

Preliminares de la organización estatal de la Nueva España

Capítulo XXIV	517
---------------------	-----

La Constitución de la Nueva España

Capítulo XXV. Primera parte.....	529
----------------------------------	-----

<i>El rey</i>	532
---------------------	-----

Capítulo XXVI. Segunda parte.....	543
-----------------------------------	-----

<i>La Casa de Contratación de Sevilla</i>	543
---	-----

<i>El Consejo Real y Supremo de Indias</i>	550
--	-----

Capítulo XVII. Tercera parte	555
------------------------------------	-----

El Consejo Real y Supremo

<i>de Indias (continuación)</i>	555
---------------------------------------	-----

Capítulo XVIII. Cuarta parte	573
------------------------------------	-----

<i>El Municipio</i>	573
---------------------------	-----

CAPÍTULO XXIV

PRELIMINARES DE LA ORGANIZACIÓN ESTATAL DE LA NUEVA ESPAÑA

Por mucho que se pretenda sintetizar la materia que nos ocupa, pasando por alto acontecimientos de carácter general respecto de los cuales pudiera creerse que no afectan de manera importante a los antecedentes jurídicos de México, la omisión de algunos de estos acontecimientos que siguieron a la llegada de los españoles y a la toma de Tenochtitlán, no establecerían una solución de continuidad en nuestros antecedentes histórico-jurídicos que dificultaría apreciar la estructura del nuevo estado, la razón de ser de sus instituciones, sus órganos constitucionales, sus funciones y limitaciones. Esbozaremos, por lo tanto, algunos hechos, recomendando a quienes se interesen por más detalles para ahondar la materia, la consulta, al menos, de las obras más importantes que de ella tratan, tales como las *Cartas de Relación* de Hernán Cortés a Carlos V, las *Historia de la Conquista* por Gómarra, Bernal Díaz del Castillo, el *Conquistador Anónimo*, Las Casas, etc.; o aquéllas de épocas recientes, (nos referimos a las Historias escritas después de la independencia), tales como la de Alamán, Orozco y Berra; Zamacois y algunos otros, o bien, las que han aparecido en nuestros días, entre las cuales las de Pereyra y Madariaga son las más importantes.

Sabido es cómo Cortés y su gente, después de fundada la Villa Rica de la Vera Cruz, y a pesar de las súplicas de Moctezuma, emprendieron la marcha hacia la capital azteca, impidiendo Cortés las deserciones con aquel memorable hecho que consistió en carenar los navíos que los habían traído, imposibilitando el regreso de los descontentos y obligando a todos a unirse en la realización de la empresa, que bien merece el calificativo de épica, y a la que Cortés llevaría a feliz término en funciones de Capitán General y Justicia Mayor con que lo había investido el Ayuntamiento de Veracruz, empleando para ello una audacia y una habilidad como pocas se encuentran en la Historia.

En la lucha primero con los tlaxcaltecas, a los que después de dominar logra hacer incondicionales y constantes aliados, se vale de ellos para refuerzo de sus escasas gentes y llega así a Tenochtitlán, en donde es recibido afablemente por Moctezuma, temeroso éste más que de la fuerza de Cortés y sus aliados, de la realización de viejos vaticinios que con la llegada de los españoles se confirmaban.

Conocidos seguramente de todos son los acontecimientos que se siguieron: la llegada de Narváez, enviado por el gobernador de Cuba, la derrota que aquél sufrió; la incorporación de los recién llegados a los que habían venido primero; la actitud imprudente y falta de tino de Alvarado, que se había quedado en Tenochtitlán mientras Cortés iba al encuentro de Pánfilo de Narváez; la

muerte de Moctezuma; el descontento de los aztecas; la salida precipitada y *desbarate* de los españoles en la famosa *Noche Triste*; la reorganización de los derrotados; la batalla de Otumba; el nombramiento de Cuauhtémoc como rey de los aztecas; el sitio de la ciudad por tierra y por agua mediante la construcción de trece bergantines que tan eficaces resultaron; la heroica defensa de los sitiados, y, por último, la prisión de Cuauhtémoc y la toma de la ciudad, que debido al estado en que quedó no pudo ser inmediatamente ocupada, ocasionando la fundación de otro Ayuntamiento en Coyoacán, entretanto se iniciaba la reconstrucción de la ciudad que Cortés se empeñó en que siguiera siendo capital.

Iniciada la reconstrucción de la ciudad de México, que había de seguir siendo la capital del nuevo reino en acatamiento de la tradición indígena que la había tenido como metrópoli, procedió Cortés a la organización administrativa nombrando señor de ella al que había tenido el cargo de *Cihuacoatl*, logrando con esto el regreso de los mexicanos que se habían dispersado. Se constituyó el Ayuntamiento, nombrándose a los Alcaldes, regidores y demás oficiales de acuerdo con los antecedentes tradicionales españoles; señaló en la parte central un cuadro dentro del cual se trazaron las manzanas y las calles de la nueva ciudad, asignándose a los españoles que habían resuelto avecinarse en ella, solares para la construcción de sus habitaciones, aplicándose el mismo Cortés los solares donde estaban las casas viejas de Moctezuma y señalando para el Cabildo de la ciudad, el que hasta la

desaparición en nuestros días del Ayuntamiento se ha conocido como la *Diputación*, y hoy son oficinas del Departamento del Distrito Federal. La iglesia había de ocupar el lugar que el templo mayor había tenido. Pudo haberse construido la capital nueva en otro sitio, y aún se pensó en ello debido a la deficiente condición del suelo, como hasta nuestros días lo experimentamos, pero Cortés dando muestras de organizador y estadista, no quiso desperdiciar la fuerza social que la tradición le ofrecía.

Estableciendo el Ayuntamiento de la ciudad de México, quedaron además de éste, los de Veracruz y de Segura de la Frontera o Tepeaca, pues aún cuando se habían dado instrucciones para fundar el de Medellín no había entrado en funciones. En estas condiciones, tuvo lugar un hecho que corrobora a qué grado eran respetadas las autoridades municipales y cuánto era el poder de que gozaban. En diciembre del mismo año en que fue tomada la ciudad de Tenochtitlán, llegó a Veracruz Cristóbal de Tapia, quien en virtud de haber solicitado provisiones al Ayuntamiento de Veracruz, éste le contestó que haría del conocimiento de los otros Ayuntamientos ya establecidos los documentos que se le presentaban, para que todos juntos resolvieran lo que debía hacerse. Al efecto, se reunieron los Ayuntamientos, incluso los funcionarios ya nombrados para el de Medellín, celebrando una junta en Cempoala, a la que asistió el mismo Tapia que exhibió sus documentos. Los representantes de los Ayuntamientos los tomaron en sus manos, los besaron, los pusieron sobre sus cabezas y dijeron que todos y cada uno obede-

cían las provisiones en todo y por todo: “según en ellas se contiene, como carta y mandato de sus reyes y señores naturales, a quien Dios Nuestro Señor deje vivir y reinar por largos tiempos; pero que en cuanto al cumplimiento, lo verán y harán y cumplirán lo que fuere servicio de SS. MM.”.⁷¹

Esa fórmula de obediencia y no cumplir será explicada un poco más adelante; baste decir por el momento, que su uso en aquella ocasión salvó al gobierno de Hernán Cortes y con él la tranquilidad de la tierra, como los hechos lo habrían de demostrar y como también el mismo emperador Carlos V lo reconoció en carta dirigida a Cortés, fechada en Valladolid a 15 de Octubre de 1522, en la que aprueba la conducta de los Ayuntamientos y otorga al conquistador el nombramiento de Capitán General, dirimiendo la contienda entre Cortés y Velázquez.⁷²

El 26 de junio de 1523, enviaba Carlos V a Cortés las instrucciones a las que había de ajustarse para todo lo relativo a la población, pacificación de la Nueva España y al tratamiento y conversión de los naturales, ordenando especialmente mantener las poblaciones de los indios sin introducir más novedades que la fe Católica y las buenas costumbres, impidiendo los sacrificios humanos y la antropofagia; así como que los naturales pagaran tributos que antes pagaban a Moctezuma, o estableciendo los

71 *Documentos Inéditos de Indias*. Tomo XXVI. Págs. 36-44.

72 Véase Herrera. *Décadas*, III, Lib. IV, Cap. III.

que fueren razonables, haciendo especial recomendación de ganarse a los indios por medio del buen trato y la lealtad en los negocios, procurando el mantenimiento de la paz.

Entre las instrucciones de Carlos V, estaba la de prohibir los repartos de indios y anulación de los que se hubieran hecho; pero esto fue obedecido, pero no cumplido, habiendo informado Cortés al soberano sobre el particular, éste levantó más tarde la prohibición. En el mismo documento en que se confirió a Cortés el cargo de Capitán General y se le daban instrucciones, anunciaba el Emperador el nombramiento de los oficiales reales diciendo: “... *enviamos a Alonso de Estrada contino de nuestra casa por nuestro tesorero, y a Rodrigo de Albornoz nuestro secretario por nuestro contador, y Alonso de Aguilar por nuestro factor, e a Peralmíndez Chirinos por nuestro veedor...*” De esta manera quedaba plenamente legalizada la autoridad de Cortés, no sólo por el Ayuntamiento de la Villa Rica, sino por expresa voluntad y confirmación del monarca, pero al mismo tiempo los oficiales reales anunciados venían a limitar, en cierta forma, los poderes únicos del Capitán General.

Hasta aquí el orden y progreso marchaban por vía segura y firme; la fusión de las dos razas, iniciada prácticamente desde la llegada de los europeos, se acentuó cada día; la pacificación parecía lograda; la organización del régimen se consolidaba, y en cuanto a la labor de cristianización, requería la venida de misioneros que Cortés

no cesaba de pedir en sus cartas al soberano. Atendiendo esas solicitudes, llegaron primero con licencia especial de Carlos V los frailes franciscanos Fray Juan de Tecto, guardián del Convento de Gante, confesor del emperador y catedrático que había sido durante catorce años en la Universidad de París; Fray Juan de Acra, famoso por su ciencia, y Fray Pedro de Gante, que se ha supuesto vinculado con próximo parentesco con el emperador, y que había de realizar meritísima labor con sus enseñanzas y su filantropía para con los indios.

Pero esto no era suficiente, pues la mies era muy grande, y ante las constantes peticiones y súplicas de Cortés, fueron enviados los doce famosos franciscanos que guiados como Superior por fray Martín de Valencia, llegaron a Veracruz en mayo de 1524. El recibimiento hecho a aquellos doce frailes de muy santa vida, como los designa Bernal Díaz, es un acontecimiento de los más significativos de su época y que en los tiempos posteriores habían de dejar más honda huella. La descripción de él, la hace el citado *Soldado Cronista* en el capítulo CLXXI de su *Historia*, y muy digno es de leerse y releerse por lo significativo, ya que con ese recibimiento, además de quedar patentes la fe y sentimientos imperantes, aparece claro cómo dentro del régimen estatal nuevamente constituido, era elemento integrante de él la función y las labores desarrolladas por la Iglesia y sus ministros.

Pero este estado de cosas, y dentro de él los descubrimientos y la incorporación de gente al naciente estado,

fue interrumpido por nuevos acontecimientos; nos referimos al malogrado viaje a las *Hibueras* que Cortés emprendió con el objeto de someter a Cristóbal de Olid, a quien había mandado para colonizar Honduras y que se había rebelado contra su jefe, desconociendo su autoridad.

Al emprender ese viaje, en octubre de 1524, pudo haber dejado Cortés la autoridad en manos de gente amiga y fiel, pero quiso dar muestras de lealtad a su soberano encomendando el mando a dos de los oficiales reales, al tesorero Estrada y al contador Albornoz, adjuntando a éstos al licenciado Alonso de Zuazo. No bien habíase iniciado la expedición cuando surgió la desavenencia entre Estrada y Albornoz, lo cual sabido por Cortés envió para arreglar las cosas al factor Salazar y al veedor Chirinos que lo acompañaban; pero es conocido como esto no sólo no sirvió para apaciguar los ánimos, sino que, por el contrario, las cosas fueron de mal en peor, iniciándose un período de desmanes y crímenes, habiendo sido una de las víctimas el mismo Cortés, a quien se le imputaron cargos de toda índole, incluso el de pretender levantarse con el reino, desconociendo la autoridad del emperador. Se acabó por darlo por muerto, para poder de esa manera tener manos libres dentro de esa situación caótica que no vendría al caso detallar.

Resultado de todo esto, fue el despertar las suspicacias de Carlos V en contra de Cortés y el nombramiento de juez de residencia en la persona del licenciado Luis

Ponce, que llegó a México el 2 de julio de 1527, y a quien el Ayuntamiento reconoció como gobernador mientras duraba el juicio, a cuyo efecto se publicó desde luego la residencia. Antes de un mes después de su llegada murió Ponce, dejando substituidos sus poderes en el licenciado Marcos de Aguilar, a quien pretendieron desconocer los procuradores de las ciudades que recomendaban a Cortés que se hiciera cargo del gobierno, a lo cual éste no accedió. Fallecido también al poco tiempo el licenciado Aguilar, fue nombrado el tesorero Estrada para sustituirlo en sus funciones de gobierno. Todo esto agravó más la situación general y la persona de Cortés, que resolvió pasar a España para justificarse él mismo ante su soberano de los cargos que se le hicieron.

Entretanto Carlos V, antes de oír a Cortés, estableció la primera Audiencia, para cuya presidencia nombró al tristemente célebre Nuño de Guzmán, encomendado a dicho cuerpo el gobierno de la Nueva España y la continuación del juicio de residencia de Cortés. Sabido es, seguramente de todos, los funestos resultados de tal nombramiento, que debe haber obedecido a la desconfianza del soberano para Cortés, y la necesidad de oponer a la personalidad audaz y hábil del conquistador la de quien pudiera enfrentársele sin escrúpulos ni miramientos. Tal fue el origen del nuevo organismo cuyos actos hicieron ver al emperador su error al que puso remedio, no cambiando el órgano que sin duda era bueno y había de mantenerse dentro de la tradición española durante tres siglos, sino cambiando a las personas.

En substitución de Nuño de Guzmán y los demás oidores nombrados, junto con él se designaron al obispo de Santo Domingo, don Sebastián Ramírez de Fuenleal, como presidente, y a los licenciados Vasco de Quiroga, Alonso Maldonado, Francisco Ceynos y Juan Salmerón. Si la primera Audiencia mereció en justicia el desprecio de todos y las críticas de la Historia, la segunda reparó, hasta donde fue posible, el mal de aquélla, pues, como dice Bernal Díaz “... *eran tan buenos jueces y rectos en hacer justicia los nuevos venidos, que no entendían si no solamente en hacer lo que Dios y su majestad mandaban y en que los indios conociesen que les favorecían y que fuesen bien doctrinados en la santa doctrina*”.⁷³

Por cédula de 12 de julio de 1530, se expidieron las instrucciones para la nueva Audiencia. Pero la organización, funciones y actos de dicha autoridad habrá de ser materia de tema especial, al examinar los diversos órganos gubernamentales de la Nueva España. Los hechos anteriormente relatados con toda la brevedad posible, demuestran cómo los españoles deformaron su propio Derecho.

Las normas tradicionales en España y las que se expidieron para las Indias no podían tener una aplicación estricta, en primer lugar, porque las facilidades que el español encontró para explotar al indio chocaban con las normas que exigían el buen trato y relaciones a base de

73 Cap. CXCVIII.

equidad entre persona y persona, y ante la disyuntiva de elegir entre el acatamiento a la Ley y la satisfacción de la codicia, se optó en muchos casos por la segunda vía. En segundo lugar, la distancia y difíciles comunicaciones entre Europa y América hacía que las sanciones no pudieran aplicarse con el rigor que las mismas Leyes ordenaban, facilitando así su violación. Esto no quiere decir que al referirnos a la deformación del Derecho por los españoles, deba entenderse como una constante violación de él; violación no es lo mismo que deformación, si no que, ante las circunstancias aquí imperantes, las normas se amoldaron a ellas buscando el acomodo propio al medio y al momento. Por su parte, el indio también encontró mejor seguir las normas españolas que las propias, y de esta manera el indio transformó su propio Derecho, manteniendo ciertas costumbres que le fue autorizado conservar, pero amoldándose al nuevo Derecho.

Con estas consideraciones generales, podremos pasar a examinar la estructura del nuevo estado o, en otros términos, estudiar su constitución, dando a esta palabra su connotación general y propia, y no la restringida de nuestros sistemas modernos que sólo quieren encontrar constitución en un pueblo o en una nación cuando se ha expedido en cuerpo separado del resto de su legislación, un conjunto de normas que específicamente establecen la forma de gobierno, atribuciones de sus diversos órganos y sus limitaciones. Como tendremos oportunidad de examinarlo, existe constitución sin que exista lo que hoy designamos con ese nombre al citado cuerpo de Leyes.

CAPÍTULO XXV

LA CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA ESPAÑA (Primera Parte)

Parecerá a algunos un contrasentido, si no una aberración, hablar de la constitución de la Nueva España. ¿Había acaso constitución en lo que más tarde fue México independiente? ¿Sabíamos siquiera lo que era una constitución antes de la expedida en 1824? Probablemente, para otros, sería admisible la existencia de una constitución anterior a la Independencia, cuando fue promulgada en Cádiz la de 1812, sin saber que ésta no pudo ser aplicada, aún cuando teóricamente sus normas debían regir a las Indias. Algunos otros pretenderán, guiados más por las ilusiones que por la realidad, que el sistema constitucional tiene su punto de partida en el intento de Apatzingán. Por último, los teorizantes no podrán imaginarse que las naciones hayan podido tener constituciones antes que aquélla que se toma como el arquetipo de todas ellas hubiera surgido para el gobierno de los Estados Unidos de América.

Quienes así piensan, seguramente que nunca se han preguntado cuál es el significado de la palabra constitución, dando por cierto que la connotación única de esa palabra es un conjunto de normas que forman un cuerpo diverso de todos los demás cuerpos o códigos legales, y en

virtud de las cuales se crean los diversos órganos gubernamentales entre los que se distribuyen y limitan competencias. Fácil es, sin embargo, verificar que esa palabra tiene un significado más amplio, más general y más propio, y bastaría para ello con recurrir al diccionario de la Real Academia Española, que dice: “*CONSTITUCIÓN.- Esencia y calidades de una cosa que la constituyen y la diferencian de las demás*”. Aplicando esta definición al estado, diremos, siguiendo a don Toribio Esquivel, que:

“Constitución de un estado es la esencia y calidad de ese estado en todas sus funciones coordinadoras de los actos de los hombres que viven bajo soberanía, expresando para ello la realidad compleja e inagotable de la vida, de modo que no puede la constitución de aquel estado confundirse con la de ningún otro, como no puede la adaptación de medios afines, que forma la vida, ser igual en dos seres que nacen y crecen en distintos medios”.⁷⁴

Según tales conceptos, nada que es del dominio del Derecho queda fuera de los límites de la constitución de un estado. Pero si se pretendiera, al hablar de constitución, tener únicamente en cuenta la relativa a una estructura gubernamental y su funciones, no sería nece-

74 Esquivel Obregón, Toribio. *La Constitución de Nueva España y la Primera Constitución de México Independiente*. Estudio presentado al Tercer Congreso Jurídico Nacional. México. 1925.

sario que constara en un cuerpo de Leyes ni que forzosamente fuera toda ella formulada por escrito, bastarían los usos, costumbres y tradiciones para que el estado mostrara su esencia y calidades diferenciándose de otros. Pues bien, la Nueva España tuvo tales elementos, y por lo tanto tuvo su constitución bien clara y definida; gozó de una estructura política cuyos órganos, junto con los usos y costumbres, no carecían tampoco de Leyes escritas que los organizaban y determinaban sus funciones. Tales organismos serán los que en seguida nos ocupen.

Cuando el régimen quedó definitivamente constituido bajo la forma monárquica, dos grupos de órganos de gobierno existían, uno en la metrópoli y otro en la Nueva España; el primero, integrado por el rey, el *Consejo de Indias* y la *Casa de Contratación* de Sevilla; el segundo, por el virrey, la Audiencia y los Ayuntamientos, de cada uno de los cuales nos ocuparemos. Conviene advertir que el carácter de dependencias que las diversas entidades estatales de las Indias tuvieron respecto de España, no impedía que fueran tenidas como reinos, así como las partes integrantes de España misma lo eran, tales como Castilla, León, Navarra, etc., o como la tenían también Nápoles, Lombardía y otros. No eran, por lo tanto, colonias, como fue y es usual llamarles, ya que ni por su estructura social ni por sus regímenes que las gobernaban tenían propiamente las características de tales. Sobre el particular, se ha hecho notar la diferencia entre los dominios españoles en las Indias, y las colonias romanas en la antigüedad y las sajonas en la Edad Moderna.

Debe también tenerse en cuenta que, dentro de los organismos gubernamentales de que nos ocuparemos, no había la separación de poderes, que a partir de las doctrinas propaladas por Montesquieu se ha tenido como axiomática, aún cuando la realidad no concuerde en muchos casos con la teoría. Una tercera observación hay que hacer, y es la relativa a la preponderancia de la función judicial, como se comprobará más adelante.

El rey

El monarca, primera entre las autoridades de la metrópoli, ha sido objeto de someras exposiciones en temas anteriores, cuando se trató del concepto que de él se tenía y que aparece expresado, entre otras Leyes, en el *Fuero Juzgo*, y posteriormente al examinar la forma como surge el Derecho foral, según la cual la potestad del soberano descansa, en gran parte, en los convenios que celebraba con las comunidades o consejos, en virtud de los cuales éstos aceptaban obedecerlo y servirlo a cambio del respeto que él ofrecía a los fueros locales. Caso análogo acontecía entre el mismo rey y sus vasallos en virtud de relaciones contractuales, no exclusivas de España, sino de toda Europa medioeval, según las cuales, la sumisión y servicios se otorgaban por éstos a cambio de la protección que aquél se obligaba a darles; presentándose el caso, no por cierto raro, de que el contrato se disolviera y el vasallo emprendiera por su cuenta no sólo la administración, sino las guerras de conquista, como aconteció cuando el *Cid*, desvinculado de Alfonso VI, lleva a cabo la conquista del reino de Valencia.⁷⁵

75 Véase sobre este punto *La España del Cid*, de Menéndez Pidal.

Los conceptos que de la monarquía se tenían en la Edad Media, tenían por base los principios imperantes del Cristianismo que veía en el estado un medio para la realización de los fines trascendentales del hombre, y en el rey a un juez que debía interpretar y aplicar las Leyes y los principios universales del Derecho y de la Justicia, a los cuales él también estaba sujeto y no podía violar.

Pero a fines de la Edad Media, y como iniciación del Renacimiento, el concepto de la monarquía sufre una crisis que en España culmina en los reyes Católicos, don Fernando y doña Isabel, cuyas fuertes personalidades permiten la absorción de toda potestad en sus coronas, para usar de ella con fines a realizar las reformas que la época exigía sin apartarse para ello de la ortodoxia católica, adelantándose así a la Reforma heterodoxa en forma no menos humanista y, sin duda, más humana; reforma que habría de continuar el Cardenal Cisneros, con los éxitos de que son buena prueba, entre otros, los alcanzados en la labor misional en América durante el siglo XVI.

El renacimiento del Derecho Romano, realizado primero por los glosadores y después por los comentadores, influyó notablemente en la crisis de la monarquía, y junto con este factor, la filosofía renacentista contribuyó poderosamente. Pero la ortodoxia en España impidió los excesos del absolutismo, manteniendo, al menos en la doctrina y no pocas veces en la práctica, restringida dentro de ciertos límites la potestad del rey. Sabido es como algunos autores entre los más respetables llegaron en

España hasta sostener la legitimidad del tiranicidio, con gran escándalo de otras naciones, entre ellas Inglaterra.

Por vía de muestra, citaremos algunas opiniones que acerca de la monarquía se externaban por los teólogos y filósofos españoles de esa época. Luis Vives afirma la igualdad entre los hombres, sin más distinción que aquélla que la virtud pide, y asienta que especialmente los reyes deben distinguirse de los demás precisamente por su virtud, para ser por ella estimados, respetados e imitados. Según Martín Azpilcueta, no es de Derecho Natural la potestad de los reyes, sino la del pueblo o de la comunidad, que no puede desprenderse de ella totalmente. Doctrina tomista es ésta, que el doctor Angélico completaba con la de que la potestad del rey descansa en la voluntad de la comunidad para aceptarlo como soberano y someterse a él. Semejante tesis no sólo no fue desconocida en España, sino generalmente aceptada, como lo confirma Domingo de Soto cuando, en su tratado *De Iustitia et Iure*,⁷⁶ afirma:

“Dios como autor del Derecho Natural ha concedido a los mortales que cada república tenga la facultad de regirse por sí misma, y, en consecuencia, de que, si lo aconseja la razón, que es como destello de la luz divina, pueda transmitir esa potestad a otro”; fray Alonso de Castro, sobre este mismo tema, afirma: *“... Nadie es rey o señor del pueblo, sino que los principados y seño-*

76 *Quaestio Prima*, III.

rios, cuando están poseídos justamente, proceden del consentimiento popular".⁷⁷

Análoga tesis mantiene más tarde el padre Francisco Suárez, cuando dice: "*Según el orden natural de las cosas, ningún rey o monarca tiene ni ha tenido de Dios inmediatamente el principio político, sino mediante la voluntad y las instituciones humanas*".⁷⁸ Este mismo autor es, después del padre Juan de Mariana, uno de los que llegan a la defensa del tiranicidio, fundándose en que los actos tiránicos son actos de guerra contra la sociedad y, por lo tanto, ésta puede defenderse, y de no encontrar otro medio para ello puede cualquiera matar al tirano. Semejantes ideas que en España no encontraron obstáculo para circular y propagarse, en Inglaterra hicieron que el rey mandara quemar el libro de Suárez por mano del verdugo, y solicitó de España que hiciera lo mismo, lo cual no se hizo.

Ya había sostenido estas ideas Mariana, basándose en que al tirano debía primero hacérsele notar su proceder como contrario a la convivencia y bien común, y que si se corregía no había porque pasar adelante, pero si, por el contrario se obstinaba en él, y no diera muestras de corrección, debería declararse públicamente que no se le reconocía como rey.

"Y puesto que necesariamente ha de nacer de allí una guerra, dice Mariana, citado por

77 *De potestate Legis poenalis.*

78 *Defensio fidei catholicae adversus anglicanae sectae errores.* Lib. III. Cap. II.

Esquivel Obregón, conviene explicar la manera de defenderse, procurar armas, imponer contribuciones a los pueblos para los gastos de guerra, y si así lo exigen las circunstancias, sin que de otro modo fuese posible salvar la patria, matar a hierro al príncipe como enemigo público, y matarle por el mismo Derecho de defensa, por la autoridad misma del pueblo, más legítima siempre y mejor que la del rey tirano”.

Expresivas son tales teorías del tiranicidio de los conceptos e ideas que acerca de los reyes corrían por España, aún cuando no fueran las más comunes y aceptadas ni carecieran de argumentos contrarios. Otras opiniones acerca de la potestad real se encuentran en numerosos autores, además de los ya citados. Así, Diego Covarrubias niega expresamente el poder absoluto de los reyes. Juan Ginés de Sepúlveda dice: *“Lo más conveniente al rey es el culto de la verdad, guardar el juramento que hizo al tiempo de comenzar su reinado, de respetar los privilegios, inmunidades, instituciones y costumbres de los pueblos y de los ciudadanos en particular, contra lo cual no puede hacer nada sin magna injusticia”*; y podían multiplicarse las citas en gran número, si para ello pudiéramos contar con el tiempo necesario.

Y no quedaron solamente en la doctrina las limitaciones de la potestad del rey, las costumbres las tenían también establecidas, y fueron más tarde Leyes escritas. En efecto, como se ha hecho notar, el rey no podía legislar

contra Derecho Natural ni contra Fueros, y la Ley 238 del *Estilo* determinaba en qué orden debían aplicar los jueces el Derecho, estableciendo que habían de acatarse, en primer lugar, los principios del Derecho Natural; en segundo lugar, las costumbres razonables, o sea aquéllas no contrarias al Derecho Natural; y finalmente, en tercer lugar, las Leyes positivas. Era, por lo tanto, el Derecho Natural el equivalente, de cierta manera, a lo que son hoy las constituciones modernas, y las demás Leyes no podían cumplirse si iban contra las disposiciones de aquél, como acontece en nuestros días entre las Leyes ordinarias y las constitucionales. La diferencia estriba en que mientras el Derecho Natural radicaba grabado en las conciencias de gobernantes y gobernados, de manera más firme e indeleble de lo que es la escritura, las normas constitucionales constan en escritos susceptibles de borrarse o alterarse sin dejar huella. Surge, sin duda, el problema de determinar lo que debe entenderse por Derecho Natural, pero éste es más bien tema de Filosofía del Derecho que nos aparta de los nuestros.

Las *Leyes de Partida* consagran también en sus normas los mismos principios; basten como ejemplo los siguientes textos: “*Contra Derecho Natural non deben valer privilegios nin carta de Emperador, rey ni otro señor. E si la diere, non debe valer*”.⁷⁹ En la Ley 25, Tít. 13, Part. II, se impone a los gobernados la obligación de guardar al rey por sí mismo, no dejándole hacer cosa

79 *Partidas*. 3^a, 31, 18.

alguna que redunde en daño de su cuerpo, o de su linaje o de su reino, y esto se hace de dos modos: por consejo y por obra. Los que le dejen errar a sabiendas, merecen penas como traidores. Confirmando costumbres tradicionales, la *Novísima Recopilación* consigna:

“Establecemos que si en nuestras cartas mandásemos algunas cosas en perjuicio de partes, que sean contra Ley o fuero o Derecho, que la tal carta sea obedecida y no cumplida, no embargante quien ella se haga mención general o especial de la Ley o fuero u ordenamiento contra quien se diere, o contra las Leyes y ordenanzas por nos fechas en Cortes con los procuradores y villas de los nuestros reinos”.

Obedecer y no cumplir implica un contrasentido, dado el significado usual de esos dos términos, y el empleo de la frase *“obedézcase pero no se cumpla”* pudiera parecer-nos como un subterfugio o una *chicana* para eludir el cumplimiento de una orden o de un mandamiento de autoridad; sin embargo, dentro del lenguaje forense tenían en España esos términos connotaciones diversas, deducidas de sus respectivos orígenes etimológicos, pues obedecer, del latín *obedire*, proviene de *obaudire*, que implica la posición de una persona que oye o escucha de otra alguna cosa; es una situación pasiva de atención y respeto, en tanto que cumplir significa completar, perfeccionar, es decir implica una acción, por lo tanto obedecer y no cumplir equivale a escuchar con respeto la voz que

manda, pero sin olvidar por eso la voz de la razón y del Derecho Natural grabado en la conciencia, y cuando existe conflicto entre el precepto positivo y el precepto natural, quien ha de hacerlos cumplir se encuentra en un dilema y tiene que seguir aquél que ordena hacer el bien y evitar el mal, o sea el precepto natural, y sin faltar al respeto del que expidió el positivo, se abstendrá de cumplirlo por suponer que la autoridad de quien procede obró por ignorancia por haber estado mal informado, lo que constituye la *obrepción*, o por habersele ocultado los hechos, lo que era la *subrepción*, ya que era de suponerse que el rey no podía querer el mal.

“Es una apelación del mandato del rey ante el rey mismo” —dice el maestro Esquivel Obregón— quien añade: *“Se pide amparo al rey, a quien se ilustra sobre los hechos, contra el rey que había mandado algo por obrepción o subrepción”*. *“Era cuidar al rey del rey mismo, como diría la Partida”*. *“Lo que hoy llamaríamos en México, suspensión del acto reclamado”*.

Con esta fórmula, los alcaldes y Ayuntamientos, celosos de sus fueros e inmunidades municipales, amparaban y defendían a los miembros de sus municipios contra toda invasión del poder real que intentara restringir o desconocer sus derechos individuales. Estos principios fueron también aplicados en América, y las Leyes de Indias tuvieron muy en cuenta que todo precepto legal debía tomarse como una tentativa, susceptible de ser

corregida teniendo en cuenta nueva y más amplia información; por otra parte, no dejó de encarecerse el respeto a las costumbres de los pueblos de América, siempre que no fueran contrarias a las normas del Cristianismo y de su cultura. En esta virtud, en la *Recopilación de Leyes de Indias* se establecía que: “*los ministros y jueces obedezcan y no cumplan nuestras cédulas y despachos en que intervinieran los vicios de obrepción y subrepción y en la primera ocasión nos avisen de las causas porque no lo hicieren*”.⁸⁰

Con estas limitaciones, la potestad del rey podía expresarse tanto a través de sus funciones judiciales como legislativas y administrativas, ya que, como se ha dicho, no había separación de poderes a la manera como lo consignan las constituciones modernas. Su función legislativa se manifestaba por pragmáticas, cédulas reales, cartas abiertas, ordenanzas y reales órdenes; siendo expresión de resolución real en materia judicial, los autos y las provisiones.

Conviene recordar, antes de terminar este esbozo del concepto de monarquía y de las funciones y limitaciones de la potestad del rey, que cuando a la muerte del último de los monarcas españoles de la casa de *Austria* el año de 1700, sucedió a Carlos II el rey Felipe V de la casa de *Francia*, el cambio de los principios hasta entonces imperantes fue notorio; el concepto de la realeza estaría

80 Ley 22. Tít. I. Libro II.

dominado por la ideas francesas de un absolutismo mucho más radical del que hasta entonces pudiera haber imperado. Y aun cuando en las Indias tardaron en aparecer las nuevas tendencias, hicieron también su aparición especialmente cuando los reyes de la *Casa de Borbón*, olvidando la tradición española, siguieron las tendencias absolutistas que los llevaron al despotismo ilustrado, propio de las corrientes que de Francia salían para inundar al mundo, tomando cuerpo en el *Enciclopedismo*.

Cierto es que la situación de España durante los gobiernos de los últimos monarcas de la casa de *Austria* revelaba una evidente decadencia, como decadentes fueron esos reyes, la tradición jurídica fue mantenida; no así bajo los *Borbones*, quienes, tanto en España como en las Indias, introdujeron innovaciones que en su oportunidad señalaremos.

Las nuevas tendencias, se manifestaron tanto por actos emanados del mismo gobierno de la metrópoli, cuanto por influencias exteriores, francesas e inglesas, que los reyes de España o no supieron impedir o no creyeron conveniente evitar, iniciándose una nueva época en la que en virtud de tratados internacionales, se comenzaron a conceder franquicias y derechos, especialmente a los ingleses, que si en principio parecían convenientes para las relaciones entre los pueblos y naciones, para los de América el resultado fue la introducción de ideas exóticas e inadaptables más que de ventajas.

CAPÍTULO XXVI

LA CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA ESPAÑA (Segunda Parte)

La Casa de Contratación de Sevilla

Tratar de la *Casa de Contratación de Sevilla* antes de ocuparnos del *Consejo de las Indias*, obedece al orden cronológico en el origen de ambos organismos, no en el de la importancia de ellos.

El carácter mercantil de la empresa española en América se manifiesta muy marcadamente en los antecedentes, organización y funciones de la *Casa de Contratación*. Sus antecedentes datan de las *Capitulaciones de Santa Fe* concertadas entre los reyes Católicos y Cristóbal Colón el 17 de abril de 1492, cuando después de la toma de Granada, aún se encontraban los reyes en el campamento que dio su nombre a las *Capitulaciones*. En ellas, después de nombrar a Colón su Almirante, título con derechos de sucesión, los reyes invisten al futuro descubridor con los títulos y funciones de virrey y gobernador de todas las islas y tierra firme que descubriere y ganare; le otorgan la décima parte de "*todas y cualesquiera mercaderías, siquiera sean perlas, piedras preciosas, oro, plata, especierías y otras cualesquiera cosas o mercaderías de cualquiera especie, nombre o manera que sean, que se comprasen, trocasen, fallasen, ganasen o*

oviesen dentro de los límites del dicho almirantazgo"; facultándolo además para que, en caso de pleito relacionado con tales bienes, fuera el propio Almirante quien por sí o por sus tenientes conociera y fallara, así como para que pudiera aportar un ocho por ciento en el costo de los navíos que se armasen, para poder disponer en igual proporción de los provechos obtenidos en esas armadas. De esta suerte, las citadas Capitulaciones tenían un carácter netamente mercantil, estableciéndose una sociedad entre los reyes que ponían su autoridad y los fondos necesarios, y Colón su industria y trabajo.

En aquel convenio no se tuvo en cuenta la misión cristianizadora; prácticamente se hacía caso omiso de los hombres que pudieran encontrarse en las tierras por descubrir, y sólo se tuvo en consideración los provechos materiales; pero pronto este aspecto del negocio cambió, pues al emprender Colón su segundo viaje, en las instrucciones que se le dieron se le recomienda, en primer lugar, la propagación de la fe y el buen trato a los indios, y sólo en segundo lugar se refieren los reyes a la administración de las nuevas tierras y de sus gobiernos. Se ordena que al llegar a las islas se estableciera una casa aduanal, para depositar las mercancías que se enviaran a España o de España llegaran a las islas, y otra casa de Aduana debía establecerse en Cádiz con el fin análogo, y en la que debería llevarse riguroso inventario de los bienes que entraran o salieran, así como de las personas.

Cuando se pudo apreciar con mayores datos la importancia de los descubrimientos y se inició un tráfico cada

vez más intenso, las funciones de la *Aduana de Cádiz* no fueron suficientes, y se ideó la creación de un organismo más completo y elaborado que se llevó a cabo en cumplimiento de las Ordenanzas del 10 de enero de 1503, creándose por ellas la *Casa de Contratación* que no debía radicar en Cádiz, sino en Sevilla, y que quedó integrada por Jimeno de Briviesca como contador, el canónigo Sancho de Matienzo como tesorero y Francisco Pinelo como factor. Era dicha institución, por sus funciones y por su personal, un organismo de carácter mercantil, a quien se encomendaba la atención de un negocio en interés particular de los reyes.

El establecimiento de la *Casa de Contratación de Sevilla* obligaba a los navíos a remontar río arriba el Guadalquivir, en lugar de haber hecho de un puerto de mar, como Cádiz, la terminal de los viajes a América, lo que era una de las tantas medidas antieconómicas que a través de la Historia han sido características de los diversos regímenes gubernamentales de España. La única fuente de ingresos del estado español fue siempre la fijación de impuestos, a veces antieconómicos, otras desproporcionados y siempre mal administrados. El Fisco fue, sin duda, una de las causas de la decadencia española, como lo había sido de la romana.

En virtud de sucesivas Ordenanzas se fueron alterando la estructura y funciones de la *Casa de Contratación*, conservando siempre su misión fundamental de regular el comercio entre España e Indias, encargada de tomar

las medidas necesarias para tal fin. Además de las primeras Ordenanzas de enero de 1503, se tiene noticia de que al siguiente año nuevas Ordenanzas se expidieron, de cuyo contenido exacto se ha perdido la memoria, ya que no ha llegado su texto hasta nuestros días. En 15 de junio de 1510, se expidieron nuevas Ordenanzas, más detalladas que las anteriores y que fueron ampliadas el 18 de marzo de 1511. En estas últimas disposiciones se precisan las reglas para el registro de los barcos, la teneduría de libros, la correspondencia y el archivo, los requisitos exigidos a los emigrantes y las formalidades que debían llenar, así como el cuidado de los bienes de los difuntos, entendiéndose por tales los patrimonios de las personas que fallecidas en América dejaran herederos en España.

Acerca de los bienes de difuntos, Solórzano Pereira, en su *Política Indiana*, expresa los motivos imperiosos que se tuvieron para que una autoridad se ocupara de dichos bienes, que, dadas las circunstancias de la época relativas a las distancias y lenta comunicación, daban lugar a numerosos fraudes y robos de tales bienes, impidiendo que llegaran a manos de quienes tenían derecho a ellos en calidad de herederos. Esta misión se encomendó a la *Casa de Contratación*, la cual, luego que tenía conocimiento de la llegada de tales bienes a España, fijaba edictos y enviaba avisos a aquéllos que debían tenerse como presuntos herederos o legatarios, citándolos para que comparecieran por sí o por procurador investido con poderes bastantes al efecto. El escribano del navío en que

venían los bienes, estaba obligado a entregarlos por riguroso inventario para ser guardados en una caja con tres llaves, cada una de las cuales estaba en poder de cada uno de los oficiales de la Casa, método usual y constante cuando se trataba de la guarda de caudales del rey, de los municipios y, en general, de las corporaciones.

Diversas disposiciones relativas a la *Casa de Contratación* fueron expedidas con posterioridad a las Ordenanzas de 1511, y en el año de 1522 se hizo una compilación de todas esas disposiciones publicada por Andrés de Carvajal, que sirvió de base para el Libro Noveno de la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680. Bajo estas últimas disposiciones, la estructura del organismo que nos ocupa aparece constituido por un presidente, un tesorero, un contador y un factor; tres jueces letrados, un fiscal y un capellán, que diariamente celebraba misa en la capilla de la Casa por las almas de los que habían fallecido en las Indias, y a la que debían concurrir los funcionarios de la Casa antes de comenzar sus labores. Además de los funcionarios y oficiales mencionados, había un solicitador para la causa del fisco, un relator y un juez residente en Cádiz; los indispensables escribanos de cámara, sus asistentes, alguaciles, porteros, alcaide de prisión y carceleros.

Dos organismos fueron creados como anexos a la Casa, y fueron un consulado o tribunal de comerciantes, con el título de *Universidad de Cargadores de Indias*, establecido por Carlos V en 1543, compuesto de un prior y varios

cónsules; el segundo organismo, creado en 1580 por Felipe II, era el *Correo Mayor*. Largo sería detallar las funciones tanto de la Casa como la de sus órganos anejos, y estos aspectos de carácter procesal se apartarían del análisis de las ideas jurídicas que, como antecedentes de las nuestras, nos interesan.

Si bien es cierto que la institución que ahora nos ocupa desempeñó una importantísima misión dentro del régimen constitucional español en todo lo relativo al comercio marítimo, pocos o ningún antecedente ha dejado en las instituciones que hoy nos rigen o en nuestras actuales ideas jurídicas. Sin embargo, conviene hacer alusión al impuesto de *avería*, que pudiera aparecer como un precedente de impuestos aduanales marítimos. No quiere esto decir que los impuestos aduanales que hoy rigen procedan del impuesto de *avería*, bien sabido es que aquéllos tienen sus antecedentes en Roma, de donde pasaron a España, pero faltaría un elemento importante a nuestra exposición si no aludiéramos someramente a este impuesto.

La codicia que despertó entre las diversas naciones de Europa los descubrimientos realizados por España y las ventajas que de ellos obtuvo, hizo que se desarrollara la piratería que franceses, holandeses y, sobre todo, ingleses, realizaron en gran escala a costa de España. Esto obligó a establecer un servicio de guarda y custodia de los navíos que realizaban el tráfico con las Indias, y para ellos se ordenó que las naves no habían de viajar aisla-

das, sino en flotas, de manera que unos prestaran ayuda a los otros; pero no fue esto suficiente, ya que el lucrativo oficio de la piratería también se organizó en armadas al mando de jefes que, con título de Almirantes, dirigían sus actividades y realizaban las proezas que hizo que sus nombres pasaran a la Historia no en calidad de piratas, sino como el de famosísimos y audaces navegantes, tales como Hawkins, Cavendish y Drake, por no citar más que a los principales.

Contra tales hechos, se dispuso armar a los barcos españoles y proveerlos de todos los elementos para su defensa; esto ocasionaba gastos extraordinarios que se consideró equitativo que fueran suplidos por los dueños de las mercancías transportadas proporcionalmente al valor de ellas, y esa derrama cargada sobre el valor de las mercancías constituyó la contribución de la *avería*. Como sucede, y siempre ha acontecido, lo que en un principio fue moderado y equitativo, andando el tiempo la contribución de la *avería* fue creciendo, iniciando a razón de 1% llegó a ser del 12% *ad valorem*, y más tarde se substituyó esta forma de imposición exigiendo a cada uno de los reinos de América que cubrieran sumas globales para tal finalidad. El resultado del crecimiento del impuesto de *avería* fue, como siempre sucede, el fomento del contrabando.

Sería sin duda de gran interés un estudio más detallado de la *Casa de Contratación* de Sevilla, especialmente en su funciones judiciales, como un antecedente del

Derecho Marítimo contemporáneo, pero seguramente sería más propio el examen de tal materia dentro de un curso especializado de esa rama del Derecho que en la de la Historia del Pensamiento Jurídico, que por la extensión de sus temas no puede entrar en detalles, de allí que pasaremos al examen de otra de las instituciones constitucionales que hemos enunciado.

El Consejo Real y Supremo de Indias

A raíz del descubrimiento del Nuevo Mundo, los asuntos relativos a la administración de las nuevas tierras y de sus habitantes fue encomendado por los reyes Católicos a don Juan Rodríguez de Fonseca, habiéndole asignado más tarde, en calidad de colaborador, al secretario del rey, don Fernando Lope de Conchillos. Sin embargo, los asuntos de más importancia, y especialmente los que tenían carácter judicial, eran tratados y resueltos por el *Consejo de Castilla*, suprema autoridad, después del rey, que, entre otras atribuciones, tenía la de revisar las resoluciones de la *Chancillería de Granada* y de las Audiencias de Valladolid y de Sevilla. Era, en esta virtud, un tribunal supremo.

Durante la regencia del Cardenal Cisneros, Rodríguez de Fonseca y Conchillos dejaron de intervenir en los asuntos de Indias, aun cuando el primero, al advenimiento de Carlos V, volvió a conocer de alguno de ellos en unión del secretario del emperador, don Francisco de los Cobos. Sin embargo, fue el *Consejo de Castilla* quien

siguió conociendo de los asuntos más importantes relativos al Nuevo Mundo, pero aparece en el año de 1519 una división de funciones dentro de los miembros de ese organismo, como lo demuestra el hecho de que el rey, desde ese año, se refiera “a los de mi consejo que entienden de las cosas de las Indias”; y en ese mismo año, en cédula de 14 de septiembre, se encuentra la expresa alusión al *Consejo de Indias* como organismo separado del de Castilla, aún cuando no aparezca todavía clara y legalmente constituido. No fue sino hasta el 1 de agosto de 1524, cuando quedó constituido como cuerpo independiente del *Consejo de Castilla*, y con el título de *Consejo Real y Supremo de Indias*. Fueron nombrados en esa fecha sus tres primeros consejeros, en las personas del maestro Luis Cabeza de Vaca, obispo de Canarias; el doctor Gonzalo Maldonado y el cronista de Indias Pedro Mártir de Anglería; cuatro días más tarde se nombró a su primer presidente, que lo fue fray García de Loaiza, general de la orden Dominica, obispo de Osma y confesor del Emperador. Desde ese momento, comenzaron sus plenas funciones ese famoso organismo que habría de durar tanto como duró el dominio de España en América, y desde luego quedó descartado Rodríguez Fonseca, no habiendo sido extraño a ésta medida el hecho de haberse mostrado acérrimo defensor de Diego Velázquez, el gobernador de Cuba, en el conflicto contra Hernán Cortés.

Desde sus principios se asignaron los sueldos que el presidente y consejeros disfrutarían, siendo el del primero de 200 mil maravedíes al año y de 100 mil para cada

consejero. Dos años más tarde, se nombró fiscal y relator al Lic. Francisco Ceinos, y separados poco después uno y otro cargos, recayó el de relator en Hernando de Chávez. En 1528 se nombró canciller del Consejo a Mercurino Gatinara, quedando así organizado con un presidente, cuatro o cinco consejeros, dos secretarios, un fiscal, un relator, un gran canciller, un oficial de cuentas, y un portero. Como el Consejo debía residir en el lugar donde residiera la Corte y ésta no tenía en esa época asiento fijo, pasaba también de un lugar a otro, celebrando sus sesiones en Toledo, Sevilla, Granada o Valladolid.

Antes de examinar las diversas ordenanzas relativas a la estructura y funciones de la institución que nos ocupa, que fueron varias antes de quedar determinadas, debe hacerse especial mención de su función principal, que manifiesta lo que se ha hecho notar, a saber: la preponderancia del Poder Judicial dentro de toda la administración pública. Fue el *Consejo de Indias*, fundamentalmente, una autoridad judicial; conocía de ciertos asuntos en única instancia, y otros en calidad de tribunal de segunda instancia, tanto civiles como penales. Avocándose así, prácticamente, en el conocimiento de todos los problemas que surgían en las Indias y se planteaban ante las Audiencias, o de aquéllos que estaban en situación de poder apreciar las necesidades, los problemas y los medios adecuados para resolverlos. Pero además de esto, los *juicios de residencia* y las *visitas* de que hablaremos más adelante, proporcionaban al Consejo eficaces medios que ampliaban sus conocimientos para el mejor gobierno

que se le encomendaba, sin contar con los informes oficiales y extraoficiales que se le enviaban, y que debía estudiar y aquilatar con extraordinaria atención y cuidado. Todo esto dio al citado cuerpo los elementos para conocer de toda clase de asuntos, resultando que sus funciones eran prácticamente ilimitadas en cuanto a las Indias se refería.

Como consecuencia de una visita que personalmente hizo al Consejo Carlos V, y de la que resultaron algunas responsabilidades para dos de sus consejeros, fueron expedidas las primeras Ordenanzas fechadas en Barcelona, el 20 de Noviembre de 1542. No siendo posible examinar los detalles de cada una de las ordenanzas o modificaciones a ellas, nos concretaremos con aquéllas que pudieran considerarse como definitivas, expedidas en 1636, y que pasaron a formar parte integrante de la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680.

Las citadas Ordenanzas de 1636 no son sino una compilación de las anteriores, con todas las enmiendas y adiciones hechas a partir de las primeras, y esa labor de compilación se encomendó y fue realizada por el licenciado don Pedro Vivanco y Villagómez. Constan de 245 leyes que se encierran ordenadamente bajo los siguientes epígrafes: *Consejo Real de las Indias; Presidente y los de su Consejo; Fiscal; Secretarios; Relatores; Escribano de Cámara; Contadores; Recetor; Cronista; Cosmógrafo; Alguacil y Oficiales*. Algunas de las leyes que forman las Ordenanzas podían darnos mayores conocimientos, que los que una explicación o comentario pudiera hacer.

CAPÍTULO XXVII

LA CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA ESPAÑA (Tercera Parte)

El Consejo Real y Supremo de Indias (Segunda Parte)

Como varias veces lo hemos hecho notar, nada más eficaz para poder darse cuenta de las instituciones, que recurrir a las fuentes que las organizan o constituyen; por tal motivo, recurriremos a las Ordenanzas mismas del *Consejo de las Indias*, tomando el texto de la compilación más completa, o sea la promulgada el año de 1636, bajo el reinado de Felipe IV, que es, como lo indica su nombre, una colección de las diversas normas que desde la fundación del Consejo se habían venido expidiendo; las primeras, para constituirlo o crearlo; las posteriores, para corregirlo o ampliarlo en su estructura o en sus funciones. Transcribiremos, por lo tanto, algunos párrafos entresacados de las más importantes. Después del encabezado en el que el rey Felipe IV expresa los motivos para la expedición de la nueva compilación, aparece, en primer lugar, la ordenanza de Carlos V creando el *Consejo de las Indias*, pero con las modificaciones introducidas en cuanto al número de sus miembros por los reyes Felipe II y Felipe IV, y dice:

“Considerando los grandes beneficios y mercedes que de la benignidad soberana avemos recibido, y cada dia recibimos con el acrecentamiento y ampliación de los reinos y señoríos de las nuestras Indias; y entendiendo bien la obligación y cargo que con ellos se nos impone, procuramos de nuestra parte (después del Favor Divino) poner medios convenientes para que tan grandes reinos y señoríos sean regidos y gobernados como conviene; y por que en las cosas de Dios Nuestro Señor, y bien de aquellos estados se provee con mayor acuerdo, deliberación, y consejo: establecemos y ordenamos, que siempre en nuestra Corte resida cerca de nos el nuestro Consejo de las Indias; y en el un presidente, el Gran Canciller de las Indias, que ha de ser también Consejero, y los Consejeros letrados que la ocurrencia y la necesidad de los negocios demandaren, que por aora sean ocho, un Fiscal y dos Secretarios, un Teniente de Gran Canciller, que todos sean personas aprobadas en costumbres, nobleza y limpieza de linaje, temerosos de Dios, y escogidos en letras y prudencia; tres relatores y un escrivano de Cámara de Justicia, espertos y diligentes en sus oficios, y de la fidelidad que se requiere; cuatro Contadores de Cuentas hábiles y suficientes; un receptor de pemas de cámara, y condenaciones, y depósitos; dos solicitadores fiscales; un Coronista mayor, un Cosmógrafo, y un Catedrático de Matemáticas, un Tassador de los

procesos; un Abogado y un Procurador de Pobres; un Capellán que diga missa al consejo ; cuatro porteros y un alguazil, los cuales todos sean de la habilidad y suficiencia que se requiere; y antes de ser admitidos a sus oficios hagan juramento de que los usaran bien y fielmente, y guardarán las ordenanzas del consejo hechas y que se hicieren...”.⁸¹

Sugiere esta primera ordenanza hacer notar que los reyes, para la mayor eficacia de sus funciones gubernamentales, comprendían que no eran capaces por sí solos, y buscaban el consejo de personas idóneas por su rectitud moral y su capacidad intelectual, a cuyo efecto constituían sus consejos que los asesoraban. En segundo lugar, claramente expresa que el fin del gobierno de sus reinos y señoríos es el bien común de ellos, y no el personal del soberano o del estado. En tercer lugar, debe hacerse notar la preocupación de que los funcionarios públicos reúnan las condiciones de idoneidad requeridas, haciendo acto de justicia distributiva que exige que las funciones y las compensaciones u honores anexos a ellas sean proporcionadas a la capacidad y méritos, y no atendiendo al prurito de llenar vacantes, con miras a contar con adeptos incapaces para aquello que se les encomienda.

En la ordenanza II se encuentran las siguientes normas relativas al Consejo:

81 Ordenanza I.

“Que el dicho Consejo tenga la jurisdicción suprema de todas las nuestras Indias Occidentales descubiertas y que se descubrieren, y de los negocios que de ellas resultaren y dependieren: y para la buena gobernación de ellas y administración de justicia pueda ordenar, y hacer con consulta nuestra, las leyes, prematricas, ordenanzas, y provisiones generales y particulares, que por tiempo para el bien de aquella republica convinieren” (Felipe II y Felipe IV).

Por esta segunda ordenanza se aprecia, como se ha hecho notar, la preponderancia de la función judicial sobre la legislativa y la administrativa, pero claramente se inviste al Consejo con esa triple facultad; siendo la legislativa en consulta con el soberano. Las dos ordenanzas siguientes, se refieren a la competencia con los demás tribunales del reino así como frente a los tribunales eclesiásticos, estableciendo las bases del *recurso de fuerza* para resolver las competencias entre estos dos últimos tribunales.

En la ordenanza VIII, se establece que el principal cuidado del Consejo será la conversión de los indios y poner ministros para ella, y al efecto expresa:

“Mandamos y quanto podemos encargamos a los del nuestro Consejo de las Indias, que puesto todo otro respeto de aprovechamiento e interés nuestro, tengan por principal cuydado

las cosas de la conversión y doctrina, y sobre todo se desvelen y ocupen con todas sus fuerzas y entendimiento en proveer y disponer ministros suficientes para ello, y todos los otros medios necesarios y convenientes, para que los indios y naturales se conviertan y conserven en el conocimiento de Dios Nuestro Señor, honra y alabanza de su Santo Nombre. De manera que cumpliendo nos con esta parte, que tanto nos obliga, y a que tanto deseamos satisfacer, los del dicho consejo descarguen sus conciencias, pues con ello descargamos nos la nuestra”.

Después de las funciones generales: jurisdiccionales, legislativas o administrativas, puntualiza esta ordenanza, como primera obligación del Consejo, el cuidado de la cristianización de los indios; y muy digna de hacerse notar es la manera de encarecer su cumplimiento, poniendo toda la fuerza y entendimiento de los consejeros en ello; no menos notable es el fundamento que se da para ello, a saber, el descargo de la conciencia del rey y la de sus subordinados en la función de gobierno, anteponiendo a todo interés el cumplimiento de un deber de conciencia que, por otra parte, resulta también ser el cumplimiento de las obligaciones que la Bula *Inter Coetera* impuso a los reyes de España.

Merece citarse, a la letra, la ordenanza IX, expedida por Felipe II, relativa al buen tratamiento de los indios; dice así:

“Por lo que queríamos favorecer y hacer bien a los indios naturales de nuestras Indias, sentimos mucho cualquier daño o mal que se les haga y de ello nos desservimos. Por lo cual encargamos y mandamos a los del nuestro Consejo de las Indias, que con particular afición y cuidado procuren siempre y provean lo que venga para la conversión y buen tratamiento de los indios, de manera que en sus personas y haciendas no se les haga mal tratamiento ni daño alguno, antes en todo sean tratados, mirados y favorecidos como vasallos nuestros, castigando con rigor a los que lo contrario hizieren, para que con esto los dichos indios entiendan la merced que les deseamos hazer y conozcan, que averlos puesto Dios debaxo de nuestra protección y amparo, ha sido por bien suyo, y para sacarlos de la tiranía y servidumbre en que antiguamente vivían”.

Debe fijarse la atención no solamente en la protección de las personas, sino a las haciendas de los indios, siendo esto un reconocimiento expreso no sólo de la categoría de sujetos de Derecho, sino de la titularidad a favor de ellos de los de dominio y propiedad, cuyo desconocimiento implica la aplicación de sanciones para el que así proceda. Siguen a continuación diversas normas relativas al orden en que deben ventilarse los asuntos de que deba conocer el Consejo, estableciéndose, como principio fundamental, que debe darse preferencia a aquellos asuntos de interés general sobre los que sean sólo de interés indi-

vidual, y previniéndose además que en los asuntos graves debe estar reunido todo el Consejo, pudiendo, en casos de menor importancia, distribuirse el conocimiento de los asuntos en grupos de tres consejeros. Se faculta⁸² para que en caso de votos contrarios a la mayoría, pueda el consejero que lo emita hacer constar sus fundamentos.

La ordenanza XIX, consigna el principio tradicional en el Derecho Español de corregir por la autoridad inferior, los daños que una resolución del rey mismo pudiera haber causado, limitando así la potestad del soberano, como se ha visto que acontecía de varias maneras. Dicha ordenanza dice en lo conducente:

“Ordenamos a los de nuestro Consejo de las Indias, que si en las materias que le tocan, por hecho propio nuestro, o por ordenes que ayamos dado, se huvieren causado algunos daños o agravios de terceros, los remedien, y hagan que se les de satisfacción... Y lo hagan de manera que en esta parte quede segura nuestra conciencia...”

Vuelve a aparecer aquí la preocupación de conciencia; es decir, los principios del Derecho Natural como fundamento del precepto positivo. Por otra parte, lo dispuesto en el texto anteriormente transcrito, no es sino otra forma de obedecer y no cumplir lo que ordena el soberano.

82 Ordenanza XVI.

La ordenanza XX señala los inconvenientes que suele haber en resolver asuntos únicamente sobre la base de precedentes sentados en resoluciones análogas, porque:

“No en todos pueden concurrir unas mismas causas y circunstancias, y así encargamos... Que se advierta mucho al estado que las cosas tuvieren al tiempo que se tratare dellas... Para que con esta consideración se traten y resuelvan las materias mas ajustadamente”.

Un principio de equidad es el que establece este texto, a fin de resolver con más apego a la Justicia; más ajustadamente como lo expresa la ordenanza. Se asientan, a continuación, algunas normas relativas a la costumbre, mandando a este respecto que ésta, para tener fuerza obligatoria, ha de ser fija y sin contradicción.

En varios textos de la Ley que comentamos, se da especial importancia al conocimiento que debe tener el Consejo y sus miembros de todos los hechos relacionados con los asuntos que se le encomiendan y, en general, de todos los acontecimientos relativos a las Indias, con las circunstancias que en cada caso concurren. Muy especialmente en la ordenanza XXVII, se establece la obligación a los miembros del Consejo de enterarse cuidadosamente de toda la correspondencia que se reciba, hasta el grado de suspender todo otro asunto que el Consejo tenga pendiente, mientras se entera de la correspondencia e informes llegados de las Indias. Y más adelante, en la

ordenanza XXX, se pondera la necesidad de consultar e inquirir con otras personas para tener datos ciertos y fidedignos en que poder fundar resoluciones y opiniones. Igual recomendación se hace para el caso de tener que designar personas para el desempeño de algún cargo o función, a efecto de estar ciertos quienes tengan que resolver que la persona que propongan o nombren sea capaz en sus conocimientos y rectitud.

Para los casos de nombramientos, además de las medidas anteriormente mencionadas, deberá atenderse a los derechos de promoción o escalafón, como hoy se diría. Previene además la Ley que comentamos, en cuanto a nombramientos se refiere, que los miembros que constituyen una Audiencia no deben estar ligados por parentesco, como tampoco pueden los miembros del Consejo nombrar a sus propios parientes en puestos que deban proponer o designar. Y especial rigor establece para el caso que hubiere mediado pago para la obtención de un puesto.

Siguen diversas normas relativas a la imposición de sanciones, que el Consejo estaba facultado a imponer a todos aquéllos que desempeñaran cargos dependientes del propio Consejo o puestos bajo su vigilancia, cuando sus labores no se ajustaren a la Justicia, a las normas o a las disposiciones que recibiera. En las últimas ordenanzas de carácter general, la Ley que comentamos hace alusión a las *residencias* y a las *visitas*; procedimientos judiciales unas y otras que merecen especial atención.

Después de lo anterior, la parte de la compilación que nos ocupa son las ordenanzas LXIX a la XCVII, relativas al *Presidente y los del Consejo*. Sin duda que de menor importancia para el objeto de nuestro estudio, que es buscar los elementos esenciales del pensamiento jurídico, pero complemento indispensable de las normas generales de que nos hemos ocupado, son las relativas al fiscal, a los secretarios, a los relatores, etc.

La ordenanza LXIX lleva como epígrafe el siguiente: “*Que el Presidente vaya al Consejo las mañanas y tardes, y reparta salas, y negocios: y cuando faltare, presida el mas antiguo*”. Suficientemente explícito es tal epígrafe para que amerite estudiarse el texto de la norma enunciada por él.

A continuación siguen diversas normas relativas a la facultad ejecutiva del presidente, a quien se le encomienda velar y hacer cumplir las resoluciones dictadas en el Consejo. Se encuentra después una norma,⁸³ que hace una distinción entre los presidentes que fueren letrados y los que no lo fueren:

“Siendo letrados (peritos en Derecho) tengan voto en las cosas de gobierno y guerra, gracia y merced que en el Consejo se trataren, y en las visitas y residencias que en el se vieren; y no en pleitos algunos, que fueren de Justicia conten-

83 Ordenanza LXXIII.

ciosa entre partes. Y no siendo letrado, tenga solamente voto en las cosas de gobierno, guerra, gracia y merced”.

Se encuentran a continuación varias normas relativas a las obligaciones de los consejeros para asistir a juntas, estudiar los asuntos que se les encomienden, hacer funciones de semaneros en el turno que les corresponda, guardar el secreto debido, etc. Posteriormente, de la LXXXIII a la LXXXVIII y última de esta materia versan de los impedimentos de los consejeros para tratar asuntos en que intervengan miembros de su familia; prohibición a los mismos consejeros y a sus hijos de tener encomiendas de indios; prohibición de recibir dádivas, préstamos o presentes, así como escribir cartas de recomendación; prohibición a los oficiales del Consejo, a sus hijos, deudos, criados y familiares para ser procuradores o solicitadores en negocios de Indias, así como para interceder en ellos.

Siguen bajo el título de *Gran Canciller*, nueve Leyes u ordenanzas, la primera de las cuales dice:

*“Mandamos que aya... un Gran Canciller... El que tenga a su cargo nuestros sellos reales. Sirviendo por sus Tenientes la Chancelleria, y registro de todas nuestras cartas y provisiones, y despachos que se hubieren de despachar selladas y registradas”.*⁸⁴

84 Ordenanza LXXXIX.

Son las siguientes normas relativas al uso de los sellos, reales y derechos de sellos del que expresamente se exceptúan a los monasterios, a los hospitales y a los pobres.

De la Ley XCVIII a la CXIII, corresponde al *Fiscal* la defensa de la jurisdicción, patrimonio y hacienda real, y saber cómo se cumple lo proveído, y la protección de los indios, según reza el epígrafe de la primera entre las ordenanzas anteriormente citadas. Dentro de nuestro somero análisis, no sería posible detallar el contenido de las demás normas sobre este punto. De los *Secretarios* es el capítulo siguiente, estableciéndose en él dos funcionarios con ese título, uno que tenía a su cargo los asuntos del Perú y otro los de la Nueva España;⁸⁵ detallada y minuciosa es la reglamentación relativa a las funciones de los secretarios que abarcan no menos de cuarenta y cuatro ordenanzas. Siguen, por su orden, las relativas a los *Relatores*, *Escrivano de Cámara*, *Contadores*, *Recetor*, *Coronista*, *Cosmógrafo* y *Alguazil*, y *Oficiales*.

De los funcionarios anteriormente citados, no es posible examinar en detalle las normas que a ellos se refieren; citamos, llamando especialmente la atención, la función del cronista, cuya obligación era la de escribir la Historia de las Indias; demostrando con esto la importancia que se daba al conocimiento de los hechos históricos como medio eficaz para la mejor aplicación del Derecho.

85 *Ordenanza CXV.*

Hecha así una brevísima exposición de las *Ordenanzas del Consejo de Indias*, veremos a continuación de qué manera cumplía ese organismo su misión en cada uno de los aspectos, judicial, legislativo y administrativo.

Comenzando por la materia judicial, dada su preponderancia, hemos visto que de acuerdo con la ordenanza II, el Consejo tenía la jurisdicción suprema de todas las Indias occidentales, estableciendo además la III que ningún otro tribunal se enfrente a conocer ni conozca de negocios y cosas pertenecientes al *Consejo de las Indias*, y aun cuando en un principio conocía de muchos asuntos en primera y única instancia, fue tal el cúmulo de ellos que se restringió más tarde esta facultad, reservándose para dicho cuerpo la segunda o última instancia de los juicios ventilados ante las Audiencias en primera. Se impuso, además, la obligación de que los apelantes se presentaran ante el Consejo a continuar el recurso dentro de los ocho meses siguientes, bajo pena de caducidad. Dicho plazo que parecía más que suficiente, no lo fue en muchos casos, dadas las difíciles comunicaciones, obteniéndose por este medio descargar algún tanto las labores judiciales de aquel máximo cuerpo jurisdiccional.

Consideramos preferible tratar de los juicios, de las súplicas y apelaciones ante el Consejo al ocuparnos de las Audiencias, a fin de no recargar la materia que hoy nos ocupa, y poder pasar al examen de las instituciones y cuerpos radicados en la Nueva España; sin embargo, apuntaremos ciertos datos acerca de los juicios de la

exclusiva competencia del Consejo, como son las residencias y las visitas.

Uno y otro de estos procedimientos, tenían como objeto establecer la responsabilidad de los funcionarios. La residencia era un juicio público, cuyo nombre obedece a que el funcionario a quien se aplicaba o residenciaba, se le señalaba un lugar en donde había de permanecer durante la investigación de causa, y dicho lugar era siempre alejado de aquél en donde había ejercido sus funciones. Se iniciaba el juicio de residencia mediante pregones, con los que se convocaba a toda persona que tuviera alguna queja o agravio en contra del funcionario residenciado; y con todas las acusaciones, se formaba expediente a la manera de instrucción del proceso, que una vez integrado era turnado por el juez a quien se había encomendado al Consejo de Indias, para que éste resolviera lo procedente respecto a la responsabilidad del residenciado.

El Consejo conocía de las residencias contra virreyes, oidores y altos funcionarios en las Indias, que siempre eran sometidos a ese procedimiento al terminar su cargo; debiendo tener presente que como los oidores eran vitalicios, se les sometía a residencia cuando eran removidos de un lugar a otro o ascendían a puestos más elevados. Muchas son las residencias a las que fueron sometidos los funcionarios en la Nueva España, y muchas constancias de ellos nos han quedado, especialmente las relativas a los virreyes, pero, con poquísimas excepciones, todas ellas guardadas o semiperdidas en el Archivo

General de la Nación. Otras residencias famosas existen, como la de Cortés y las de Pedro de Alvarado. El campo para las investigaciones y estudios jurídicos sobre este tema, está poco menos que inexplorado.

Las visitas se hacían mediante procedimiento secreto, y no se referían a un sólo funcionario sino a un cuerpo colegiado o a un grupo de funcionarios, a quienes no se les hacía saber de qué se les acusaba, ni quien los acusaba, guardándose este secreto aun después de dictada la sentencia condenatoria. El juez visitador, valiéndose de todos los medios a su alcance, hacía la investigación lo más minuciosamente posible, formando la sumaria que enviaba al Consejo firmada y sellada. Tal procedimiento dio lugar, en más de una ocasión, a casos como el referido por Solórzano en su *Política Indiana*, según el cual el visitador permitió que los visitados presentaran sus descargos, pero como no se les daban a conocer los cargos, contestaban procurando adivinar, acertando en algunos casos pero equivocándose en otros, habiendo ocurrido que a alguno de los condenados, cuando después de muerto se dio a conocer a sus hijos la acusación, éstos pudieron comprobar la inocencia del padre, después que la privación del oficio que fue la pena impuesta no tenía ya medio de reparación.

El mismo Consejo podía ser sometido a visita, como efectivamente lo fue en más de una ocasión, habiendo practicado la primera el mismo emperador Carlos V, que encontró culpables a los consejeros doctor Beltrán, por

haber dado cartas de recomendación a un pariente suyo, y al licenciado Suárez de Carvajal, sin que se sepa de cierto la responsabilidad de éste. A ambos se les impusieron fuertes multas, amén de la destitución de sus empleos.

La labor legislativa del Consejo es también de gran interés, tanto por las normas que él expidió como por las compilaciones de Leyes que llevó a cabo, que culminaron con la famosísima *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias*, dadas a la luz en el reinado del último monarca de la casa de *Austria*, Carlos II, en el año 1680. Pero antes de esta labor extraordinaria que se ha tenido, y con justicia, como una de las compilaciones o cuerpos de Leyes más famosas en toda la Historia Universal, varios fueron los intentos, fracasados unos y mal realizados otros.

Entre las recopilaciones que merecen citarse, está, en primer lugar, la conocida como *Cedulario de Puga*, realizada por el oidor de México don Vasco de Puga, a quien el virrey don Luis de Velasco el primero encomendó la labor por instrucciones del rey Felipe II, expedidas el 4 de septiembre de 1560, compilación de cédulas y provisiones de especial interés entre nuestros antecedentes legislativos, ya que se refieren al gobierno de la Nueva España.

El licenciado don Juan de Ovando, fue nombrado por Felipe II visitador del *Consejo de Indias*, no encontró cargos serios que hacer a los consejeros, pero sí descubrió el

desorden que había en el registro de las reales órdenes, cédulas, decretos, instrucciones, etc., lo que hizo ver la necesidad de una compilación de todas esas disposiciones legislativas, lo cual fue encomendado al mismo Ovando, quien se puso desde luego a trabajar en ello, demostrando buen orden y mejores conocimientos en materia jurídica, pero esta labor no llegó a consumarse. Quedó, sin embargo, en el Consejo la idea, que nunca desapareció, de llevar a cabo la recopilación. A fines del siglo XVI, se encargó el mismo trabajo de una recopilación que lleva el nombre de su autor; sin embargo, la ignorancia de Encinas en materia jurídica, hizo que su labor hubiera resultado poco menos que inútil, debido al enorme desorden en que fueron agrupadas sus partes, y, prácticamente, se desistió de la edición de la obra, habiéndose hecho de ella muy pocos ejemplares, lo que es motivo de su extraordinaria rareza.

Labor mucho más benéfica fue la realizada más tarde por don Antonio de León Pinelo, quien en cierta forma preparó, o puso las bases, de la *Recopilación de Leyes de Indias* a que nos hemos referido. Pero Antonio de León no vio realizada su obra, en la que trabajó también uno de los juristas más notables de su época: don Juan de Solórzano Pereira.

CAPÍTULO XXVIII

LA CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA ESPAÑA (Cuarta Parte)

El Municipio

Aún cuando este libro tiene por objeto los antecedentes o hechos históricos que sirven de fundamento y dan razón de ser a nuestras instituciones jurídicas actuales, o explican nuestras ideas jurídicas, debe recordarse que el municipio no es una organización exclusiva nuestra, sino que se encuentra en casi todos los pueblos, con matices o modalidades adecuadas a cada grupo social, pero con no pocas características comunes. Por más que el municipio español, tal como fue importado a América, en donde arraigó tan fuertemente, presente aspectos muy peculiares, hay algo en él de carácter universal, como pedido o exigido por todos los grupos humanos, que obedece a una necesidad o a un instinto común de todos los hombres en todo tiempo y en todo lugar.

Y no sería difícil encontrar la razón de ser de este fenómeno, que no es otra cosa que la sociabilidad natural de los hombres, ya que el hombre, como diría Aristóteles, es un *animal político*. No le basta la unión de los sexos para constituir la familia, célula social, sino que requiere la unión de las familias debido al impulso de su instinto

social y para el mejor logro en la satisfacción de sus necesidades, no para vivir en simple forma gregaria, sino en sociedad organizada y regida de la manera más eficaz para la realización del bien común, inteligentemente constituida. Esta sociedad así organizada, con miras a la convivencia, es, en esencia, el municipio, que es, por lo tanto, una institución natural; es decir, conforme y adecuada a la naturaleza humana.

Materia es ésta que hoy nos ocupa, de extraordinario interés y que merece especial dedicación, tanto por lo que hace a los conceptos generales y básicos del municipio, cuanto a su desarrollo histórico, a su estructura, sus funciones y su adaptabilidad al más puro y efectivo sistema democrático. Aun cuando los estudios y tratados acerca del municipio no puede decirse que escasean, no dudamos en afirmar que entre los tratadistas que se dedican a la rama del Derecho Público, en general si no desdeñan, no dan a la institución que nos ocupa toda la atención que merece, y probablemente se deba esto, en parte, a cierto desdén con que usualmente ven los antecedentes histórico-jurídicos, debido a que son más afectos a la especulación doctrinal que al aspecto práctico de las instituciones, no nacidas en virtud de elucubraciones sino de las necesidades y de la propia naturaleza humana.

Se ha discutido si el municipio tiene sus antecedentes en Roma, o si éstos fueron aportación de los germanos. Largamente podría disertarse en favor de una y otra opinión y, en realidad, puede afirmarse que romanos y ger-

manos aportan elementos que el mundo medioeval fusiona y acrisola dentro del Cristianismo, para hacer surgir el municipio con las características y cualidades que lo han constituido como organismo indispensable y de profundísimo arraigo entre todos los pueblos de cultura cristiana, muy particularmente en España, de donde pasó a América.

Difícil es también afirmar categóricamente cuándo nació el municipio en España o, al menos, cuándo quedó plenamente organizado, pero sí puede afirmarse que ya en el siglo XI habían aparecido los Consejos de los pueblos, cuando en la lucha por la reconquista del territorio en poder de los moros, en las sucesivas incorporaciones de poblaciones al territorio reconquistado, se hacía el reconocimiento que el rey o señor conquistador hacía de las normas y escritura de los grupos reincorporados, constituyendo así los Fueros municipales, que los reyes no imponían sino que reconocían y juraban respetar, dando así la autonomía local o municipal en materia de jurisdicción, tanto civil como penal, económica y política, reservándose casos excepcionales de los que conocía generalmente en segunda instancia, o en aquéllos que por su naturaleza no podían quedar bajo el conocimiento de la Justicia del pueblo.

Originariamente, el gobierno del municipio se ejercía por medio de intervención directa del pueblo, habiendo subsistido este sistema en varias localidades de España, prácticamente hasta nuestros días, como lo hace ver en

sus investigaciones don Joaquín Costa, pero, en general, ante el aumento de las poblaciones que hacía difícil el acuerdo de todos los vecinos, cuando no su presencia misma en las asambleas, fue necesario recurrir al sistema de representación ostentada por concejales o municipales, entre los cuales era usual que se designara a quienes habían de constituir el gobierno del Ayuntamiento: Alcaldes, regidores, síndicos, etc., en número variable por lo que hace a los regidores, según la importancia de la comunidad. Al primer sistema, o sea el de gobierno u organización directa, se le denomina *cabildo abierto*; en tanto que el segundo, es el *cabildo cerrado*.

Constituido un Ayuntamiento funcionaba como una pequeña república, que contaba con todos los medios y con la plenitud de facultades para realizar los fines comunes de la sociedad que constituía el municipio, y para esto, cuidaba de que no faltaran los elementos principales para la subsistencia; vigilaba la exacta aplicación de pesas y medidas, enmendando o corrigiendo los errores y los abusos; velaba por la sanidad y limpieza; cuidaba del orden entre los habitantes o vecinos, mediante las normas y personal de policía necesarios; administraba los bienes propios y, en su caso, recaudaba y administraba los *arbitrios*; cuidaba de los *pósitos*, de la distribución y exacción de contribuciones y rentas públicas y, en general, ejercía todos los actos de gobierno económico y político del pueblo, sin que las autoridades superiores pudieran intervenir sino por vía de apelación y agravio. Estas funciones se perpetuaron dentro de la estructura municipi-

pal a través de la Historia en esas instituciones, que concretamente examinaremos a continuación en la Nueva España.

El primer Ayuntamiento establecido en nuestro territorio fue como hemos visto y es bien sabido, el de la Villa Rica de la Veracruz, a raíz del desembarco de los españoles que vinieron con Cortés, *“acto trascendentalísimo en la Historia del Derecho en México, —dice el maestro Esquivel Obregón— no sólo por su prioridad cronológica respecto a todo lo que se hizo después para la creación de una nación nueva, sino porque revela el espíritu jurídico que presidió en los actos de Cortés y sus compañeros en el descubrimiento de esta tierra”*. Y añade: *“Para Cortés, la empresa de conquista y de colonización de las tierras que se extendían ante él, no era sólo obra de audacia y esfuerzo militar, sino ante todo de orden y composición legal”*.

El conflicto entre Cortés y Velázquez; la falta de facultades de aquél, dada la forma como escapó de la potestad del segundo, cuando éste le había retirado las atribuciones que en un principio le había conferido; por otra parte, la dudosa potestad de Velázquez para nombrar a un capitán que había de realizar sus funciones fuera del territorio bajo la jurisdicción del gobernador de Cuba, y la necesidad de poder realizar una obra como la que Cortés se proponía llevar a cabo, sin estar investido con la autoridad suficiente para ello, hizo recordar a todo aquel grupo, seguramente que movidos por el que fungía como su jefe, las tradiciones hispánicas relativas a la potestad del pue-

blo, y esto dio la clave para la solución del problema; había pueblo, había territorio, pero faltaba el órgano que les diera fuerza política; por voluntad general, por expresión de soberanía, surgió el cuerpo político, fuente de toda autoridad en ausencia del soberano, constituyéndose con el procedimiento de cabildo abierto el Ayuntamiento de Veracruz, en un acto de suprema democracia.

Bernal Díaz del Castillo describe este acontecimiento, después de relatar los temores de unos, los entusiasmos de otros y los argumentos convincentes de Cortés, que decidieron la cuestión. Describe el autor citado el hecho, de la siguiente manera:

“Y volvamos a nuestra relación, que fundada la villa hizimos alcaldes y regidores; y fueron los primeros alcaldes Alonso Hernández Puertocarrero y Francisco de Montejo; y a este Montejo porque no estaba muy bien con Cortés, por metello en los primeros y principal, le mando nombrar por alcalde; y los regidores dejellos e de escrevir, porque no haze al caso que nombre algunos. Y diré como se puso una picota en la plaza, y fuera de la villa una horca; y señalamos por capitán para las entradas a Pedro de Alvarado, y maestre de campo a Cristóbal de Olí, y alguazil mayor a Joan de Escalante, y Tesorero Goncalo Mexía, y contador Alonso de Avila, y Alférez a Hulano Corral... y alguazil del real a

Ochoa, Vizcaíno, y a un Alonso Romero... y esto que aquí digo, pasó así...".⁸⁶

Está trazada en la descripción anterior la organización de un municipio castellano con todos sus elementos, y su potestad y soberanía aparecen patentes con el hecho de la renuncia que hizo Cortés de todos los poderes que le había otorgado Diego Velázquez, y el nombramiento de Capitán General y Justicia Mayor con que el Ayuntamiento invistió a Cortés, según ya lo hemos visto. De acuerdo con la tradición castellana, las villas de aquellos tiempos, cuando aún no habían sido derrotados los comuneros en Villalar, tenían pendón, milicia y alférez que les permitía emprender empresas guerreras y conquistadoras; Cortés, con los títulos que el Ayuntamiento de Veracruz le otorgó, pudo emprender la conquista del imperio de Moctezuma, extendiendo su jurisdicción de Justicia Mayor a todo el territorio y habitantes que se le sometieran.

Otros Ayuntamientos fueron organizados desde los primeros tiempos de la venida de los españoles: Segura de Frontera (Tepeaca), Medellín, y cuando la ciudad de Tenochtitlán fue tomada, se asentó en ella la capital del nuevo reino, aún cuando temporalmente, y mientras comenzaba su reconstrucción después del sitio, se fundó el Ayuntamiento de Coyoacán. Ajustándose también a las tradiciones y usos jurídicos, se expidieron ordenanzas

86 Díaz del Castillo, Bernal. *Historia Verdadera de la Conquista de la Nueva España*. Cap. XLII.

para la estructura municipal de la ciudad de México, que no son otras que las que Cortés expidió y de las cuales hemos tratado. Tales ordenanzas estuvieron en vigor hasta la expedición por el rey don Felipe II de las *Ordenanzas sobre descubrimientos, población y pacificación de las Indias*, de fecha 13 de junio de 1573, y cuyas disposiciones, en gran parte, formaron más tarde parte integrante de la *Recopilación de Leyes de Indias*.

Los Ayuntamientos que se fueron constituyendo se dieron sus ordenanzas y Leyes reglamentarias que, previa aprobación del *Consejo de las Indias*, eran puestas en vigor; y tales normas se ajustaban a las *Ordenanzas de Población* anteriormente citadas, habiéndose tomado en muchos casos por arquetipo de ordenanzas municipales las que regían para la ciudad de México, considerada como cabeza del reino. Las ordenanzas de la ciudad de México, estaban constituidas por una serie de disposiciones provenientes unas de las que Cortés había expedido, otras que el propio Ayuntamiento había dado; algunas tenían como fuente diversas cédulas reales, etc., y todo ese conjunto fue objeto de una compilación mandada hacer por cédula real de 1 de junio de 1680, realizada por el capitán D. Francisco de Gatica Zerda, procurador mayor de la ciudad, aprobadas por el virrey Conde de Paredes el 7 de julio de 1683, publicadas con el siguiente título:

*“Ordenanzas de la muy noble y muy leal
Ciudad de México, cabeza de los Reynos de la*

Nueva España. Hechas en virtud de real cédula de su Majestad. Su fecha en Madrid, a primero de julio de 1680 años. Por el Capitán D. Francisco de Gatica Zerda, siendo procurador mayor de la dicha ciudad; Lic. D. Joseph Arias Maldonado, Abogado desta Real Audiencia, Regidor y Abogado de la dicha ciudad; y Lic. Juan de Valdés, asimismo abogado de ella. Aprobadas, y Confirmadas por el Exmo. Señor Conde de Paredes, Marqués de la Laguna, virrey gobernador, y Capitán General desta Nueva España, y Presidente de la Real Audiencia de ella; con parecer del Señor Fiscal de su Majestad. Y de su Assessor General. Año de 1683. Publicada con licencia en México. Por la Viuda de Bernardo Calderón, en la calle de S. Agustín”.

Las dos fuentes más importantes para el conocimiento de la estructura, función y, en general, gobiernos de los Ayuntamientos son, por lo tanto, los dos cuerpos de Leyes citadas: las *Ordenanzas de Población* y las *Ordenanzas de la Ciudad de México*, de los que procuraremos entresacar resumiendo los datos esenciales de este tema que hoy nos ocupa.

En las *Ordenanzas de Población*, uno de los preceptos más repetidos y en los que se hace mayor fuerza, es que al fundarse una nueva población se respeten las propiedades de los indios, consignándose en el capítulo 38 que:

“los sitios para fundar pueblos e cabeceras y sujetos, sin perjuicio de los indios por no los tener ocupados, o porque lo consientan de su voluntad”. El capítulo 20 manda que no se empeñe guerra contra los indios *“ni los tomen contra su voluntad cosa alguna”*; el 29 ordena: *“los descubrimientos no se den con título y nombre de conquistas, pues habiéndose de hacer con tanta paz y caridad como deseamos no queremos que el nombre de ocasión ni color para que se pueda hacer fuerza ni agravio a los indios”*. Más adelante, el capítulo 110 ordena: *“llegando al lugar en donde se ha de hacer la población, el cual mandamos que sea de los que estuvieren vacantes, y que por disposición nuestra se puedan tomar, sin perjuicio de los indios, o con su libre consentimiento, se haga la planta del lugar”*. Otros preceptos de las citadas ordenanzas de Felipe II, insisten acerca del respeto a las propiedades de los indios cuando se trate de fundar una población nueva, en tierras nuevamente descubiertas.

Vienen enseguida varias disposiciones acerca de los sitios en que debían fundarse las nuevas poblaciones, y al efecto se establece que debe atenderse a la salubridad del lugar: *“lo cual se conocería, –dicen las citadas disposiciones–, en la copia que hubiere de hombres viejos y mozos de buena complexión, disposición y color y sin enfermedad”*, y se procuraría que el clima fuese templado, la tierra fértil y abundante en pastos, montes y aguas para beber y regadíos, de fácil comunicación, procurando, además, que hubiera cerca materiales de construcción y, preferentemente, pobladas de indios para predicarles el Evangelio.

Se daba el título de gobernador o adelantado, a quien se hubiere facultado para llevar a cabo nuevos descubrimientos y fundación de poblaciones, imponiéndose una serie de obligaciones a cambio de los derechos que se le conferían. Escogido el sitio para una nueva fundación, el gobernador ordenaba la categoría que había de tener:

*“y conforme a lo que declare –dicen las Ordenanzas de Población–, se forme el consejo, república y oficiales y miembros de ella... de manera que, si hubiere de ser ciudad metropolitana, tenga un juez con título y nombre de adelantado, gobernador o alcalde mayor, corregidor o alcalde ordinario, que tenga la jurisdicción in solidum y, juntamente con el regimiento, tenga la administración de la república, tres oficiales de la real hacienda, doce regidores, dos fieles ejecutores, dos jurados de cada parroquia, un procurador general, un escribano de consejo, dos escribanos públicos, uno de minas y registros, un pregonero mayor, un corredor de lonja, dos porteros; y, si diocesana o sufragánea, ocho regidores y los demás dichos oficiales perpetuos; para las villas y lugares, alcalde ordinario, cuatro regidores, un alguacil, un escribano del consejo, y uno público y un mayordomo”.*⁸⁷

A quien se otorgaba facultad de fundar población, se obligaba a poblar la villa dentro del término que se le

87 Capítulo 43.

hubiere señalado, con treinta vecinos cuando menos, debiendo contar cada uno de ellos con cierto número de animales de cría y de labranza que las ordenanzas fijaban con minuciosidad; había de existir un clérigo que ministrara los sacramentos; iglesia con ornamentos y lo demás necesario al culto. Para garantía del cumplimiento de aquello a que se obligaba el asentista de nueva población debía dar fianza, y si no cumplía debía pagar cien pesos de multa y perdía todo lo que hubiere fincado y labrado. La tierra para formar la población debía tener cuatro leguas cuadradas, y había de estar a una distancia no menor de cinco leguas de cualquier ciudad o villa de españoles ya poblada, y donde no causara perjuicio a los indios. De esta extensión de tierra se tomaba, en primer lugar, la extensión necesaria para la plaza, las calles, el templo y las casas de cabildo; propios y ejido y la dehesa de la población; y del resto se hacían cuatro partes: una para el que se había obligado a establecer la población, y las tres restantes se dividían en lotes distribuidos entre los pobladores.⁸⁸

En los capítulos 110 a 127 de las *Ordenanzas de Población*, se consignan con gran minuciosidad las normas relativas a la traza de la ciudad o villa; señalándose las dimensiones de la plaza, la aplicación de los lotes que la circundan para iglesia, casas reales y casa de cabildo; señala cuál ha de ser el trazo de las calles, su mayor o menor anchura, según sea el clima de la región, frío o caliente; se marcan cuáles han de ser los bienes comunes

88 Capítulos 88 a 90.

y los propios, de los que se tratará al exponer el aspecto económico de los municipios, etc.

Después de estos antecedentes, que pudieran clasificarse como la parte material de los municipios, debemos tratar acerca del régimen municipal, estableciendo, de acuerdo con las Leyes, las atribuciones de sus diversos elementos así como la forma de nombramientos de alcaldes, regidores y demás miembros que constituían el Ayuntamiento.