

# Derecho público y control del poder en la Hispanoamérica virreinal

## Public law and control of power in virreyal Spanish America

Luis Alfonso Herrera Orellana<sup>1</sup>

Universidad Santo Tomás (Chile)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3740-8507>

Recibido: 01-11-2023

Aceptado: 07-12-2023

---

### Resumen

El trabajo cuestiona la tesis según la cual durante los siglos XVI y XVIII funcionó en la Hispanoamérica Virreinal un régimen autoritario y extractivo; aporta evidencia de que, por el contrario, el orden virreinal o indiano funcionó según ideas e instituciones jurídicas que, en su contexto histórico, permitieron limitar el poder de las autoridades reales y de sus representantes; y argumenta por qué no se justificaba ni benefició a los ciudadanos de las nuevas Repúblicas romper de raíz con esas instituciones jurídicas para adoptar un derecho público ajeno como el derecho administrativo francés.

**Palabras-clave:** derecho público indiano, orden virreinal, limitación del poder, leyenda negra antiespañola, protección judicial de las personas.

---

<sup>1</sup> (lherrera21@santotomas.cl). Académico investigador. Universidad Santo Tomás, Chile. Ganador de Beca de doctorado nacional de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID), Chile. Entre sus publicaciones sobresalen las siguientes: *¿Es necesario el Derecho Administrativo?*, en Armando Rodríguez García y Antonio Silva Aranguren (coordinadores). Libro Homenaje a la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela. A propósito de su Cuadragésimo Aniversario. Caracas: Universidad Central de Venezuela y CIDEP, 2022; “Del paradigma del control al paradigma del riesgo en la prestación de servicios sanitarios en España y Chile”. *Revista de Derecho Administrativo Económico* No. 33 [enero-junio 2021]; *¿Constitucionalismo o Neoconstitucionalismo? Aportes a un debate contemporáneo*. Caracas: Fundación Editorial Jurídica Venezolana, 2020.

## Abstract

The work questions the thesis according to which during the 16th and 18th centuries an authoritarian and extractive regime operated in Viceroyal Latin America; provides evidence that, on the contrary, the viceregal or Indian order functioned according to ideas and legal institutions that, in their historical context, allowed the power of the royal authorities and their representatives to be limited; and argues why it was neither justified nor beneficial to the citizens of the new Republics to fundamentally break with those legal institutions to adopt a foreign public law such as French administrative law.

**Keywords:** Indian public law, viceregal order, limitation of power, anti-Spanish black legend, judicial protection of people

## 1. Introducción

Para los hispanohablantes dedicados al estudio del origen y características de los medios de control jurídico de la Administración Pública de nuestro tiempo, las fuentes relevantes para conocer la génesis y evolución de tales medios son las obras que explican las ideas que impulsaron la revolución francesa, así como las instituciones jurídicas que de ella derivaron<sup>2</sup>.

Lo anterior es resultado de una creencia extendida según la cual, con anterioridad a 1789 y a las instituciones y conceptos jurídicos que surgen en el derecho público francés durante el siglo XIX (el principio de legalidad, los recursos administrativos, la responsabilidad de la Administración, el contencioso-administrativo, etc.), funcionaba el “antiguo régimen”<sup>3</sup>, en el que no existían mecanismos efectivos de limitación y control jurídico del poder<sup>4</sup>.

En efecto, se considera que, al no estar reconocidos en ese orden político previo los derechos fundamentales, la división de poderes y la subordinación de la autoridad a la legalidad<sup>5</sup>, era imposible que las personas pudieran defenderse de situaciones arbitrarias, en la medida que prevalecía, en última instancia, la voluntad del soberano<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Medina 2022: 87-96; Tomás y Valiente 2016: 586-598.

<sup>3</sup> A pesar de que esa expresión, en estricto rigor, solo es aplicable a un período histórico de la realidad política de Francia, por lo argumentado en Rotelli 2002: 52.

<sup>4</sup> López 1982: 66-75.

<sup>5</sup> Como lo proclama la Declaración Francesa de 1789. Al respecto, ver García de Enterría 2000: 75-84.

<sup>6</sup> Según Ruiz: “...la arbitrariedad designa el gobierno sin reglas y límites, de tal forma que un poder arbitrario es el reino del despotismo”. Ruiz 2021: 724.

Así, se asume pacíficamente que, en Europa y particularmente en Hispanoamérica<sup>7</sup> solo tras las independencias<sup>8</sup> de los Virreinos, Provincias y Capitanías Generales de la Corona Española, llegaron a esos territorios, provenientes del derecho público francés, mecanismos para que los súbditos convertidos ahora en ciudadanos pudieran limitar el poder del gobierno<sup>9</sup>, lo que era imposible a causa del atraso español<sup>10</sup>.

La principal consecuencia de asumir como ciertas estas premisas, fue la adopción en el ámbito del derecho público de ideas e instituciones surgidas en Francia, ajenas a la cultura jurídica y experiencia política común de los países hispanoamericanos<sup>11</sup>, y que no han contribuido de forma eficaz a limitar y controlar el poder de los Estados<sup>12</sup>.

A pesar de lo indicado, se insiste en mantener tal estado de cosas, en algunos casos agravando su complejidad con la incorporación fallida de elementos del constitucionalismo de los Estados Unidos de América<sup>13</sup> o del alemán<sup>14</sup>, pues se piensa que no existe ninguna otra fuente o tradición jurídica que, preocupada por la limitación del poder por el derecho, pueda ser considerada para elevar la calidad actual del control jurídico del poder estatal.

En vista de lo señalado, resulta pertinente problematizar esas afirmaciones, para mostrar que es debatible la equiparación del régimen monárquico hispánico que rigió en América, con otros regímenes monárquicos europeos en que los límites jurídicos para cuestionar sus decisiones eran más precarios, a causa, por ejemplo, de la doctrina del derecho divino de los reyes<sup>15</sup> o de las ideas del absolutismo ilustrado<sup>16</sup>.

Asimismo, para insistir en que sí existieron en el orden jurídico virreinal o indiano –en ningún caso colonial<sup>17</sup>–, desarrollado en los territorios americanos de la Monarquía Hispánica, principios, normas y medios institucionales que permitían limitar y controlar, según la época, el poder de las autoridades, y para

---

<sup>7</sup> En contra de lo explicado en Cassagne 2005: 92-93

<sup>8</sup> Bravo Lira 2016: 155-156; Pérez Vejo 2022: 164-173.

<sup>9</sup> Cuando, salvo por ejemplo en el caso de México, ocurrió lo contrario en la generalidad de Hispanoamérica, ya que se debilitó la protección jurídica de las personas. Ver Bravo 1990: 336-338. Sobre la singularidad mexicana en la materia, véase Martínez Lazcano 2019: 126-131.

<sup>10</sup> Martínez Montes 2021: 115-116.

<sup>11</sup> Abundan los estudios dedicados a los ordenamientos de cada país que soportan esta afirmación. De forma general, ver Wunder 2022: 486-487.

<sup>12</sup> Al contrario, han potenciado y consolidado el estatismo y los privilegios del poder. Soto Kloss 1996: 22-27.

<sup>13</sup> Mairal 2013: 16-18.

<sup>14</sup> Pelayo 2019: 815.

<sup>15</sup> Sobre cómo el pensamiento jurídico hispánico, por razones teológicas, fue contrario a esa idea, véase Rivera 1990: consultado en línea en: <https://bit.ly/45NCVFQ>

<sup>16</sup> Sobre esta temática en el mundo hispánico, y cómo tal doctrina dio lugar a las guerras de secesión y a la monarquía constitucional, ver Martínez Shaw 2015: 16-17.

<sup>17</sup> Levene 1951: 25-50; Pérez Vejo 2021: 59-64.

mostrar que su abandono tras la secesión de los territorios de ultramar generó un debilitamiento del control del poder, hasta muy entrado el siglo XX<sup>18</sup>.

En fin, para plantear que también en el ámbito del derecho público, Hispanoamérica ha vivido hasta el presente bajo una subordinación cultural<sup>19</sup>, en gran medida voluntaria, que le impide volver a sus raíces comunes y recuperar las ideas, principios e instituciones que a lo largo de tres siglos hicieron posible que funcionara el modelo de la América Virreinal<sup>20</sup>.

Modelo que se caracterizó, entre otros rasgos, por operar bajo una noción entre clásica y moderna de limitación y control del poder, orientada por la tradición de la ley natural y la garantía del bien común<sup>21</sup>, ajena a la dicotomía moderna “general/particular”, muy propia del racionalismo del derecho público francés<sup>22</sup>.

Visto lo anterior, el presente trabajo (I) analiza la caracterización del orden político y jurídico virreinal hispánico de los siglos XVI a XVIII que suele hallarse en obras jurídicas y de ciencias sociales, (II) problematiza y refuta esa caracterización a partir de las ideas e instituciones jurídicas que permitieron limitar y controlar el poder en ese orden, (III) analiza algunas instituciones que posibilitaron ese objetivo; y (IV) argumenta contra la ruptura radical con ese orden ocurrida en el siglo XIX.

## 2. Caracterización negativa del orden político y jurídico virreinal anterior a las repúblicas hispanoamericanas

La caracterización negativa del orden institucional de la Monarquía Hispánica (en adelante la Monarquía) en América presenta, en general, un vínculo directo con la refutada pero persistente leyenda negra antiespañola<sup>23</sup>, lo que se sigue del predominio de interpretaciones uniformes en las fuentes que adoptan tal perspectiva crítica, reacias a la problematización de sus premisas y afectadas en casos por incomprensibles omisiones<sup>24</sup>.

Lo anterior no significa que todo análisis crítico o que destaque arbitrariedades y excesos de dicho orden institucional deba ser desestimado.

<sup>18</sup> Bravo 1990: 338-340.

<sup>19</sup> Gullo 2023: 447-450.

<sup>20</sup> Ibañez 2021: 45-46.

<sup>21</sup> Bravo 1989:30-31; Herrera 2007: 25.

<sup>22</sup> De la Morena 1983: 855-856.

<sup>23</sup> Gullo 2021: 445-464.

<sup>24</sup> Uniformes porque suelen constar en estudios orientados más a juzgar desde perspectivas modernas (presentismo) que a describir y comprender, en su contexto histórico y en comparación con otros de su época, el modelo virreinal indiano de la Monarquía Hispánica; carentes de problematización y, en ese sentido, monológicas, porque no debaten con otras fuentes que ofrecen lecturas más complejas y hondas sobre dicho modelo, y, en conexión con esto último, sesgadas o afectadas en la consistencia de sus premisas, por la no consideración de obras académicas en las que el mencionado modelo se analiza de forma integral, en sus adelantos, excesos, aciertos, fracasos y evolución hasta inicios del siglo XIX.

Solo supone tener la prudencia de revisar las fuentes de los textos consultadas, a fin de constatar si se estudiaron puntos de vista diversos o solo aquellas que ofrecen una visión única del asunto tratado<sup>25</sup>.

Tal metodología es recomendable, aún más, si el objeto de estudio son las características que, en los hechos, tuvo el orden institucional que la Monarquía desarrolló en los territorios americanos entre 1492 e inicios del siglo XIX, en particular en lo relativo al derecho aplicable para ejercer y limitar el poder político.

Sin embargo, en las fuentes dedicadas al tópico aquí examinado se advierte una visión predominante y poco contrastada, según la cual ese orden habría operado bajo un poder concentrado, imperial y absolutista<sup>26</sup> de la Corona, sobre una sociedad organicista<sup>27</sup>, esto es, estructurada a partir de estamentos y castas<sup>28</sup>, que impedían el contacto y la movilidad social, al tiempo que determinaban el rol y destino de las personas apelando a la ley natural<sup>29</sup>.

Asimismo, que al secundar la contrarreforma<sup>30</sup> fue intolerante en lo religioso por oposición a la tolerancia que habría imperado en los reinos

<sup>25</sup> En tal sentido, es oportuno considerar la metodología propuesta por Azcona y Chauca quienes recomiendan el uso de Google Scholar, en la medida que incluye tanto artículos indexados en revistas científicas como también libros, capítulos de libros y monografías publicados en editoriales de prestigio, en lugar de limitar las consultas a fuentes contenidas en revistas científicas indexadas en rankings como Web of Sciences, Scopus o Emerging Sources Citation Index. Chauca y Azcona 2022a: 57.

<sup>26</sup> Vargas Llosa 2004: 32-40; García 1998: 51-71.

<sup>27</sup> “De acuerdo con el organicismo que sustentaba esta doctrina, cada parte jugaba roles funcionales, es decir, necesarios para el mantenimiento del sistema. Es este mecanismo el que permitió una racionalización entera de la más cruda explotación impuesta por los colonizadores sobre la población indígena”. 5

<sup>28</sup> Vargas Llosa 2004: 40-43; véase también lo expuesto por Darío Brooks en “Criollos, mestizos, mulatos o saltapatrás: cómo surgió la división de castas durante el dominio español en América”, en *BBC*, de 12 de octubre de 2017, consultada el 27.10.23 en: <https://bit.ly/3sagaxW>

<sup>29</sup> Como fuente de poderes omnímodos y no limitados por el derecho positivo, en la lectura de E. Krauze: “La distinción entre justicia y ley –reivindicada por el presidente– está en Santo Tomás. Sus sucesores, los neoescolásticos españoles del siglo XVI y XVII, argumentaron la superioridad de la ley natural, inscrita por Dios en la conciencia, sobre la ley escrita, obra falible de los hombres. Estos conceptos forman parte del pensamiento político que legitimó por tres siglos la monarquía absoluta en España. ¿Conoce López Obrador esos antecedentes? La pregunta es irrelevante. Si no los conoce, los encarna. Según estudios de Richard M. Morse, esa filosofía neotomista es el verdadero modelo político que subyace en Iberoamérica”. E. Krauze, “Diez premisas sobre el poder”, en *Letras Libres*, 6 de mayo de 2019, consultada el 27.10.23 en: <https://bit.ly/3tQ5W6j>

<sup>30</sup> Según Martínez Rojas: “Este concepto fue utilizado por los protestantes, preferentemente a partir de 1770-1780, para referirse a determinados territorios alemanes que, tras abrazar la reforma protestante volvieron a ser católicos. Fue el historiador alemán Leopold von Ranke (+1886) el que adaptó este mismo concepto, inicialmente geográfico, a la historia, ofreciendo una clave interpretativa de los siglos XVI y XVII, que fue enriquecida posteriormente por otros investigadores, como Moritz Ritter, autor de una Historia de Alemania en tiempos de la Contrarreforma. Por su lado, los católicos consideraban cargado de claras connotaciones negativas el concepto de contrarreforma, aunque no exclusivamente. La contrarreforma implicaría el uso de la fuerza para la aceptación de ideas religiosas, lo que estaba en flagrante contradicción con una de las mayores conquistas de la modernidad: la libertad religiosa”. Martínez Rojas 2007: 209-210.

protestantes<sup>31</sup>; mercantilista en lo económico<sup>32</sup> debido al uso de los recursos naturales, de las reglas sobre el dominio de los bienes y reglamentaciones para controlar los intercambios; y, contrario al comercio internacional, entre territorios del mismo reino y entre aquellos y otros reinos<sup>33</sup>.

En el mismo sentido, el modelo virreinal habría sido de tipo colonial o extractivo<sup>34</sup>, esto es, diseñado únicamente para extraer materias primas, fuerza de trabajo, bienes de consumo, sin instalar bienes de producción, de generación de conocimientos y atención de necesidades de las personas. Ello confirmaría su condición de orden antimoderno, por su rechazo del conocimiento de la realidad a través de la ciencia y la técnica<sup>35</sup>.

Por otro lado, se afirma que el orden virreinal hispánico en América contó con prerrogativas ilimitadas para sus autoridades<sup>36</sup>, permitía discriminar de forma legal a sus integrantes sin remedios jurisdiccionales<sup>37</sup> y habría sido contrario a la dignidad humana al no ofrecer a todos los súbditos un trato jurídico basado en la isonomía e igualdad de oportunidades<sup>38</sup>.

Lo anterior implica que todas las normativas jurídicas que fueron dictados desde el inicio de la Conquista, como las Leyes de Burgos de 1512, las Nuevas Leyes de 1542 y las Leyes de los Reinos de Indias cuya recopilación termina en 1680, no fueron expresiones públicas de buenas intenciones, carentes de eficacia y sin respaldo de autoridades reales en su aplicación.

---

<sup>31</sup> Véliz 2011: 76-87; García: 149-159. Sin atender a lo expuesto en Parra 2015: 189-204; Hanke: 1949: 79-94.

<sup>32</sup> Sabino 2010: 63-65; Vargas Llosa 2004: 43-53; García 1998: 73-103.

<sup>33</sup> De León 2008: 41-43.

<sup>34</sup> Como lo sostienen D. Acemoglu y J. A. Robinson en *Por qué fracasan los países*, cuyos argumentos son analizados y problematizados en Dobado 2009: 253-291.

<sup>35</sup> En abierto desconocimiento y sin debate previo de lo expuesto en Holzenthal 2023: 481-482; y por G. Ibáñez: "En realidad, Salamanca es algo más que la nueva Atenas o Roma. Salamanca complementó, revisó y superó la filosofía griega y el derecho romano sentando los fundamentos y las bases teóricas, morales y jurídicas de la modernidad". Gil 2022: 65.

<sup>36</sup> Cuyos orígenes estarían en lo señalado en Tomás y Valiente 2016: 286-289.

<sup>37</sup> Sin perjuicio de las razones que justificaban y exigían la superación de dicha situación social, es imposible una comprensión adecuada del sistema de castas y el funcionamiento de los estamentos, común en Occidente desde la antigüedad hasta al menos el siglo XIX, desde una perspectiva moderna. Por otro lado, en el caso de la tradición hispánica, en la que el mestizaje no fue la excepción, conviene tener en cuenta peculiaridades como la siguiente: "Sin embargo, las mismas políticas de la Corona española y de la Iglesia Católica de fomentar los matrimonios interraciales para combatir el concubinato, contribuyeron a desmoronar las barreras que parecían infranqueables y que estaban reglamentadas por el derecho indiano. Se generaron, así, mezclas humanas que eran muy difíciles de clasificar de forma objetiva". Sistema de Castas, Biblioteca Nacional de Chile, consultado el 27.10.23 en: <https://bit.ly/3tVRjhl>

<sup>38</sup> Como se afirma en N. Castillo Palma, "La discriminación por el color de piel, la raza o el origen es un rezago colonial", .EDU, Universidad Católica del Perú, 26.06.17, consultada el 27.10.23 en: <https://bit.ly/3MktYNn>

Todo lo anterior, en fin, sería efecto no solo de las ideas “medievales” y “contrarreformistas” de la Monarquía, sino también de la inexistencia de vías judiciales para proteger situaciones jurídicas de los súbditos y para restablecer los daños causados por el poder<sup>39</sup>.

En lugar de primacía de la persona, habría imperado la inmunidad y la impunidad de quienes actuaban en nombre de la autoridad real, de acuerdo con la máxima “el rey no se equivoca”<sup>40</sup>, sin que el derecho contenido en reales decretos, ordenanzas, bandos y otros actos formales sirviera para contener las acciones injustas de aquellos.

### **3. Crítica a la caracterización negativa del orden político y jurídico virreinal: la idea de justicia y los límites al poder monárquico**

La negativa caracterización antes expuesta del orden virreinal de la Monarquía en América puede ser si no refutado al menos problematizado y matizado a partir de la consulta de fuentes distintas a las que sostienen tal visión pesimista y de rechazo a lo ocurrido durante el período indiano.

En efecto, en ellas se argumenta que fue absolutista pero no despótico<sup>41</sup>, pues la Corona era el centro de unidad indiscutido, y en ese sentido absoluto, de todo el orden político, pero con tareas esencialmente de gobierno y jurisdiccionales, no legislativas o administrativas.

Del mismo modo, se reconoce que fue un orden vertical, regido por el principio de jerarquía, pero al mismo tiempo, ante la bastedad de la geografía sobre la que se desplegó y la complejidad de los asuntos por atender en cada territorio, operó como imperio<sup>42</sup>, de forma desconcentrada y descentralizada en términos modernos, para asegurar su operatividad.

Además, se trató de un orden que surgió, en sus bases, del proceso de reconquista de la península ibérica, a través del pactismo<sup>43</sup>, del reconocimiento y garantía de fueros<sup>44</sup> y del funcionamiento de grupos intermedios<sup>45</sup>, responsables de tareas políticas y sociales, todo ello en torno a una noción relevante para la comprensión de los hechos, el de: behetría<sup>46</sup>.

---

<sup>39</sup> Stanley y Stein 1993: 72-78.

<sup>40</sup> Jiménez 2013: 65.

<sup>41</sup> Bravo 2010: 466-468; Medina 2022: 46.

<sup>42</sup> Ots 1976: 51-52; Negro 2007: 45-48.

<sup>43</sup> Andrades 2019: 87.

<sup>44</sup> Martínez Llorente 2019: 39-41.

<sup>45</sup> Lo que se observó en materia económica, de ciertos servicios públicos y de beneficencia, y desde los propios comienzos de la conquista, al tratarse de una empresa “público-privada”. Sobre esto último Ots 1976: 15-19;

<sup>46</sup> “Espacio territorial sometido a un tipo especial de señorío, cuya característica es que los habitantes del mismo pueden elegir a su señor. También se denominó benefactoría, benefaltoria, bienfetría, benfetría, benfeytría, benefacere. Su origen está en los pactos de incommuniatio mediante

La ausencia de la idea moderna de división del poder no implicó, sin embargo, que la Corona pudiera actuar sin contrapesos reales y, en general, sin responsabilidad. En el presente, aquella idea tampoco asegura un ejercicio del poder más deseable si se tiene en cuenta que existen constituciones ideológicas de papel y gobernantes autoritarios sobre los que no recae responsabilidad alguna.

En ese orden institucional, expresión del más antiguo estado de derecho occidental según algunos estudios<sup>47</sup>, los pesos y contrapesos derivaban, primero, de la falta de planificación y control de la economía por la autoridad política<sup>48</sup>, segundo, del binomio Audiencia-Presidente que se forma y opera hasta ya entrado el siglo XVIII<sup>49</sup>, y, tercero, de la existencia de poder efectivo, ubicado fuera de la Corona, requerido por esta para tomar ciertas decisiones, así como para dotarlas de legitimidad y eficacia, a saber, la Iglesia Católica<sup>50</sup>.

No niegan estas fuentes que el orden virreinal operó en sociedades estamentales, que era, en general, el modo antiguo y medieval de estructuración de las comunidades políticas, pero con varias particulares, entre las que destacan su carácter mestizo<sup>51</sup> y no estático<sup>52</sup>, su tendencia al intercambio comercial interno<sup>53</sup> a pesar del asedio de la piratería y el contrabando de reinos o autoridades enemigas.

De allí que se sostenga también que se trató de un orden civilizatorio<sup>54</sup> en atención a las mejoras que introdujo respecto de algunas formas de vida prehispánicas, que fue barroco<sup>55</sup>, por la utilización y adaptación de ideas clásicas a los problemas de su tiempo, pero también moderno en lo que es posible aplicar, en los siglos XVII y sobre todo XVIII, tal noción, si se atiende tanto a aspectos navales, como militares y de organización del marco institucional que puso en marcha la Monarquía<sup>56</sup>.

---

los cuales un individuo, familia o grupo familiar cede su tierra o parte de ella a cambio de recibir protección y beneficios de un señor (o benefactoría)". Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, consultado el 27.10.23 en: <https://bit.ly/47ccj2l>

<sup>47</sup> Bravo 2010: 418-419; Dougnac 1994: 387.

<sup>48</sup> Céspedes 2021: 384-395

<sup>49</sup> Bravo 2010: 482-484.

<sup>50</sup> Henche 2021: 169-187; Parra 2015: 187-205.

<sup>51</sup> Ots 1976: 24-26; Céspedes 2021: 187-191; Chauca y Azcona 2022a: 51.

<sup>52</sup> "Para que este orden social se mantuviera fue fundamental que cada individuo ocupara el lugar que le estaba asignado, por lo que las uniones interestamentales se prohibieron a través de diversas normativas y discursos que regularon el comportamiento y aseguraron que mantuvieran los roles designados. Sin embargo, este empecinamiento por ordenar las castas en categorías estáticas se enfrentaba con una realidad social heterogénea y con ciertas fronteras más bien difusas". La sociedad colonial, Biblioteca Nacional de Chile, consultado el 27.10.23 en: <https://bit.ly/3seC8Og>

<sup>53</sup> Céspedes 2021: 153-172.

<sup>54</sup> Bravo 1989: 25-27

<sup>55</sup> Bravo 2010: 474-476.

<sup>56</sup> Medina 2022: 37-38 y 53-56.

En lo que respecta al derecho aplicado al poder, las fuentes que no siguen la visión negativa inicialmente considerada permiten constatar que se trató de un orden que asignaba poderes y prerrogativas limitadas<sup>57</sup>, cuyo ejercicio generaba responsabilidad personal para quienes las utilizaran, con casos emblemáticos de personas condenadas por abusos de poder.

También evidencia que fue un derecho sincrético<sup>58</sup>, que combinaba elementos ibéricos y locales, que no era impuesto de arriba hacia abajo, de forma caprichosa o autoritaria, sino que fue evolutivo<sup>59</sup>, ya que, siguiendo la mejor tradición romana y medieval, partía de los hechos para generar soluciones adecuadas y aceptables para las provincias de ultramar.

Fue, en su contexto histórico, un derecho que reconocía la dignidad de las personas<sup>60</sup>, al subordinar el derecho positivo al derecho natural clásico y al estar influido por las ideas jurídicas de la neoescolástica española de los siglos XVI y XVII<sup>61</sup>, así como por las de juristas y teólogos que las continuaron desarrollando y adaptaron a la situación americana.

Lo anterior, como documentan las fuentes consultadas, explica por qué operaban, ciertamente con desigual eficacia y nivel de cumplimiento, vías jurisdiccionales, que no necesariamente judiciales, para proteger situaciones activas<sup>62</sup> y restablecer los daños patrimoniales causados por el ejercicio del poder<sup>63</sup>.

De este modo, en una época muy anterior a las ideas de J. Locke, Ch. Montesquieu, A. de Tocqueville y los autores de *El Federalista*, en el orden virreinal hispanoamericano llegaron a funcionar instancias para denunciar excesos de particulares y autoridades en el ejercicio de sus derechos y poderes jurídicos, y obtener respuestas institucionales para corregir e impedir tales conductas.

La siguiente sección, identifica y analiza las ideas y las instituciones a través de las cuales se materializaron las características que se han detallados en esta segunda parte.

---

<sup>57</sup> Bravo 1989: 52-63.

<sup>58</sup> Tau 1982: 18-24.

<sup>59</sup> Tau 2021: 40-44, Dougnac 1994: 11-17.

<sup>60</sup> Henche 2021: 213-221. Lo que explica por qué no tuvo lugar ningún genocidio o “catástrofe demográfica” a propósito de la conquista y poblamiento de América por parte de súbditos de la Corona Hispánica y de europeos de otras comunidades políticas, pero bajo la supervisión de las autoridades hispanas y la Iglesia Católica. Ver Chauca y Azcona 2022b: 116.

<sup>61</sup> Nos referimos, entre otros, a J. de Mariana, D. de Soto, L. de Molina, D. de Covarrubias, y F. Suárez. Ver Contreras y Miranda 2023: 469-477.

<sup>62</sup> Cuyos antecedentes se encuentran analizados en Villapalos 1976: 17-34

<sup>63</sup> Tema al que se dedica la sección 3.2 de este estudio.

## 4. Ideas e instituciones del derecho público indiano del modelo virreinal

La distinción entre derecho público y derecho privado es cuño moderno, por lo que, en sentido estricto, no sería procedente hablar de “derecho público virreinal” o indiano. Sin embargo, se usará la expresión con el propósito de facilitar la exposición y análisis de las ideas e instituciones que en esta sección serán consideradas.

Con ella se hará alusión a los principios, normas, costumbres y precedentes aplicados a las relaciones jurídicas existentes entre las autoridades reales y los súbditos, así como entre estos últimos y aquellos particulares que cumplían tareas públicas por encargo real<sup>64</sup>.

### 4.1 Principios, fuentes y aplicación del derecho público indiano

El derecho público virreinal tuvo por fuentes primarias los principios y reglas del derecho romano clásico<sup>65</sup>, así como las del derecho surgido durante los reinos visigodos y cristianos de la edad media, contenidos en trascendentes instrumentos como el *Liber Iudiciorum*<sup>66</sup>, las Etimologías de Isidoro de Sevilla<sup>67</sup> y las Siete Partidas de Alfonso X de Castilla<sup>68</sup>.

Asimismo, se nutrió de instituciones y reglas adoptadas por los reinos cristianos hispánicos durante la reconquista, lo que explica su carácter plural y adaptativo, pero sobre todo pactista, foral y surgido desde la experiencia y no desde la abstracción o diseño artificial impuesto por las autoridades a los súbditos.

En tal sentido, junto a la preocupación por lo justo debido y la certeza tomada del derecho clásico, el derecho virreinal adoptó del cristianismo el deber de protección de los súbditos como una responsabilidad directa de la autoridad real<sup>69</sup>, la cual se reforzó a partir de la reconquista de la península<sup>70</sup> y durante la conquista y evangelización del nuevo mundo<sup>71</sup>.

<sup>64</sup> Por ejemplo, en los casos de encomiendas de indios y servicios de cobro de tributos y de correos.

<sup>65</sup> Tomás y Valiente 2012: 83-97.

<sup>66</sup> Martínez 2019: 35.

<sup>67</sup> Olano 2023: 7-14.

<sup>68</sup> Martínez 2019: 48

<sup>69</sup> Que halla en documentos como la Bula “Sublimis Deo” de Paulo III, de 1537, parte de su fundamento.

<sup>70</sup> Martínez 2019: 37-41.

<sup>71</sup> Como se sigue de la junta convocada en 1550 por Carlos V para recibir asesoría y recomendaciones sobre cómo velar por el cumplimiento de tal responsabilidad respecto de los habitantes originarios de América, tal y como se asumió desde los tiempos de los Reyes Católicos. Ver González: 2021, 249-260; Chauca y Azcona 2022b: 137.

Valga destacar que tanto el derecho hispánico como luego el virreinal o indiano, operó sobre la idea de bienes humanos<sup>72</sup> pues no existía entonces, ni era necesaria para proteger a las personas, la noción de “derecho subjetivo”. El dato es importante pues se asume que antes de ésta no existió protección jurídica de las personas. Al menos en la tradición hispánica, la evidencia revela que tal creencia es falsa<sup>73</sup>.

De las ideas, valores y principios en que se inserta la tradición generadora de las fuentes y obras antes mencionadas, es que surgirán como anuncio de la moderna idea de protección de la persona y sus derechos subjetivos, las Leyes de Burgos de 1512, Nuevas Leyes de 1542 y Leyes de los Reinos de Indias de 1680.

Por último, debe señalarse que en la tradición jurídica hispánica se producirá antes que en otras tradiciones occidentales, gracias a la obra de los neoescolásticos Juan de Mariana, Luis de Molina, Diego de Covarrubias y Francisco Suárez, entre otros dignos de mención<sup>74</sup>, el tránsito de las ideas jurídicas clásicas a las que serán las ideas jurídicas modernas, entre ellas, la noción de derecho subjetivo<sup>75</sup> y la protección de la propiedad privada<sup>76</sup>.

En segundo lugar, destaca del derecho público virreinal su carácter evolutivo, esto es, a partir de unos principios y reglas generales iniciales surgidos en la península ibérica en respuesta a situaciones prácticas, y, por tanto, no de forma planificada y centralizada, como ocurre en general con el derecho positivo moderno.

Así, el derecho examinado surgió de lo particular a lo general, a través de aciertos y errores en la resolución de conflictos, a diferencia del derecho administrativo que legó la Revolución Francesa, que ha sido desde sus orígenes pensado de arriba hacia abajo<sup>77</sup>, en función de las necesidades del poder.

Dado que el orden virreinal no fue desarrollado por un Rey legislador y administrador<sup>78</sup>, cuyo fin era el control y la transformación entera del orden

---

<sup>72</sup> Bravo 2010: 426-428 y 430-431; Bravo: 1990, 321-323.

<sup>73</sup> Herrera 2007: 28; Nieto 1980: 11.

<sup>74</sup> Contreras y Miranda 2023: 463-474.

<sup>75</sup> Brito 2009: 189-230.

<sup>76</sup> Gómez 2008: 178.

<sup>77</sup> Es oportuno consignar aquí una precisión. Se afirma, en parte con acierto, que el derecho administrativo inicial consta en fallos y sentencias, lo que le daría un carácter pretoriano, jurisprudencial y próximo al sistema del precedente. De ser esto cierto sería, entonces, en su forma de producción, muy parecido al indiano. Sin embargo, tal parecido desaparece cuando se advierte que: 1) esos fallos eran dictados por funcionarios del Poder Ejecutivo leales a los ideales revolucionarios, 2) estaban sujetos solo al derecho positivo puesto en gran medida por el propio Poder Ejecutivo y en general establecido para asegurar la transformación del orden social, y 3) partían de la tensión, extraña al mundo hispánico, entre interés público e interés privado, en lugar de procurar el bien común a través de la resolución justa de los conflictos.

<sup>78</sup> Ni tampoco soberano en términos modernos, ya que desde la adopción la tradición pactista y foral, y luego con las reflexiones sobre la soberanía, el origen del poder y el derecho a la rebelión de Mariana y de Suárez, la soberanía residía, en los hechos, en los grupos intermedios y súbditos que apoyaban a la autoridad real, y no en esta directamente.

social, es razonable asumir, que el derecho de ese orden osciló entre el casuismo y la sistematización<sup>79</sup>, pero no con fines codificadores, sino de compilación y difusión.

En tal sentido, fue un derecho evolutivo, que se fue adaptando bajo el mando de los Austrias y luego bajo el gobierno de los Borbones a las novedosas y desafiantes situaciones jurídicas que planteaba la en sí misma diversa realidad americana, a fin de hallar pautas de conducta y formas de cumplimiento efectivas, en aplicación de lo aprendido durante la reconquista.

Ese casuismo o preocupación por la realidad y la justa solución de las controversias, sin embargo, no descuidó la consideración de aspectos “universales”, entendiendo por tales las exigencias contenidas en la ley natural en sus diferentes niveles, lo que, en sí mismo, muestra que estuvo presente la preocupación por la justicia al ejercer el poder.

Lo que hoy es más bien una posibilidad limitada a ciertas materias del derecho privado, en particular el mercantil<sup>80</sup>, o que se admite con recelo a través de la llamada autorregulación regulada<sup>81</sup>, fue una realidad nada extraordinaria en el derecho indiano, ya que él reconoció el derecho nativo<sup>82</sup> siempre que no fuera contrario a principios de justicia natural<sup>83</sup>.

## 4.2. La protección jurisdiccional de las personas

Como remedio a los incumplimientos de las fuentes jurídicas y los abusos en su aplicación, los súbditos<sup>84</sup> tenían a su disposición recursos contra los actos de los agentes de la Corona contrarios a sus situaciones jurídicas.

Particular importancia tiene el recurso de agravios ante las reales audiencias contra los actos de los virreyes, gobernadores y otras autoridades que hubieran causado agravio o daños a un particular<sup>85</sup>.

<sup>79</sup> Tau 2021: 141-171.

<sup>80</sup> En tanto a excepción a la forma moderna de creación del derecho, esto es, la vía estatal, la costumbre es una fuente excepcional y más bien marginal de obligaciones y derechos en el mundo actual, ampliamente superada por la fuente contractual, que ha venido adquiriendo en las últimas décadas un mayor protagonismo.

<sup>81</sup> “En aquellos ámbitos en los que el Estado debe mantener indiscutiblemente una posición de garante –esto es, fundamentalmente, en materia de protección de ciertos bienes de carácter colectivo, como la salud o el medio ambiente-, la autorregulación regulada es una técnica que permite a los poderes públicos reequilibrar su poder, frente al creciente poder de la sociedad, legitimar su actuación, utilizando los propios argumentos de legitimación de la sociedad”. Darnacullea 2002: 26 y 27.

<sup>82</sup> Tau 1982: 39-40.

<sup>83</sup> Hanke 1949: 427-430.

<sup>84</sup> Nieto 1980: 58-72; Herrera 2007: 29-35; Ots 1976: 48-49.

<sup>85</sup> “Con todo, el principal medio de protección a los vasallos indianos –europeos o indígenas, mestizos o mulatos– contra los abusos de los gobernantes o poderosos fue el recurso a gravamine o apelación contra actos de gobierno. A lo menos desde 1528 la Audiencia comienzan a ampararles y protegerles, en nombre del lejano monarca. Se trata de un recurso nuevo, podemos decir propiamente americano, por su contenido genérico. Resguarda la posesión de objetos tan disímiles como tierras, sementeras o ganados; libertad de movimiento o de residencia; cargos e incluso del fuero nobiliario,

Varias razones justifican la relevancia del recurso de agravio: primero, respecto de él no existían actos o decisiones de la autoridad excluidas de control<sup>86</sup>; segundo, podía utilizarlo cualquier súbdito afectado en alguna situación jurídica, por lo que la legitimación activa<sup>87</sup> era amplia y no restringida<sup>88</sup>; tercero, su tramitación correspondía a un juicio pleno, entre partes, no una revisión objetiva, formal, del acto o decisión cuestionada<sup>89</sup>.

Asimismo, a través de la vía jurisdiccional estudiada se podían exigir indemnizaciones como forma de reparación de los daños sufridos<sup>90</sup>, es decir, no era necesario iniciar otro proceso ni formular complejas argumentaciones para pedir, mediante una sola reclamación, tanto la cesación del perjuicio como la reparación de los daños.

Por último, respecto del recurso de agravio, debe resaltarse que de condenas que solo recaían en la persona del funcionario demandado, se evolucionó hacia condenas al cargo, oficio o dependencia real en nombre de la cual actuó el agresor<sup>91</sup>. Así, mucho antes del surgimiento de la “teoría del órgano”<sup>92</sup>, ya en el derecho hispánico se reconoció la posibilidad de condenar a entes no humanos a reparar daños a terceros.

Otros ejemplos de recursos utilizados por el derecho indiano, en armonía con la tradición castellana, fueron el de petición ante los procuradores de las reales audiencias<sup>93</sup>, el de alzada en materia de minas contra las decisiones del Tribunal Real de Minas<sup>94</sup> y la segunda apelación o suplicación<sup>95</sup> ante la Sala de Justicia del Consejo de Indias contra algunas decisiones de las reales audiencias<sup>96</sup>.

---

que exime de prisión por deudas. Más aún, el amparo procede no sólo contra actos realizados, sino también contra actos futuros, cuya realización, con el consecuente daño o agravio, se tema fundadamente”. Bravo 2010: 447; Malagón 2010: 45.

<sup>86</sup> Herrera 2007: 28.

<sup>87</sup> La legitimación activa consiste en la: “Capacidad para actuar como parte demandante o recurrente en un proceso judicial, con base en la titularidad de un derecho o interés legítimo que se ostenta frente a la parte demandada o recurrida, respectivamente”. Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, consultado el 27.10.23 en: <https://bit.ly/49bCEil>

<sup>88</sup> Herrera 2007: 24-25.

<sup>89</sup> Góngora 2023: 261-263; Bravo 2010: 447-448; y Herrera 2007: 29.

<sup>90</sup> Arancibia 1999: 60-63.

<sup>91</sup> Arancibia 1999: 58-60.

<sup>92</sup> La cual surge en 1883 según lo expuesto en Peña 2001: 153-157.

<sup>93</sup> Dougnac 1994: 151.

<sup>94</sup> Dougnac 1994: 203-205.

<sup>95</sup> “Paralelamente se desarrollan los recursos de los gobernados contra el gobierno, por actos arbitrarios o que les sean lesivos. Los más importantes son la apelación contra actos de gobierno y la suplicación contra la sentencia de apelación. La primera se configura plenamente en el siglo XIII. Tiene por objeto obtener la reparación de un agravio, causado por un acto injusto, que podría ser incluso la designación para determinado oficio (...) Hay noticia de casos en que se condenó al propio rey a indemnizar. Desde las Cortes de Segovia en 1390, el conocimiento de la suplicación se radica en la misma Audiencia, régimen que pasó a América”. Bravo 2010, 442-443; ver también Dougnac 1994: 83-84.

<sup>96</sup> Soto Kloss 1976: 107-114.

Vinculada con la suplicación, merece mención especial la institución de la suspensión o el “se acata, pero no se cumple”<sup>97</sup>, establecida principal pero no exclusivamente a favor de los súbditos originarios de América, es decir, de los indios<sup>98</sup>, mediante la cual se podía requerir a la máxima autoridad la suspensión temporal de una decisión o normativa real, mientras ella revisa su conformidad con la restante normativa local.

La importancia de conocer en la actualidad estas vías creadas para cuestionar decisiones de autoridad y privados investidos de ella en ciertos supuestos, no debería buscarse solo en su eficacia, sino en su propia existencia y en las problemáticas que a través de ellas se denunciaron y lograron trascender, en una época en la que, como ya se destacó, no existía todavía la noción de “derecho subjetivo”<sup>99</sup>.

Tanto más cuando, como ya se argumentó, no regía la moderna idea de división en ramas del Poder Público, sino otras modalidades de contención del poder, ejercidas por organizaciones de la sociedad y la institución eclesiástica. En vez de optar porque los conflictos por ejercicio de la autoridad fueran resueltos por medios políticos, con riesgo de inestabilidad, se crearon estas vías para canalizarlos de forma institucional.

#### *a. Organización administrativa y supervisión de gobernantes*

Otras expresiones del interés por impedir abusos fue la determinación de períodos limitados para ejercer los cargos<sup>100</sup>, y de inhabilidades e incompatibilidades para ocupar cargos reales<sup>101</sup>, esto es, la falta de idoneidad o incumplimiento de condiciones para desempeñar un cargo, o la posibilidad o surgimiento sobrevenido de conflictos de intereses con los fines de las tareas oficiales encomendadas.

<sup>97</sup> “Pero el vasallo americano contaba con una protección especial frente a los abusos legislativos. Se pensaba que, debido a la distancia, al desconocimiento o, incluso, a torcida información, la ley dictada por el monarca podía ser injusta. En ese caso cabía distinguir, como ya se hacía en Castilla en la Baja Edad Media, entre obedecerla y cumplirla. Se la obedecía, esto es, se la acataba como ley, pero se suspendía su cumplimiento y se suplicaba al rey para que la enmendase. De ahí la expresión: se obedece, pero no se cumple”. Bravo 2010: 447.

<sup>98</sup> Véase Malagón 2003: 79.

<sup>99</sup> Sobre los antecedentes medievales de la figura y su consolidación en la modernidad, como tránsito de la idea del derecho como lo justo debido al derecho como cualidad intrínseca, situación o activo perteneciente a un individuo o colectivo, véase Guzmán 2003: consultado en línea el 27.10.23 en: <https://bit.ly/3QyWhdj>

<sup>100</sup> Gil Ibañez 2021: 52. Si bien estos períodos no fueron debidamente cumplidos en todos los casos, por variedad de causas, lo relevante es que se procuró desde entonces evitar la patrimonialización de los cargos, a fin de que sirvieran al bien común y no a sus ocupantes, por lo que dejaron de ser hereditarios y susceptibles de venta. Dougnac 1994: 105 y 120-121.

<sup>101</sup> Malagón 2010: 47.

La actividad de supervisión tuvo lugar a través de corregidores respecto de las tareas de autoridades locales como los ayuntamientos<sup>102</sup>, y mediante las visitas generales de inspección de la gestión de un funcionario de alta y baja jerarquía durante su gestión, las cuales tenían potestad de suspender de forma temporal, imponer multas y pérdida del salario<sup>103</sup>,

También a través del juicio de residencia (que podría recaer en cualquier autoridad, incluidos intendentes, gobernadores o virreyes), ya que el mismo permitió enjuiciar la acción de gobierno de importantes personajes de la conquista y organización de la institucionalidad hispánica en América, entre ellos a Hernán Cortés<sup>104</sup>.

Se trataba de una investigación hecha por magistrados designados por el Consejo de Indias o por el Rey directamente, según el cargo u oficio a examinar, y se desarrollaba en dos etapas, una centrada en evaluar la gestión de la persona que había egresado del cargo, y una posterior en que se recibían y examinaban denuncias y reclamos presentados por los súbditos en contra de aquella<sup>105</sup>.

#### **4.4. Atención de necesidades comunes de los súbditos**

Existe también evidencia de que, no por benevolencia sino por interés propio (temor a actuar de forma injusta en ejercicio del libre arbitrio), el derecho público indiano protegió situaciones subjetivas, es decir, contempló garantías de restitución y adoptó medidas a favor de los más vulnerables (nativos, menores de edad, mujeres embarazadas, empleados).

Respecto de la “justicia social”, si bien no cabe sostener que el orden institucional virreinal fue expresión embrionaria del “Estado social”, tampoco procede afirmar, de forma tajante, que fue indiferente a las necesidades de las personas y, en especial, a la situación de los más vulnerables.

Tanto las iniciativas institucionales impulsadas por la autoridad real en ámbitos educativos y de salud, como las tareas compartidas o entregadas, como obligación natural, a la Iglesia Católica y agrupaciones intermedias, evidencian que, en su contexto histórico, el orden virreinal no fue ajeno a lo que luego se llamó “actividad prestacional” de la Administración.

En efecto, tal orden institucional, como continuador de la antigua tradición de la colaboración público-privada, se anticipó lo que a fines del siglo XIX e inicios del XX se dio en conocer como actividad de servicio público de la Administración, surgida como respuesta a la supuesta indiferencia social tanto del Estado liberal como del “antiguo régimen”<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup> Dougnac 1994: 129-132 y 135-136.

<sup>103</sup> Malagón 2010: 47 y 48; Gil Ibañez 2021: 52.

<sup>104</sup> Malagón 2010: 51-53; Gil Ibañez 2021: 51-52.

<sup>105</sup> Malagón 2010: 52.

<sup>106</sup> Como lo evidencia el carácter público privado del proceso hispánico de conquista y poblamiento

Tal rasgo del orden virreinal hispánico no fue en modo alguno casual o accidental. Si bien el análisis del tema es materia para otro estudio, debe apuntarse aquí que la consideración del bienestar material de los súbditos, como lo prueban las propuestas de Juan Luis Vives<sup>107</sup> y diversas medidas aplicadas en América, fue parte de la acción política de la Corona, de la acción social de la Iglesia Católica y de la acción caritativa de privados<sup>108</sup>.

## 5. ¿Requerían las Repúblicas hispanoamericanas romper con las instituciones del derecho indiano para fortalecer la limitación y control jurídico del poder?

Con respaldo en lo expuesto, puede afirmarse que no se justificaba una ruptura radical con la tradición jurídica propia, ni tampoco la adopción improvisada por parte de las autoridades republicanas de instituciones y figuras que, en lugar de potenciar los logros del derecho indiano en materia de limitación y control del poder, terminaron por revertirlos.

Aunque parte de las fuentes indianas se aplicaron en diferentes países hispanoamericanos incluso hasta inicios del siglo XX, lo cierto es que dicha ruptura ocurrió y tuvo importantes consecuencias. Entre otras, el desconocimiento del derecho aplicado durante el período virreinal, y la creciente tendencia a incorporar “injertos extranjerizantes”<sup>109</sup> que, en no pocos casos, ha incentivado los abusos y la impunidad de las autoridades políticas.

Lo anterior fue uno de los varios efectos de la narrativa antiespañola asumida por “los libertadores” y sus seguidores tras la guerra de secesión contra la Monarquía Hispánica, así como de la adopción generalizada de la leyenda negra antiespañola, que en sí misma tiende a operar como un estímulo a buscar, desde el complejo, la imitación y adopción de otras tradiciones estimadas como “ilustradas”.

Desde luego, no toda adopción en un país de principios o instituciones jurídicas foráneas es *per se* negativa o innecesaria. Por ejemplo, en el ámbito del derecho público, la adopción en Hispanoamérica de instituciones como el procedimiento administrativo, la carrera administrativa y la separación organizativa entre autoridades administrativas y autoridades jurisdiccionales<sup>110</sup>, han sido incorporaciones justificadas y beneficiosas.

---

de América examinado en Zavala 2006: 113-122; y Brewer 2006: 121-139

<sup>107</sup> Sotelo 2010: 141-145.

<sup>108</sup> Sotelo 2010: 140-141; Dougnac 1994: 402;

<sup>109</sup> Soto Kloss 2010: 95-96.

<sup>110</sup> Esta última, no ya por influencia de Francia, en que se mantienen unidas respecto del control jurisdiccional sobre la Administración, sino más bien de Alemania.

En cambio, no lo ha sido, por innecesarias y menos garantistas que las instituciones que les antecedieron, la adopción de figuras como el acto administrativo, los recursos administrativos, la jurisdicción contencioso-administrativa, la responsabilidad patrimonial del Estado sujeta a prerrogativas y la titularidad o propiedad estatal sobre bienes<sup>111</sup>.

De forma sintética, respecto del acto administrativo francés cabe indicar que, a diferencia de lo que ocurría con figuras indianas como los autos y los bandos de buen gobierno<sup>112</sup>, incrementó los poderes jurídicos de las autoridades administrativas y redujo el control sobre estas, sobre la base de un privilegio desconocido en tiempos “absolutistas”, como la presunción de legalidad, legitimidad y veracidad de las decisiones de la Administración moderna.

Asimismo, en comparación con las vías directas que existieron en el derecho público indiano para cuestionar jurídicamente las decisiones de virreyes, gobernadores y demás autoridades reales, los recursos administrativos de uso obligatorio antes de acudir a la jurisdicción, también originados en el derecho administrativo francés, constituyen un privilegio para el gobierno y una afectación del acceso a la justicia para los ciudadanos afectados por aquel.

Similar afirmación vale respecto de la jurisdicción contencioso-administrativa, instancia de restringido acceso, revestida de privilegios procesales en favor de la Administración y con precarios poderes para proteger las situaciones jurídicas de las personas, en contraposición con las características del ya examinado recurso contra agravios ante las reales audiencias, cuyo mantenimiento y perfeccionamiento pudo haber supuesto mejores resultados en el control del poder.

Del mismo modo, mientras en el período indiano, sin estar vigentes una constitución jurídica, la división del poder y los derechos humanos, existieron condenas indemnizatorias en contra de personas investidas de autoridad y cargos a favor de diferentes súbditos, en las repúblicas, en cambio, a causa de los privilegios que introdujo la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado se ha vuelto más complejo lograr condenas contra la Administración, ejecutar dichas condenas y exigir la responsabilidad personal del funcionario causante del daño.

Por último, mientras la tesis del derecho público moderno de la titularidad o propiedad estatal sobre bienes productivos ha implicado de facto la apropiación monopólica por grupos de interés que operan al interior del Estado de tales activos, siempre en nombre del interés público, el régimen de propiedad

---

<sup>111</sup> Ver un análisis sobre la problemática, aplicable al conjunto de Hispanoamérica, en Mairal 2013: 20-25.

<sup>112</sup> Sidy 2010: 122-125.

aplicado en el derecho indiano a ciertos bienes bajo la tradición medieval de la propiedad<sup>113</sup>, además de no permitir esa apropiación obligaba a que se utilizara para garantizar el bien común.

Los contrastes planteados no son casuales, provienen de los fundamentos axiológicos que explicaron y guiaron el derecho público indiano, así como de los fundamentos que han dado justificación al derecho público moderno, en particular el de cuño francés. Mientras en el primero fue evolutivo y surgió de obligaciones de justicia, de protección a los súbditos y de subordinación a la ley natural, el segundo, al contrario, fue racionalista y surgió de privilegios al gobierno, de la garantía del interés público y de la subordinación a la ley puesta por el propio Estado.

De allí lo paradójico que resulta el que se asuma como dogma absoluto que el derecho público moderno defiende mejor que el derecho indiano a los particulares ante los abusos del poder. Al menos un debate a fondo en torno a tal suposición es urgente y necesario.

## **Conclusiones**

Abundan estudios académicos y ensayos que caracterizan de forma negativa al orden político y jurídico virreinal que rigió en la América Hispánica entre los siglos XVI y XIX, y que lo describen como un régimen colonial, absolutista, intolerante, organicista, mercantilista y en que los súbditos, en especial los más vulnerables, carecían de protección jurídica ante las decisiones adoptadas por las autoridades reales y sus representantes.

Sin embargo, también se encuentran reconocidos y rigurosos estudios académicos, en que a partir de fuentes y análisis más plurales y abiertos al debate sobre los hechos estudiados, se caracteriza al orden virreinal o indiano, desde su contexto y época, como un marco institucional regido por principios y estructuras orientadas a la protección jurídica de los súbditos y a la garantía de sus bienes básicos, sin que fuera para ello necesario esperar a que surgiera la moderna noción de derecho subjetivo, como sí lo fue en otras tradiciones jurídicas.

Al conocer los fundamentos, creación y aplicación del derecho público virreinal, de las vías de protección jurisdiccional de los súbditos, de la organización y supervisión del ejercicio de la autoridad real y de la atención de necesidades básicas de los súbditos, en especial de los más vulnerables, se advierte que, a contracorriente de lo afirmado durante y tras las guerras de secesión de la primera mitad del siglo XIX, el mencionado derecho sí tuvo como fin limitar y controlar el poder, desde mucho antes que las modernas

---

<sup>113</sup> Grossi: 2017, 15-18.

revoluciones políticas de Occidente proclamaran tales propósitos en sus declaraciones de derechos.

Cuando menos es debatible el que las Repúblicas Hispanoamericanas hayan roto de forma radical con el derecho público virreinal o indiano, como condición esencial para mejorar los límites y el control del poder, a través de la adopción en bloque de instituciones y figuras ajenas a su tradición, como las que provienen del derecho público francés; y todavía lo es más que esa adopción haya potenciado y permitido cumplir esos fines. Reformas actuales y futuras del derecho público hispanoamericano deberían recuperar la tradición jurídica propia.

## Referencias:

- Andrades 2019: E. A. Andrades Rivas, La monarquía hispánica y el estado de derecho [en Indias, en J. M. Cerda Costabal (edit.): *El estado de derecho en el mundo hispánico*, Santiago, 2019], pp. 73-89.
- Arancibia 1999: J. Arancibia Mattar, Responsabilidad de los gobernantes por daños y perjuicios causados a los gobernados en el Chile indiano: once casos de jurisprudencia (1552- 1798). *Revista Chilena de Historia del Derecho* 18 (1999), pp. 53-83.
- Bonilla 2000: H. Bonilla, Cómo España gobernó y perdió al mundo. *Revista de Estudios Sociales* 6 (2000) [En línea], consultada en: <https://bit.ly/49dIXCe>
- Bravo 2016: B. Bravo Lira, ¿Qué fue la independencia? *Revista de Derecho Público* 43/44 (2016), pp. 154-162.
- Bravo 2010: B. Bravo Lira, El más antiguo Estado de derecho en Europa y en América (siglos XI al XXI). Parangón entre el *si recte facias* hispánico, el *rule of law* inglés y el *règne de la loi* ilustrado. *Anuario de Historia del Derecho Español* 80 (2010), pp. 415-546.
- Bravo 1990: B. Bravo Lira, Protección jurídica de los gobernados en el nuevo mundo (1492-1992). Del absolutismo al constitucionalismo. *Revista Chilena de Historia del Derecho* 16 (1990) pp. 315-342.
- Bravo 1989: B. Bravo Lira, *Poder y Respeto a las Personas en Iberoamérica. Siglos XVI a XX* (Valparaíso, 1989).
- Brewer 2006: A. Brewer-Carías, *La Ciudad Ordenada* (Caracas, 2006).
- Cassagne 2005: J. C. Cassagne, La justicia administrativa en Iberoamérica. *Iuris Dictio* 6 (9, 2005), pp. 91-103.
- Céspedes 2021: G. Céspedes del Castillo, *América Hispánica (1492-1898)* (Madrid: 2021).
- Chauca y Azcona (2022a): J. Chauca García y J. M. Azcona Pastor. Crónicas del Nuevo Mundo: fuentes primarias para el estudio de la historia de América (1492-1898). *Cuadernos de Investigación Histórica* (39), 49-77.
- Chauca y Azcona (2022b): J. Chauca García y J. M. Azcona Pastor. La falacia del exterminio de la población indígena en Hispanoamérica (1492-1898). *Cuadernos de Investigación Histórica* (39), 109-142.
- Contreras y Miranda 2023: S. Contreras y A. Miranda, El derecho natural en la escolástica 1526-1617. *Araucaria. Revista de Filosofía, Política y Humanidades* 25, 54 (2023), pp. 467-491.
- Darnaculleta 2002: M. Darnaculleta i Gardella, *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada* (Madrid, 2002).

- De la Morena 1983: L. de la Morena, Derecho administrativo e interés público. Correlaciones básicas. *Revista de Administración Pública* 100-102 (1, 1983), pp. 847-880.
- De León 2008: I. De León, *La Propiedad Privada como causa del Progreso* (Caracas, 2008).
- Dobado 2009: R. Dobado González, Herencia colonial y desarrollo económico en Iberoamérica [en E. Llopis y C. Marichal, Carlos (coord.): *Latinoamérica y España, 1800-1850. Un crecimiento económico nada excepcional*, Madrid, Marcial Pons, 2009], pp. 253-291.
- Dougnac 1994: A. Dougnac Rodríguez, *Manual de Historia del Derecho Indiano* (México, 1994).
- García de Enterría 2000: E. García de Enterría, *La Lengua de los Derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa* (Madrid, 2000).
- García 1998: J. García Hamilton, *El Autoritarismo y la Improductividad en Hispanoamérica* (Buenos Aires, 1998).
- Gil Ibañez 2022: A. Gil Ibañez, La escuela de Salamanca: la Atenas hispana. *Diplomacia* 150, pp. 60-65.
- Gil Ibañez 2021: A. Gil Ibañez, La América virreinal: un modelo olvidado de éxito. *Revista Laus Hispaniae* (número especial, 2021), pp. 40-53.
- Gómez 2008: L. Gómez Rivas, Algunos antecedentes del liberalismo constitucional en España: el pensamiento político de la segunda escolástica. *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política* V. V, 2 (2008), pp. 175 a 197.
- Góngora 2023: M. Góngora, *El Estado en el derecho indiano* (Santiago, 2023).
- González 2021: E. González Fernández, *La Monarquía Española y América. Filosofía política de la Corona según la Legislación y el pensamiento de Las Casas, Vitoria y Julián Marías* (Madrid, 2021).
- Grossi 2017: P. Grossi. *Propiedad, constitución y globalización* (Santiago: Olejnik).
- Gullo 2023: M. Gullo Omodeo, El relato histórico negrolegendario en la batalla cultural. *Araucaria. Revista de Filosofía, Política y Humanidades* 25, 52 (2023), pp. 443-468.
- Hanke 1949: L. Hanke, *La lucha por la justicia en la conquista de América* (Buenos Aires, 1949).
- Guzmán 2003: A. Guzmán Brito, Historia de la denominación del derecho-facultad como “subjetivo”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 25 (2003), pp. 407-443.
- Henche 2021: J. Henche Morillas, *Las Leyes de Indias. Ordenamiento de protección de la Monarquía Hispana a los Pobladores Nativos de América* (Madrid, 2021).

- Herrera 2007: J. Herrera Valverde, El control jurisdiccional de los actos gubernativos en Indias en los siglos XVI y XVII. *Ius Publicum* 18 (2007), pp. 23-35.
- Holzenthal 2023: N. Holzenthal, Operación leyenda negra: la negación del pensamiento español en la raíz de la Filosofía moderna. *Araucaria. Revista de Filosofía, Política y Humanidades* 25, 52 (2023), pp. 469-492.
- Jiménez 2013: W. G. Jiménez, Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal. *Diálogo de Saberes* 38 (2013), pp. 63-78
- Levene 1951: R. Levene, *Las Indias no fueron colonias* (Buenos Aires, Espasa-Calpa).
- López 1982: D. López Garrido, El modelo absolutista español. *Revista de Estudios Políticos* 26 (1982), pp. 57-76.
- Mairal 2013: H. Mairal, *El Derecho Administrativo y la decadencia argentina* (Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas).
- Malagón 2010: M. A. Malagón Pinzón, Antecedentes del derecho administrativo en el derecho indiano. *Estudios Socio-Jurídicos* V. 3, 1 (2010), pp. 40-59.
- Malagón 2003: M. A. Malagón Pinzón, Antecedentes hispánicos del juicio de amparo y de la acción de tutela. *Estudios Socio-Jurídicos* V. 5, 1 (2003), pp. 77-113.
- Martínez 2019: A. J. Martínez Lazcano, Historia del juicio de amparo contra leyes: el amparo Vega, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 13 (43, 2019), pp. 123-138.
- Martínez 2019: F. Martínez Llorente, Los fueros como manifestación de un “estado de derecho” formalista en los reinos hispánicos medievales [en: J. M. Cerda Costabal (edit.): *El estado de derecho en el mundo hispánico*, Santiago, 2019], pp. 33-51.
- Martínez 2021: L. F. Martínez Montes, Bárbaros, ¿Qué Bárbaros? El mundo hispánico y el canon de la modernidad [en E. Llamo de Espinosa (coord.), *La disputa del pasado* Madrid: Editorial Turner], pp. 115-134.
- Martínez Rojas 2007: F. J. Martínez Rojas, Trento: encrucijada de reformas. *Studia Philologica Valentina* V. 10 (2007), pp. 201-239.
- Medina 2022: L. Medina Alcoz, *Historia del Derecho Administrativo Español* (Madrid, 2022).
- Negro 2007: D. Negro, *Sobre el Estado en España* (Madrid, 2007).
- Nieto 1980: A. Nieto, El derecho como límite del poder en la Edad Media. *Revista de Administración Pública* 91, pp. 7-74.
- Olano 2023: H. A. Olano García, Aportes de san Isidoro de Sevilla a nuestra normatividad. *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, 1(42, 2023), pp. 3-15.

- Ots 1976: J. M. Ots Capdequí, *El Estado Español en las Indias* (México, 1976).
- Parra 2015: C. Parra Pérez, *El Régimen Español en Venezuela - Estudio histórico. Obras completas* (Caracas, 2015).
- Pelayo 2019: C. M. Pelayo Möller, Tres ideas desarrolladas por el constitucionalismo alemán de la segunda mitad del siglo XX y su influencia en América Latina. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (México: 2019), pp. 811-827.
- Peña 2001: J. Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen II (Caracas, 2001).
- Pérez Vejo 2021: T. Pérez Vejo, Colonia, ¿qué colonia? [en E. Llamo de Espinosa (coord.), *La disputa del pasado* Madrid: Editorial Turner], pp. 59-84.
- Rotelli 2002: E. Rotelli, Antiguo Régimen [en N. Bobbio, N. Matteucci y G. Pasquino (dir.), *Diccionario de Política*, México: Siglo XXI Editores], pp. 52-56.
- Ruiz 2021: A. Ruiz Robledo, La arbitrariedad del poder: la palabra y la idea en la historia constitucional. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 43 (2021), pp. 723-747.
- Sabino 2010: C. Sabino, *El Amanecer de la Libertad. La independencia de América Latina* (Madrid, 2010).
- Sidy 2010: B. L. Sidy, El ejercicio del gobierno urbanocolonial. Apuntes para un análisis de los bandos particulares en la ciudad de Buenos Aires a mediados del siglo XVIII. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja* 5, pp. 120-136.
- Sotelo 2010: I. Sotelo, *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive* (Madrid, 2010).
- Soto Kloss 2010: E. Soto Kloss, Responsabilidad del Estado/Administración: Consecuencias perversas de otro “injerto extranjerizante”. *Ius Publicum* 12 (25, 2010), pp. 95-119.
- Soto Kloss 1996: E. Soto Kloss, *Derecho Administrativo*. Tomo I (Santiago, 1996).
- Soto Kloss 1975: E. Soto Kloss, Apuntes para la Historia de la Administración Indiana en Chile 1975-1976. *Anuario de Derecho Administrativo* V. 1, pp. 105-152.
- Stanley y Setein 1993: J. Stanley y B. Stein, *La Herencia Colonial de América Latina* (México, 1993).
- Tau 2021: V. Tau Anzoátegui, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano* (Madrid, 2021).
- Tau 1982: V. Tau Anzoátegui, *¿Qué fue el Derecho Indiano?* (Buenos Aires, 1982).

- Tomás y Valiente 2016: F. Tomás y Valiente: *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid, 2016).
- Villapalos 1976: G. Villapalos Salas, *Los recursos contra los actos de gobierno en la baja Edad Media. Su evolución histórica en el reino castellano (1252-1504)* (Madrid, 1976).
- Wunder 2022: D. Wunder Hachem, El control de convencionalidad ejercido por la Administración pública: una mirada interamericana [en: A. von Bogdandy *et al* (coord.), *La interamericanización del derecho administrativo en América Latina. Hacia un Ius Commune*, México, 2022], pp. 485-513.
- Zavala 2006: S. Zavala, *Las Instituciones Jurídicas en la Conquista de América* (México, 2006).