

# Antecedentes hispánicos del juicio de amparo y de la acción de tutela



**Miguel Malagón Pinzón\***

## 1. INTRODUCCIÓN

Vamos a hablar de los antecedentes hispánicos del juicio de amparo y de la acción de tutela. Debemos comenzar por aclarar que éstos se encuentran en dos ordenamientos jurídicos que formaban parte del gran ordenamiento jurídico español. En primer término, hablaremos del derecho aragonés y de su justicia, institución apasionante de estudiar, porque nos sirve para demostrar que la Corona en los reinos de España tuvo un poder controlado. En segundo término nos referiremos al derecho indiano: primero al Juzgado General de Indios y al amparo colonial mexicano, y luego a los recursos contra los actos de gobierno, que nos permitirán comprobar la limitación de la arbitrariedad y el respeto por los derechos de las personas que existía en el Nuevo Mundo.

Es necesario comentar que en la América española, como se verá, regía supletoriamente el derecho castellano, no el aragonés. Sin embargo, hay que resaltar que muchos de los magistrados que ejer-



\* Profesor de la Facultad de Jurisprudencia, Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

*Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 77-113, enero-junio de 2003*

cieron funciones de gobierno y de justicia en las Indias fueron de origen aragonés,<sup>1</sup> lo que ocasionó que de una u otra forma este derecho fuera conocido en Hispanoamérica.

## 2. ANTECEDENTES ARAGONESES: EL JUSTICIA MAYOR<sup>2</sup>

El Justicia Mayor de Aragón fue un cargo que se creó en el siglo XIII, y sus primeras referencias se encuentran en las cortes de Egea, de 1265, y en la concesión en las cortes de Zaragoza del denominado privilegio de la unión.<sup>3</sup>

El Justicia Mayor estaba en el punto medio entre el rey y el pueblo y tenía como función básica proteger los fueros del reino,<sup>4</sup> que habían sido promulgados por Jaime I en 1247.<sup>5</sup> Por estos fueros —que tenían un carácter pactado, pues el rey debía jurarlos, y se podían exigir judicialmente primero por los nobles y luego por el resto de las clases—<sup>6</sup> el monarca se comprometía a respetar los usos, las costumbres, los privilegios y las cartas de donación.

No se exigía ser letrado para detentar el oficio de Justicia Mayor, éste actuaba asesorado por auxiliares de carácter técnico, y sus decisiones constituían las denominadas observancias.<sup>7</sup>

Su elección se hacía entre los caballeros del reino, y esto ocasionaba que se le excluyera de la nobleza y que pudiera ser condenado a penas corporales.<sup>8</sup> Era una figura inamovible, que detentaba un



<sup>1</sup> Véase a Sánchez Bella, Ismael, *Reserva a aragoneses de plazas de gobierno y justicia en Indias (siglo XVII)*. *Estudios de derecho indiano*, tomo II, EUNSA, Pamplona, 1991.

<sup>2</sup> Escudero, José Antonio, *Curso de historia del derecho*, Gráficas Solana, Madrid, 1995. Fairen Guillén, Víctor, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, UNAM, México, 1971, y “El proceso aragonés de manifestación y el británico de Habeas Corpus”, en *Temas del ordenamiento procesal*, tomo I, Tecnos, Madrid, 1969. Gibert, Rafael, *Historia general del derecho español*, s. e., Granada, 1968. Lalinde Abadía, Jesús, *Iniciación histórica al derecho español*, Ariel, Barcelona, 1983.

<sup>3</sup> Lalinde Abadía *op. cit.*, p.148.

<sup>4</sup> Gibert *op. cit.*, p. 83.

<sup>5</sup> El propósito de esta codificación “fue dar término a la inseguridad derivada de las distintas y no concordes redacciones privadas, estableciendo un texto que recoja el derecho tradicional del alto Aragón adecuado a las exigencias y circunstancias del siglo XIII”. Escudero *op. cit.*, p. 465.

<sup>6</sup> Lalinde *op. cit.*, p.149.

<sup>7</sup> Estas observancias eran la jurisprudencia del Justicia, que debía ser guardada por todos los jueces del reino. Fueron compiladas, la primera vez en la segunda mitad del siglo XIV, por obra de Jaime de Hospital. Esta compilación demostró la influencia del derecho romano sobre el estamento judicial; la segunda data de 1437 y fue elaborada por el Justicia Díez de Aux: “éstas adquirieron una autoridad superior llegando incluso a prevalecer sobre los mismos fueros”. Escudero *op. cit.*, pp. 464-465.

<sup>8</sup> Fairen Guillén, *Antecedentes aragoneses*, *op. cit.*, p 16.

cargo irrenunciable que, además, generaba la garantía de la inviolabilidad de su persona. Esto no significaba que hubiera una inmunidad sobre sus acciones, porque se le podía exigir responsabilidad, primero, ante el rey y las cortes y, posteriormente, frente a un tribunal especial denominado De los XVII Judicantes, conformado por 17 jueces legos que juzgaban en equidad (sus sentencias no tenían apelación y de ellas no se podía impedir su ejecución).<sup>9</sup>

Dentro de las funciones del Justicia Mayor estaba la de prevenir la inconstitucionalidad, es decir, por esta figura los jueces y el regente del reino tenían la obligación de consultarlo previamente sobre la foralidad de actos políticos, administrativos y judiciales, pues no hacerlo entrañaba la imposición de severas penas. Al absolver la consulta, el Justicia emitía una certificación que tenía carácter vinculante, incluso para el propio rey.<sup>10</sup>

Otra forma de controlar los desafueros, la inconstitucionalidad, consistía en el veto de las normativas reales. El rey debía jurar ante el Justicia para poder empezar a ejercer jurisdicción, y en este acto se comprometía a cumplir los fueros, pero de no hacerlo se podían vetar las disposiciones que los violaran, circunstancia que ocasionaba que el rey pronunciara un segundo mandato y si en éste se continuaban vulnerando, los jueces o los oficiales encargados de aplicarla debían desdeñarlo.<sup>11</sup> El equivalente castellano de esta institución es “se obedece pero no se cumple”, recurso de suplicación que tuvo un gran desarrollo en las Indias.

El proceso de firma era otra de las prerrogativas con que contaba el Justicia:

[Ésta] era una orden de inhibición que se obtenía de la Corte del Justicia, basándose en justas excepciones —alegaciones defensivas, *in genere* y con prestación de fianza que asegurase la asistencia al juicio, y el cumplimiento de la sentencia, el *iudicati solvendo*— otorgándose, en general, contra jueces, oficiales y aun particulares a fin de que no perturbasen a las personas y a los bienes contra fuero y derecho; existiendo tanto en materia civil como criminal (como política, hay que añadir). Era pues una garantía de los derechos individuales y políticos.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 40-45.

<sup>11</sup> *Ibid.*, pp. 46-49

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 65

Las firmas se dirigían contra toda clase de agravios, ya fueran pasados o futuros. Por la primera se solicitaba la revocación de los agravios causados y el juez agraviante debía inhibirse hasta que el Justicia decidiera. Con la segunda “se alegaba que tal oficial o juez intentaba o pretendía obrar desafortadamente, y se pedía al Justicia que le ordenase no proceder”.<sup>13</sup>

Existía la revocación de firma, y el competente para resolverlo era también el Justicia. Aquí el agraviado con la firma se hacía presente en el proceso en el que ésta se había concedido, se citaba al favorecido con ella, se pedía la revocación, posteriormente se corría traslado al beneficiario para contradecir los argumentos del agraviado y en última instancia se dictaba sentencia.<sup>14</sup>

La garantía más importante para proteger los derechos de las personas era el proceso de manifestación, es decir, ésta era la:

...facultad del Justicia o de sus lugartenientes miembros de su Corte o Tribunal, de emitir una orden mandando a cualquier juez u otra persona que tuviere ante sí a un preso, pendiente o no de causa, para que se lo entregasen, a fin de que no se hiciese violencia alguna contra él antes de que se dictase sentencia; después de lo cual si la sentencia no estaba viciada, el Justicia ordenaba la entrega del preso a la autoridad que sobre él había sentenciado, a fin de que la dicha sentencia se cumpliera de modo ordinario. El procedimiento era muy sencillo y no se admitía contestación previa de parte de la autoridad requerida de manifestación, ni por el Justicia o los individuos de su Tribunal se proveía a información previa sobre el peligro en que se hallase el preso a cuyo nombre se solicitaba la manifestación; así, pues la orden o mandamiento de manifestación era un vehículo muy fácil de obtener. Mientras duraba el proceso incoado contra él —en el caso de que existiere—, el preso, ya acogido a la manifestación, era recluso en un establecimiento especial llamado “cárcel de manifestados” o internado o casa particular o lugar fijado por el Justicia [...] El peligro de que se acudiese contra el preso por medio de la tortura quedaba así excluido.<sup>15</sup>

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

...en cuanto a la de personas había que distinguir el caso de que la persona a manifestar se hallase en poder de jueces (u oficiales reales) o bien de “privadas personas”. En el primer caso, la competencia para ordenar la manifestación, corres-



<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 66

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 72-73.

<sup>15</sup> Fairen Guillén, “El proceso aragonés”, *op. cit.*, p.136.

pondía solamente al Justicia y su Corte; si tal persona se hallaba en poder de “privadas personas”, era competente cualquier juez ordinario [...] La manifestación de personas tenía también por objeto fines simplemente civiles —prevenir la amenaza civil de personas, retenidas por sus parientes injustamente, más sin malos tratos—; lo que hoy llamaríamos “deposito de personas”. La manifestación de bienes, tuvo especial relieve cuando el bien retenido injustamente [...] era un proceso. Sin duda, por la diversidad de jurisdicciones, debía ser muy frecuente el hecho de que los procesos desaparecieran o fueran reclamados por algún oficial interesado, o bien que los mismos jueces y secretarios se negasen a ponerlos de manifiesto a las partes, con peligro de las mismas.<sup>16</sup>

Para concluir hay que anotar que el Justicia y el proceso de manifestación cumplieron un papel preponderante en la rebelión aragonesa contra Felipe II, a fines del siglo XVI, con los sucesos de Antonio Pérez. Este secretario del rey venía huyendo de la persecución real, se interna en Aragón y se acoge al proceso de manifestación; la inquisición, que seguía órdenes reales, lo toma prisionero, y este acontecimiento ocasiona que el pueblo se subleve y lo libere. Con la entrada del Ejército Real, el Justicia será decapitado por orden del rey.

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

### 3. ANTECEDENTES INDIANOS

El derecho que rigió en América en la época de la Colonia y hasta finales del siglo XIX fue el derecho indiano.

Este ordenamiento jurídico que se construyó especialmente para estos territorios de ultramar, tenía como base el derecho común, es decir, una fusión de derecho romano y de derecho canónico, y dentro de éste, como una especialidad, el derecho castellano. Así, en consonancia con el principio jurídico medieval, según el cual “las tierras nuevamente conquistadas e acrecentadas al señorío anti-

---

<sup>16</sup> Fairen Guillén, *Antecedentes op. cit.*, p. 84.

quo se han de regir por las leyes del reyno a quien se acrecienta",<sup>17</sup> el ordenamiento castellano se extendió al nuevo mundo.

Este derecho castellano era el derecho general, circunstancia que le asigna su carácter supletorio y que para aplicarlo tenía un orden de prelación establecido de la siguiente forma:

- a. La Novísima recopilación de leyes de España de 1805, sobre cuya fecha de aplicación en Indias hay dudas, ya que en algunas partes se recibió y utilizó después de comenzados los movimientos de emancipación;
- b. La Nueva Recopilación de Felipe II de 1567;
- c. Las Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenamiento de Montalvo de 1484;
- d. El Ordenamiento de Alcalá de 1348;
- e. Los Fueros que pudieran estar en uso, de los cuales en el actual estado de la investigación pareciera que no hubo ninguno aplicado directamente en Indias, y
- f. El Código de las Siete Partidas de Alfonso X elaborado a mediados del siglo XIII y promulgado en 1348.<sup>18</sup>

El derecho indiano se nutrió de las normas producidas por las autoridades que estaban en América, con lo que se conformó el llamado derecho indiano criollo, que venía a ser el ordenamiento especial o particular de las Indias. Dentro de éste encontramos, en primer término, las reales provisiones de los virreyes, luego los bandos de gobernadores y virreyes (resoluciones que podían ser propias o ajenas, claro que para el caso de estas últimas el virrey sancionaba su aplicación para que llegara a conocimiento público; pero si era propia, se estaba publicando una providencia suya), después las ordenanzas de virreyes y gobernadores (disposiciones que regulan una materia de forma general), siguen los autos o los decretos de virreyes y de gobernadores, las reales provisiones y autos de las audiencias y, por último, las ordenanzas de los cabildos.<sup>19</sup>



<sup>17</sup> Manzano Manzano, Juan, *Historia de las recopilaciones de Indias*, tomo I, s. e., Madrid, 1950, p. 6, citado por Tau Anzoategui, Víctor, *Qué fue el derecho indiano*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980. p. 17.

<sup>18</sup> Dougnac Rodríguez, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano*, UNAM, México, 1994, p.16.

<sup>19</sup> *Ibid.*, pp. 255-259.

El derecho indígena también hacía parte del derecho indiano, debido a que a las comunidades prehispánicas no era adecuado aplicarles el derecho castellano, porque resultaba insuficiente para regular las diversas situaciones. Así es como en la recopilación de 1680 se reconoce la validez de los derechos indígenas, siempre y cuando respeten el orden natural y cristiano: “el libro sexto regulaba el estatuto del indio, especificando su condición de libre; cuidaba de su organización propia; señalaba límites a su utilización en los servicios públicos, y determinaba su situación entre los conquistadores”.<sup>20</sup>

Algunas de las instituciones indígenas perviven en el derecho indiano, como la del cacicazgo (el señorío indígena prehispánico), aunque en un principio se le suprime por considerar que los nativos son incapaces de vivir libremente y de organizarse, razón por la que deben ser encomendados a los españoles. Más adelante, y por influencia de los religiosos, se restablece la institución y los procesos de restitución de cacicazgos pasan a ser competencia de las audiencias.<sup>21</sup>

Algunos servicios personales también subsisten: la mita, los chasquis o correos indígenas a pie (que vienen a ser regulados por dos leyes de la Recopilación de 1680, como ya se vio), los tamemes o indios de carga (su supervivencia implicaría que se expidiera una serie de medidas para proteger a los indígenas con relación a la fijación de los salarios, la jornada de trabajo, los límites en el peso de la carga transportada), los tambos o los mesones y ventas de los caminos en el Perú.<sup>22</sup>

La pervivencia de elementos autóctonos en la configuración del tributo indígena es otro tema de gran trascendencia, porque se mira la ordenación prehispánica para determinar quienes son los obligados a pagar el tributo. Para las exenciones se aprecian aquéllas de las que gozaban los caciques y los otros indios principales, en la recaudación del tributo se recurre a autoridades nativas y, por último, el tributo pagado por los indios comunes a su cacique constituye el caso más claro de subsistencia de una institución prehispánica.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Lalinde Abadía *op. cit.*, p. 213.

<sup>21</sup> González de San Segundo, Miguel Ángel, *Un mestizaje jurídico el derecho indiano de los indígenas*, Universidad Complutense, Madrid, 1995, pp. 347-350.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 352.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 354.

### 3.1 El Juzgado General de Indios: primer antecedente indiano

El derecho indiano se basaba en el principio de la desigualdad, que no debe entenderse como de discriminación. Así, un testimonio de esta diferenciación cultural se dio en México con la creación del juez de indios o naturales en 1592 (abolido en 1820), a cargo del virrey. Su creación en principio era con jurisdicción alterna en primera instancia en los pleitos entre los aborígenes y en los de españoles contra indios. Las quejas de indígenas contra peninsulares escapaban a su competencia, pero en la práctica fueron falladas por el virrey como administrativas y no judiciales. Hay que anotar que las cuestiones administrativas estaban excluidas del conocimiento del juzgado, de acuerdo con un decreto virreinal del 12 de agosto de 1622, que ordenaba que el juzgado no emitiera órdenes en cuestiones de gracia, merced y gobierno; pero, como se comenta, esta prohibición fue pasada por alto por los virreyes.<sup>24</sup> También tenía jurisdicción alterna, pero no exclusiva, para casos criminales contra indios.

Woodrow Borah trae un listado de los principales casos que se manejaron en el Juzgado: en primer lugar, las “quejas por tierras, en forma de disputas de propiedad, cuestiones de concesiones, ventas, alquileres o división entre herederos”;<sup>25</sup> en segundo lugar, las quejas contra funcionarios locales españoles y contra el clero, y, en última instancia, los pleitos con españoles no por disputas de tierras, pero sí por cuestiones de deudas, servicio y trato a los trabajadores, y los conflictos ocasionados por elecciones, gobierno, mal trato y extorsión por funcionarios o negativa a mostrar respeto y obediencia por los indios del común.<sup>26</sup>

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

1. 24 marzo de 1616, ciudad de México. José de Celi, solicitador indio, en nombre de los indios de San Nicolás Cuitlatetelco, sujeto de Mezquique, explica al juzgado que durante muchos años el pue-



<sup>24</sup> Borah, Woodrow, *El juzgado general de indios en la Nueva España*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp.131-132.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>26</sup> *Ibid.*

blo viene celebrando su mercado todos los sábados detrás de la iglesia, en paz y orden, pero que ahora ciertos españoles y algunos indios llegados de fuera desean trasladar el mercado para sus propios fines. Pide protección, y que nadie ocupe el lugar. Por consejo del asesor, el virrey expide una orden al juez de la provincia, en el sentido de que no se obstaculice el mercado del pueblo y que nadie obligue a los indios a abandonar el lugar ni se autorice su ocupación con otros propósitos.

2. 3 de agosto de 1628, ciudad de México. El licenciado Alfonso de Castro Guzmán, capellán del Hospital Real de Indios de la ciudad de México, solicita al juzgado una orden de amparo. Los muchos indios que mueren en el hospital son enterrados con gran gasto para pagar a los cantantes indios de los conventos de San Francisco, Santa María y San Pablo. Para reducir costos, de otra parte ha llevado a unos maestros cantores que forman un verdadero coro de capilla, pero teme que los frailes se inmiscuyan y los jueces molesten a sus cantores. El asesor opina que no se infringe ningún derecho si los indios cantan en las fiestas y entierros del hospital sin cargo a los indios y si no aparecen en las fiestas y entierros que están fuera de la jurisdicción del hospital. El virrey expide una orden de amparo.
3. 2 de septiembre de 1676, ciudad de México. Juan López, indio de Coyotepec, provincia de Yanhuitlán, solicita protección para sí mismo y para su esposa en la casita que poseen en la plaza mayor, cerca de los edificios reales. También para que se les exima del cobro de impuestos sobre sus ventas del día de mercado, ya que se mantienen vendiendo chocolates, tamales y verduras. Unas personas amenazan con apoderarse de la casa y desean fijar 0/1 cada día de mercado por el derecho de vender. El virrey expide la orden de amparo.
4. 27 de diciembre de 1720, ciudad de México. Los indios de Nueva Tlaxcala solicitan protección contra los abusos del teniente del cercano centro minero de Chalchihuites (Zacatecas), que los maltrata y encarcela y amenaza con hacer que cada indio de Nueva Tlaxcala que sea atrapado dentro de su jurisdicción reciba doscientos latigazos. El virrey expide un decreto de amparo. El caso afecta los derechos de los descendientes de los colonos tlaxcaltecas llevados al norte, a quienes se acordaron privilegios especiales a perpetuidad; y la rivalidad entre la audiencia de México, donde se encuentra Nueva Tlaxcala y la de Nueva

*Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 77-113, enero-junio de 2003*

Galicia, gobernada desde Guadalajara, donde se halla Chalchihuites. El virrey estaba afirmando su prerrogativa de gobernar en la primera audiencia e intervenir, cuando le pareciera deseable o conveniente, en la otra.<sup>27</sup>

El historiador Andrés Lira Guillén, al hacer un estudio de estos casos, y de otros similares, esboza la existencia de un amparo colonial. Esta institución tenía por objeto la protección de:

Las personas en sus derechos cuando éstos son alterados o violados por agraviantes, que realizan actos injustos de acuerdo con el orden jurídico existente, y conforme a la cual una autoridad protectora, el virrey, conociendo directamente, o indirectamente como presidente de la Real Audiencia de México, de la demanda del quejoso agraviado, sabe la responsabilidad del agravante y los daños actuales y/o futuros que se siguen para el agraviado, y dicta el mandamiento de amparo para protegerlo frente a la violación de sus derechos, sin determinar en éste la titularidad de los derechos violados, y sólo con el fin de protegerlos de la violación.<sup>28</sup>

Los quejosos podían ser los indios, individual o colectivamente, como en el caso de los pueblos de indios.<sup>29</sup> También podían ser personas no indias, circunstancia que hacía que el virrey no actuara como juez natural de indios, sino como simple juez. Estos casos eran de españoles como personas naturales<sup>30</sup> o como personas morales.<sup>31\*</sup>



<sup>27</sup> *Ibid.*, pp. 154-158.

<sup>28</sup> Lira Guillén, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1972, p. 35.

<sup>29</sup> "Don Luis de Velasco, etcétera hago saber a vos Alfonso de Estrada, alcalde Mayor del pueblo y provincia de Tula, que los indios del pueblo de Asuchitán me han hecho relación que en doce de noviembre del año pasado de mil y quinientos ochenta y siete años, precediendo diligencias que para ello hicisteis, por mandamiento del virrey, Marqués de Villa Manrique, les disteis y señalasteis dos caballerías de tierras en sus términos para propios de su comunidad y que los del pueblo de Xilotepec se entremeten en tomarlos y ocuparlos sin causa alguna; y me pidieron los mandase amparar [...] Y por mi visto, por el presente os mando [...] los amparéis en dichas tierras que constaren estar adjudicadas a su comunidad sin perjuicio de terceros ni consentir que se las tomen ni ocupen, ni inquieten en su posesión sin ser oídos y por fuero y derecho vencidos ante quien y como deban. Fecho en México, a veinte días de octubre de mil y quinientos noventa años. Don Luis de Velasco, por mandato del virrey, Martín López Gaona". *Ibid.*, p. 40.

<sup>30</sup> "Don Álvaro Manrique, etcétera. Por quanto Francisco Martínez, maestro de enseñar niños en esta ciudad, me ha hecho relación que por horden mia está mandado que no haya más de una escuela en una calle, por evitar los inconvenientes y pesadumbres que entre maestros y discípulos suelen suceder, y que un Antonio de Vitoria, maestro, teniendo escuela en la calle de San Francisco la traspasó a un Alonso Benítez [...] y con visión de malicia y con ánimo de inquietarle, se ha pasado a tener escuela en la misma calle donde él la tiene, y prosigue en administrarla muchos días ha; de que se le sigue mucho perjuicio. Y me pidió se la mandase quitar [...] Y por mi visto, por el presente mando a Ruy de Mendoza, alcalde de esta \* Las notas 31, 37 y 38 no aparecen en la respectiva página donde se anuncian sino en la página siguiente, por lo extenso de las mismas. (N. del E.)

Como agraviantes se tenían a las autoridades españolas, a las autoridades indígenas y a particulares que tuvieran alguna relación con las personas agraviadas.<sup>32</sup> La petición de amparo se presentaba ante el virrey, y en ella se podía pedir la suspensión del acto reclamado<sup>33</sup> y también la reparación de los perjuicios causados.<sup>34</sup>

El mandamiento de amparo, el equivalente hoy día a la sentencia, consistía en una orden de protección o mandamiento en la que se protegía el derecho violado y se señalaba la “vía ordinaria para plantear los problemas relacionados con la titularidad del derecho mismo”.<sup>35</sup> Esto último debido a que en el amparo colonial no se establecían o declaraban derechos, sino que simplemente se protegían de cualquier ataque injusto. Para concluir hablaremos de los actos reclamados, los cuales podían ser pasados,<sup>36</sup> presentes<sup>37</sup> y futuros.<sup>38</sup>



ciudad, que conforme a lo nuevamente proveído amparéis al antiguo maestro de la escuela que hubiere en la calle donde Francisco Martínez está, y eche de allí al moderno y me dé razón de lo que hubiere hecho en cumplimiento de ello. Fecho en México, a torce de diciembre de mil quinientos y ochenta y siete años. El Marqués; por mandado de su excelencia, Juan de la Cueva”. *Ibid.*, p. 44.

<sup>31</sup> “Así se ve claramente en la mención hecha en un documento refiriéndose a la Compañía formada por Hernando Sanctotis, Antonio del Castillo y Pedro Lobato para el descubrimiento y ejercicio del comercio en Baja California, y a la cual, para ese efecto se le había hecho merced por el obispo de México, y confirmado por el virrey en 1587. La Compañía no cumplió enteramente con las exigencias de la capitulación y las condiciones de la merced. Al ser admitida para esos efectos otra compañía, la de Sanctotis se quejó, pidiendo la exclusividad que no le fue concedida, sin embargo, ante la petición de la segunda compañía en el sentido de que no se excluyera a la primera y se le quitaran los derechos, se resolvió que Sanctotis y sus compañeros debían ser amparados en la dicha merced que de todo lo referido tenían, porque como de ella y de la dicha licencia [para descubrir y comerciar] que por el dicho arzobispo [de México] había sido dada, por mí confirmada [dice el Virrey Velasco], constaba tener derecho adquirido al descubrimiento [...] en conformidad y ejecución de la dicha merced y cédula mía [ordené] que el dicho [Sanctotis] su parte y consortes fuesen amparados y defendidos”. El testimonio del virrey Velasco está fechado el 5 de junio de 1590. *Ibid.*, p. 45.

<sup>32</sup> Eran los casos de los encomenderos y de los obrajeros (dueños de los obrajes) frente a los indios, principalmente por trabajos forzosos y malos tratos. También existieron casos de españoles agraviados por indios, como el que ocurrió en 1632, donde se “protegió a los vecinos de Tlazazalca, frente a los indios, pues éstos “so color de haber sido amparados”, invadían tierras e impedían el pastoreo de los ganados de los españoles”. *Ibid.*, p. 52.

<sup>33</sup> En el caso del pueblo de Teatlalco, el común pidió al virrey, luego de demostrar los “excesos y agravios” que sufrían por las autoridades elegidas en 1583 y que pretendían reelegirse, los “mande remediar” impidiendo la reelección. *Ibid.*, p. 53.

<sup>34</sup> Por ejemplo, la situación con “los indios de San Francisco, que en 1591 son agraviados y dañados en sus sementeras por un español, al que termina imponiéndosele una pena”. *Ibid.*

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>36</sup> “Don Rodrigo Pacheco Osorio, Marqués de Cerralvo, etcétera, por cuanto Nicolás de Barrientos, indio fiscal de la iglesia de Tlacoachavaya por nombramiento de él [elección del pueblo] y confirmación mía [del virrey], me ha hecho relación que por hallar la doctrina en los muchachos están distraídos y olvidada por el mucho descuido de el alcalde mayor, y por tener ocupados a sus padres en inteligencias [negocios], tratos y granjerías, procuró la enseñanza y formación de los dichos muchachos, debiéndole premio y agradecimiento, antes ha sido punido, pues don Xtobal [Cristóbal] Pérez, indio alcalde del dicho pueblo y dos enemigos del vicario, y el susodicho [alcalde mayor mandó] en su despacho a pedirle con un alguacil, llamado Andrés Mayoral, el cual le prendió y le robó la casa [al quejoso, Nicolás de Barrientos], auyentándole de ella a su mujer e hijos y le llevó diez pesos que tenía, y sobre todo lo susodicho el Obispo le quitó la vara de fiscal, teniéndola por mí [dice el virrey], y asimismo le llevó dos pesos de jabón y un dinero y un sombrero que le costó cuatro pesos y una arroba de lana, y se le huyeron las gallinas, y perdió toda la pobreza que tenía y sobre todo lo susodicho, el Obispo le quitó la vara de fiscal dada por mí [sic]. Y teniéndole preso, vino a mi amparo [desde] más de ochenta leguas, dejando su casa,

### 3.2 Los recursos contra los actos de gobierno en las Indias

Durante la Baja Edad Media, los actos de gobierno tuvieron en Castilla se controlaron por medio de recursos ordinarios y extraordinarios.<sup>39</sup>



mujer e hijos y tierras. [Y] para que se remedie, me pidió le mandase devolver la dicha vara de fiscal y le restituya todo lo que así le quitaron y llevaron el dicho alguacil y los que con él fueron, a su valor, y se le puen los daños [y] pérdidas que por la dicha causa se le han seguido; y también pidió mandar que el dicho encomendero no asista ni tenga casa, mujer e hijos, como los tiene, en el dicho pueblo de [hace] más de treinta años a esta parte, y que el dicho Cristóbal Pérez, indio, no use oficio de alcalde sin confirmación mía. Y por mi visto [dice el virrey] en el Juzgado de indios con el parecer de Diego Barrientos, mi asesor en él, por el presente mando a la Justicia del pueblo de Tlacoahuaya ampareis al contenido en el uso y posesión de su oficio de alguacil [quiere decir fiscal] del iglesia, en estado [constando] habersele robado el dicho oficio [dado] por nombramiento en el pueblo [y] aprobado por el gobierno, no se impida en manera alguna, sin nueva orden y mandamiento del gobierno, con aperecimiento que se proveerá contra la justicia y personas que impidieren y no le ampararen, y para ello les despaché [este] mandamiento. Fecho en México, a diez de julio de mil seiscientos treinta años. El Marqués [el virrey]. Por mandato de su excelencia, Pedro de la Mora". *Ibid.*, pp. 25-26.

<sup>37</sup> "Don Luis de Velasco, etcétera; hago saber a vos, el alcalde mayor del pueblo de Querétaro, que los indios del pueblo de San Miguel, sujetos al dicho pueblo de Querétaro, me han hecho relación que ellos *tienen mucha cantidad de tierras que siembran y cultivan, y que algunas personas se les entran en ellas sin causa más que querer de su autoridad* hacerlo, en los quales han sido agraviados. Y me pidieron mandase ampararlos en ellas. Y por mí [visto], por el presente [mandamiento] os mando que hagáis averiguaciones si las dichas tierras son de los dichos indios; y constando serlo, los amparéis en la posesión della y no consintáis que sean despojados sin ser oídos y por fuero y derecho vencidos ante quien y como deban. Fecho en México, a diez días del mes de septiembre de mil y quinientos y noventa años. Don Luis de Velasco. Por mandato de su excelencia, Martín López Gaona" (las cursivas son mías). *Ibid.*, pp. 23-59.

<sup>38</sup> "Don Joseph Sarmiento, etcétera, por quanto don Juan Ángel Fernández de Jáuregui, vecino de esta ciudad, por mi [sic] relación que me presentó, dijo que como constaba de recaudos que presentó, era vizcaíno noble, hijodalgo notorio, que me suplicó que le mandase librar mandamiento de amparo de nobleza para que las justicias de esta gobernación le guardasen todos los fueros, privilegios, y excepciones que a los nobles pertenecen, así para que su persona no pudiese ser presa por deudas, como para todos los demás casos en la nobleza produce excepción, en [lo] que recibirá merced. [De] lo que mandé dar vista al señor Oydor y Fiscal, y con su respuesta; que el dicho don Juan Ángel Fernández de Jáuregui presentase fe de bautismo y justificase ser el contenido en los papeles que presentó. Y habiéndolo hecho con cierto número de testigos y presentándola, dada por Cristóbal de Uglade, notario público en el lugar de Meneágara y en veinte y uno de abril de seiscientos y ochenta y seis de la que se percibe haber sido bautizado en el mismo lugar e iglesia del Señor de San Pedro, en veinte y tres de abril de seiscientos y sesenta y nueve, y ser hijo legítimo de Antonio de Jáuregui y María de Ojinando, y nieto por esa vía paterna de Juan Fernández de Jáuregui y María Garavilla Mendieta, y por la materna de Juan de Ojinando, María de Olamendi, mandé al dicho señor Oydor Fiscal, que en vista de todo dio esta respuesta: Excelentísimo Señor: El Oydor Fiscal, habiendo visto la información de nobleza que se compone de seis testigos y a que procedió citación de don Juan Antonio de Simón, como substituido [sic] por don Juan Angel Fernández de Jáuregui Ojinando Olamendi y Mendieta, en cuya virtud y atención a haber justificado ser el contenido en ella y tener exercida [sic] su fe de bautismo, pretende que se le despache mandamiento de amparo, en que, declarándose por noble hidalgo, se le confieran todas las gracias, privilegios, excepciones y prerrogativas que a los de esta calidad competen. [Y] dice que aunque la referida información parece en litigio en contradictorio juicio, como queda [?] que ésta no se dio en una de las dos Chancillerías de Valladolid o Granada, lo más que al jus. [que hace la petición, Juan A. Fernández de J.] se le podía conceder será mandamiento de amparo sin perjuicio del Real Fisco ni otro cualquier tercero de mejor derecho, así lo determinará Vuestra Excelencia, siendo servido o lo que tuviere por más conveniente, que será, como siempre lo mejor. México, febrero catorce de mil setecientos y un años. Licenciado don Francisco Anquita Sandoval y Roxas.

Y conformándose con la dicha persona, por el presente amparo al dicho don Juan Ángel Fernández de Jáuregui en la posesión de dicha nobleza en que se halle, según la que se produce de los recaudos presentados; y mando a las justicias de S. M. de esta gobernación que guarden y hagan guardar todos los privilegios que como noble le pertenecen, sin perjuicio del Real Fisco ni de otro tercero de mejor derecho, para lo cual se le devolverán los recaudos presentados. México, diez y ocho de febrero de mil setecientos y un años. Don Joseph Sarmiento. Por mandato de Su Excelencia: Tomás Fernández de Guevara". *Ibid.*, pp.31-32 y 59.

<sup>39</sup> Villapalos Salas, Gustavo, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1976.

*Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 77-113, enero-junio de 2003*

En las Indias, siguiendo el modelo castellano y mejorándolo, también se hizo lo mismo con los actos de gobierno, principalmente por los recursos de suplicación<sup>40</sup> y de apelación.<sup>41</sup> Con las revoluciones liberales se suprimió el control sobre los actos de gobierno, y en Colombia por influencia tardía francesa se siguió con este modelo hasta principios de los años noventa del siglo pasado.<sup>42</sup>

### 3.3 Antecedentes castellanos

Debemos comenzar analizando los antecedentes castellanos, para después mirar las mutaciones que se produjeron en el Nuevo Mundo. En Castilla, en la Baja Edad Media, el Espéculo, primer ordenamiento general, y las partidas preceptuaban que la ley tenía vigencia en todo el reino y que limitaban al rey, a la corte y a los jueces. Se consideraba al monarca como el alma del reino, como el administrador por excelencia, y como tal debía obrar con sujeción al derecho y permitir que se impugnaran sus actos, es decir, aquellos que lesionaran un derecho de alguna persona.<sup>43</sup> El soberano tenía como misión hacer justicia y no resolver problemas económicos o sociales,<sup>44</sup> pues

<sup>40</sup> Bravo Lira, Bernardino, *Protección jurídica de los gobernados en el nuevo mundo (1492-1992). Del absolutismo al constitucionalismo. En homenaje al profesor Alfonso García Gallo*, vol. 3b, Universidad Complutense, Madrid, 1992. García Gallo, Alfonso, "La ley como fuente del derecho en Indias", en *Estudios del derecho indiano*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1972. Góngora, Mario, *El Estado en el derecho indiano*, Instituto de Investigaciones Históricas Culturales, Santiago de Chile, 1961. Tau Anzoategui, Víctor, "La ley 'se obedece pero no se cumple'. En torno a la suplicación de las leyes en el derecho indiano", en *Separata del Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, vol. VI, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1980, y del mismo autor *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho Indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992.

<sup>41</sup> Bravo Lira *op. cit.* García Gallo, Alfonso, "Las audiencias en Indias. Sus orígenes y caracteres", en Academia Nacional de Historia, *Memoria del II Congreso Venezolano de Historia*, 2 vols., Caracas, 1975. Góngora *op. cit.* Martire, Eduardo, *El recurso de apelación contra las decisiones del virrey o presidente de las audiencias de Indias*, Congreso Internacional del Instituto de Historia del Derecho Indiano, Valladolid, 1984. Sánchez Bella, Ismael, *Las audiencias y el gobierno de las Indias. Estudios de derecho indiano*, tomo II, EUNSA, Pamplona, 1991. Villapalos Salas, Gustavo, *Los recursos en materia administrativa en Indias siglos XVI y XVII. Notas para su estudio*, AHDE 46, 1976.

<sup>42</sup> En efecto, el Consejo de Estado colombiano, por providencia del 23 de octubre de 1992, decide, por fin, declarar la nulidad de la nota diplomática GM-542 del 22 de noviembre de 1952, emanada del ministro de Relaciones Exteriores, y por medio de la cual se reconocía soberanía a Venezuela sobre el archipiélago de los monjes. La sentencia afirma que "los actos internacionales de la administración pública no son más que modalidades teóricas de los actos políticos o de gobierno y la ley colombiana los acepta como sujetos al control jurisdiccional contencioso administrativo, lo que conduce a deducir que entre los actos administrativos pueden existir algunos que merezcan calificativo de actos de gobierno, circunstancia que no excluye su calidad de actos administrativos con todas las consecuencias que derivan, una de ellas la posibilidad de ser impugnados mediante recursos administrativos o jurisdiccionales". Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo. Introducción a los conceptos de administración pública y derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 154.

<sup>43</sup> Villapalos Salas, Los recursos contra los actos de gobierno, *op. cit.*, pp. 18-19.

<sup>44</sup> Bravo Lira *op. cit.*, p. 59.

el único fin del Estado medieval es la justicia. El orden y la paz que la sociedad necesita tienen su cimiento en ella.<sup>45</sup>

Por esto en el siglo XIV se crean la Audiencia y el Consejo. La primera constituía el tribunal ordinario donde se recurrían todos los agravios de los oficiales del reino. Al segundo le estaban reservados los pleitos de términos entre los concejos, los recursos sobre aprovechamiento de bienes comunales, las apelaciones de pesquias y residencias. En este siglo comienza el principio de imputación de la responsabilidad a los funcionarios.<sup>46</sup>

Con el advenimiento de los reyes católicos se fortalecerán las audiencias, al darles competencia para conocer los recursos contra oficiales y corregidores de las villas, ya que podían suspender los actos si agravaban al particular recurrente; también se reguló de manera exacta el recurso de suplicación contra los actos del rey o de del Consejo y de la Audiencia, frente a los que no cabía la alzada.

En la Baja Edad Media las cortes comenzarán a ejercer un control político para buscar la reparación de los agravios, veamos:

Es así como ha crecido en la conciencia popular la idea de un derecho de resistencia a los mandatos contra derecho. Éstos deben ser obedecidos pero no cumplidos, han de ser remitidos al rey para su reexamen, y en última instancia, puede resistirse a ellos por la fuerza. Es ésta una conclusión que se desprende del derecho que tienen los súbditos a que se les mantenga su derecho, a que se les guarden “todos nuestros buenos fueros, e buenos usos, e buenas costumbres, e privilegios, e cartas et todas nuestras libertades e franquezas”. Consecuencia de ello fue la resuelta afirmación que las propias leyes hacen de la nulidad de los actos reales contra derecho. A ello aludirán repetidamente las Cortes al referirse a las leyes que dicen que las cartas dadas contra ley o fuero o derecho deben ser obedecidas e non cumplidas aunque contengan cualesquier cláusulas derogatorias.<sup>47</sup>

Miremos brevemente qué actos de gobierno podían causar agravios.

### 3.3.1 Actos conforme a derecho

En cuanto a los actos conforme a derecho tenemos, primero, los referidos a conflictos de mera titularidad, es decir, que por ambi-



<sup>45</sup> García Gallo, Alfonso, “La división de las competencias administrativas en la España moderna”, en *Actas del II Simposio de Historia de la Administración*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, p. 293.

<sup>46</sup> Villapalos Salas *op. cit.*, p. 20.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 26.

güedad en las normas parece que se protegen dos titularidades distintas, como la propiedad, las heredades reales, los cortes de agua indebidos y la utilización de pastizales. Aquí las partes en disputa pueden ser el rey y un particular, dos particulares entre sí, un particular y un señor, un señor y un concejo, el rey y un concejo. De estos conflictos no conocía la jurisdicción civil, sino una comisión, mediante el procedimiento de la pesquisa.<sup>48</sup>

En segundo término encontramos los conflictos jurisdiccionales, aquí tenemos una amplia gama. Primero los casos entre la jurisdicción real y la señorial, esta situación se resuelve en 1390 en las cortes de Guadalajara donde se establece que todos los entuertos de las tierras de señorío podían ser revisados por los alcaldes del rey, siempre y cuando se hubiera acudido primero al señor a pedirle la reparación del injusto. Para demandas de los señores contra los concejos se seguía la regla del fuero del demandado.

Otro punto problemático fue el de la ejecución de sentencias eclesiásticas por jueces laicos, éstos se negaban, pues alegaban que: “non lo debes fazer nin avedes ver en ello ninguna cosa, ca por mí (el rey) sodes y non por la iglesia”.<sup>49</sup>

Tenemos, también, las disputas entre las universidades y los órganos de gobierno de las ciudades donde se hallaba el claustro. El rey tenía la suprema jurisdicción sobre la universidad, como su patrono, y en virtud de ella ejercía su potestad mediante el maestrescuela. El caso más paradigmático sucedió en Salamanca, por un conflicto entre la Universidad y las justicias: los profesores se negaron a dar clases y los alumnos a recibirlas, en protesta por la intromisión del corregidor y de las justicias en el fuero académico, el rey interviene resolviendo el caso a favor de la jurisdicción del maestrescuela.<sup>50</sup>

En tercer lugar encontramos el conflicto derivado de las concesiones señoriales y los asuntos de justicia, el caso más típico fue el que se presentó entre Colón y la Corona, derivado de las capitulaciones de Santa Fe. Los reyes interpretaron unilateralmente las capitulaciones y no respetaron los derechos que se le habían otorgado

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, pp. 41-43.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>50</sup> *Ibid.*, pp. 50-51.

a Colón, éste interpuso un memorial de agravios en el que alegaba el entuerto y buscaba su reparación. En esta situación los reyes, aparentemente, estaban actuando conforme a derecho, pero perjudicaron a un particular y debieron resarcirle los perjuicios.

Por último estaban los actos formalmente ajustados a derecho, pero dictados dolosamente: son aquéllos en los que se persigue un fin dudoso, por ejemplo, una demora injustificada en la administración de justicia. Para poder reparar los agravios era necesario haber probado la finalidad engañosa que se buscaba.

### 3.3.2 Actos contrarios a derecho

Con respecto a los actos contrarios a derecho, primero encontramos los actos agraviados del rey, quien al iniciar su reinado juraba respetar y guardar los derechos adquiridos de los súbditos, como privilegios, exenciones, franquezas, buenos usos y libertades. Por este acto el soberano estaba obligado a no dictar disposiciones o cartas contrarias a los fueros, y si esto llegaba a ocurrir, éstas se consideraban nulas. Por ello en las cortes de Valladolid de 1293 se impuso el efecto suspensivo sobre las cartas desaforadas, para que el rey decidiera sobre ellas.

Hay que resaltar la circunstancia de las cartas contrarias a las leyes. Éstas ocupan un lugar de preeminencia desde las partidas, las cortes las elaboran y sólo ellas las pueden derogar, por medio de otras leyes y no por disposiciones de carácter singular. En las cortes de Burgos, de 1379, se le pide al rey que establezca una jerarquía normativa para evitar que normas singulares deroguen normas generales, y que resuelva la situación de las cartas contrarias a derecho. Frente a esta última petición el monarca respondió: “que habemos ordenado que las cartas que fueren ganadas contra derecho sean obedecidas e non complidas fasta que nos seamos requerido de ello”.<sup>51</sup>

Frente a la primera se opuso “pero en razón de destar los ordenamientos o de los dexar en su estado nos faremos en ello lo que entendiéremos que cumple a nuestro servicio”.<sup>52</sup>



<sup>51</sup> García Gallo, La ley como fuente, *op. cit.*, p. 208.

<sup>52</sup> Villapalos *op. cit.*, p. 92.

En las cortes de Bribiesca de 1387 se dispuso una ley relativa a las cartas contrarias a la ley o al fuero:

Muchas veces por inoportunitat de los que nos piden libramientos, damos algunas cartas contra derecho. Et porque nuestra voluntad es que la justicia florezca e las cosas que contra ella podiessen venir non ayan poder de la contrariar, estableçemos que si en nuestras cartas mandáremos alguna cosa que sea contra ley, fuero o derecho, que la tal carta sea obedesçida e non conplida, non embargante que en la dicha carta faga mençión espeçial de la ley, fuero o ordenamiento contra quien se dé, nin embargante otrosí que faga mençión espeçial desta ley nuestra, nin de las cláusulas derogatorias en ella contenidas; ca nuestra voluntad es que las tales cartas no ayan efecto.<sup>53</sup>

Allí también se prescribirá que el rey no puede derogar singularmente el derecho, con lo que queda vinculado por sus propios actos y por las leyes del reino.

En segunda instancia, dentro de los actos contrarios a derecho, tenemos los actos de gestión y ejecución con infracción de las normas (aquí encontramos las fuerzas, no en sentido delictivo, sino como vías de hecho que colocan al particular en circunstancias de indefensión), como el caso de un juez que no concede el recurso de alzada al demandante que la pide y tiene derecho a ella. Luego están los actos de gobernación. Éstas son conductas de buena fe ejecutadas por oficiales que creen que tienen derecho a hacerlo, es decir, los agravios se producen por un error, por un yerro, como cuando se ordena por un concejo, sin estar autorizado para ello, la demolición de una pared de una particular.

### 3.3.3 Los recursos

Contra los agentes del rey estaba la alzada, por medio de la cual se reclamaba al superior inmediato contra lo actuado por el inferior. Después encontramos la querrela, que era el recurso que permitía acudir directamente al rey para reclamar por el abuso de uno de sus oficiales.<sup>54</sup>

En la Edad Media, en principio, se utilizaba la apelación en Castilla sólo para asuntos civiles y delictivos, luego se hizo extensiva a actos

<sup>53</sup> García Gallo, La ley como fuente, *op. cit.*

<sup>54</sup> Bravo Lira *op. cit.*, p. 60.

de gobierno. Hasta aquí están los denominados recursos ordinarios.

Los recursos extraordinarios son los que se interponen ante quien no tiene superior, es decir, ante el monarca. Son dos, la suplicación y la suspensión. El primero consistía en una merced, en una gracia que el rey otorgaba y que se debía resolver en derecho. El segundo respondía al principio de que las disposiciones debían ser obedecidas, pero no cumplidas si eran contrarias a derecho;<sup>55</sup> por eso para tener vida jurídica necesitaba ir unida a la primera.<sup>56</sup>

### 3.4 Los recursos en las Indias: la suplicación

Examinemos ahora el régimen de los actos de gobierno y sus recursos en las Indias, para ello estudiaremos la suplicación.

Hemos visto los antecedentes castellanos en los cuales esta figura operaba por cartas dictadas por el rey que fueran contrarias a ley o a los fueros. Los orígenes americanos de esta institución se atribuyen a la realidad diversa con la que se topan los europeos en el Nuevo Mundo y que ocasiona que las normas redactadas en la península no se ajusten a los hechos americanos o que sean injustas.

La primera disposición que se dictó para regular la suplicación fue dada a Diego Colón por una real cédula el 13 de diciembre de 1508. El rey le advirtió que:

Podría ser que yo por no ser bien informado, mandé despachar algunas cartas para las dichas Indias, en cosa que viniese perjuicio a nuestro servicio, yo vos mando que veáis las tales cartas y las obedezcáis, y en cuanto al cumplimiento nos lo hagáis luego saber, para que sobre ello os envíe a mandar lo que se haga; pero en recibiendo nuestro segundo mandato, obedecerlas y cumplirlas enteramente como os lo enviare a mandar, sin poner en ello dilación alguna.<sup>57</sup>

Al año siguiente el gobernador Nicolás Obando plantea una consulta, sobre la suspensión del cumplimiento de algunas disposiciones, el rey expide la real cédula de 14 de agosto donde reguló que las nombradas disposiciones “primero deben ser obedecidas y no cumplidas y después consultadas”.<sup>58</sup>



<sup>55</sup> Bravo no habla de disposiciones contrarias a derecho, sino de disposiciones injustas, *Ibid.*, p. 61.

<sup>56</sup> Tau Anzoategui, La ley se obedece pero no se cumple, *op. cit.*, p. 55.

<sup>57</sup> García Gallo, La ley como fuente, *op. cit.*, pp. 209-210.

<sup>58</sup> Tau Anzoategui, *op. cit.*, p. 65.

Es palpable, por los dos casos vistos, que esta práctica se introdujo en América por voluntad real y no de los conquistadores y pobladores.

Los conquistadores consideraron este recurso como un derecho subjetivo, que llegó al extremo que en 1518 todas las cédulas y provisiones que llegaban de la península eran suspendidas en La Española.<sup>59</sup>

Estos abusos hicieron que la Corona limitara su uso, y así lo reguló la real cédula dictada por Carlos V el 5 de junio de 1528, dirigida al gobernador de Santa Marta, en la que ordenaba que:

...por provisiones del rey católico mi señor y abuelo, que aya santa gloria, y nuestras, está mandado y proveído, que todas las provisiones que nos hizieremos de mercedes y oficios a las personas que pasan a residir a essas partes, se cumplan como en ellas se contiene, sin embargo de qualquier suplicación que dellas se interponga, y embién ante los inconvenientes, o causas que para no los recibir ni cumplir oviere, para que por nos vistas, siendo justas, las mandemos revocar o proveer en ello lo que a nuestro servicio conviniere, pero si fueran cosas de que convenga suplicar, vos damos licencia para lo poder fazer, sin que por esto se suspenda el cumplimiento y execución dellas, salvo si no fuere el negocio de calidad que del cumplimiento dello se seguiría escándalo conocido, o daño irreparable; en tal caso permitimos que aviendo lugar de derecha suplicación, e interponiéndose por quien como deva, podáis sobreseer el dicho cumplimiento, y no en otra manera alguna.<sup>60</sup>

Vemos que la suplicación queda limitada a dos casos únicamente, el daño irreparable y el escándalo.

En 1528 se dio otro caso: el 12 de diciembre se dictaron las ordenanzas de buen trato a los indios, las cuales fueron suplicadas por los procuradores de las ciudades, porque se afectaban muchos intereses particulares. La petición se desestimó porque las mismas ordenanzas prescribían que debían ser cumplidas a pesar de cualquier apelación y suplicación.<sup>61</sup> Esta regulación fue confirmada por la real cédula de 24 de agosto de 1529.<sup>62</sup>

No obstante estas disposiciones, las leyes nuevas de 1542, en lo pertinente a los indios, tuvieron que ser suspendidas en México y en Perú

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> García Gallo, La ley como fuente, *op. cit.*, p. 211.

<sup>61</sup> Góngora *op. cit.*, p. 263.

<sup>62</sup> Tau Anzoategui *op. cit.*, p. 66

(en este último virreinato se presentó la rebelión de Gonzalo Pizarro, que llegó a proclamar la independencia y a dar muerte al virrey).<sup>63</sup>

En el siglo XVII reaparecen los casos de no cumplir, los más relevantes, a mi juicio, son el que se presentó en Perú, en 1620, donde el rey expide una real cédula, el 3 de junio, en la que establecía que aquéllas donde se presentaran los vicios de obrepción o subrepción para obtener un oficio, es decir, en las que hubiera habido engaño al designar a un inhábil para un empleo, se obedecieran y no cumplieran. Y el de 1627, que dispuso que si en los despachos reales que confirmaban los oficios vendibles y renunciables faltaban requisitos, se obedecieran y se suspendiera su cumplimiento.<sup>64</sup>

La recopilación de 1680 adoptó la formula general del obedecer y cumplir, pero con excepciones,<sup>65</sup> como la de Ley 22 que consagraba el no cumplir para los despachos y disposiciones donde aparecieran los vicios, ya anotados, de obrepción y subrepción. La Ley 24 admitió la suspensión cuando se pudiera ocasionar escándalo conocido o daño irreparable. Por su parte, la Ley 5 no permitió la suspensión de la legislación favorable a los indios.<sup>66</sup>

En el siglo XVIII, con el advenimiento de la dinastía borbónica y del absolutismo ilustrado, el recurso de suplicación fue visto como una institución que iba en contra de la obediencia a la autoridad, de tal suerte que para interponerlo se expresaba la veneración debida al rey, esto es, la ciega obediencia que se tenía con las reales órdenes o que la suspensión se hacía en servicio del rey, “sin que se entendiera ser el ánimo de no obedecer el mandato superior...”.<sup>67</sup>

Durante el siglo de nuestras revoluciones (el XIX), esta figura pervivió, en 1818 en la Nueva Granada se interpretó una real orden que evocaba el principio de que las disposiciones regias en situaciones similares a la analizada “han de obedecerse pero no ejecutarse...”.<sup>68</sup>



<sup>63</sup> García Gallo, La ley como fuente, *op. cit.*, p. 212.

<sup>64</sup> Tau Anzoategui *op. cit.*, pp. 69-71.

<sup>65</sup> Tau Anzoategui dice que de este modo se mantuvieron puntos de vista distintos que fueron extraídos de la casuística, para enriquecer el material de trabajo del jurista. La sutileza del legislador armonizó el conflicto de leyes, que se hizo evidente al sacarlas de su terreno originario y lograr generalizarlas. Casuismo y sistema, *op. cit.*, pp. 401 y 402.

<sup>66</sup> Tau Anzoategui, La ley, *op. cit.*, pp. 73-75.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>68</sup> Ots Capedqui, José María, *Las instituciones del Nuevo Reino de Granada al tiempo de la Independencia*, s. e., Madrid, 1958, p. 31, citado por *Ibid.*, p. 77.

Analicemos ahora cómo era el trámite del recurso. El procedimiento comenzaba con la notificación del despacho y su ejecución. La primera iba dirigida a una autoridad que lo tenía que ejecutar, ésta era la primera que lo examinaba y decidía si lo cumplía o no. Al dorso del despacho se debían asentar las respuestas y las presentaciones que se hacían a las prescripciones de las reales cédulas, esto le daba firmeza al despacho y, además, era la “constancia fehaciente que servía de cabeza a la tramitación del recurso de suplicación”.<sup>69</sup>

Ahora veamos la diferencia entre obedecer y cumplir. Hoy en día estas palabras son sinónimas, pero en la Colonia la conducta de obedecer se entendía como acatar y reconocer la autoridad real, y era necesario hacerlo para no caer en rebeldía. Mientras que el cumplimiento hacía referencia a la eficacia que tenían las disposiciones, por esa razón se podían suspender sin incurrir en conductas delictivas.

El plazo para interponer el recurso era inexistente, pero en la práctica se llevaba a cabo en el mismo acto de obediencia.

Las normas que podían ser suplicadas eran las provisiones, las cédulas y las órdenes reales, que no tuvieran el carácter de leyes o de pragmáticas. Tampoco se podían suplicar los despachos “que contuviesen ejecutorias ganadas en juicio contradictorio, es decir una vez oídas las partes de acuerdo a derecho”.<sup>70</sup>

El recurso se interponía ante la autoridad que sancionaba la disposición. Los recurrentes podían ser los virreyes, las audiencias, los gobernadores, los cabildos y los vecinos, quienes intervenían cuando sus intereses se veían afectados y lo hacían por medio del procurador general o, a veces, por ellos mismos, con la presentación de una petición conjunta, como la que se presentó en 1681, en Buenos Aires, donde suplicaron la real cédula de 26 de febrero de 1680 que impuso nuevos impuestos. 28 de ellos lo hicieron ante el rey y pidieron al gobernador general que suspendiera su cumplimiento hasta que el rey se pronunciara.<sup>71</sup>

Los efectos del recurso eran, primero, la suspensión de la ejecución de la norma y, segundo, el pronunciamiento del legislador, que en

---

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>71</sup> *Ibid.*, pp. 100 y 101.

unos casos podía ratificar las provisiones suspendidas y en otras las podía revocar. Este segundo pronunciamiento debía cumplirse sin admitir una nueva súplica.

Opino que este recurso de suplicación es el antecedente de la figura de la suspensión provisional que constituye uno de los rasgos más sobresalientes del *droit administratif*,<sup>72</sup> y también de la acción de tutela, cuando se suspende un acto para evitar la afectación de un derecho.

### 3.5 El recurso de agravios<sup>73</sup>

Entremos analizar ahora el recurso de apelación, también llamado *de agravios*. El punto de partida es la distinción entre materias de gobierno y de justicia.

En las Indias existía acumulación de funciones o poderes en diversas autoridades, no podía ser de otra manera, pues se estaba en el estado absoluto donde no había división de poderes.

La Corona española quiso proteger los derechos de sus súbditos y buscar el bien común. Por ello estableció un control de las decisiones de gobierno que causaran un perjuicio o un agravio a los particulares, y se encargó a las reales audiencias de esta dificultosa tarea. Los asuntos de gobierno los ejercían por regla general los virreyes, los presidentes y los gobernadores, y excepcionalmente otras autoridades, por ejemplo, los oidores cuando realizaban las visitas a la tierra. A todos estos asuntos de importancia para los territorios se les llamaron de gobierno superior, para diferenciarlos de las cosas menudas como las tasas en los mantenimientos, las obras públicas, que venían a constituir el gobierno ordinario.<sup>74</sup>

Los asuntos de justicia, que estaban atribuidos a las audiencias, se referían a temas muy distintos, pero su núcleo duro estaba com-



<sup>72</sup> "La suspensión temporal del acto mientras el juez administrativo resuelve acerca de su validez o no es una creación jurisprudencial del Consejo de Estado francés, cuya denominación, *Sursis a Execution* (aplazamiento a la ejecución), indica por sí sola que se trata de un arbitrio o instrumento jurisdiccional limitativo de la inmediatidad, es decir, de la ejecutoriedad inmediata de la decisión (no de su validez), puesto que lo que se aplaza son los efectos prácticos o ejecutorios del acto mientras se evalúa su consistencia jurídica...". Vélez García *op. cit.*, p. 20.

<sup>73</sup> Una parte minoritaria de la doctrina mexicana considera este recurso como uno de los antecedentes directos del recurso de amparo y, por ende, de la acción de tutela. El principal exponente de esta teoría es Toribio Esquivel Obregón, con su libro *Apuntes para la historia del derecho en México*, tomo II, Polis, México, 1938.

<sup>74</sup> Villapalos Salas, Los recursos en materia administrativa, *op. cit.*, p. 12.

puesto por los contenciosos, es decir, por los conflictos entre partes. Los asuntos de gobierno constituyeron el derecho público, que se convirtió en la médula del derecho indiano, que partía del propio Consejo de Indias, al cual en las ordenanzas de 1571 se le fijó como principal función el buen gobierno de las Indias. La creación y la categorización de los temas de gobierno se dieron por la casuística, única forma posible de regular necesidades tan diversas de tan extensos territorios. Por su parte, los asuntos de justicia (mucho más rígidos, orientados por el derecho común-castellano y referidos a temas de derecho privado) quedaron, después de la ordenanza de 1571, principalmente en manos de las audiencias.<sup>75</sup>

Ejemplos de temas de justicia son la organización del Consejo de Indias, de las audiencias, las autoridades provinciales y locales, las instituciones de control (visitas y residencias), los escribanos, las materias procesales y la administración de las herencias yacentes. Las materias de gobierno, en primer lugar, en el plano espiritual comprendían la organización eclesiástica, la inquisición, los hospitales, las cofradías, las escuelas, las universidades; en segunda instancia, lo temporal incluía la concesión de mercedes, la conquista, el descubrimiento y población de las indias, la emigración, el orden público, las buenas costumbres, la institución virreinal, etc.<sup>76</sup>

De igual forma existían asuntos mixtos, que eran los que realmente presentaban problemas, como la provisión de oficios dentro de la audiencia, las licencias de expediciones, las encomiendas y los repartimientos de indios, etc.<sup>77</sup>

Para ayudar a dilucidar este problema Felipe II expide la real cédula de 1568, destinada al virreinato del Perú, y a Francisco de Toledo, su virrey en particular. Allí se establece que el virrey, en un caso de duda por un asunto mixto, deberá calificarlo como de gobierno o de justicia,<sup>78</sup> y contra esta calificación no se podrá interponer el recurso de apelación ante la Audiencia. Si ésta no estaba de acuer-

---

<sup>75</sup> Tau Anzoategui, *Casuismo y sistema*, *op. cit.*, pp. 125-134.

<sup>76</sup> García Gallo, *La división de las competencias administrativas*, *op. cit.*, p. 299.

<sup>77</sup> Villapalos Salas *op. cit.*, pp. 14-15.

<sup>78</sup> Esquível Obregón tiene una postura contraria, ya que dice que si una persona se sentía agraviada con una resolución del virrey, apelaba ante la Audiencia y ésta pedía los autos y el virrey tenía que mandarlos y suspender así sus efectos mientras la Audiencia decidía si el asunto era de gobierno o de justicia. Esquível Obregón *op. cit.*, p. 334.

do con esa valoración, debía informarlo al rey. Hay que anotar que si el asunto era calificado como de gobierno, y con él se causaba agravio a alguien, se podía apelar ante la audiencia volviéndolo inmediatamente contencioso.<sup>79</sup>

[Esta real cédula] diferencia entre el orden judicial, que es el destinado a proteger los derechos de las partes, y el gubernativo cuyo fin es el bien común. Se define la supremacía del gobierno sobre la justicia en cuanto a la ejecución de mandatos dirigidos al bien común, mas también la supremacía de la justicia sobre el gobierno en cuanto a la conservación de los derechos ya adquiridos, que habían sido lesionados por mandato administrativo, pero que podían ser restituidos por sentencia en el juicio de apelación.<sup>80</sup>

Lo establecido en 1568 para el Perú se extiende a Nueva España en 1570, a Guatemala en 1587, a la Nueva Granada en 1588, a la Española en 1599, etc.<sup>81</sup>

Vemos que casuísticamente la Corona resolvió, en buena parte, el problema de la separación de asuntos de gobierno y de justicia, y el control que se ejercía sobre los primeros cuando lesionaban a algún particular.

La Recopilación de 1680 reguló esta materia al desarrollar tres disposiciones sobre el control judicial de los actos de gobierno. La primera era la facultad del virrey para calificar los asuntos, la segunda establecía que cuando el asunto sobrepasaba el ámbito nacional y aparecía una persona agraviada, el negocio se volvía de justicia, es decir *inter partes*, entre el particular afectado y la autoridad que había dictado el acto. La tercera decía que “una vez que el asunto era ya *litis pendenciae*, sólo a los oidores tocaba decidir y las restantes autoridades debían estar sometidas a su fallo que podía incluir como medida cautelar la suspensión de la ejecutividad del acto”.<sup>82</sup>

Este control sobre la arbitrariedad es el rasgo principal de las audiencias indianas, es más se crearon para limitar al poder, por ello se instauran la de Charcas, por petición de los españoles para evitar las lesiones de los corregidores; la de Buenos Aires, para permi-



<sup>79</sup> Bravo Lira *op. cit.*, p. 68.

<sup>80</sup> Góngora *op. cit.*, p. 290.

<sup>81</sup> Villapalos Salas *op. cit.*, p. 24.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 37.

tir que a los vecinos se les haga justicia por los agravios de los gobernadores, y la de México, para resolver las disputas entre los españoles y Hernán Cortés.<sup>83</sup>

Bravo Lira nos trae un caso que ocurrió en el siglo XVII en Chile, donde es palpable la distinción entre gobierno y justicia. Los hechos sucedieron en Santiago, donde se estaba movilizando a los vecinos para la guerra de Arauco. Éstos no querían pelear porque alegaban que la guerra se libraba en la frontera y no en la ciudad, acuden a la audiencia y ésta les da la razón. El presidente acudió al rey y le hizo ver que sin los vecinos de Santiago no se podía costear la guerra. Éste, el 18 de mayo de 1642, dicta una real cédula para sanear el conflicto y ordena al presidente que no aperciba a los vecinos sin consultar primero a la Audiencia, es decir, ésta tiene la última palabra, y si accediese, los vecinos no podrían recurrir la decisión del presidente ante la audiencia, porque ésta no los ampararía.<sup>84</sup>

No obstante la claridad de los mandatos, ni el rey ni el Consejo de Indias pudieron evitar la reticencia que tenían los virreyes y presidentes a dejarse controlar, como ocurrió en 1587 en Santo Domingo, cuando el presidente no admitía apelaciones contra sus actos de gobierno, o en México, en 1665, donde el virrey conde de Baños, según se le imputaba en su residencia, no consentía la apelación de sus “autos de gobierno”. Además de estos inconvenientes, algunas reales cédulas limitaron la apelación y ésta se restringió en 1624 a las cuestiones de gracia, así como a las provisiones de oficios y encomiendas. Se exceptuaron también los casos en que los reos fueran militares, pues la apelación debía ir a la Junta de Guerra y no a la Audiencia.<sup>85</sup>

Es en el siglo XVIII, cuando la problemática se agudiza aún más con el advenimiento borbónico al trono español, como ya hemos visto, se realza la importancia del principio de autoridad y de la obediencia debida. Con este telón de fondo, para poder ejercer el recurso de agravios se necesitaba de venia o autorización por parte del virrey,<sup>86</sup> ¡qué ironía que la autoridad que expide el acto lesivo sea además la que da permiso para que sea atacado!

<sup>83</sup> Bravo Lira *op. cit.*, p. 68 y también Villapalos Salas *op. cit.*, p. 32.

<sup>84</sup> Bravo Lira *op. cit.*, p. 69.

<sup>85</sup> Sánchez Bella, Las audiencias y el gobierno, *op. cit.*, pp. 581-582.

<sup>86</sup> Martire *op. cit.*, p. 350 y también Dougnac Rodríguez *op. cit.*, pp. 106 y 160.

Para evitar estas arbitrariedades se crea la institución del regente, y en 1776 se dicta la instrucción que establece sus competencias para las Indias. Esta figura iba destinada a quitarle poder a los virreyes, al asumir este magistrado las funciones de presidente de la Audiencia. Dentro de esta instrucción estaba el artículo 41 que encomendaba a los regentes la eficacia del recurso de apelación. Estos cambios le dieron un nuevo respiro al recurso, pero sin poder extirpar las extralimitaciones de los virreyes, como cuenta Martíre en un caso en México en 1806, ya al final de la dominación española.<sup>87</sup>

Veamos ahora cuáles eran los actos recurribles. Hay que partir de la idea de que no existe una clasificación, se atacaban todas las conductas administrativas que causaran una lesión a un particular. Existía una diferencia en los órganos judiciales encargados de resolver los conflictos, así el Consejo de Indias detentaba la jurisdicción superior para todos los negocios de América, además tenía la competencia exclusiva para las quejas del gobierno general, las eclesiásticas, los conflictos de jurisdicción y todas las otras causas relativas a la real jurisdicción, al patrimonio y la hacienda.<sup>88</sup>

Las audiencias tenían competencia para conocer cualquier acto dictado por cualquier autoridad por vía administrativa, siempre que hubiera vulnerado el estatus de un particular.

Así es como de la época de los presidentes de capa y espada en la Nueva Granada se ha analizado un recurso de agravios del año 1623, interpuesto contra unas providencias dictadas por el oidor Juan de Villabona Zubiaurre,<sup>89</sup> en una visita a la tierra de las pro-



<sup>87</sup> Se trataba de un pleito entre el virrey Iturrigaray y la Audiencia de México por la calificación y la retención por parte del virrey de dos casos, ya que los consideraba puramente gubernativos y por ello no admitían apelación. El conflicto llegó hasta el Consejo de Indias que dictaminó que: "si las providencias de los virreyes de Indias, cuando ocasionan perjuicios a terceros y se hacen contenciosas, no hubieran de estar sujetas a la apelación en las audiencias, no tendría medida ni límites la autoridad de aquellos jefes, ni los vasallos posibilidad, ni tribunal para reclamar sus agravios, porque la distancia del trono y las dificultades y costos de la navegación les harían abandonar su justicia". Por estas razones eran de opinión los ministros del Consejo que: "no sólo se sostenga vigorosamente la observancia de dichas leyes, sino que también se fije de un modo claro e intergiversable su sentido y espíritu para que cesen de una vez las interpretaciones arbitrarias, las glosas y sutilezas con que se ha intentado frustrar su cumplimiento". Martíre *op. cit.*, p. 357. <sup>88</sup> Villapalos Salas, Los recursos administrativos, *op. cit.*, p. 42. <sup>89</sup> Este oidor "se había graduado en la universidad de Sevilla en 1600. Allí había llegado a ser rector, catedrático y abogado de la audiencia. Se le encargaban las comisiones más graves porque su ingenio era vivo y agudo, además de ser estudioso, diligente, gran trabajador, limpio y entero". Mayorga García, Fernando, *La Audiencia de Santa Fe en los siglos XVI y XVII*, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogotá, 1992, p. 50.

vincias de Tunja y Pamplona. Dicha actuación consistió en trasladar el pueblo de indios de Tequia, que es de clima cálido, a Siribita que es de clima frío. El cacique, por intermedio del protector de naturales,<sup>90</sup> interpone recurso de apelación ante la real audiencia, veamos:

Juan Rodríguez Corchuelo, protector y administrador general de los naturales de este reino por don Simón cacique del pueblo de Tequia, encomienda del capitán Antonio de Enciso, vecino de la ciudad de Tunja. De hecho me presento ante vuestra alteza en grado de apelación, nulidad o agravio, o como mejor haya lugar en derecho de unos autos proveídos por el doctor Juan de Villabona Zubiaurre, vuestro oidor y visitador de la provincia de Tunja, en razón de haber poblado el dicho pueblo en el de Siribita, encomienda de Simón del Basto, sitio frío, sacándolos de caliente tres leguas y más, llevado de su población vieja, especialmente que el dicho sitio de Tequia es temple muy abundante de mantenimientos, fértil y donde tienen al año dos sementeras de maíz sin muchas otras semillas que cogen para su sustento y miel de abejas y el de Siribita carece de todo ello por ser frío y venir la cosecha de maíz once meses, donde no hay tierra competente para estos indios ni para los que se han agregado, por tierra doblada y haber menester sementeras de año y no tener donde criar sus ganados que todo es en muy gran perjuicio de los dichos indios y el haberles quitado sus tierras y dádolas a españoles que han metido en ellas ganados que les han talado y destruido sus sementeras que todo lo expreso por agravio. Por lo cual y que vuestra alteza por su real cédula tiene prohibido el sacar los indios de tierra caliente a fría porque de ello resulta el morir y otros inconvenientes que se experimentan como puede suceder en este caso por ser los indios de Tequia de diferente jurisdicción que los de Siribita y que por lo que más resultara en defensa de los dichos indios y en la prosecución de la causa.

Suplico a vuestra alteza me reciba en el dicho grado y mande despacharme su real provisión compulsoria para traer los autos y que en el entretanto se ve y determina por vuestra alteza no se innove y sustenten los indios del dicho pueblo de Tequia en su población vieja y tierras, amparándolos en ella y la persona o personas a quien se hubiesen dado (ilegible) y saquen los ganados que hubieren metido de cualquier género que sea y se les pongan penas y lo notifiquen a personas que sepan leer y escribir y se les entreguen luego los autos. Pido justicia.<sup>91</sup>

El encomendero se opone a la actitud del oidor y argumenta la diferencia de climas:

Petición que el dicho capitán Antonio de Enciso dio ante el dicho oidor y visitador general en el pueblo de Soata a 21 de abril del año pasado de 1622, en que para excusar a los dichos indios tequias del servicio de las estancias y hatos hace rela-

<sup>90</sup> El protector de naturales era un empleado de la Real Audiencia que era nombrado por el virrey o por el presidente, tenía como funciones informar sobre el estado de los indios, su aumento o disminución, el tratamiento que recibían, etc. Dognac Rodríguez *op. cit.*, p. 318.

<sup>91</sup> AGN (Bogotá), Visitas Santander, tomo IX, 1623, folios 678r. y v.

ción que el sitio del dicho repartimiento de Tequia es frío y que por esta razón no convenía sacarlos para los dichos servicios a partes calientes, diciendo el dicho Antonio de Enciso representaría estos inconvenientes como legítimo administrador y defensor de sus encomendados y para el descargo de su conciencia. Firmado Antonio de Enciso.<sup>92</sup>

### El oidor no atiende a la petición del encomendero y explica las razones que tuvo para ordenar el cambio del pueblo de indios:

Muy poderoso señor:

El doctor Juan de Villabona Zubiaurre, vuestro oidor más antiguo en la Real Audiencia del Nuevo Reino de Granada y visitador general de las provincias de Tunja y Pamplona informando a vuestra alteza en el particular de la población de los indios tequias de la encomienda de Antonio de Enciso en el asiento y pueblo de los indios siribitas y balegras de Simón del Basto y Andrés del Basto Avellaneda, represento y propongo a vuestra alteza la causa urgente y justificada en que me fundé que consta por los autos que remito y los motivos y fundamentos siguientes:

Lo primero por haber verificado que los tequias tenían seis meses de doctrina y los siribitas y balegras otros seis, y el resto del año estaban sin ella unos y otros, si bien tenía a cargo el sacerdote decir dos misas, pero para ir a esto y confesar los indios de ambos pueblos, dos leguas de camino y en repentinos accidentes y a leve como se puede ejecutar aunque el celo y cuidado del doctrinero sea muy grande y así me han informado que han sucedido muertes sin confesión y otros casos bien lastimosos y no puede ser menos no habiendo doctrinero con asistencia perpetua.

Lo otro porque don Juan Cacique y todos los capitanes e indios de Tequia lo pidieron por petición y me hicieron requerimiento para ello y en la presentación lo renovaron y en la junta que hice de personas eclesiásticas y seculares y asistiendo a ella el regidor Cristóbal de Cáceres, yerno de Antonio de Enciso, y Gabriel de Sanabria su mayordomo que fue del mismo parecer, hicieron los indios la misma instancia, mostrando siempre muy entrañable gusto que los mudase y poblase en Siribita, por ser todos de una lengua pariente y amigos y como tales se han tratado y comunicado siempre muy familiarmente.

Lo otro porque antes que los indios tequias representasen su pretensión habían verificado judicial y extrajudicialmente en esta ciudad de Pamplona y antes que saliese a visitar la tierra, la importancia y conveniencia de la dicha población y que de otra suerte no se podía asentar la doctrina de aquellos repartimientos, pero como no hallé presente a Antonio de Enciso y conociendo su condición traté de afianzar más mi resolución e hice la otra junta en formación en la cual fue este el principal motivo y en el auto de la dicha junta que contiene fundamentos muy substanciales puse las palabras siguientes:

Yo sabía atendiendo a que está ausente el dicho capitán Antonio de Enciso y que por este respecto no ha podido informar ni dar su parecer acerca de la dicha población para su mayor justificación y antes que de todo punto se resuelva y ejecuta, mandaba y mando ésta. Como consta del dicho auto hecho en Siribita a 26 días del mes de mayo de este presente año de 1623, en el cual y en la declaración de los dichos testigos se verá el acertamiento que tuve y el modo justificado con que procedí.



<sup>92</sup> *Ibid.*, folios 711v. a 712v.

Lo otro porque por las diligencias referidas y vistas que hice me constó que el temple de los indios tequias es en unas partes caliente, templado y en otras a donde se retiran y hacen las sementeras muy caluroso y casi con el fuego del puerto de Honda y que el temple de Siribita es templado, entre caliente y frío y más conforme a la naturaleza humana a la salud y conservación de la vida y porque la experiencia me ha enseñado y las visitas y cambios en que me he ocupado que han sido muchas que las tierras calientes son más enfermas y los indios de los más miserables y pobres sin contratación ni comercio, en que se funda el privilegio y exención de la paga de los requintos concedida por vuestra real persona (Rey) en la real cédula su fecha en Madrid a 4 de marzo de 1614 años.

Lo otro refuerza más este intento por lo cual siempre se ha visto que en las dichas tierras calientes han consumido y consumen los indios que las habitan o por la malicia de las hierbas que usan y tiene a la mano para matarse unos a otros o porque el desahogo de vivir sin ropa y desnudos les sobrevienen las dichas enfermedades ayudando a ello los trabajos excesivos y lavarse después en los ríos y quebradas tan a menudo quedándose a dormir en los campos despoblados y yermos y donde quiera que les coge la noche sin abrigo a que les convida la licencia del temple, aparejados estas y otras relajaciones y los indios padecen el rigor de los mosquitos como los hay en Tequia y su comarca hasta las quebradas de Vera y Chicamocha y ellos y sus mujeres e hijos andan de ordinario desnudos que no es inconveniente menor.

Los daños referidos cesan en el sitio de Siribita por su temperamento más uniforme igual y acomodado a la conservación de los dichos indios y lo que tiene menos de caliente que el de Tequia les hará vestirse y recogerse en sus propias casas de noche para descansar del trabajo y para conseguir este intento se inclinaron forzosamente al comercio y a trajinar y buscar la manta y el lienzo y a procurar granjear y ganar entañándose más con los españoles de todo lo cual y de otras buenas comodidades han carecido hasta hoy los tequias, pasando una vida de vagamundos y pobres y el dicho sitio de Siribita es el más cercano a Tequia, porque los de Sota y Mogotocoro que después de ellos son los más vecinos están ocho y seis leguas con ríos y quebradas peligrosísimas de por medio y cuando tuvieran alguna diferencia considerable los dichos temples que no tienen no siendo notablemente contrarios no se debe excusar la mudanza y agregación de los indios como lo determina expresamente para las mitas de las minas y demás labores del campo la real cédula de 29 de mayo de 1609 que aprieta más para el intento de la dicha doctrina para que se procure acomodar de la manera que fuese posible como cosa que pesa más tan forzosa y de tanta importancia.

Lo otro porque el asiento de Siribita es en el mismo camino real pasajero de este reino y gobernaciones a donde podrán los indios tequias gozar muchos aprovechamientos vendiendo los frutos de trigo, maíz, cebada, yucas, batatas, apios, turmas, ajíes y otras legumbres porque para todas es a propósito y maravillosa la tierra proveída de mucha agua y leña y de tal calidad que tiene ancones y bajíos algunos como en Tequia y otras partes calientes para los géneros que se dan en ella mejor y el pollo y pan que venderán y el caballo y mula que fletarán a los que pasan basta sólo para pagar sus demoras con mucho descanso sustentarse y vestirse y socorrer sus necesidades.

Lo otro porque las tierras de Tequia no son buenas para trigo ni cebada por ser muy húmedas y pantanosas aunque son buenas para maíz y otras legumbres pero no para turmas que es el principal sustento de los naturales, porque son tierras más calientes y no es justo que los que gobiernan se contenten con que los indios coman y se basten sino que con su industria y ministerio se introduzcan a hacer labores con que se sustenten los españoles para que una república ayude a la otra inclinándoles

por todos los medios posibles y justos a que comercien y se aquerencien a su amistad y comunicación y así serán convenientes las sementeras de trigo y cebada. Aunque las rosas de maíz de Tequia sean buenas no son tan abundantes como las encarece Antonio de Enciso, procurando que las encarezcan otros y son menos considerables por el trabajo grandísimo que cuesta su beneficio por el deshierbo preciso y continuo que han menester por razón de las aguas de los temporales, para lograr las cuales hacen a mano y en Siribita se pueden hacer arándose las tierras con bueyes a donde no hay deshierbo y si alguno hay es muy poco y la tierra de Tequia es bermeja y flaca y la de Siribita muy igual y de mejor migazón y muy abundante y fértil.

Señalé a los indios de Tequia y a los demás resguardos no sólo bastantes y suficientes para año y vez y más sino muy sobrados y con más de dos leguas de tierra cerrada y guardada para potreros cría y pasto de sus ganados con que quedaran contentos y satisfechos para gozar de más útil y mayor deseando hasta que los inquietó Enciso y lo contradijo con su espíritu inclinado a contradicciones, como a vuestra alteza es notorio y si los dejara a donde estaban se quejará también de que no los había mudado a donde fuesen doctrinados para ahorrarse en algo el estipendio que pagaba, pues ajustado entre muchos viene a ser menos como le sucederá si se conservase la dicha población, porque hasta ahora ha pagado Enciso seis meses de doctrina por 74 indios útiles que le hallé y Andrés del Basto y Simón del Basto que tienen 118 indios pagaban otros seis meses, en que el dicho Antonio de Enciso está grabado y ahora se emparejará la obligación de todos para que con igualdad paga cada uno lo que debiere y con este medio y el medio de los indios de Carcasí que están juntamente agregados se aminorará y bajará el dicho estipendio que Antonio de Enciso ha pagado.

Lo otro porque en Siribita tienen agua en sitios y parajes para regadío de las tierras de que han usado los siribitas y balegras que faltan en Tequia y para los años de esterilidad y seca es esta calidad muy importante y el maíz que se da en Tequia por ser el temple cálido y húmedo no es duro ni fuerte para conservarse y sale de poca sustancia y aunque viene a cuatro meses no se conserva dos, porque se come de gorgojo, porque los dichos indios han padecido y padecen hambre y necesidades en muchas ocasiones y en Siribita produce la tierra el dicho maíz con crecidas cosechas y se conserva y guarda el año entero y en un mismo tiempo suele acontecer de darse y cogerse los trigos y labranzas de maíz y sembrarse y deshierbarse otras y pesadas las unas circunstancias y las otras considero a los indios muy mejorados.

Lo otro porque para una cosa tan sencilla como esta agregación de unos indios no hallo inconveniente en que estén juntos los tequias que eran de la jurisdicción de Tunja a los siribitas que son de Pamplona mayormente porque siempre han sido doctrinados los tequias por agregados a los siribitas y por un mismo cura y donde quiera que se pongan en su juez inmediato el corregidor del partido y cualquiera es ministro de vuestra alteza y la jurisdicción es una misma que pertenece a vuestra suprema regalía sin que de esto resulte agravio y en los reinos de Castilla de vuestra alteza hay pueblos y vecinos agregados en una calle de diversas jurisdicciones y cuando para otros efectos apréciase que no se alterase el gobierno de las justicias de Tunja en unos tristes indios y tan pocos no se me ofrece en que reparar para hacer este punto metafísico y tan ponderado por Antonio de Enciso sólo por quejarse y hacer según entiendo ruido sin fundamento.

Lo otro porque aunque me dijeron que Antonio de Enciso siempre deseaba conservar sus indios solos y apartados de otros aunque pagasen estipendio entero por la doctrina de un año, no me pareció justificado su intento así porque las demoras son

costas y vendrían a salir del cuero de los indios como porque no quedaría la doctrina con punto fijo y reclamaría mañana lo que hoy ofrece pues muchas veces se ha quejado que no puede sustentar el estipendio de seis meses que ha pagado hasta ahora y el sucesor no quedaría obligado a pesar por ello ni los indios conseguirían el bien que se les desea por vuestra alteza quedando sin cura permanente y los siribitas padecerían el mismo peligro y estando agregados y juntos todos como lo he trazado es el curato perpetuo para que los indios queden en el buen estado y con cierto que han menester y que piden las obligaciones cristianas de vuestra real persona y alteza.

Pretende Antonio de Enciso y dice en una carta que tengo suya, su fecha en Santafé a 8 de mayo de este presente año, que los dichos indios de Tequia pudieran poblarse junto a una quebrada que divide los términos de Tunja y Pamplona para que gozasen de sus tierras antiguas y los siribitas de las suyas que es injustísima pretensión por ser tierra avolcanada y sabana brava e inútil para labor y porque si así se hiciera aunque estarían más juntas estas poblaciones de lo que han estado quedarían todavía lejos y apartadas.

La dicha quebrada que se junta con la de Tequia es ocasiones río caudaloso y no se puede pasar en muchos días como se ha experimentado y muy justamente se daría por excusado el sacerdote de doctrinar y sacramentar durante estos impedimentos y otros que se ofrecen con que no se conseguiría el fruto que se pretende y que conviene tanto para la conversión y salvación de estos miserables indios a los cuales no se les ha hecho daño en sus labranzas como el protector alegó inciertamente engañado de Antonio de Enciso, porque quedaron por mi orden indios que salvaguarden y si hubiesen padecido algo será por culpa de Antonio de Enciso que tiene en los resguardos sus sementeras, ganados mayores y menores, con bohíos, trilladeros y corrales como consta de los dichos autos que remito.

El ánimo de Antonio de Enciso en esta pretensión es de despoblar de aquel paraje a Cristóbal de Cáceres su yerno de las estancias que tiene en él y a un Cristóbal López con quien ha contraído declarada y capital enemistad y muchos y muy reñidos pleitos por hacerles más daño y era forzoso por habersele de señalar a los dichos indios las tierras de estos dos vecinos para darles resguardos cercanos a la población que el dicho Antonio de Enciso señala porque estando en ella no podrían conservar los antiguos y que están apartados dos leguas de más que estas estancias tienen muchos pedregales y no son fructíferas para las sementeras, las cuales conviene hacerse junto a las poblaciones para que puedan los indios volverse fácilmente a dormir a sus casas como se dispone por reales cédulas de vuestra real persona y en particular por la de 29 de mayo de 1609, con que se evitan las idolatrías y otros delitos que se cometen quedando los indios lejos de sus habitaciones en las rosas y labranzas apartadas, sin acudir a misa ni a la doctrina como se ha visto en los indios de Ubaque, sobre cuyo remedio se han hecho las muchas diligencias que parece por los autos que están pendientes en vuestra Real Audiencia.

Antonio de Enciso fabrica y varía en su imaginación y en su queja, lo temple para que no se saquen los indios de su encomienda para el servicio de las estancias y hatos circunvecinos en conformidad de provisiones reales de vuestra alteza y mandamientos de gobierno, alegó ante mí por petición cuyo traslado remito con los demás autos, que los indios de Tequia estaban en tierra fría con fin de que no los llevasen a Chicamocha y a otros sitios calientes para los dichos ministerios y ahora alega por boca del protector en vuestra Real Audiencia que saqué a los tequias de tierra caliente y que los pueble en Siribita que es temple frío en que se verá la puntualidad y verdad con que procede Antonio de Enciso en todas sus acciones. Hecho en la ciudad de Pamplona a 4 de septiembre de 1623. Doctor Villabona Zubiaurre.

*Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 77-113, enero-junio de 2003*

El cual dicho traslado se sacó corrigió y concertó con los autos originales que están en mi poder a que me remito y va cierto y verdadero sacado en virtud de la dicha real provisión compulsoria que va por cabeza de este traslado y por mandado del dicho señor oidor y visitador general en la ciudad de Pamplona a 4 días del mes de septiembre de 1623, visto a lo ver, sacar, corregir y conservar. Firmado el capitán Marcos de Espinosa. Alguacil mayor y Diego de Espinosa. Contados los autos y diligencias que hizo el dicho alférez Diego de Angulo en razón de la reducción de los dichos indios tequias lo que no valga va entre renglones. En nombre de todos los demás indios del dicho pueblo de Tequia. Juan de Arraue, Alonso de Santisteban, valga. Este traslado va escrito en treinta y seis hojas. Yo Rodrigo Zapata, escribano de este reino y de las visitas generales de este Nuevo Reino de Granada, lo hice escribir y sacar de sus originales e hice mi signo. En testimonio de verdad. Firmado Rodrigo Zapata.<sup>93</sup>

Frente a este parecer el protector de naturales lo refuta:

Digo que demás de lo que tengo articulado y los indios que han deducido en esta causa los indios de Tequia tienen en el llano de Tequia que es caliente sus algodones, ajíales, cogen mucho fique, sacan cantidad de cera, miel de abejas, con que se ayudan a la paga de sus demoras y en el sitio de Siribita no hay esta abundancia y carecen de ello los indios de aquel pueblo especialmente que cerca de Tequia está una quebrada grande, muy peligrosa en tiempo de aguas que no se puede pasar por ser de mucha corriente pedregosa donde se han ahogado y se ahogan muchas personas y para que no suceda esto a menudo los indios de Tequia acuden a pasar la gente poniendo cabuyas y tarabitas, adiestrando a los pasajeros en el vado por ser camino real y lo mismo hacen en la quebrada de Tequila y poblándolos en Siribita perderían los pasajeros la comodidad referida y tendrán riesgo en sus vidas y haciendas y los indios perderán las comodidades que expreso en esta petición y en las otras dadas en esta causa que de ningún modo los indios de Siribita pueden acudir a poner cabuya en la quebrada de Vera para el paso por estar distante lo uno de lo otro más de 5 leguas por lo cual y lo más que hace en favor de los dichos indios. Suplico a vuestra alteza mande hacer en todo según tengo pedido y a que se contine pido justicia y en lo necesario, etc.<sup>94</sup>

Además, el protector de naturales solicitó unos testimonios para corroborar su petición. La audiencia abrió un periodo probatorio de ochenta días y practicó las pruebas pedidas. Finalizada esta etapa la real audiencia decidió el caso:

AUTO

En la ciudad de Santa Fe a 30 días de agosto de 1624 años, los señores presidente y oidores de la Audiencia Real de su majestad de este Nuevo Reyno de Granada, don Juan de Borja, caballero de la orden de Santiago, presidente doctor Lesmes de



<sup>93</sup> *Ibid.*, folios.713r. a 717v.

<sup>94</sup> *Ibid.*, folios 721r. y v.

Espinosa Saravia, licenciado don Antonio de Obando, doctor don Francisco de Sosa y licenciado don Francisco de Saavedra, oidores. Habiendo visto los autos del protector de los naturales de este reino por don Simón cacique del pueblo de Tequia, encomienda del capitán Antonio de Enciso, con el licenciado Juan Ortiz de Cervantes, fiscal de su majestad. En esta Real Audiencia sobre que habiendo el señor doctor Juan de Villabona Zubiaurre, oidor que fue de esta dicha Real Audiencia y visitador de las provincias de Pamplona y Tunja mandado a los autos dichos indios agregar y juntar en la población que hizo en el sitio que llaman de Siribita por su auto que para ello proveyó en 27 de marzo del año pasado de 1623 y pretenden los dichos indios sin embargo de lo mandado y ejecutado en la dicha razón por el dicho señor visitador, se han de volver a su sitio y población antigua que tenían los dichos indios de Tequia, que se contradice por el dicho fiscal de su majestad y se pretende deberse guardar cumplir y ejecutar lo ordenado y mandado por el dicho señor visitador y habiendo visto el ofrecimiento hecho por el capitán Antonio de Enciso encomendero de los dichos indios por carta escrita al real acuerdo su fecha en 4 de octubre del año pasado de 1623, reconocida por el susodicho en presencia de los dichos señores en 27 de este presente mes y año, por la cual ofrece dar a los dichos indios ocho meses de doctrina mudándolos al dicho su sitio antiguo de Tequia y vistas las probanzas y demás autos hechos en la dicha razón. Y dijeron que sin embargo de lo proveído, hecho y ejecutado por el dicho señor oidor visitador debían de mandar y mandaron que el dicho cacique y demás indios del pueblo de Tequia se desagreguen de la dicha población de Siribita y se vuelvan y junten en el sitio de Tequia que antes tenían. Y para ello se les vuelvan a sus tierras resguardos y las labranzas que poseían cuando se agregaron a la dicha población de Siribita, las cuales se les mandan restituir para el dicho efecto a los dichos indios por cualesquiera personas que las tengan ocupadas y los dichos indios se pueblen en el dicho sitio de Tequia en forma política. Los señores mandaron se haga una iglesia suficiente para ser doctrinados en las cosas de nuestra santa fe católica y para la dicha doctrina se ha de nombrar un sacerdote religioso de la orden de Santo Domingo, el cual ha de hacer doctrina a los dichos indios todo el año dándole y pagándole el estipendio de ocho meses y para que se provea conforme al patronazgo real se dé noticia a los prelados y a los demás indios que quedan juntos y agregados en la dicha población de Siribita, mandaron se les den nueve meses de doctrina los cuales paguen sus encomenderos, respecto según los indios a que cada uno tuviere como obligación el dicho sacerdote de asistir por el dicho estipendio todo el año. Y así lo proveyeron y mandaron.

Pronuncióse este auto por los señores presidente y oidores de la Audiencia Real de su majestad estándola haciendo pública en Santa Fe a 30 de agosto de 1624 años.<sup>95</sup>

Esta providencia es recurrida por el fiscal de la Real Audiencia, y es confirmada por ésta el 12 de septiembre de 1624.<sup>96</sup>

<sup>95</sup> *Ibid.*, folios 759r. y v.

<sup>96</sup> "En la ciudad de Santa Fe a 12 días del mes de septiembre de 1624 años los señores presidente y oidores de la Audiencia Real del Nuevo Reyno de Granada, don Juan de Borja, caballero de la orden de Santiago, presidente, doctor Lesmes de Espinosa Saravia, licenciado Antonio de Obando, doctor don Francisco de Sosa, licenciado don Fernando de Saavedra, oidores. Habiendo los autos del protector de los naturales de este reino, por don Simón cacique del pueblo de Tequia con el licenciado Juan Ortiz de Cervantes, fiscal de su majestad en esta Real Audiencia sobre que habiendo el señor

Este caso representa una función de gobierno ejecutada por la Real Audiencia. Digamos que ésta sólo secundariamente<sup>97</sup> desarrollaba materias de gobierno y la típica era la visita a la tierra, que “tenía por finalidad verificar la ejecución de las leyes, procurar a los indios justicia y, en general intervenir donde pareciera ser necesario”.<sup>98</sup>

Estas visitas debían realizarse cada tres años, por turno, que comenzaba por el oidor más antiguo, el presidente designaba al visitador y le señalaba por cuál provincia debía comenzar su gestión. A los visitadores se les encomendaba “gran preocupación por la suerte de los indígenas, cuyos bienes de comunidad debían conservar así como inquirir si plantaban árboles. Debían enmendar el mal trato que les dieran españoles o los propios caciques aborígenes”.<sup>99</sup>

Éste era entonces un acto de gobierno, que se puede observar causó un perjuicio o agravio a una comunidad, a un pueblo de indios. Pero que fue resarcido, y la situación se retrotrajo al estado anterior de haberse dictado el traslado del dicho pueblo.

Es pertinente mencionar otros ejemplos de actos de gobierno, el más clásico, según Villapalos, es el conflicto de dos titularidades que se quieren hacer valer, esto es, asuntos problemáticos entre españoles o entre españoles y caciques de indios, por ejemplo, en la intromisión en la resolución de causas exclusivas de los indios o en la privación de cacicazgos. En este último supuesto se daba una



doctor Juan de Villabona Zubiaurre oidor que en ella fue y visitador de aquella provincia de Pamplona y Tunja mandado se agregasen y juntasen los dichos indios al sitio y población de Siribita que por auto proveído por los dichos señores en 30 de agosto de este presente año se mandó que el dicho cacique y demás indios del pueblo de Tequia se desagregasen de la dicha población y sitio de Siribita y se volviesen y juntasen al sitio de Tequia que antes tenían y que se les volviesen sus tierras y resguardos según más largamente en el dicho auto se contiene de que parece haber suplicado el dicho fiscal de su majestad. Dijeron que sin embargo de la dicha suplicación debían de confirmar y confirmaron el dicho auto suso referido, el cual mandaron, se guarde cumpla y ejecute según y como en él se contiene y para la erección de la iglesia que está mandada hacer se acuda al señor arzobispo de este Reyno como está proveído y para el nombramiento del religioso que hubiere de haber en la dicha doctrina al padre provincial de la orden de santo domingo guardando en lo uno y en lo otro el patronazgo real y en grado de revista así lo proveyeron y mandaron, pronuncióse este auto por los señores presidente y oidores de la Audiencia Real de su majestad estando haciendo audiencia pública en Santa fe a 12 de septiembre de 1624 años. Los licenciados Jerónimo Serrano de Ávila y Antonio de Agudelo Calderón, relatores y al señor licenciado Juan Ortiz de Cervantes, fiscal de su majestad y a Juan Rodríguez Corchuelo protector. Firmado Hernando de Angulo”. AGN (Bogotá), visitas Santander, tomo IX, 1623, folios 763r. y v.

<sup>97</sup> “Sólo secundariamente por las funciones que se le asignaban por vía de comisión, primero en las instrucciones que se den a la misma y luego tras la reiteración de éstas ya de modo más permanente, se puede considerar como un órgano de gobierno”. García Gallo, *Las audiencias en Indias*, *op. cit.*, p. 384.

<sup>98</sup> Mayorga García *op. cit.*, pp. 133-134.

<sup>99</sup> Dougnac Rodríguez *op. cit.*, p.161.

excepción a la regla de la jurisdicción rogada y se admitía que la Audiencia actuara de oficio.

Otros ejemplos son las lesiones causadas por abusos de los eclesiásticos; los acuerdos y ordenanzas de los cabildos; las negligencias en la ejecución de las ordenanzas; los agravios infligidos a los indios, sobre todo en los encomendados, se recordará la obligación que existía de buen tratamiento para con ellos establecida en las nuevas leyes de 1542; las sentencias absolutorias o condenatorias de demandas pecuniarias o intereses de parte dictadas en un juicio de residencia; los vicios de procedimiento, y la venta de oficios.<sup>100</sup>

El principio de ejecutividad del acto de gobierno tenía carácter excepcional. Su origen se remonta a las audiencias indianas. En principio por una real cédula de 1552 sólo tres actos tenían plena ejecutividad: la realización de ordenanzas, la satisfacción de daños y la regulación de estancias de ganados, es decir, el resto de los actos de gobierno podía ser objeto de suspensión. Éstas tres excepciones se sentaban sobre la idea de que las medidas de buen gobierno, de bien común, no se podían paralizar, por ello se concedía contra ellas el recurso de apelación, pero en efecto devolutivo.<sup>101</sup>

Posteriormente, en 1620, se expide otra real cédula en la que se le otorgaba a la Audiencia el poder de decidir si aceptaba la apelación con efecto devolutivo o suspensivo; esta potestad cobijaba incluso a los actos del rey; pero atendiendo a las excepciones consagradas en la real cédula de 1552 y en otra de 1561, que dispuso que no existía suspensión frente a las ordenanzas de gobierno que se hicieran en las ciudades.<sup>102</sup>

Este recurso de agravios o de apelación constituye un control judicial sobre la administración pública, es más, con éste se limita el poder y se reparan los perjuicios que se causaban a un particular. Pienso que esto constituye un antecedente de nuestro estado de derecho, que tiene un carácter indiscutible y además es el antecedente de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que no se debe buscar en el recurso de plena jurisdicción francés, y tam-

<sup>100</sup> Villapalos Salas, Los recursos administrativos, *op. cit.*, pp. 44-47.

<sup>101</sup> Góngora *op. cit.*, p. 288.

<sup>102</sup> Villapalos Salas, Los recursos administrativos, *op. cit.*, p. 53.

bién de la acción de tutela, porque amparaba derechos de los particulares afectados por actuaciones de agentes de la Corona.

## BIBLIOGRAFÍA

- Archivo General de la Nación (AGN), Bogotá, Visitas Santander, tomo IX, 1623.
- Borah, Woodrow, *El juzgado general de indios en la Nueva España*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- Bravo Lira, Bernardino, *Protección jurídica de los gobernados en el nuevo mundo (1492-1992). Del absolutismo al constitucionalismo. En homenaje al profesor Alfonso García Gallo*, vol. 3b, Universidad Complutense, Madrid, 1992.
- Dougnac Rodríguez, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano*, UNAM, México, 1994.
- Escudero, José Antonio, *Curso de historia del derecho*, Gráficas Solana, Madrid, 1995.
- Esquível Obregón, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México*, tomo II, Polis, México, 1938.
- Fairen Guillén, Víctor, "El proceso aragonés de manifestación y el británico de Habeas Corpus", en *Temas del ordenamiento procesal*, tomo I, Tecnos, Madrid, 1969.
- \_\_\_\_\_, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, UNAM, México, 1971
- García Gallo, Alfonso, "La división de las competencias administrativas en la España moderna", en *Actas del II Simposio de Historia de la Administración*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971.
- \_\_\_\_\_, "La ley como fuente del derecho en Indias", en *Estudios del derecho indiano*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1972.
- \_\_\_\_\_, "Las audiencias en Indias. Sus orígenes y caracteres", en Academia Nacional de Historia, *Memoria del II Congreso Venezolano de Historia*, 2 vols., Caracas, 1975.
- Gibert, Rafael, *Historia general del derecho español*, s. e., Granada, 1968.
- Góngora, Mario, *El Estado en el derecho indiano*, Instituto de Investigaciones Históricas Culturales, Santiago de Chile, 1961.
- González de San Segundo, Miguel Ángel, *Un mestizaje jurídico el derecho indiano de los indígenas*, Universidad Complutense, Madrid, 1995.
- Lalinde Abadía, Jesús, *Iniciación histórica al derecho español*, Ariel,

- Barcelona, 1983.
- Lira Guillén, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1972.
- Martiré, Eduardo, *El recurso de apelación contra las decisiones del virrey o presidente de las audiencias de Indias*, Congreso Internacional del Instituto de Historia del Derecho Indiano, Valladolid, 1984.
- Mayorga García, Fernando, *La Audiencia de Santa Fe en los siglos XVI y XVII*, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogotá, 1992.
- Ots Capedqui, José María, *Las instituciones del Nuevo Reino de Granada al tiempo de la Independencia*, s. e., Madrid, 1958.
- Sánchez Bella, Ismael, *Las audiencias y el gobierno de las Indias. Estudios de derecho indiano*, tomo II, EUNSA, Pamplona, 1991.
- \_\_\_\_\_, *Reserva a aragoneses de plazas de gobierno y justicia en Indias (siglo XVII). Estudios de derecho indiano*, tomo II, EUNSA, Pamplona, 1991.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo. Introducción a los conceptos de administración pública y derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- Tau Anzoategui, Víctor, "La ley 'se obedece pero no se cumple'. En torno a la suplicación de las leyes en el derecho indiano", en *Separata del Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, vol. VI, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1980.
- \_\_\_\_\_, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho Indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992.
- \_\_\_\_\_, *Qué fue el derecho indiano*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980.
- Villapalos Salas, Gustavo, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1976.
- \_\_\_\_\_, *Los recursos en materia administrativa en Indias siglos XVI y XVII. Notas para su estudio*, AHDE 46, 1976.