia del derecho”.

Bartolomé de las Casas, abogando por la libertad humana, echa las bases del derecho natural; Francisco de Vitoria, con motivo de examinar los títulos de dominación de las Indias y las justas causas de la guerra con los naturales, anticipa el advenimiento del derecho de gentes<sup>120</sup> con luminosos principios perennemente jóvenes, como estudia Barcia.<sup>121</sup>

Pero no es esto solo.

Junto a la afirmación de la doctrina de los derechos individuales; la iniciación del derecho natural, del derecho internacional; de la doctrina de protección a las razas coloniales y la iniciación por vez primera en la Historia de un derecho obrero de tipo humano que repudia el principio del trabajo como mercancía para elevarlo a actividad vital, humanitariamente regulada, se echan las bases en la colonización española de un nuevo régimen de organización pública, basado en los principios de *responsabilidad y derecho* que había de alcanzar su apogeo en nuestro tiempo en el régimen del *Rechtsstaat*.

120 Ob. cit., pp. 8 y 215.

121 *Francisco de Vitoria, fundador del derecho internacional*, Valladolid, 1928.