LEGISLACION Y GOBIERNO

I. Contenido de la función gubernativa.

La idea del buen gobierno como fin del Estado aparece, desde el gran cambio del pensamiento político en el siglo XIII, junto a la finalidad de la conservación de la justicia. En tanto que la justicia significa la realización del Derecho establecido, la finalidad del buen gobierno involucra la tensión hacia el bien común en todas sus formas: no solamente por la custodia del Derecho existente, sino también por la creación legislativa de nuevo Derecho, para cumplir en forma concreta la misión del bien común. Por eso, gobierno y legislación están íntimamente unidos, y por regla general todas las autoridades encargadas del gobierno en ámbitos más o menos extensos, tienen poder legislativo.

En Indias, ya las Instrucciones a Colón de 29-V-1493 se refieren a labores distintas de la jurisdicción: p. ej., el procurar la conversión de los naturales. Las ulteriores instrucciones, cédulas y cartas a los Gobernadores de la Española van regularizando el sistema general de vida de españoles e indígenas, conforme al bien común y, a la vez, al interés de la Real Hacienda. La "buena gobernación" es considerada como una dirección adecuada a los problemas de la tierra, sobre la cual se va constituyendo una experiencia administrativa: la Cédula de 3-V-1509 ordena a Ovando, al dejar éste el mando, que entregue a su sucesor un memorial particularizado de la manera que ha tenido en el gobierno, de suerte que el memorial sirva de norma supletoria. El precedente pasa a tener un valor jurídico en materia de gobierno, como lo tenía en el campo judicial *.

El contenido concreto del buen gobierno está detallado en las instrucciones a los funcionarios, particularmente en las dirigidas a los Virreyes a partir de 1535, que son las más completas, de las cuales hemos hablado anteriormente, al tratar del sistema de jurisdicciones y gobernaciones. Las

* CDIAO, 31, 210.

Provisiones de nombramiento de los Virreyes expresan formulariamente ese contenido: todo lo que conviene al servicio de Dios, aumento de la fe y conversión de los naturales; conservación de la paz y la justicia a todos los vasallos; sustento, perpetuidad y ennoblecimiento de la tierra, buen tratamiento de los indios, defensa, cuidado de la Real Hacienda.

La buena gobernación comprende el bien común espiritual y el temporal, sin solución de continuidad, entre ellos, tal como lo pensaba la escolástica tomista, tan influyente en España, especialmente en el siglo XVI. Los representantes del Rey, aunque sin tener el manejo directo del orden espiritual, deben vigilar la buena organización eclesiástica, especialmente en relación con la doctrina de los aborígenes, dando cuenta al Consejo de todos los problemas de esta índole. Todo el régimen de indios está concebido por la legislación en relación con fines espirituales a la vez que político-económicos: la encomienda, la reducción a pueblos, las misiones, corresponden a concepciones muy diversas de las relaciones de indios y españoles; pero las leyes peninsulares toman siempre en cuenta, al reglamentarlas, esta unidad del bien espiritual y del temporal de los indios.

El buen gobierno temporal está cifrado, según la doctrina escolástica tomista que pasa a la legislación indiana, en la realización de la "República" o "Policía".

Ambos vocablos tienen la misma acepción fundamental; pero paulatinamente "policía" pasó a designar la función administrativa, la regulación de la comunidad conforme al bien común; en tanto que "república" es usada en un sentido sustantivo. La teoría política aplica esta palabra, por una parte, a la ciudad; por otra parte, al Estado como concepto, a la comunidad reunida para su bien común en torno a la autoridad, es decir, al Reino territorial europeo *. En Indias, la fundación, conservación y engrandecimiento de las ciudades de españoles y de los pueblos indígenas a los cuales se procura urbanizar, es considerada como la tarea fundamental de gobierno, ya que la unidad urbana es pensada como la organización natural de los súbditos, y a ella está vinculada la red jurisdiccional, gubernativa y eclesiástica. El Estado es eminentemente civilizador, en el sentido propio de la palabra. La fundación de "repúblicas" urbanas de españoles y de naturales asegura el orden general de la República, en un sentido estatal.

Pero el fin del buen gobierno no se agota en el bien de los súbditos, sino que existen fines específicamente referidos al Rey: tales son la de-

* Esta doble acepción del vocablo es marcada por Francisco Elías de Tejada, "Diego Lopez Rebelo, nuestro más antiguo tratadista de Derecho Político".

fensa del señorío real, y el cuidado de su patrimonio, la Real Hacienda, que no se emplea exclusivamente en Indias, sino que queda en disponibilidad para todas las empresas de la monarquía. Los Virreyes, Gobernadores y Audiencias tienen a su cargo, a la vez, los intereses del Rey y los de los súbditos españoles e indígenas; el buen orden de la Hacienda forma uno de los aspectos más insistentemente encargados y reglamentados por la legislación.

2. El poder legislativo y las formas de legislación.

Tipos de mandamientos.—El Rey, durante la Baja Edad Media y los siglos siguientes, se vale para los actos jurídicos emanados de su autoridad (mandamientos judiciales y administrativos, designaciones de oficios, mercedes y privilegios) de documentos clasificables según puntos de vista puramente formales. Ellos derivan, en su mayoría, de las "cartas" medievales, especialmente de los diplomas; pero la construcción y la redacción han evolucionado largamente a partir del diploma.

Siguiendo la clasificación de Alfonso García Gallo *, la forma más solemne de carta, en el siglo XVI, es la Provisión, sellada con el sello mayor de la cancillería, y encabezada con el nombre y títulos del Rey. Las Provisiones podían ser de justicia o de Gobierno (incluyendo en éstas las designaciones de oficios y las mercedes, es decir, todo lo relativo a la Cámara). Las Provisiones de Gobierno y las de Cámara, iban firmadas o rubricadas por el Rey y su secretario, y además por los consejeros respectivos (en este caso por los de Indias), pues la legislación del siglo XV había exigido esta última firma o rúbrica, para limitar las mercedes concedidas por el Rey en detrimento del Reino. Los Virreyes y Audiencias, depositarios del sello real en Indias, podían dictar Provisiones de Gobierno con encabezamiento real, pero firmadas por ellos. En asuntos para los que no utilizaban el sello real, Virreyes, Audiencias y autoridades menores —Gobernadores, Corregidores, Cabildos— dictaban Provisiones en nombre propio. Pertenece al tipo de la Provisión la Pragmática Sanción, cuyo rasgo distintivo es el alcance general y la publicación, y que tiene el más alto valor, equivalente a la ley en Cortes. Ciertas Provisiones solemnes para Indias, que confieren algún privilegio general, como la de 22-X-1523, que promete no enajenar jamás de la Corona la Nueva España, son asimiladas por el mismo texto a las leyes en Cortes y Pragmáticas Sanciones.

* Lecciones orales en la Facultad de Filosofía de la Universidad Central de Madrid, 1947-48.

Las Reales Cédulas van encabezadas por "El Rey", siguiendo en nombre y títulos del destinatario; firma "Yo el Rey", luego el secretario, y rubrican tres consejeros. No se usa en las Cédulas el sello mayor de Cancillería, sino el sello de cera o de la Puridad, pues estos documentos no dictaban justicia, ni se referían a privilegios —despachos en la Edad Media por la Cancillería— sino que versan exclusivamente sobre asuntos de gobierno. Las firmas de los consejeros, lo mismo que en el caso de las Provisiones, fueron impuestas por las Cortes para mantener el principio del "gobierno del Rey en Consejo"; en la legislación indiana, se declaró expresamente que esos consejeros debían ser los de Indias, no los de Castilla u otros consejos, ya que el de Indias era un Consejo Supremo, excluyente de la jurisdicción de todo otro organismo de la monarquía, conforme a su fundación (17-V-1564)*. Los Virreyes, Gobernadores, Audiencias Gobernadoras, dictan también cédulas (p. ej., de encomienda).

Los textos de Provisiones y Cédulas, aparte de las diferencias de encabezamiento, sello y firmas, tienen elementos comunes: enumeración de antecedentes de hecho (el haber tenido relación de una materia por correspondencia, el haber recibido una petición, etc.); motivos de la resolución (parte fundamental, ya que expone la razón interna de la disposición); declaración de haberse visto en el Consejo; disposición; exhortación al cumplimiento y sanciones para el caso de infracción; lugar y fecha de la expedición. Hay Cédulas cuya disposición no es propiamente una orden, sino una mera recomendación de hacer justicia o merced a una persona que ha solicitado tal cosa (Cédulas incitativas); otras son "de ruego y encargo" a las autoridades eclesiásticas sobre materias que interesan al Estado.

Las Provisiones y Cédulas admiten una clasificación distinta, desde el punto de vista del contenido. Las Provisiones o Cédulas que contienen la reglamentación total de una institución, o de un determinado proceso (p. ej., los descubrimientos) se denominan Ordenanzas. Este es el tipo que supera más completamente el casuísmo y el particularismo, y que muestra mejor el sentido de la legislación del Estado moderno. Las Cédulas sirven, en otros casos, de conducto a "Instrucciones" para el desempeño de las funciones de algún justicia o de otros oficiales. En otros casos, la Cédula es una respuesta a consultas varias que se han hecho desde Indias, constando de capítulos referentes a materias inconexas: estos documentos son llamados "Cartas Misivas" o simplemente "Cartas".

Las Provisiones o Cédulas son redactadas por el Consejo, aunque después pasan a la secretaría del Rey para la firma de éste y la refrendación

* CI, II, 114-115.

del secretario; pero en los casos en que la materia de la ley es nueva o se cree conveniente una reforma de las disposiciones vigentes, el Consejo dirige previamente al Rey una Consulta. En ella se relatan los antecedentes de hecho y de derecho, la opinión del Fiscal y de los consejeros (incluso los votos disidentes). El Rey responde al margen, y la Provisión o Cédula sigue casi literalmente los términos de la Consulta. En materias de Cámara (Provisiones de nombramiento, confirmación de mercedes, etc.), la Consulta es obligatoria, de acuerdo con las primeras Ordenanzas del Consejo de 1387. Las Consultas del período inicial, según Schäfer, apenas se conservan, ora porque se hacían verbalmente, ora por destrucción del material.

Los Autos son un tipo de mandamientos extraños a las formas diplomáticas, pues no constituyen documentos entregados a un destinatario, sino resoluciones consignadas en un expediente sobre el asunto respectivo. Ya hemos dicho que se emplean corrientemente en el conociminto de causas judiciales. Los Autos Acordados, decisiones generales del Consejo o de las Audiencias, versan sobre la administración de justicia y sobre materias de buen gobierno; se originan muchas veces del conocimiento de asuntos particulares, pero tienen para el futuro un valor de regla general, pues suelen determinar la manera concreta de aplicar o interpretar las leyes. Constan de lugar, fecha, nombre de la autoridad que los dicta, resolución, firma, y certificado del escribano.

Poder legislativo.—El poder de legislar reside plenamente en el Rey, como encargado del gobierno del Reino en toda su amplitud. En la Baja Edad Media había llegado a sentarse el principio de que sólo tendrían valor de leyes —es decir, fuerza creadora, u oficialmente declaratoria de Derecho— los Ordenamientos promulgados por el Rey en las Cortes, dejando las cartas emanadas de la sola voluntad regia en una posición jurídicamente subordinada a las leyes en Cortes. Pero esta diferenciación entre mandatos regios con valor legislativo y otros que carecían de él, empezó a borrarse desde que los Reyes dieron a sus cartas fuerza equivalente a Ordenamientos en Cortes. Tenemos, p. ej., un caso de ello atestiguado en las Cortes de Palencia de 1431 (Nº 19); a fines de siglo esa práctica cobra cada vez mayor volumen, pasando a ser un caso normal ya en tiempos de los Reyes Católicos. Así, en el siglo XVI indiano, en que no hay Ordenamientos en Cortes, las distintas clases de cartas reales tienen ya pleno valor creador o interpretador del Derecho, con la extensión general o particular que el Rey quiere dar en cada caso a su man-

dato. Pero las mismas formas de Provisiones, Cédulas, etc., sirven a actos que no son legislativos, p. ej., a designaciones de funcionarios, concesión de mercedes, libranzas contra la Real Hacienda —es decir, a todo el manejo ejecutivo de la administración, y al ejercicio de las gracias y mercedes reales. Los Registros contienen leyes generales al lado de mandatos o mercedes particulares. Las autoridades indianas iban conformando su gobierno a unas y otras; el principio de la analogía permitía extender la decisión dada para un caso a otros semejantes. Cuando Vasco de Puga inicia los cedularios impresos, ya la diferenciación entre los mandamientos legislativos y los puramente ejecutivos comienzan a cobrar fronteras permanentes, pues naturalmente él solamente incluye las Cédulas de extensión general; las Provisiones por las cuales se hace el nombramiento de un Virrey, o se otorga una merced, etc., figuran tipificadas en un solo caso. Pero no existe, en el siglo XVI, un límite conceptual absoluto entre documentos legislativos y documentos ejecutivos o administrativos. Ambos proceden en suma del Rey en Consejo, que les asigna en cada caso su ámbito de validez.

El poder legislativo real se transmite a funcionarios y corporaciones indianas, siguiendo un proceso que analizaremos en sus distintas etapas en párrafos posteriores.

3. La ejecución de las leyes en Derecho Castellano y en Derecho Común.

La fuerza obligatoria de las leyes constituye un problema que plantean romanistas, canonistas y teólogos a lo largo de toda la Baja Edad Media, y que tiene una importancia capital para la formación del concepto de soberanía.

Todas las tendencias medievales concuerdan en que la oposición de una ley con el Derecho Natural, de Gentes o Divino, invalida la ley, norma que es recogida en la III Partida, XVIII, leyes XXIX y XXXI. El campo realmente debatido e importante, desde el punto de vista constitucional, era la oposición de las leyes positivas con los privilegios y antiguas costumbres, o con el fin mismo del Estado, el bien común.

El punto de partida de los romanistas era el pasaje del Código de Justiniano (I, XXII, ley VI) según el cual ningún rescripto (mandato imperial de extensión particular) debía ser aplicado por el juez cuando era contrario "al derecho general o a la utilidad pública"; en cambio, las constituciones, leyes imperiales de carácter general, debían ser necesariamente ejecutadas. Los romanistas medievales asimilaban los diplomas y,

en general, todas las cartas regias, al rescripto, justificando así el incumplimiento en ciertas circunstancias. La omnipotencia formal, que ellos atribuían al Rey, se salvaba por la presunción de que la carta podía haber sido arrancada por un error de hecho, engaño del interesado (obrepción), u ocultación fraudulenta de la verdad (subrepción). Si el príncipe desconocía los privilegios o costumbres que transgredía en su mandado, él mismo era la instancia superior que, mejor informada, podía anular la orden anterior, o, al contrario, confirmarla por una segunda o una tercera carta de jusión. Tal construcción pasó también a las Partidas (III P., XVIII, XXXVI). La omnipotencia sólo era reservada, de esta manera, a las leyes o códigos generales, que no podían ser comprendidos en la noción de rescripto.

El conflicto de una ley, no ya con el Derecho Consuetudinario, sino con el bien común, con la situación concreta a la cual la ley se iba a aplicar, constituía otro problema crítico. La dirección más voluntarista del romanismo interpretaba el bien común en sentido puramente formal, sin darle contenido positivo alguno, negando sistemáticamente la necesidad de dispensar de la ley en virtud de tal oposición a la utilidad general, impugnando la interpretación equitativa con las palabras de la glosa de que "no es permitido actuar contra las palabras escritas de una ley por causa de la intención del legislador, si esta intención no consta escrita en otra ley". La dirección antivoluntarista, a la cual se adscriben todos los teólogos tomistas, pero también muchos juristas, elabora con relación a este problema el concepto de epiqueya. Para esta corriente, la finalidad del bien, propio de la ley, no es puramente formal, sino una realidad, que puede imponer la derogación total o parcial de la misma ley por oposición a su fin: "cesando la causa, cesa el efecto". La interpretación por epiqueya se funda en esa concepción: Suárez la define (ya en el XVII, pero siguiendo una línea de doctrina que viene desde tres siglos antes) como una "enmienda de la ley en aquella parte en que es deficiente por ser universal", y agrega que ella es necesaria en las leyes humanas "por la naturaleza de la cosa", pues de otro modo ellas no serían justas ni razonables; la obligación cesa a veces en lo particular, "no por derogación extrínseca, sino por la sola materia o mutación de las cosas", para que la ley no se torne contra su propio fin. Cuando hay contradicción real, debido a la gravedad, dificultad o perjuicio para el bien común que se sigue de la observancia del precepto, tomando en cuenta los usos, régimen de los súbditos, y demás circunstancias, debe suspenderse el cumplimiento, porque se presume racionalmente que si el legislador estuviera informado lo suspendería;

en casos menos graves, los doctores admiten al menos una consulta antes de suspender. Pero el segundo mandamiento debe ser cumplido, ya que el príncipe es el encargado principal del bien común, y si, una vez informado, insiste en su orden, ella debe ser cumplida, en el supuesto de que sea por lo demás conforme al Derecho Natural, al de Gentes y al Divino *.

Esta idea racional, antivoluntarista, equitativa, de la ley, domina en las Partidas. Los tribunales deben interpretar las cartas equitativamente, ateniéndose "a la mejor parte, et a la mas derecha, et a la mas provechosa, et a la mas verdadera segunt derecho", prohibiendo toda interpretación maliciosa a sabiendas (III P., XVIII, XXVII). Las cartas obrepticias y subrepticias son nulas; se considera subrepticia la carta ganada contra otra anterior en que no se menciona ésta; los mandatos deben considerarse favorables a los miserables (III P., XVIII, XLI); los privilegios que crean una situación excepcional deben subordinarse al bien común, extinguiéndose si no son usados o si resultan dañosos (III P., XVIII, leyes XLII y XLIII). Las cartas no deben cumplirse cuando son contrarias a Derecho Natural, de Gentes o Divino; cuando son falsas; cuando van contra el Derecho regio, o de algún individuo, o de un pueblo, o contra el bien común. En el primero y segundo casos, la desobediencia es un deber incondicional; si se trata de un conflicto con leyes positivas, costumbres, derechos, o con la utilidad pública, procede solamente la suspensión, dando aviso al Rey, pues éste puede haberlas dado por ignorancia, o forzado por algún peligro inminente; pero la segunda jusión debe ser cumplida, si bien el justicia que la recibe puede todavía, al dar cuenta de la ejecución del mandato, volver a representar sus inconvenientes (III P., XVIII, leyes XLVIII y LII). Algunas cartas, llamadas "foreras", dan al destinatario el encargo de hacer justicia; otras mandan algo bajo la condición de que los hechos que el Rey conoce sean verdaderos: en ambos casos el justicia que recibe la carta tiene que conocer el negocio antes de cumplir, es "mixto ejecutor"; pero cuando se le ordena algo incondicionalmente (empleando la cláusula "faced tal cosa luego que esta vieredes"), y especialmente cuando se trata de cumplir una sentencia ejecutoriada, el destinatario es "mero ejecutor". En este último caso, el justicia no tiene derecho a suspender la ejecución

* Francisco Suárez, "De Legibus", VI, VI: "Et ideo ex natura rei in lege humana subintelligitur illa conditio, vel exceptio, licet non explicetur distincte, quia alias non esset lex iusta, et rationabilis. Ergo ex ipsa iustitia legis humanae, considerata naturali conditione materiae, in qua versatur, sequitur necessario, ut eius obligatio aliquando in particulari cesset, non per extrinsecan ablationem, sed ex sola materia, seu rerum mutatione". No he podido consultar "Aequitas canonica" de Eugen Wohthaupter, Paderborn, 1931.

sino por falsedad del documento, por haber sido éste arrancado mediante falsos testigos o cartas: en este solo caso, debe suspender, enviando las pruebas de la falsedad. En conjunto, todas estas leyes abren muchas posibilidades al incumplimiento por equidad, aunque dejando siempre la decisión final al Rey; aceptan más ampliamente la iniciativa del ejecutor cuando se trata de cartas judiciales que de los mandatos ejecutivos; pero, aun en estos últimos casos, entregan al destinatario el cuidado de informarse de los antecedentes y de representar al Rey los defectos de su mandato.

La gran época de las Cortes, que se abre en Castilla justamente pocos años después de las Partidas, dió a la práctica del incumplimiento un sentido político. Las Cortes consiguen imponer la concepción de que los negocios del Rey y del Reino —especialmente la justicia, la legislación, los tributos— no pueden quedar entregados al libre ejercicio del poder real. Dentro del sistema de limitaciones que así se genera, el Rey debe renunciar a la dictación de cartas judiciales, entregándola a la Chancillería y al Consejo, y se declara que las dadas personalmente por él debían ser "obedecidas y no cumplidas", como se dice ya en el siglo XIV. Se crea así un derecho de resistencia legal, que las Cortes ampliaron al máximum. Quedaron sujetas al mismo recurso las cartas contrarias a los fueros y privilegios de los distintos brazos del Reino; las que imponían cargas no consentidas por las Cortes (Madrid, 1393, Nº 3); las que transgredieran preceptos de las leyes en Cortes, aunque contuvieran cláusulas derogatorias de estas últimas, puestas por el Rey (Bribiesca, 1387, Nº 9; principio repetido incluso en Burgos, 1515, Nº 24). El Consejo fué concebido también como un freno al poder regio, al entregársele la facultad de firmar o rubricar las cartas. En las Cortes de Ocaña de 1469 (Nos. 5 y 10), en las de Santa María de las Nieves de 1473 (Nº 17), en las de Madrigal de 1476 (Nº 8), se afianza el principio de que las cartas no pasadas por el Consejo deben ser obedecidas y no cumplidas.

Ante estas tensiones de los monarcas con los estamentos, propias de los Estados de Occidente y de la misma Iglesia de la época, surgen dentro del Derecho Común posibilidades de reforzar la supremacía de los príncipes. Los canonistas, para justificar el derecho pontificio a dar cartas contrarias al Derecho Canónico general, atribuyeron a ciertas cartas papales el valor absoluto que los textos de Justiniano daban a las constituciones. Ello se hacía posible por la inserción de las cláusulas "de exorbitancia" en el tenor de las cartas. Así la cláusula "motu proprio" significaba que el documento había sido dado espontáneamente por el Papa y no a petición

de parte, siendo pues innecesario calificar la veracidad de los hechos planteados por los peticionarios; "ex certa scientia" significaba que el Papa conocía los hechos a que se refería la carta, y no tocaba por tanto a ninguna autoridad inferior volver a conocer sobre ellos; "non obstantibus", implicaba que el mandato se daba no obstante cualesquiera decisiones anteriores contrarias del Papa o de los Concilios; "ex plenitudine potestatis" era una fundamentación en el poder soberano irresistible. Todas estas cláusulas substituían a la justa causa, excluían la prueba en contrario, dispensaban de los defectos, anulaban los derechos de tercero, las leyes, cartas, costumbres o privilegios adversos; equivalían en fin, según Baldus, a la segunda jusión.

Esta técnica jurídica, que va abriendo el paso a la noción de soberanía, es recogida por las monarquías. En Castilla, durante el siglo XV, se plantea una lucha constante entre estas nuevas nociones y la legislación en Cortes. Las cláusulas exorbitantes anulan las leyes que ponen limitaciones al poder del Rey; a su vez, las Cortes declaran que los Ordenamientos promulgados por petición de ellas valdrán a pesar de la cláusulas, o de segunda o tercera jusión (Valladolid, 1420, Nº 1; Valladolid, 1442, Nº 1; Olmedo, 1445, etc.). En otras ocasiones, las Cortes piden la supresión de esas cláusulas en todas las cartas reales (Valladolid, 1442, Nº 11; Burgos, 1452, Nos. 17 y 24; Toledo, 1462, Nº 57, etc.). Esta tensión entre la legislación en Cortes y los intentos reales de crear una legislación por cartas con igual valor que aquélla, sólo se decide cuando los Reyes logran afirmar su derecho a dar explícitamente a las cartas el valor de leyes en Cortes, recurso que ya está en pleno uso a principios del siglo XVI.

No obstante el triunfo de la legislación regia sobre los principios mantenidos por las Cortes, siguen en pie las limitaciones puestas por las Partidas, que no estaban ligadas al poder de los estamentos, sino a la idea jurídica de equidad, a una autolimitación del supremo poder en virtud de un concepto de Derecho. Además, el Consejo conservó su intervención en la expedición de las cartas de todo orden. La monarquía del siglo XVI sigue aceptando la resistencia jurídica de sus consejeros y de los justicias reales contra todos los mandamientos injustos o inconvenientes. Sobre todo, los letrados de los Consejos encarnan la tradición jurídica: Gregorio López dice en una glosa que la labor del Consejo no consiste solamente en aconsejar, sino en insistir en que el Rey no haga lo injusto, y en consecuencia debe negarse a subscribir las cartas antijurídicas o inconvenientes, pues "los cuerpos están sujetos y adscritos a los señores, pero la mente

es autónoma" *. La eficacia de la suspensión (decretada por un "auto de sobreseimiento") queda acreditada por el mismo López, quien dice que los Contadores Mayores, que deben dar el pase a todas las libranzas del Rey contra su Hacienda, no cumplen nunca las Cédulas en que aquél concede exenciones perjudiciales al Fisco, aunque lleven cláusulas de exorbitancia, esperando siempre la segunda jusión, que generalmente era menos gravosa a la Real Hacienda. López sólo acepta el cumplimiento inmediato de estas cédulas cuando se fundan en utilidad pública; la equidad, en el caso del cumplimiento de las cartas, consiste en la subordinación de la voluntad regia y de los privilegios al bien común * *.

La posición de Gregorio López —un representante importante del romanismo español, cuyas glosas tienen un valor casi legal— define la actitud oficial del Estado del siglo XVI frente al problema de la legislación: ésta se transforma progresivamente en una regalía cuyo ejercicio se desprende de las limitaciones del Estado estamental, pero continúa ligado por la idea de bien común y de equidad, guardada sobre todo por los letrados de los Consejos y Audiencias. Tal posición dista mucho de ser exclusiva de la monarquía española: así las "remontrances" del Parlamento de París con ocasión del registro de leyes que él creía inconvenientes, están inspiradas en los mismos principios que el incumplimiento español * * *.

4. Normas de gobierno de la Española en el período inicial.

Gobierno de Colón.—Las Capitulaciones de 1492 y los privilegios posteriores dieron a la familia Colón la jurisdicción hereditaria y el derecho a dar Provisiones en nombre del Rey, como Virreyes y Gobernadores hereditarios. Esta calidad, perdida en 1499, reconocida nuevamente en favor de Diego Colón en 1511, perduró hasta 1536. No obstante la delegación jurisdiccional y gubernativa, los Reyes se reservaron la dirección superior, dictando desde 1493 diversas disposiciones sobre buena gobernación, que fijan las normas para la acción del Virrey y Gobernador. En tanto que los Reyes

* Glosa 3 a la ley XXV, título XIII, II Partida: "...nec tales subscriptiones sunt a Regis consiliariis extorquendae contra eorum conscientiam, ut eleganter tradit Lucas de Penn. in 1.2.C. de tabula. lib. 10 libertas debet adesse in consulendo et subscribendo, et ut tradit S. Thom. 2.2. quaest. 104. allegans Senecam lib. 3 de beneficiis, errat si quis existimat servitutem in totum hominem descendere, pars enim melior excepta est, corpora obnoxia sunt, et adstricta dominis, mens quidem est sui juris..."

** Glosa 2 a la ley XXIX, título XVIII, III Partida.

*** Ver François Olivier-Martin, "Histoire du Droit Français", 542-545.

—dejando a salvo su supremacía— no interfieren en la jurisdicción otorgada por las Capitulaciones, la facultad de buen gobierno que se comprende dentro de los oficios de Colón está sujeta a la legislación central en forma inmediata.

La realización concreta del gobierno de la Española por Cristóbal Colón fué extremadamente precaria, a causa de los problemas de estructura económica de la colonización, pero también de las disputas sobre límites de las diversas esferas de competencia de los oficiales, y, en fin, de la diversidad de provincias y clases de donde procedían los colonos, factor de dificultades muy destacado por Oviedo. El Almirante es atacado, lo mismo que su hermano el Adelantado Bartolomé, por ser "absoluto" en la administración de justicia. Por otra parte, cuando tuvo que firmar unas capitulaciones con el rebelde Roldán, ellas abonaron el alzamiento y garantizaron a los participantes el derecho de resistencia en caso de incumplimiento, análogamente a los pactos medievales concluídos para poner término a rebeliones armadas. Colón, en carta a los Reyes protestaba contra tales condiciones, pidiendo su nulidad, ya que había sido obligado a firmarlas por necesidad extrema. Además solicitaba que se instauraran en la isla las normas fundamentales del régimen castellano, que hasta entonces no existían: nombramiento de un justicia letrado, y venida de dos consejeros *. Sólo esporádicamente se había establecido, anteriormente, un grupo de consejeros junto al que ejercía el gobierno. Pero los Reyes desestimaron la petición y enviaron a un Juez Pesquisidor con poderes de Gobernador, poniendo así término al mando de Colón.

Predominio de la legislación metropolitana.—Las formas de gobernación se desarrollan a lo largo de los períodos de Bobadilla, Ovando y los dos períodos de Diego Colón (separados por el intervalo de 1515-20, época de los Jueces de Residencia y los Jerónimos). La característica esencial del gobierno de la Española es la preponderancia completa de la legislación regia, que abarca y determina las normas fundamentales. Ya las instrucciones a Ovando de 1501 y 1503 trazan un régimen total de indios y españoles, que el Gobernador debe realizar; las posteriores cartas y cédulas llenan las lagunas, solucionan las dificultades particulares, dan nuevas normas de detalle. De nuevo en 1512-13 se producen grandes reformas orgánicas en el sistema de relación con los indios, y los planes legislativos en relación con esa materia prosiguen con intensidad a partir de 1516. Las peticiones de los frailes dominicos sobre reforma o supresión de la encomien-

* Las Casas, "Historia de las Indias", Libro I, Capítulo CLX.

da; las tesis de los letrados, teólogos y consejeros planteadas en Juntas Extraordinarias, sobre legitimación de las conquistas y tratamiento de los indígenas, todo ello confluye en material legislativo producido en la península.

Esa legislación regia tiene diversos antecedentes. En primer lugar, las informaciones suministradas por la correspondencia de todos los funcionarios, y primeramente de los Gobernadores: Las Casas cita la correspondencia de Ovando a los Reyes como motivadora de la orden de diciembre de 1503, que admitió el servicio personal. Se puede mencionar también, como otro ejemplo, el despacho de 25-VII-1511, en que Fernando el Católico promete no dar más encomiendas a ausentes, porque así se lo ha pedido Diego Colón; pero la precariedad de tal promesa, quebrantada en 1514, indica que aquel Rey no se sentía en manera alguna ligado jurídicamente ni por su anterior legislación, ni por lo que en Indias se consideraba un justo principio de gobierno *.

Las informaciones y peticiones de los colonos tienen también, a veces, alguna influencia en las decisiones regias: de allí la importancia de las disposiciones de 14-VIII-1509, que censuran la política de Ovando de impedir que los vecinos escribieran libremente al Rey, norma tan destacada recientemente por Hanke * *. Pero, más que los particulares, son los procuradores de los Cabildos los que obtienen medidas importantes (así el privilegio de elección de los alcaldes ordinarios, 1507; la inalienabilidad de las Indias, 1519-20).

El influjo permanente más grande sobre el gobierno indiano, en el período de Fernando, es el de Fonseca y de los secretarios del Rey. Pero, a partir de la controversia provocada en 1511 por la predicación de Montesinos en Santo Domingo, entra en acción un nuevo elemento doctrinal que conforma poderosamente la legislación, aunque la conducción del gobierno mismo sigue en manos de aquellos burócratas. Ese factor doctrinal es el que se expresa en las grandes Juntas Extraordinarias, en que el Derecho romano-canónico y la teología escolástica, interpretados en relación con las circunstancias indianas, determinan la dictación de las Leyes de Burgos y Valladolid de 1512 y 1513, y más adelante, en 1516-20, Instrucciones y leyes diversas sobre el régimen indígena. En tales Juntas entran

* Las Casas, "Historia de las Indias", Libro II, Capítulo XI (sobre la influencia de Ovando en la Cédula de 20 de diciembre de 1503). Carta real de 25-VII-1511, en CDIAO, 32, 257-266.

** CDIAO, 31, 452-458. Lewis Hanke, "La lucha por la justicia...", 86 y siguientes.

letrados de la administración peninsular y religiosos de la península y de Indias.

Así, la legislación regia del período sirve de conducto —en los sectores más decisivos del Derecho— al pensamiento escolástico-romanista; mas también influyen la tendencia burocrático-legalista, que domina sobre todo en los años del reinado de Fernando, 1504-16, y la tendencia vecinal, representada por las peticiones de los mismos colonos, apoyadas a veces por los Gobernadores. Pero lo decisivo, desde un punto de vista estructural, es la preponderancia de la legislación peninsular sobre la vida jurídica local.

Autonomía legislativa.—Todos los justicias del Rey tienen derecho a dar mandamientos verbales o escritos para poner en ejecución lo que la legislación central les ha cometido expresamente, o para cumplir los fines generales de su oficio. Estas órdenes, cuando son escritas, se dan por Provisiones, Cédulas, Autos, o formas innominadas de mandamientos; se pueden dar en nombre propio, o en nombre del Rey y con su sello, como lo pudieron hacer, en la Española, los Colón. Pero la autonomía legislativa supone una posibilidad mayor, la de crear nuevo Derecho por mandatos dictados en las mismas Indias.

La legislación central señala un margen para tales iniciativas. Altamira ha recogido algunos textos en que los Reyes dicen que, a causa de la distancia, no pueden dar decisión determinada, y la confían a un Gobernador *. La Instrucción de 20-III-1503 ordena a Ovando que, con los Oficiales Reales, vea la forma que debe adoptarse en cuanto al trabajo indígena, pero dentro de un marco allí mismo marcado, y dando aviso al Rey para que éste decida. En tales disposiciones, más que una auténtica autorización para legislar, se trata de una comisión para deliberar y proponer, sin que se pueda ejecutar inmediatamente lo acordado, pero tomando entretanto medidas ("y entretanto que en coger del oro se ponga toda diligencia"). En cambio, en asuntos como la construcción de caminos, el Rey escribe a Ovando en 1505 que en cosas de esta calidad debe hacer como le parezca, "porque en enbiar acá por la rrespuesta se pierde mucho tiempo". Se sienta así el precedente que en negocios que requieren mandamientos puramente ejecutivos, porque son de solución fácil, ya que figuran entre los fines generales del buen gobierno, no es necesaria la consulta a la península.

* Rafael Altamira, "Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español. Legislación metropolitana y legislación propiamente indiana (siglos XVI a XVIII)", 39 y siguientes.

Desde 1516 a 1520, con la Regencia de Cisneros y el gobierno de Carlos V, la delegación legislativa toma formas más amplias en relación con el problema indígena, que se constituye, gracias a Las Casas, en el asunto central del Derecho Indiano. La monarquía constituye en la Española hombres de confianza —los Jerónimos, luego el Juez de Residencia Figueroa— en los cuales delega la decisión discrecional. La Instrucción del Cardenal Adriano a los Jerónimos, en 1516, reglamenta los diversos tipos de régimen que se podrían alternativamente implantar, entregando la elección entre ellos a los emisarios. Figueroa lleva poderes para informarse y dar su parecer al Rey; entretanto aplicaría las Leyes de Burgos, pero con facultad para enmendar y adicionar desde luego esas Ordenanzas reales. Este considerable poder legislativo autónomo, entregado desde 1516, no al Gobernador Colón —que entonces se hallaba en España— sino exclusivamente a religiosos y a letrados que van con misiones especiales, coincide con el contenido mismo de la legislación de esos años, fuertemente influída por el punto de vista teórico de los religiosos, que se quiere implantar concretamente por enviados directos de la monarquía. No se confiere propiamente una autonomía a los oficios permanentes radicados en Indias, sino a esos enviados directos; es decir, que la estructura jurídica del poder legislativo no ha variado con relación al centralismo de la época de Fernando, pues son funcionarios en comisión —propiamente poderes metropolitanos trasladados temporalmente a las Indias— los que poseen tal atribución. Lo que ha variado en 1516 es, sobre todo, la jerarquía que realmente se da a los fines de la legislación peninsular: el punto de vista fiscal-regalista retrocede frente a un sentido más doctrinal de la buena gobernación. Este mayor acento puesto sobre los fines marcados por la teoría política, a partir de la Regencia de Cisneros, ha servido a Manuel Giménez-Fernández de punto de partida para oponer el período de Fernando al de su sucesor *.

En conjunto, pues, los Gobernadores han tenido un campo autónomo circunscrito; la iniciativa funciona en casos previstos por la misma legislación metropolitana. Naturalmente, cuando se trata de cosas en que no se puede esperar la respuesta real a causa de su urgencia, los Gobernadores pueden proveer inmediatamente; pero Fernando controla firmemente la realización de este principio, impidiendo su interpretación amplia. La Cédula de 6-VI-1511 a Diego Colón censura los mandatos expedidos por éste para que los colonos se casasen, para que los caciques de menos de 50

* Manuel Giménez-Fernández, "Hernán Cortés y su revolución comunera en la Nueva España".

indios fuesen naborias y, sobre todo, el haber procedido al repartimiento de indios; es obligación del Gobernador consultar en cosas que admiten dilación, y esperar la respuesta, sin proveer de antemano *.

Consejo.—Otro aspecto del buen gobierno de la colonia es el principio de que el Gobernador debe tomar consejo en sus decisiones. Hemos dicho que Colón pedía letrados y consejeros. Ovando vino ya de la península con un Alcalde Mayor letrado, que juzgaba en lugar suyo, conforme a Derecho; respecto al consejo, la legislación confió esta función a los Oficiales Reales. Así, las Instrucciones de 20-III-1503 encargan conjuntamente al Gobernador y a los Oficiales el conocimiento de todos los asuntos relativos al servicio personal de los indios para los españoles y para el Rey. Muchas Cédulas se dirigen al Gobernador y Oficiales; cuando Diego Colón se queja de ello, el Rey le escribe que idéntico procedimiento se sigue con los Virreyes de los dominios europeos de la monarquía; que se les escribe conjuntamente, para que él provea con parecer de aquéllos, pero sin quitarle la singularidad de la decisión, pues le toca todo lo relativo al buen gobierno; la carta se dirige también a los Oficiales para que éstos puedan solicitar y recordarle el mandamiento regio: principio duraderamente seguido en la legislación indiana, que empleó estas Cédulas a varias autoridades, aun cuando sólo a una de ellas perteneciera la resolución y ejecución. A estos primeros consejeros funcionarios del Gobernador se unen en 1511, en un rango más alto correspondiente a su calidad jurisdiccional, los Oidores de la Audiencia. En 23-I-1513 se manda a Diego Colón que entienda con los Jueces Oidores y con los Oficiales Reales en todos los negocios del gobierno de Cuba, a fin de que no se cometan los yerros de la Española y de San Juan * *.

La concepción del consejo tiende a modificarse en la isla, con ocasión de la gran encuesta sobre las encomiendas abierta por los Jerónimos conforme a las Instrucciones que llevaban de la península. Los enviados de la Corona debían informarse y negociar con 3 o 4 representantes de los colonos, "de los prudentes e sabios", y también deberían hablar a los caciques por medio de frailes, haciendo que ellos nombraran también 3 o 4 representantes. Rodrigo de Figueroa, que llevaba poderes semejantes, debía oír a los Obispos, a los Jerónimos, y a aquellos vecinos que estuvieran libres de apasionamientos, a causa de que el mismo Figueroa hubiera ya

* CDIU, I, 1-14.

** Carta sin fecha a Diego Colón sobre las cédulas dirigidas a él conjuntamente con los Oficiales, en CDIAO, 32, 414-429. Cédula de 1513, en CDIU, 6, 2.

libertado a los indios de sus encomiendas, por considerarlos capaces de vivir en comunidades independientes. La gravedad moral y económica del problema movía a los dirigentes de la monarquía a ampliar el consejo, a escuchar los pareceres de los vecinos y de los mismos indígenas, pero reteniendo firmemente en los representantes reales el poder decisivo. Esta tendencia a buscar formas más populares de consejo vino a dar su fruto en las peticiones que las ciudades presentan a los Jerónimos en 1518 sobre todos los aspectos del régimen colonial. La progresiva formación de un sistema de libre elección capitular, por la limitación de los poderes de Diego Colón, colabora al ascenso de los Cabildos como órganos de petición frente a los justicias regios *.

Incumplimiento de las órdenes reales.—La práctica de la suspensión de cartas del Rey ha pasado obviamente a Indias, como integrante del sistema jurídico castellano. Ya a la llegada de Bobadilla a la isla, cuando presenta sus Provisiones de Gobernador, los que tenían los oficios en la Isabela declaran no tener poder de Colón para cumplirlas, insistiendo en que el Almirante tenía privilegios más fuertes y antiguos. Bobadilla no aceptó esta suspensión, y debió tomar la fortaleza de la ciudad para hacerse reconocer. Este caso de incumplimiento involucra una argumentación formalmente válida —la falta de poder para realizar un acto jurídico como el obedecer y cumplir los despachos—, pero a la vez una posición respecto del contenido mismo de las Provisiones de Bobadilla, al desvalorizarlas frente a las más antiguas de Colón * *.

Un caso de sobreseimiento o suspensión repetida de cartas reales, por iniciativa de los Gobernadores Ovando y Diego Colón, se refirió a los mandatos de proveer de indios a las personas que quedaban residiendo en Castilla. La suplicación al Rey para que corrigiese su orden cumple aquí el sentido de una defensa del avecindamiento y de la población de la tierra contra el libre uso regio del medio más importante de arraigo colonial. Esta resistencia de los Gobernadores movió a Fernando a prometer el abandono de tal práctica, como lo dice en la carta citada de 25-VII-1511. En 23-II-1512 escribe que el repartimiento no debe hacerse en la isla, porque ese acto es, después de la justicia, su principal regalía; no pretende tomar los indios directamente para sí, aunque deben darse por su mano; pero reconoce al Gobernador el derecho a mirar si el que lleva cédula

* La Instrucción a los Jerónimos, CDIAO, 11, 258-276; a Figueroa, CDIAO, 23, 332-353 (especialmente p. 338).

** Las Casas, "Historia de las Indias", Libro I, Capítulo 180.

tiene los requisitos fijados por las leyes sobre repartimientos, pues en la Corte se dan tales cédulas a todos los que las piden. Pero en 1514 Fernando transgredió los límites, enviando a los Jueces Repartidores, que prescindieron de la condición de avecindamiento defendido por los Gobernadores. El recurso de suplicación pudo atajar, hasta esa fecha, la voluntad del Rey.

También los Cabildos pueden suplicar de las Provisiones reales. Así, el de Puerto Rico, en su sesión de 31-VII-1515 tomó conocimiento de un nombramiento de Fiel Ejecutor otorgado por Fernando. Hasta ese momento, no existía tal oficial de concejo en la isla; el Cabildo regulaba todo lo relativo a pesas y medidas, tomando informaciones de simples Fieles sin jurisdicción ni poder de ejecución. El procurador requirió al Cabildo para que suplicara. El recurso que éste entabla ante el Rey, suspendiendo entretanto el mandato de recibir al designado, se basa en que aquél ha sido mal informado (que ha habido "siniestra relación", en la terminología de la época), pues cree que existía tal oficio en la isla. La falsedad del antecedente y la inconveniencia de la decisión van explicadas en el auto de suspensión y suplicación *.

La posición del sobreseimiento dentro del sistema jurídico no es nunca atacada en principio. El Rey insiste solamente en que se cumplan los trámites regulares de obedecer y no cumplir, luego consultar, y en fin ejecutar inviolablemente la segunda jusión. Así lo dice en los despachos de 13-XII-1508, 14-VIII-1509 y 25-VII-1511. Este último documento refiere la conducta de Diego Colón frente a una orden para destinar mil indios a que sacaran oro para el Rey. El Gobernador consideró que ella perjudicaba a los vecinos y la sobreseyó; luego procedió a hacer repartimientos sin esperar respuesta del Rey, y sin darle entonces indios. El Rey acepta el sobreseimiento, pero observa y reprocha el no haber cumplido su mandamiento en el momento del repartimiento, donde no se habría producido descontento * *.

Una oposición a las leyes, distinta de esta forma de resistencia, fué la denuncia eclesiástica de la incompatibilidad de aquéllas con las leyes naturales y divinas, con amenazas de negación de la absolución sacramen-

* Según carta del Lic. Zuazo en 22-I-1518 (CDIAO, 1, 307-308), Ovando y Diego Colón suplicaban sistemáticamente de las cédulas de encomienda a privados del Rey Fernando. Carta de 25-VII-1511, cita pág. 245; la de 23-II-1512, en CDIAO. 32, 329-340. Suspensión en el Cabildo de Puerto Rico en 1515, CDIAO, 11, 526-535.

** Cédula de 1508, CDIAO, 39, 185; la de 14-VIII-1509, CDIAO, 31, 452-458; la de 6-VI-1511, CDIU, 1, 1-14; la de 25-VII-1511, CDIAO, 31, 257-266.

tal a los que siguen la ley positiva. Un conflicto semejante estalló cuando los dominicos de la Española comenzaron, dice Las Casas, "a juntar el derecho con el hecho", frente al problema de las encomiendas. Fernando reprende primero tal actitud de los frailes, pero luego convoca a una Junta para conocer del asunto. La incitación al incumplimiento de la ley, hecha por Montecinos, ha llevado, pues, a una reconsideración de todo el problema, tomando en cuenta no solamente el consejo ordinario de Fonseca y de los burócratas especializados en Indias, sino de un conjunto más amplio.

Mirado en conjunto, el tipo de gobierno de la Española, hasta 1523 —fecha en que el centro de gravedad de las Indias se comienza a desplazar hacia el continente— se caracteriza por la fuerte subordinación de las autoridades indianas y de sus decisiones a la legislación regia; por el margen relativamente circunscrito de la autonomía legislativa; por la mediana eficacia del recurso de incumplimiento; por las formas burocráticas del consejo del Gobernador, que solamente desde 1516, bajo la Regencia de Cisneros y el régimen de los Jerónimos, empiezan a transformarse, abriéndose más ampliamente hacia los depositarios de la doctrina (religiosos) y hacia los organismos vecinales (Cabildos).

5. El gobierno en los países de conquista hasta 1542.

Desde 1508, año en que comienza la expansión de los colonos desde la isla Española y desde la metrópoli hacia Puerto Rico, Veragua y Urabá, se van formando nuevos distritos jurisdiccionales en las Indias. Puerto Rico queda sujeto al Gobernador de la Española; las expediciones de Ojeda y de Nicuesa, aunque también nominalmente subordinadas, vivieron más entregadas a sus propios recursos, dirigidas exclusivamente por sus capitanes de conquista. En 1510 ocurrió la formación del Cabildo de Santa María del Darién, que proclama por primera vez a un justicia, en resistencia contra el alcalde mayor del Gobernador Ojeda. Pero solamente en 1513, con la llegada de Pedrarias Dávila, la Gobernación de Tierra Firme o Castilla del Oro adquiere un contorno institucional más firme, como la primera de las grandes provincias de conquista, de origen distinto a la Española, e independiente de ella. Tierra Firme, México, Guatemala, Santa Marta, Nicaragua, Yucatán, Venezuela, Perú, Nueva Galicia, Cartagena, Honduras, Paraguay, Nuevo Reino de Granada, son las principales provincias, formadas por Conquista, que han ido surgiendo y organizándose, una tras otra, hasta 1540, como productos del movimiento centrífugo colonial.

Legislación regia y autonomía colonial.—Los Reyes procuran, en los momentos iniciales de las Gobernaciones, dar todo un sistema de normas fundamentales para la organización de la tierra: a tal objetivo responden las Instrucciones a Pedrarias Dávila en 2-VIII-1513, a Cortés en 26-VI-1523. Desde las Provisiones de Granada de 17-XI-1526, la conquista y la constitución de las poblaciones españolas adquiere una regulación general, por la inserción de esa Provisión en todas las Capitulaciones. La legislación sobre indígenas se empieza a poner en vigencia, a pesar de la oposición de los conquistadores, en los años posteriores a 1526. Las Ordenanzas de Audiencias de 1528, las Instrucciones sobre la Real Hacienda de 1531, etc., testimonian la actividad legislativa del Consejo de Indias, organizado independientemente desde 1524: frente a las disposiciones particulares para cada provincia, que resuelven casuísticamente los problemas que plantea la correspondencia procedente de Indias, todas aquellas Ordenanzas e Instrucciones testimonian —dice Alfonso García Gallo *— la aparición de una nueva época dentro del Derecho Indiano, el momento de maduración, que puede datarse a partir de 1526. La legislación no se limita ya a seguir las iniciativas propuestas desde las colonias, sino que es una iniciativa por sí misma.

Pero esta legislación metropolitana, cada vez más amplia, deja un margen también extensísimo a la autonomía de los organismos coloniales. Dentro de la literatura histórico-jurídica actual, es a Rafael Altamira a quien corresponde el gran mérito de haber apuntado más enérgicamente hacia ese hecho de la autonomía * *. Nosotros nos limitaremos, en este punto, a ampliar sus resultados, sobre la base de otras fuentes.

Pedrarias Dávila, al ser designado Gobernador, recibió poder para hacer Ordenanzas generales para su distrito, y particulares para cada ciudad, incluyendo la facultad de poner penas y de ejecutarlas, con fines de buen gobierno. En 2-VIII-1515, Pedrarias recibe una autorización extraordinaria: en vista de los inconvenientes de la dilación en consultar al Rey en muchas cosas, de que éste no está bien informado, se le faculta para dispensar del cumplimiento de las Instrucciones de dos años antes, para proveer de nuevo en cuanto al repartimiento de las cabalgadas, a los gastos extraordinarios, y a otras cosas convenientes al bien común, si bien fijando requisitos especiales en la adopción de las decisiones.

Cortés ha procedido, por una autoridad que debe haberse considerado en 1520 ya implícita en todo Gobernador, a dictar Ordenanzas militares y de buen gobierno, que puso en seguida en práctica y remitió a España;

* Lecciones orales citadas de 1947-48. ** Obra citada en la nota de pág. 246.

aunque ellas no recibieron confirmación explícita, han tenido importancia fundamental para la formación del régimen mexicano, en lo relativo a encomiendas y a Cabildos. Lo decisivo de sus Ordenanzas sobre encomiendas es que introducen una forma de un tipo radicalmente distinto al correspondiente de la Española, precisamente cuando la monarquía acababa de ordenar, por las Instrucciones de 26-VI-1523, la supresión de aquella institución. Cortés no publicó esa orden y promulgó sus propias leyes. Se abre así un precedente de autonomía y de facultad para contrariar la legislación metropolitana, que es algo bien diferente de la limitada potestad que tenían en este campo los Gobernadores de la Española: éste es el verdadero momento inicial de la creación de un Derecho Indiano distinto del dictado en la metrópoli.

Hay otros ejemplos importantes de legislación colonial durante este período. La II Audiencia y el Virrey Mendoza han legislado en México sobre todos los asuntos del Estado. La aceptación, por parte del Consejo, de tal legislción, se evidencia en la carta de 20-IV-1533; en España se miró con sorpresa la autorización concedida por la II Audiencia para que los corregidores de indios vivieran a veces fuera de sus pueblos, como algo contrario a los fines de tal función; pero se acordó remitirlo al Presidente y Oidores, "como a personas que teneys la cosa presente", autorizándolos para cualquier decisión. En el Perú, las Ordenanzas de Pizarro de 26-III-1534, relativas a los indígenas, han recibido expresa confirmación en 20-XI-1536: la Provisión Real de esta fecha declara que se han visto en el Consejo aquellas Ordenanzas, las que son allí reproducidas, pero quitando algunas, modificando y añadiendo otras, y mandando que las no confirmadas no sean guardadas. En cuatro Cédulas adjuntas, de 3 y de 20-XI-1536, se le remiten las disposiciones que han parecido inconvenientes u oscuras, ordenándole que, junto con el Obispo, vuelva a informarse y a proveer, enviando relación. Aquí se plantea nítidamente el límite del poder legislativo de los Gobernadores y demás autoridades indianas: las disposiciones rigen desde luego, pero deben cesar cuando expresamente el Rey las desaprueba.

Los enviados en comisión por el Rey suelen recibir también poder legislativo. Luis Ponce de León va en 1525 a la Nueva España para tomar la residencia de Cortés; lleva poder de sustituirlo en el gobierno, pero sus facultades especiales se srefieren preferentemente a informarse, más que a proveer, salvo en el caso del trabajo de los esclavos en las minas de oro. Semejante es el caso del Obispo Tomás de Berlanga, en su misión al Perú de 1535, pero se le faculta para hacer tasación de los tributos y dictar Or-

denanzas sobre el buen tratamiento de los naturales, conjuntamente con el Gobernador. Vaca de Castro lleva comisión especial para dictar Ordenanzas en una serie de materias: Real Hacienda, bienes de difuntos, doctrina de los indios (en conjunto con el Obispo), comercio de esclavos y traslado de indios libres, tamemes, ganados de los naturales. Todos los negocios en los cuales el Consejo tiene noticia de que han incidido abusos o negligencias, quedan entregados al Comisionado, no sólo para que envíe relación, sino para que provea desde luego. Las Ordenanzas dictadas por Vaca de Castro sobre tambos son posteriormente alabadas en el Perú, como modelo de legislación largamente guardada, que conservaba viejas instituciones incásicas, poniéndoles límite y tasa.

La extensión del poder legislativo de los justicias reales en Indias, durante estos años, ha sido, pues, muy considerable. A pesar de que la legislación metropolitana se afana por regular jurídicamente la conquista, especialmente a partir de 1526, el Consejo ha captado ya la imposibilidad de legislar exhaustivamente desde España: "ca por ser la tierra nueva y muy diferente desta, no se os para de dar particular Regla ni Instrucción de todo lo que combiene ni restreñiros a la guarda e observancia de todas las leyes de Nuestros Reynos, sino encargaros la conciencia, confiando de vuestra persona..." (Instrucción a Pedro de los Ríos, Gobernador de Tierra Firme, 3-V-1526). De allí la aceptación tácita de casi toda la legislación producida en las colonias: incluso frente a las Ordenanzas de Cortés, incompatibles con la Instrucción de 1523, no se acude a un procedimiento drástico, sino que se envía, más de un año después, a un Juez de Residencia, con facultades para informarse y hacer llegar al Consejo un nuevo punto de vista *.

Consejo y Petición.—El principio del consejo, como ya lo hemos dicho, tenía en la monarquía española de la época un doble sentido: por una parte, debía existir un organismo permanente encargado de esa fun-

* Poder legislativo de Pedrarias Dávila en su nombramiento, J. T. Medina, "El Descubrimiento...", II, 42-43; carta de 1515, ibid., 75. Las Ordenanzas de Cortés sobre encomiendas, ya citadas en pág. 112; sobre Cabildos, publicadas por Lucas Alamán, "Disertaciones sobre la historia de la República Mexicana", II, 119 y siguientes. Carta de 1533, PCI, 84v-85. Confirmación de Ordenanzas de Pizarro, CDIU, 10, 353-359. La Cédula de 3-XI-1536 repara la ordenanza de Pizarro sobre que los mitimaes continuaran donde ya estaban, mandando en cambio que pudieran volver a sus tierras si así lo quisieren, encargando al Gobernador y al Obispo tornen a considerar toda la regulación de este punto, sin guardar el mandato primitivo del Gobernador (Archivo General de Indias, Audiencia de Lima 565, II, 224). Otra Cédula de la misma fecha le remite una ordenanza sobre el cargar de los

ción; por la otra, todos los súbditos, y especialmente los notables y doctos, debían poder tener la posibilidad de dar su informe o su parecer, cuando lo creyeren conveniente o cuando se les pidiera. En las colonias, se va consolidando paulatinamente una forma administrativa de consejo, pero a la vez, en este período, se va abriendo paso a paso el más amplio concepto de tal función; más aun, la propia legislación peninsular prescribe, en materias determinadas, tomar consejo con personas que no tienen oficios burocráticos.

El Consejo de los Gobernadores, en el manejo de los asuntos corrientes está formado principalmente por los Oficiales Reales. La Instrucción inicial a Pedrarias le ordenaba conocer de los asuntos arduos de gobierno con el Obispo de Darién y con los Oficiales Reales, haciéndose con acuerdo de todos, de manera que, cuando estuviesen juntos, escribriesen en conjunto las cosas generales, además de lo que comunicaren particularmente. Cuando el Gobernador recibe la autorización ya mencionada de 2-VIII-1515 para dispensar de las normas dadas desde España, de acuerdo con el bien común, especialmente en cuanto a hacer gastos extraordinarios, se le prescribe proceder con parecer del Obispo y Oficiales, siguiendo el parecer de la mayoría: se sienta así, para cosas de Hacienda, un principio corporativo, para dejar a salvo la independencia del manejo de ese ramo del arbitrio de los Gobernadores, pero suministrando una vía que seguir en ocasiones realmente extraordinarias. Pero la descomposición del gobierno de Tierra Firme bajo Pedrarias hizo fracasar todas las formas legales. La justicia debía ser ejercida por el Alcalde Mayor, no por el Gobernador, y sin embargo la condena a pena de muerte de Balboa fué impuesta por Pedrarias contra el dictamen de su alcalde Espinosa. Los conflictos causados por la intervención de los Oficiales en el gobierno mueven al Rey a suprimir su función de consejo, separando radicalmente las funciones (19-VI-1519); el Obispo había partido a España en 1518, y su sucesor no volvería hasta 1523. Los Jerónimos ,al conocer la ejecución de Balboa, mandaron al Gobernador que no procediera en ningún asunto importante

indios (ibid.); otra también de esa fecha, anula la pena de muerte a los negros fugitivos (ibid. 233v); una de 20-XI del mismo año, en fin, pide más información de una ordenanza que hablaba de residencia del encomendero en su pueblo para evitar el desarraigamiento de sus indios (ibid. 234). I Instrucción a Ponce de León, CDIAO, 23, 368-381. Instrucción a Tomás de Berlanga, CDIAO, 23, 414-422. Instrucción de Vaca de Castro, CDIAO, 23, 468-506. Referencia a las Ordenanzas de Vaca de Castro sobre tambos, en Polo de Ondegardo, informe de 1571, en CDIAO, 17, 92. Pasaje de la Instrucción a Pedro de los Ríos, CDIAO, 23, 391.

sin el consejo del Cabildo del Darién, acudiendo a un organismo vecinal para impedir nuevas arbitrariedades. En 1523 Gonzalo Fernández de Oviedo acusa a Pedrarias de que, con el fin de usurpar las utilidades obtenidas para el Rey en las entradas, sigue reuniendo a los Oficiales y pidiendo su parecer, de acuerdo con la Carta de 1515, aunque ya ellos no tienen intervención en las demás cosas de gobierno *. A pesar de los resultados del sistema de Tierra Firme, la legislación dejó de mano el principio de separación radical sentado en 1519, y conservó a los Oficiales Reales su papel de consejeros. En la Instrucción a Cortés de 1523 se le recomienda la conformidad con ellos en todos los asuntos, y se le prescribe actuar en conjunto en la designación de regidores, en la descripción de la tierra y en la elección de asiento para las ciudades. Cortés se queja, en su carta de 15-X-1524, de los resultados que ha tenido la intromisión de los Oficiales en el gobierno de la Española, y se opone a la prolongación de ese régimen. Sin embargo, ellos son quienes le suceden interinamente durante su viaje a Honduras, y Ponce de León viene con instrucciones de tomar su parecer a la vez que el del mismo Gobernador, después de tomada la residencia a éste. Pero son especialmente las Instrucciones reales a Pedro de los Ríos para Tierra Firme (3-V-1526) las que fijan un sistema regular de consejo administrativo. Se le ordena dejar el ejercicio de la justicia al Alcalde Mayor, y en materias de gobierno tomar siempre el parecer del mismo Alcalde y de los Oficiales Reales, reuniéndose todos en días y horas fijas, escribiendo en conjunto las cartas generales al Rey, llevando un libro para todos los acuerdos adoptados sobre materias de Hacienda o en otras cosas, de modo "que cada uno de vosotros haga cuentas que el oficio del uno toca al otro". La legislación prolongaba pues, en las nuevas tierras, el principio, ya sentado en la Española, de constituir un consejo con los magistrados de la provincia, y con los funcionarios de la Real Hacienda, ligando al Gobernador a no prescindir jamás del principio colegial. La colegialidad se destaca sobre todo en materia de Hacienda: la importancia de hacer efectiva la prohibición de llevar oro sin fundir, y de controlar las entradas aduaneras, explica el que se entregue conjuntamente al Gobernador, el Alcalde Mayor y los Oficiales las funciones de registro de barcos, y en general todo el control rentístico. Las normas planteadas en la Instrucción a Pedro de

*Instrucción 24 a Pedrarias, sobre consejo en cosas de Gobernación: J. T. Medina, "El Descubrimiento...", II, 53; pasaje de la carta de 2-VIII-1515, en ibid., 75. Orden de los Jerónimos sobre normas de buen consejo en Tierra Firme, Las Casas, "Historia de las Indias", III, capítulos 76 y 106. Cédula de 1519, en Pablo Alvarez Rubiano, "Pedrarias Dávila", 491-492. Carta de Oviedo en 1523, en J. T. Medina, "El Descubrimiento...", II, 259-266.

los Ríos han servido, no solamente para el régimen de Tierra Firme, sino para otras Gobernaciones, pues se las encuentra en 1529 en Nicaragua *.

Entretanto, la Corona ensayaba el gobierno corporativo de las Audiencias en Santo Domingo y en México, a partir de 1524 y 1527, respectivamente. Al ascender los Oidores del papel de consejeros al de partícipes en la función del gobierno mismo, los peligros de la arbitrariedad del régimen unipersonal quedaban totalmente excluídos, y desaparecía también la necesidad de tomar permanentemente el consejo de los Oficiales Reales, cuya asistencia sólo se justificaba en cosas relativas a la Hacienda. Así, va desapareciendo en Nueva España el papel de consejo general de aquellos funcionarios. Cuando termina el gobierno de la II Audiencia y es nombrado Virrey don Antonio de Mendoza, esta evolución ya está terminada, pues en las Instrucciones que lleva, se le ordena que él sólo tenga la gobernación, pero que en las cosas importantes se comunique con los Oidores, sin que se le obligue a oír a los Oficiales Reales sino en materias relativas a la Hacienda (p. ej., trabajo de indios en las minas). Si éste pasa a ser el sistema permanente de consejo en las provincias sedes de Audiencia, la situación donde ésta no existe tiende, en cambio, a seguir generalmente el modelo de Tierra Firme; pero la legislación del decenio de 1530 no está totalmente decidida a mantenerlo. Nuño de Guzmán, en sus Instrucciones de 1534 para la Gobernación de Nueva Galicia, sólo lleva encargo de entender con los Oficiales en materia de Hacienda. La legislación sobre materia de gobierno que se envía desde España al Perú se dirige a veces a los Oficiales Reales (carta de 8-III-1535), pero otras, en materias fundamentales de gobierno, especialmente las de 1536-37, van sólo al Gobernador y al Obispo. En la Instrucción a Vaca de Castro de 1540 reaparecen los Oficiales en puntos como la tasación de indios, la obligación de los encomenderos de construir casas de piedra y de gastar en la tierra la décima parte de sus rentas.

En suma, pues, el consejo administrativo permanente en cosas importantes de gobierno estuvo formado por los Oidores y Oficiales (tipo primitivo de la Española), o por el Alcalde Mayor y los Oficiales Reales (tipo de Tierra Firme, transmitido a otras provincias, con la excepción del Alcalde Mayor, que en muchas no existe), o, en fin, por los Oidores en

* Instrucción a Cortés, CI, IV, 247-252; pasaje de la carta de Cortés contra la intervención de los Oficiales en el Gobierno, CDHM, 1, 479-481. Instrucción a Pedro de los Ríos, CDIAO, 23, 384-409. El régimen de Nicaragua, carta del Lic. Castañeda de 5-X-1529, en Pablo Alvarez Rubiano, "Pedrarias Dávila", 666-676.

cosas de gobierno, y los Oficiales Reales en materias de Hacienda (tipo mexicano, que sería el dominante en Virreinatos y Audiencias).

La diferencia entre consejo y dirección es muy neta, salvándose siempre el principio de la distinción de funciones, que ya había sido reconocido en la Española, en la Cédula ya mencionada a Diego Colón en que se le precisaba que el gobierno le pertenecía a él, dirigiéndose los despachos a los Oficiales solamente para que le recordasen y solicitasen. En la Instrucción a Mendoza, vuelva a enunciarse el mismo principio: "... será, bien que siempre comuniquéis con los dichos nuestros Oidores las cosas importantes, y que a vos os pareciere para mejor acertar, e seguireis lo que despues de comunicado con ellos os parezca" *.

Junto a los consejeros administrativos, hay otros que tienen esta función en virtud de consideraciones especiales. Los Obispos que, inicialmente en Darién, formaban parte del consejo permanente, abandonan muy pronto ese papel —con la partida de Fr. Juan de Quevedo a España—; pero la legislación los llama frecuentemente a dar su parecer, en materias de importancia y que envuelven una revelación directa a los problemas jurídicos más graves, en los cuales se quería hacer pesar el criterio eclesiástico. Por la misma razón, figuran los prelados de las Ordenes religiosas. A Luis Ponce de León se le manda aconsejarse de religiosos en cosas de indios. La Provisión de 5-IV-1528, que anuncia la próxima perpetuación de la encomienda en México, y pide descripción de la tierra e información sobre los conquistadores, va dirigida al Presidente y Oidores de la Audiencia, a los dos Obispos de Nueva España y a los dos prelados de Ordenes de la Ciudad de México. La Cédula de 24-VIII-1529, sobre prohibición de plantar la raíz del pulque, por las inmoralidades que su bebida ocasionaba, iba despachada al Presidente y al Obispo de México. Cuando los procuradores de las ciudades mexicanas suplican contra las Provisiones sobre indígenas de 4-XII-1528, las que sin embargo fueron cumplidas, el Rey ordenó que la Audiencia, Obispos y religiosos revisaran el contenido de aquellas leyes, en cuanto a los tamemes. El Presidente Ramírez de Fuenleal protestaba en su carta de 10-VII-1532 contra esta atribución de una función de consejo a religiosos y hombres buenos, pues, decía, sólo la Audiencia ha de dar cuenta de lo que hubiere de hacer. Sin embargo, el Consejo no desvió

* Instrucciones a Nuño de Guzmán, CDIAO 23, 410-422. Carta de 8-III-1533, sobre repartimiento general, Archivo General de Indias, Audiencia de Lima 565, II, 117v (publ. por Raúl Porras Barrenechea en "Cedulario del Perú", 1529-34, que no he podido ver). Pasaje citado de la Instrucción a Mendoza, CDIAO, 23, 424 (consejo con los Oidores); sobre tomar consejo con los Oficiales Reales, ver la Instrucción que se le da en 25-IV-1535, ibid., 426-445.

su criterio: Mendoza llevó instrucción de tomar todas las informaciones previas al repartimiento de la tierra oyendo a los prelados y religiosos. En la legislación peruana, el Obispo y un religioso o laico antiguo en la tierra figuran junto al Gobernador en la averiguación sobre si los indios vendidos por los caciques son realmente esclavos (8-III-1533); al Obispo Valverde del Cuzco se le dirigen, conjuntamente con Pizarro, las Cédulas de 1536 sobre tasaciones, moderación de los repartimientos, y otras fundamentales sobre régimen de indígenas; según las Instrucciones a Vaca de Castro, debía oír al Obispo en lo relativo a las obligaciones que se quería imponer a los encomenderos para arraigarlos a la tierra *.

Además de introducirse en la constitución el principio del consejo de los eclesiásticos, en la época de las conquistas se manifiesta ampliamente la fuerza de la petición y del consejo popular de conquistadores y vecinos, ya sea porque la legislación ordene a los Gobernadores escucharlos, ya porque aquéllos requieran de los justicias la realización de determinadas medidas. Hay varios ejemplos de leyes que ordenan tomar el parecer vecinal: así, la Cédula de 16-II-1533 a Nueva España manda a la Audiencia proveer sobre la inversión de una décima parte de las rentas de encomienda en la misma tierra, con acuerdo de los vecinos o de la mayor parte de ellos; la Instrucción a Mendoza, al encargarle que platique sobre el repartimiento general con Prelados y religiosos, y "otras personas honradas", se refiere seguramente a vecinos antiguos, a los cuales también ordena consultar sobre el servicio de los indios en las minas; sobre todo, la Carta de 8-III-1533, que ordena hacer información general del Perú para proceder al repartimiento perpetuo, va dirigida al Gobernador, Oficiales Reales y a los dos regidores más antiguos de la ciudad donde se hubieren aquéllos asentado ,les encarga a todos que, en compañía de un procurador de cada una de las otras ciudades, procedan a las gestiones previas al repartimiento: aquí la intervención toca directamente a los Cabildos, por medio de regidores y procuradores.

Los Cabildos tienen, pues, funciones de consejo. Hemos dicho que los Jerónimos establecieron este principio para el caso de Tierra Firme; en la Residencia de Pedrarias Dávila se atestigua que éste hacía las Ordenan-

* Instrucción a Ponce de León, CDIAO, 23, 368-381. Provisión de 5-IV-1528, PCI, 7v-9. Cédula de 1529 sobre el pulque, PCI, 70-70v. Carta de 19-IV-1532, sobre regulación del servicio de tamemes, ENE, II, 116-117. Carta de 10-VII-1532, CDIAO, 13, 224-230. Cédula de 8-III-1533, Archivo General de Indias, Audiencia de Lima 565, I, 106 (también está en el Cedulario de Porras Barrenechea). Pasaje citado de la Instrucción a Vaca de Castro, CDIAO, 23, 501.

zas para la pacificación y conservación de los pueblos juntándose con los regidores de las ciudades. El parecer de éstos parece haberse limitado a las leyes locales, pues se agrega a continuación que aquellas que tocaban "a las otras cosas de la governación e pacificación e sosiego de entre los yndios e cristianos" se hacían con consejo de Oficiales Reales y de otros notables de la tierra. En México, la Audiencia dicta en 1534 Ordenanzas sobre la guarda de la ciudad, por requerimiento del procurador de la ciudad, previa reunión conjunta con el Cabildo; luego éste solicita que las leyes que han resultado del acuerdo en junta sean promulgadas y se envíe testimonio al Rey. Así, los Cabildos no dictan en esta época sus propias Ordenanzas, pero su consejo es indispensable *.

El principio de la petición popular se revela espontáneamente en los requerimientos. En su III Carta de Relación, Cortés escribe que fué importunado y casi forzado por los Oficiales Reales y los conquistadores para proceder al depósito de indios. Pizarro tiene que hacerlo igualmente por requerimiento del Cabildo de Jauja en 27-VI-1534. Alcalde y regidores, en este documento, exponen las razones de bien común por lo cual ello es necesario, aun antes de cumplir los requisitos exigidos por el Rey, y cargan sobre el Gobernador los daños que resulten de la negativa. Pizarro rechaza su responsabilidad, pero acepta depositar. La Cédula al Perú de 10-X-1537 informa de otro caso: los conquistadores requirieron al Gobernador para que se les repartieran 100 mil castellanos de la Real Hacienda, obligándose mancomunadamente a pagarlos del primer oro que hubiese en la tierra. Pizarro se los concedió, con parecer de los Oficiales Reales, que debían concurrir a la aprobación de estos desembolsos extraordinarios, conforme al principio sentado en Tierra Firme. El Rey justificó a posteriori el hecho consumado, pero exigió la devolución * *.

El requerimiento consiste, pues, en una petición a la autoridad competente para realizar un acto jurídico determinado, hecha por los súbditos o por otros funcionarios. El acto requerido puede ser legal, pero también, en circunstancias en que el bien común lo exija, contrario a las normas existentes. El "derecho de la necesidad", también reconocido como caso límite por el Derecho Común, imponía la transgresión. Si el funcionario

* Cédula de 16-II-1533, PCI, 86-86v. Pasajes citados de la Instrucción a Mendoza, CDIAO, 23, 430, 434. Carta de 1533, ver pág. 258. Participación de los regidores en las Ordenanzas de Tierra Firme, Pablo Alvarez Rubiano, "Pedrarias Dávila", 620. Ordenanzas de la II Audiencia en 1534, ENE, III, 149-154.

** Requerimiento de Jauja, CDIAO, 10, 293-302. Cédula de 1537 al Perú, GP, II, 51.

se negaba al requerimiento, se le podía incluso hacer formalmente fuerza; entonces la decisión que se le arrancaba quedaba fuera de su responsabilidad. Los conquistadores utilizaron este recurso jurídico allí donde la situación concreta exigía decisiones tales como la elección de un Gobernador por el Cabildo, el depósito de indios, el uso de dineros de la Real Hacienda, etc.: es decir, cada vez que las convicciones jurídicas e intereses fundamentales de todo el grupo no podían ajustarse al sistema de normas existentes. Tales actos testimonian todo el peso de los intereses económicos y políticos de los conquistadores, a la vez que la riqueza de formas del Derecho de la época, que podía absorber y dar una referencia jurídica (primado del bien común sobre la ley, extrema necesidad) a decisiones ilegales.

Incumplimiento de la legislación.—En el juicio de residencia de Pedrarias como Gobernador de Tierra Firme, se le acusa de haber violado las propias Ordenanzas por él dictadas, y uno de sus testigos de descargo da esta respuesta: "que las hordenanças que el dicho mi parte ha fecho en la tyerra las a fecho con yntincion e voluntad que se guardasen e cumpliesen por que dios e sus magestades fuesen seruidos e la tyerra aprovechada e que muchas cosas dellas se han guardado por que auia posybilidad para ello e en otras no lo auía e sy alguna auía era tan dificultosa que hera mucha molestia a los pobladores de la tyerra hacerlas guardar para poderse sostener y hera por fuerça yrse della e dexalla despoblada e esto parecera a vuestra merced claro por la mucha provesa e nescesydad en que estan los pobladores que muy pocos o no ningunos tyene bien lo que han menester y otros trabajos que no se pueden valer e poniendolos en mas aprieto e necesidad de guardar hordenanças hera totalmente destruyrlos e desterrarlos de la tyerra e por esto convenia aver alguna desymulación..." Respondiendo a otro cargo, que no ha permitido el castigo de muchos delincuentes, el mismo testigo dice que si en ello se ha sobreseído ha sido "por ser cosas e casos de mucha sustancia e delitos que tocan a la mayor parte de los pobladores de la tierra porque sobre ello convino e fue nescesario consultallo con su magestad escriuiendoselo e haciendoselo saber..." *

Esta declaración es verdaderamente típica de la época, y se puede aplicar, con mayor fuerza todavía, a la ejecución de la legislación metropolitana .El caso más importante de esta última clase de incumplimiento es el de las Instrucciones a Cortés. Respondiendo éste en 15-X-1524 a las Instrucciones reales de 26-VI-1523, objeta diversos capítulos. El más importante de ellos, relativo a la prohibición de encomendar, no solamente no lo ejecutó, dice Cortés, sino que lo ha tenido totalmente en secreto,

* Pablo Alvarez Rubiano, "Pedrarias Dávila", 607-609.

manifestándolo solamente a los Oficiales Reales y a los procuradores de las ciudades, bajo juramento de no revelarlo, por el gran escándalo que se produciría, por las causas que detalla en seguida. Aquí no se seguido el procedimiento regular de obedecer y no cumplir, que implicaba publicidad de la orden real, sino que ésta ha sido ocultada, por razones de bien común calificadas por el Gobernador.

La inejecución de los mandatos del Rey ha asumido en algunas partes proporciones que el Consejo ha considerado conveniente restringir. La Cédula a Santa Marta de 5-VI-1528 ordena que todas las provisiones de oficios y mercedes que se consideren perjudiciales sean primero cumplidas, y luego se haga la suplicación para que el Rey las revoque, expresando los motivos, pues ocurre que los justicias ponen dilación en la ejecución, para que los beneficiados, a causa de la distancia al Rey, desistan de reclamar su justicia. En vista de esto, el Rey manda que, en el momento de tomar posesión de su oficio, el Gobernador jure guardar y cumplir todas las provisiones de oficios y mercedes, y en general todos los mandamientos reales; si hubiera cosas de que conviniera suplicar, lo debe hacer después de cumplir; pero si el negocio fuere de tal calidad, que de la aplicación de la ley se siguiera "escándalo conocido o daño irreparable", puede primero sobreseer en el cumplimiento, y luego suplicar la anulación de la orden. Esta disposición no elimina, pues, la doctrina tradicional sobre el incumplimiento, ya que deja en pie la idea fundamental de la subordinación del tenor literal de la ley a su finalidad de bien común, permitiendo, cuando hay contradicción grave y flagrante con esa finalidad, la suspensión inmediata del mandato; pero se restringe este procedimiento a los casos realmente indispensables, señalando, como principio general, la obligación de cumplir, antes de suplicar la enmienda. La disposición, en su parte restrictiva del incumplimiento, concuerda con el sistema de las Partidas, especialmente con la Ley XXXIV, Título XVIII, III Partida, que, tratando de las cartas de merced, manda que ellas sean guardadas, aunque parezcan graves, ya que el Rey tiene poder para hacerlo y entiende que convienen, si bien el destinatario, después de cumplir, puede representar la inconveniencia.

Sin embargo, la Cédula dirigida a Santa Marta está fundada en circunstancias particulares de esa tierra. En 5-IV-1528 y en 12-VII-1530 se escribía a la Audiencia mexicana que los despachos reales que permiten nuevos descubrimientos y poblaciones o que ordenan dar mercedes diversas, debían ser examinados con cuidado, pues muchas veces se daban por importunidad de los pretendientes, y podían ser en daño del Rey y de la

tierra, de manera que la Audiencia debía sobreseer, si los estimaban inconvenientes. Así la monarquía, haciéndose cargo de un mal casi inevitable en las cortes de la época, las concesiones a pretendientes indignos, constituía un remedio a ello en el sistema del incumplimiento, que se consideraba digno de confianza cuando lo ejercía una Audienria, mas no una Gobernación militar como la de Santa Marta. La Audiencia se convertía pues, en este caso, en lo que la técnica jurídica europea ya descrita llamaba un "mixto ejecutor" distinto al "mero ejecutor" *.

La II Audiencia ha insistido, en general, en el cumplimiento de los mandamientos reales, incluso en casos en que consideraba existir alguna inconveniencia, como lo declara en la carta de 30-III-1531. El problema revistió cierto carácter de gravedad cuando los procuradores de las ciudades suplicaron de las Ordenanzas de buen tratamiento de los indios de 4-XII-1528. Estas disponían en su texto que debían ser guardadas y cumplidas, a pesar de cualquier apelación o suplicación que interpusieren los vecinos, pues muchos deseaban que no se ejecutaran por su interés particular. La Cédula de 24-VIII-1529 insistía en este último punto. La Audiencia, en la misma carta de 30-III-1531, daba cuenta que, efectivamente, se cumplían esas leyes, a pesar de las suplicaciones, las que seguían su curso normal, transmitiéndose al Rey en Consejo; por la carta de 19-IV-1532 se sabe que se temperó la prohibición de cargar a los indios, ante la súplica. En cambio, Nuño de Guzmán, el Gobernador del Pánuco, desligándose de la orden expresa, recibe la suplicación que el Cabildo presenta contra las Ordenanzas por medio de procurador, la dirige al Consejo, y él mismo dicta, en 10-III-1532, un auto en que, después de obedecer, declara que las guardará en su territorio sólo en cuanto fuere posible, exceptuando expresamente la disposición sobre no cargar a los naturales, por ser tierra nueva, con indios indómitos, que no sirven en ninguna otra cosa, y que no se les puede reemplazar por recuas. Nueva España, agrega, está pacificada hace mucho tiempo, tiene haciendas y granjerías; en Pánuco, los conquistadores necesitan ser mantenidos y proveídos, pues de otro modo, nadie irá a esa tierra. Las Ordenanzas han sido dictadas para la Nueva España, y no es creíble que el Rey las quiera extender a una tierra nueva. Suplica, por tanto al Rey, "de lo no bien informado en esta parte, para bien informado ser" * *. Nuño de Guzmán, a causa de su con-

* Carta de Cortés, CDHM, I, 470-483. Cédula de 1528 a Santa Marta, CI, II, 107-108. Textos de 1528 a México, en PCI, 26v; de 1530, PCI, 44v.

** Pasajes de la carta de la II Audiencia en 1531, ENE, II, 52, 54. Cédula de 1529, en PCI, 52. Auto de incumplimiento citado de Nuño de Guzmán, CDIAO, 14,

ducta en Nueva España y en Pánuco, fué muy pronto destituído por la Corona; pero, en todo caso, las alegaciones que presenta contra las Ordenanzas tienen una significación general, al señalar los motivos que suelen plantearse por los conquistadores, Cabildos y Gobernadores, contra la legislación sobre indígenas, que, generalmente, más que en una teoría, se fundan en las circunstancias locales, distinguiendo entre lo que es posible en tierras ya asentadas y lo posible en tierras nuevas.

Este mismo punto de vista atribuye el Obispo Berlanga a Francisco Pizarro, durante su visita a aquella Gobernación. La prohibición de cargar a los indios y la orden de tasar los tributos dan ocasión a Pizarro para incitar a los suyos contra el Obispo, "diziendo que aun no estava ganada la tierra ny pacificada y que ya quería v. m. ponerla en conçierto y que frayles la abian de destruir como la nueva españa y que los indios aunque dixesen que darian los tributos no lo abyan de dar y si se lo hiziesen dar por fuerça que alçarian y que los españoles desampararian la tierra". Pizarro, dice Berlanga, disimula el incumplimiento de las Ordenanzas de 1528 —extendidas al Perú— no por no tener los mandamientos reales en lo que es razón, "sino por no apretar a los conquistadores ny desagradarlos." Pero esta preocupación por que la promulgación de los leyes se produzca sin causar males mayores no se presenta únicamente en los caudillos —que pertenecen totalmente al medio de los conquistadores— sino en la misma legislación metropolitana. Ya lo hemos señalado en la Cédula de 1528 a la Gobernación de Santa Marta, que admitía un régimen extraordinario de incumplimiento en casos de escándalo conocido y daño irreparable. Lo mismo se dispone en la Cédula de 31-I-1539, que suprime la esclavitud por compraventa a los caciques; pero como esto podía traer novedades peligrosas, se remite la última decisión al Gobernador, con consejo de personas honradas y experimentadas en la tierra, quienes discernirían si la ejecución no traía males mayores * *.