

# LA APELACION EN MATERIA DE GOBIERNO Y SU APLICACION EN LA REAL AUDIENCIA DE CHILE (SIGLOS XVII, XVIII, XIX)

JAVIER BARRIENTOS GRANDON  
*Universidad de Chile*

*"La fuerza y violencia la detestan las Leyes de todos los gobiernos, y las de estos dominios enfrenan el poder para que no degeneren en arbitrario por los enormes perjuicios que resultan al vasallo."*

(REAL AUDIENCIA DE SANTIAGO, 16/3/1810)

## 1. PLANTEAMIENTO

Los vasallos de la monarquía hispano-indiana no se encontraban desamparados frente a las actuaciones de sus gobernantes, ni menos entregados al arbitrio de sus agentes. En materia política, los vasallos podían exigir un buen gobierno, como deber que era del monarca, a los titulares de oficios reales de gobernación e incluso podían deponer al tirano, que precisamente era el mal gobernante, lo que hicieron en más de una oportunidad, como cuando al grito de: *Viva el rey, muera el mal gobierno*, el Cabildo de Concepción depuso en 1655 al gobernador Antonio de Acuña y Cabrera.

La rebelión contra el mal gobernante era una medida desesperada, pues los vasallos disponían de diversos recursos para obtener de sus gobernantes el buen gobierno. Uno de estos recursos era el de la apelación a las Reales Audiencias de las providencias decretadas por virreyes o gobernadores en materias de gobierno, de modo tal que toda persona que se sentía agraviada por una decisión gubernativa podía ocurrir ante la Audiencia para que ésta reparara el abuso.

La apelación en materia de gobierno constituyó el más eficaz remedio para proteger los derechos de las personas en el Estado indiano frente a la actuación de los gobernantes. Así se recurrió a ella por los vasallos para reclamar por privaciones de mercedes y oficios, por imposición de contribuciones, por impedir la libertad de los Cabildos, etc.

Fue tal la importancia de esta institución que desde principios del siglo XVII diversos juristas se ocuparon de ella. En efecto, en 1632 el procurador general del Cuzco y luego oidor de la Real Audiencia de Santiago, Gaspar de Escalona y Agüero, por encargo del virrey del Perú, Conde de Chinchón, redactó un *Informe sobre las apelaciones de el Superior Gobierno a las Reales Audiencias*,<sup>1</sup> y ya algunos años antes el oidor de la audiencia de Panamá Francisco Carrasco del Saz le había dedicado dos párrafos del primer libro de su *Tractatus de Casibus Curiae*.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar de, *Informe sobre las apelaciones de el Superior Gobierno a las Reales Audiencias*, en Archivo Nacional de Chile, Fondo Varios (ANFV), vol. 3, pza. 5. Otra copia en Archivo Nacional de Chile, Fondo Antiguo (ANFV), vol. 887, fs. 58-87 vta. Bajo el título de

*Tratado de las apelaciones del gobierno del Perú*, fue publicado en *Revista del Archivo Nacional del Perú*, 2, Lima, 1921.

<sup>2</sup> CARRASCO DEL SAZ, Francisco, *Tractatus de casibus curiae*, Madrid, 1630.

De la segunda mitad del siglo XVIII se conocen dos informes destinados a tratar de esta materia. El primero de ellos, y del que ha dado noticia el profesor Eduardo Martiré,<sup>3</sup> fue redactado por un jurista anónimo en el virreinato de Buenos Aires hacia 1776, y el segundo, que ahora doy a conocer, fue escrito en Lima en 1778 por un letrado que aún no he identificado, a petición del virrey Guirior.<sup>4</sup>

En los últimos años esta institución ha sido tratada, aunque sólo parcialmente, por Mario Góngora,<sup>5</sup> Gustavo Villapalos,<sup>6</sup> Ismael Sánchez Bella,<sup>7</sup> y Eduardo Martiré.<sup>8</sup> Tanto Góngora como Villapalos limitan su estudio a los siglos XVI y XVII, con cierta preferencia por su regulación legislativa; Sánchez Bella profundiza la cuestión durante el siglo XVII y principios del XVIII, y finalmente Martiré analiza el precitado dictamen anónimo de la segunda mitad del siglo XVIII.

Este artículo pretende aportar nuevos antecedentes sobre esta institución, tanto en sus aspectos legales y doctrinarios como en su aplicación en la Real Audiencia de Santiago durante los siglos XVII, XVIII y comienzos del XIX. Para ello, en una primera sección se ofrecerá una sucinta evolución de la apelación en materia de gobierno a través de la legislación real, y en una segunda se analizarán diversos casos jurisprudenciales sobre ella.

## 2. EL REY Y SU DEBER DE HACER JUSTICIA A LOS VASALLOS

La ley quinta del título primero de la *Partida* segunda resumía magistralmente los deberes del Rey para con su pueblo, en las siguientes palabras:

“Vicarios de Dios son los Reyes, cada uno en su Reyno, puestos sobre las gentes, *para mantenerlas en justicia e en verdad* quanto en lo temporal, bien assi como el Emperador en su Imperio”.<sup>9</sup>

Así, pues, uno de los principales deberes del rey para con su pueblo era el de mantenerlo en justicia “en el Rey yaze la justicia, que es vida e mantenimiento del pueblo de su Señorío”.<sup>10</sup> Esta justicia que debe el rey a sus vasallos no está restringida a sólo aquella que se administra entre partes por seso y sabiduría, sino que se extiende al ejercicio general de la virtud de dar a cada uno lo suyo en todo orden de materias, como lo resumían las Partidas al señalar que: “Communaleza deve el Rey aver a todos los del su Señorío, para amar, e honrar, e guardar a cada uno dellos, según quel es, o el servicio que del rescibe”.<sup>11</sup>

Sin embargo, no pueden los reyes personalmente ejercer directamente el gobierno y dar justicia a los vasallos de todo su reino, y por ello explica Solórzano que: “en las partes, y lugares donde los Reyes, y Príncipes no pueden intervenir, ni

<sup>3</sup> MARTIRE, Eduardo, *El recurso de apelación contra las decisiones del virrey o presidente de las audiencias de Indias a fines de la época hispánica (1806)*, en *Estructuras, gobierno y agentes de administración en la América española (Siglos XVI, XVII, XVIII)*, Valladolid, 1984, pp. 341-359.

<sup>4</sup> Informe sobre las apelaciones gubernativas, Lima, 1778, manuscrito en Archivo Nacional de Chile, Archivo Vicuña Mackenna, vol. 1, pza. 18, fs. 219-264.

<sup>5</sup> GONGORA, Mario, *El Estado en el Derecho Indiano*, Santiago, 1951.

<sup>6</sup> VILLAPALOS, Gustavo, *Los recursos en materia administrativa en Indias*, en AHDE, XLVI, Madrid, 1976.

<sup>7</sup> SANCHEZ BELLA, Ismael, *Las audiencias y el gobierno de las Indias (Siglos XVI y XVII)*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (REHJ)*, II, Valparaíso, 1977, pp. 159-186.

<sup>8</sup> MARTIRE, Eduardo, (N. 3).

<sup>9</sup> *Siete Partidas*, 2.1.5.

<sup>10</sup> *Ibíd.*

<sup>11</sup> *Siete Partidas*, 2.10. pr.

regir, y gobernar por sí la República, no hay cosa en que la pueden hacer más segura, y agradable merced que en darla Ministros, que en su nombre, y lugar la rijan, amparen, y administren, y distribuyan justicia, recta, limpia, y santamente, sin la cual no pueden consistir, ni conservarse los Reynos".<sup>12</sup> De esta manera, los príncipes, para asegurarles a sus vasallos el ser mantenidos en justicia, erigieron en las Indias las Reales Audiencias, decisión por la cual, según el mismo Solórzano, "se deben dar muchas gracias a nuestros Reyes por el gran beneficio que han hecho a sus vasallos de las Indias con las fundaciones de estas Audiencias. Porque de verdad no se puede negar, que son los castillos roqueros de ellas, donde se guarda justicia, los pobres hallan defensa de los agravios, y opresiones de los poderosos, y a cada uno se le da lo que es suyo con derecho, y verdad".<sup>13</sup>

Todas las reales cédulas ereccionales de las Audiencias indianas expresaban que el motivo de su establecimiento era asegurar la justicia a los vasallos, así en la del "Juzgado e Abdiencia" de La Española en 1511 señalaba el monarca que: "Yo entiendo ser cumplidero a mi servicio e a la buena administración de la mi justicia en las dichas Indias... remediar e proveer sobre ello de manera que nuestros súbditos alcancen cumplimiento de justicia e no gasten su tiempo e haciendas en pleytos, mi merced e voluntad es que en las dichas Indias haya un Juzgado e Abdiencia";<sup>14</sup> en las Ordenanzas de 1528 despachadas para el tribunal de México decía el rey que establecía la Audiencia "deseando el bien e pro común de los dichos nuestros Reynos e provincias, porque nuestros súbditos e naturales, que pidiessen justicia la alcanssasen, y zelando el servicio de Dios nuestro Señor bien y provecho y alivio de nuestros súbditos y naturales e la paz y sosiego de los pueblos de la dicha Nueva España",<sup>15</sup> y en la cédula de erección de la primera Audiencia de Buenos Aires, expedida el 6 de abril de 1661, se es más explícito al señalar que se ha decidido su fundación porque "no podían ocurrir los vecinos de ellas a seguir sus pleytos y acusar y pedir se les guardasse justicia en los agravios que se les hacían por mis gobernadores y otras personas poderosas".<sup>16</sup>

Supuesto lo anterior, las Audiencias se establecieron en Indias como cuerpos colegiados a los que correspondía la suprema jurisdicción en sus distritos como tribunales vicariales del monarca, pues poseían la competencia jurisdiccional del rey, a quien precisamente pertenecía el ejercicio de la justicia en su reino, entendida en su más amplio sentido, y por esta razón las Audiencias recibían en cuerpo el tratamiento de *Alteza* y eran depositarias del *Real Sello*, que según palabras de Yáñez Parladorio aparece como *regis personam representante et illius vices agente*,<sup>17</sup> y por lo cual pueden despachar *reales provisiones* como si fueran el mismo monarca, de modo que *mandata Audientiae sub nomine et sigillo Regio explicari*.<sup>18</sup>

De esta manera, la competencia de las Audiencias americanas se traducía en que eran las defensoras del derecho y la justicia en general dentro de sus distritos. Competencia que se manifestaba en dos grandes órdenes de materias, pues por una parte debían resguardar la justicia al monarca, y por otra, asegurar la justicia a los vasallos. La protección del derecho real la cumplían frente a la Iglesia, como defensoras del real patronato en sus distritos, y respecto de la real hacienda a

<sup>12</sup> SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de, *Política india*, Madrid, 1776, 5.3.8.

<sup>13</sup> *Ibíd.* 5.3.7.

<sup>14</sup> *Ordenanzas del Juzgado e Abdiencia de La Española*, en *Colección de Documentos Inéditos para la Historia de España*, II, pp. 285-293.

<sup>15</sup> *Ordenanzas de la real audiencia de México*, 1528, en PUGA, Vasco de, *Provisiones, cédulas, instrucciones para el gobierno de la Nueva España*, México, 1563, fols. 22 ss.

<sup>16</sup> R.C. 6-IV-1661, en LEVAGGI, Abelardo, *La primera audiencia de Buenos Aires*, en *Revista de Historia del Derecho*, 10, Buenos Aires, 1982.

<sup>17</sup> YAÑEZ PARLADORIO, José, *Quotidianarum differentiarum sesquicenturia*, Madrid 1612, dif. 10, N. 10.

<sup>18</sup> ALFARO, Francisco de, *Tractatus de officio fiscalis deque fiscalibus privilegiis*, Valladolid, 1606, glos. XXIV, fol. 231.

través de las visitas a los oficiales reales, tareas en las cuales les correspondía una especial actuación a los fiscales, a quienes desde las Ordenanzas antiguas de 1528 se les decía que por ser “muy cumplidero a servicio nuestro y ejecución de la nuestra justicia, que este tal entienda solamente en los negocios y causas a Nos tocantes”;<sup>19</sup> y en las Ordenanzas nuevas de 1563 se desarrollaban estas ideas al mandar al fiscal que “haya de salir y salga a los pecados públicos y a la defensa de la jurisdicción real y sobre ello haga todas las diligencias necesarias”;<sup>20</sup> lo que precisaban aún más las Ordenanzas de 1596 al ordenar “que el dicho mi fiscal tenga gran cuidado de la defensa y conservación de mi jurisdicción, patronazgo y hacienda real”;<sup>21</sup> y por último todas estas advertencias se les reiteraban expresamente en los reales títulos despachados a quienes habrían de servir el oficio de fiscal, donde el príncipe les expresaba que “es mi voluntad que como tal (fiscal) esteis y residais en ella (la audiencia) pidiendo, demandando, acusando y defendiendo a todas y cualesquiera causas y a cada una de ellas que cumplan a mi servicio y a la guarda de mi patrimonio y ejecución de la justicia”.<sup>22</sup>

El deber de hacer justicia a los vasallos de su distrito lo cumplían las Audiencias frente a las autoridades y respecto de los propios particulares. La Audiencia resguarda a los súbditos frente a las autoridades espirituales y temporales. En efecto, respecto de la Iglesia los protege de los eventuales abusos, principalmente a través del conocimiento de los recursos de fuerza y de otros medios, como el recurso de protección de nuevos diezmos. Frente a las autoridades temporales desempeña su competencia en cuerpo o por vía de comisión a sus ministros; en cuerpo la ejerce preventivamente a través del voto consultivo<sup>23</sup> y represivamente a través de la apelación en materias de gobierno, que es el tema que aquí nos ocupa; por vía de comisión a sus ministros protege a los vasallos mediante las visitas a la tierra, las visitas de cárceles, las residencias, etc. Finalmente resguarda a los vasallos frente a los particulares, principalmente a través de su actuación *pro tribunali* al administrar justicia entre partes y por vía de comisión a sus ministros a través de diversos juzgados especiales, como el Juzgado Mayor de Provincia, la Alcaldía Mayor Provincial, el Juzgado Mayor de Censos de Indios, el Juzgado de Bienes de Difuntos, el Juzgado de las Almonedas, etc.

Las audiencias ejercen, pues, una competencia en materia de justicia para defender a los vasallos frente a los eventuales agravios y opresiones que les pudieren inferir las autoridades temporales, y uno de los recursos a través de los cuales ejercen este especialísimo deber es la apelación de las providencias que por vía de gobierno decretan los virreyes o gobernadores. Este recurso tiene por finalidad proteger a las personas de los abusos gubernativos para así cumplir el deber del príncipe de dar a sus súbditos un buen gobierno, en este caso a través de su mantenimiento en justicia, constituyéndose la Audiencia en la suprema protectora de los derechos de las personas en el Estado indiano, pues en definitiva, como sentenciaba fray Gaspar de Villarroel, “sin Audiencia todo fuera behetría. Sin Oydores burláranse las leyes”.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> Ordenanzas, (N. 15), ord. 2.

<sup>20</sup> Ordenanzas nuevas de audiencias, Monzón, 4-X-1563, en LEVILLIER, Roberto, *La audiencia de Charcas. Correspondencia de Presidente y Oidores 1561-1579*, Madrid, 1918, vol. 1.

<sup>21</sup> Ordenanzas de la real audiencia de Filipinas, 1596, en MUÑOZ ROMERO, Fernando, *Las Ordenanzas de 1596 para la audiencia de Filipinas*, en AEA. XXX, Sevilla, 1973.

<sup>22</sup> R.C. Aranjuez, 15-V-1721, Título del fiscal de la real audiencia de Santiago, Martín Gregorio de Jáuregui y Olló, en Archivo Nacional de Chile, Archivo Real Audiencia (ANRACH), vol. 3.136.

<sup>23</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier, *La función consultiva en el Derecho Indiano*, en XX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Valparaíso, 1990, vol. 2.

<sup>24</sup> VILLARROEL, Gaspar (fray), *Gobierno Eclesiástico y Pacífico*, Madrid, 1656-1657, t. II, 1. 11. art. 2, 24.

### 3. ORIGEN DE LA APELACION EN MATERIAS DE GOBIERNO

Las Ordenanzas del Juzgado y Audiencia de La Española despachadas el 5 de octubre de 1511 no contemplaban la posibilidad de apelar las decisiones gubernativas, pues sus capítulos 6 y 7 sólo se referían al conocimiento en grado de apelación de las causas civiles y criminales “que ante ellos vinieren de qualesquier juezes e justicias de las dichas Indias”.<sup>25</sup> Igual cosa prescribían las *Ordenanzas antiguas* de la audiencia de México, expedidas el 20 de abril de 1528,<sup>26</sup> y que se hicieron aplicables a la audiencia de Santo Domingo por real cédula de 14 de junio de 1528.<sup>27</sup> Esta situación se mantuvo en el texto retocado de las *Ordenanzas antiguas* del 12 de julio de 1530.<sup>28</sup>

Si bien nada decían las Ordenanzas de Audiencias acerca de la posibilidad de apelar de las providencias gubernativas ante ellas, por carta del 9 de febrero de 1533 de la Audiencia de la Nueva España al monarca, se sabe que se habían interpuesto apelaciones ante ellas por los agraviados con la tasa del tributo de encomienda, pero sin que dicho recurso suspendiera el cumplimiento de la tasa.<sup>29</sup> Algo similar se había practicado en Chile en 1546 cuando el gobernador Valdivia había disminuido el número de encomenderos de Santiago con la promesa de remunerar a los despojados en el sur de la gobernación, pero éstos, no conformes con esta decisión del gobernador, apelaron de ella para ante la Real Audiencia de Lima, sin que por ello se suspendiera el efecto de la reforma de las encomiendas.<sup>30</sup> Un caso similar refiere el pacificador La Gasca en carta del 8 de noviembre de 1549,<sup>31</sup> donde explica que, habiendo prohibido extraer indios de la ciudad del Cuzco para trasladarlos a las minas de Potosí, los vecinos de aquella ciudad habían apelado a la audiencia y, no obstante ello, no se había sobreseído en el cumplimiento de la prohibición, procedimiento que fue aprobado por una real cédula de 16 de julio de 1550, cuyo tenor es el siguiente:

“La Ordenanza que hicisteis sobre la presentación de las apelaciones que para esa Audiencia se interponen y en traslado del mandamiento que disteis para el Cuzco y otros pueblos sobre que no se sacaren de sus naturalezas e casas a los indios que enviaisteis, se rescibió en el dicho nuestro Consejo, y está bien lo que decís que no embargante que apelaron de ella algunas personas que se presentaron en esa Audiencia se guarde el dicho mandamiento y se haga en todo lo que se debe al servicio de Dios nuestro Señor y del cargo de nuestra Real conciencia y conservación de los naturales de esa tierra y así proveereis que se continúe”.<sup>32</sup>

Esta es la primera real cédula de que tengo noticia que acepta la institución de las apelaciones ante las Audiencias de decisiones gubernativas adoptadas por los virreyes, pero con la limitante de que, no obstante ellas, se debía guardar y ejecutar el mandamiento del virrey, lo cual, según Gaspar de Escalona, “es en conformidad de los derechos que disponen que no se puede apelar de las leyes ni

<sup>25</sup> *Ordenanzas*, (N. 14), ords. 6 y 7.

<sup>26</sup> *Ordenanzas*, (N. 15), ord. 3.

<sup>27</sup> En CDIU, 2.ª da serie, IX, pp. 309-339.

<sup>28</sup> En PUGA, Vasco de, (N. 15), fols. 56 vta. ss.

<sup>29</sup> Carta de la audiencia de Nueva España, 9-II-1533, en PASO Y TRONCOSO, F., *Epistolario de Nueva España 1505-1818*, (16 vols.), México, 1939, 3, p. 24.

<sup>30</sup> *Colección de Documentos Inéditos para la Historia de Chile*, (CDIHCH), 9, Santiago, 1897.

<sup>31</sup> Carta del pacificador La Gasca, 8-XI-1549, en LEVILLIER, Roberto, *Gobernantes del Perú. Cartas y papeles. Siglo XVI. Documentos del Archivo de Indias*, (14 vols.), Madrid, 1921-1926, 1, p. 230.

<sup>32</sup> Cit. ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar de, (N. 1), fs. 130 vta.

de las órdenes que tienen fuerza de tales promulgadas por el Príncipe que no reconoce superior o por el que tiene sus veces y traslada su misma potestad así también lo dio a entender el consulto cuando dice que de lo ordenado por perpetuo edicto del pretor no se puede apelar, y de lo contrario se seguiría no haber diferencia de los estatutos y ordenanzas dictados por el señor virrey y magistrado superior a lo promulgado por un ayuntamiento o cabildo, pues de estos, no obstante, que hay apelación a las Audiencias no se impide ni suspende la ejecución según la Pragmática 47 de Madrid... Para que estas Ordenanzas cuya apelación tiene efecto devolutivo haya diferencia de las hechas por un señor virrey hemos de decir no poderse apelar de ellas no sólo en cuanto al efecto suspensivo, pero ni en cuanto al devolutivo, si bien cierto, que se podrá apelar del auto general u ordenanza general que concedida o hecha por palabras generales se prueba y conoce por conjeturas legítimas y eficaces, ser más en odio de alguna persona que la mejoría o dirección del bien público y universal conforme a la doctrina de Bártolo".<sup>33</sup>

El criterio esbozado en esta carta real de 1550, dirigida al pacificador del Perú, licenciado La Gasca, según el cual las apelaciones que se interpusieron de sus providencias para ante la Audiencia no impedirían la ejecución de ellas, o lo que es lo mismo, sólo se concederían en efecto devolutivo, fue consagrado en una real cédula fechada en Madrid el 5 de junio de 1552, despachada al virrey de la Nueva España, Luis de Velasco, en la que se manda que lo que proveyere se ejecute, aunque se apelare de ello para la Audiencia en el entretanto que se viera y determinase sobre ello.

La precitada real cédula de junio de 1552, que es la que regula por primera vez la apelación en materia gubernativa, se expidió porque en la Nueva España se había introducido el uso de apelar para ante la Audiencia de las provisiones del virrey en cosas tocantes a la buena gobernación sobre mandar quitar algunas estancias de ganados por perjudicar a los naturales, sobre moderar su cantidad y hacer pagar los daños y sobre despachar ordenanzas convenientes a la buena gobernación, respecto de la cual, una vez apelado para ante la Audiencia se suspendía la ejecución de los decretos del virrey.

La cédula de 5 de junio de 1552 prescribía lo siguiente:

"El Príncipe. Por quanto nos somos informados que muchas veces acaece, que don Luys de Velasco provee algunas cosas tocantes a la buena gobernación de aquella tierra, así sobre mandar quitar algunas estancias de ganados, por estar en perjuycio de los naturales, como sobre moderar la cantidad, y hazer pagar daños, y hazer ordenanzas que le parece ser convenientes para el buen gobierno, y que acaece que las partes a quien toca apelan de lo proveydo por el dicho Visorrey para la audiencia real de la dicha Nueva España, por donde cessa la dicha execución, a cuya causa se siguen grandes inconvenientes, demás de ser grande estorvo para la buena gobernación de la tierra: y visto y platicado por los del Consejo de las Indias de su Magestad fue acordado que devía mandar dar esta mi cédula en la dicha razón: e yo túvelo por bien: por ende por la presente declaramos y mandamos, que en las cosas que proveyere y ordenare el dicho Visorrey don Luys de Velasco para el buen gobierno de aquella tierra, ansí en mandar quitar algunas estancias de ganado, como sobre moderar la cantidad que dello ha de aver, y hazer pagar daños, y hazer ordenanzas, que parezcan convenientes para el buen gobierno, se execute lo que ordenare y proveyere, aunque se apele

<sup>33</sup> *Ibíd.*, fs. 130 vta., 131.

dello por las partes a quien tocare, y le sea otorgada por él la apelación para la audiencia real de la dicha Nueva España, porque visto el negocio por la dicha audiencia, se hará y determinará en ello lo que sea justicia, y entretanto es bien que se guarde, cumpla y execute lo que el dicho Visorrey proveyere, y en las otras cosas de gobernación que él hiciere y proveyere mandamos que no se haga novedad de lo que se hazía en tiempo del virrey don Antonio de Mendoza: y mandamos al Presidente y Oydores de la dicha audiencia, y a otras qualesquier justicias de la dicha Nueva España, que guarden y cumplan y hagan guardar y cumplir esta mi cédula y lo en ella contenido, y contra el tenor y forma della no vayan ni passen, ni consientan yr ni passar en manera alguna. Fecha en Madrid a cinco días del mes de Junio de 1552 años. Yo el Príncipe, por mandato de su Alteza Francisco de Ledesma, señalada del Consejo”.<sup>34</sup>

Esta real cédula sólo permitía la apelación de las providencias del virrey en “cosas tocantes a la buena gobernación” relativas a quitar estancias de ganados que perjudicaban a los naturales; a moderar su cantidad; a hacer pagar daños; y a hacer ordenanzas convenientes al buen gobierno, en cuyos casos, por estar comprometida la buena gobernación de la tierra, es decir, el bien común general, la apelación no suspendía la ejecución y únicamente tenía efecto devolutivo.

El mismo año 1552, en un capítulo de carta dirigido por el príncipe Felipe a la Audiencia de la Nueva España se declaró el orden que debía seguirse en conocer y determinar las causas que se suplicaren del virrey en “algunas cosas de gracia”, cuyo contenido es el siguiente:

“Y porque podría ser que el dicho Visorrey como Visorrey proveyere algunas cosas de gracia, de que alguna parte se agraviasse, diziendo perjudicarle en su justicia, quando semejante caso acaeciére, guardeys la orden siguiente. Que quando alguna persona o concejo se agraviare en esto, y suplicare de lo proveído por el dicho Visorrey hareys relación de tal suplicación al dicho Visorrey, para que se junte con vosotros como tal Visorrey y presidente, y todos conocereys juntamente dello, guardando en esto los capítulos de Cortes de Valladolid y Madrid, que acá se guardan en el Consejo Real de Justicia, en razón de las cédulas que se libran por Cámara, cuyo tenor es el que se sigue. Otrosí que las cosas que tocan a perjuicio de partes, se libren y expidan por los del Consejo de justicia, y no se expida por Cámara, porque de esta manera yrán las cosas justificadas, y que si dieren cédula en cosas de justicia y la parte suplicare della, que no se dé sobrecédula hasta que se ha visto en Consejo: a esto respondemos que así se haze, y mandamos que así se haga de aquí adelante. Vuestra Magestad a suplicación de los procuradores de Cortes ordenó una ley en la villa de Valladolid, el año de quinientos y veynte y tres: por la qual mandó que quando quiera que suplicasse de la cédula dada por Cámara por vuestra Magestad que no se tornasse ha dar sobrecédula hasta tanto que fuesse determinado por justicia en el vuestro Consejo: la qual ley diz que no se ha guardado, y contra el tenor della se han dado algunas sobrecédulas: Suplicamos a vuestra Magestad mande que de aquí adelante no se dé, y mande revocar y aver por revocadas qualesquiera que se ayan dado, como si se hiziesse específica mención de cada una dellas. A esto vos respondemos, que avemos mandado que se haga como nos lo

<sup>34</sup> R.C., Madrid, 5-VI-1552, en ENCINAS, Diego de, *Libro primero de provisiones*, Madrid, 1596,

edición facsimilar, *Cedulario Indiano* (4 vols.), Madrid, 1945-1946, I, fols. 240-241.

suplicays, y que declarando en que cosas no se ha cumplido ni guardado, lo mandaremos remediar y proveer de manera que aya efecto lo en vuestra suplicación contenido. Y aunque en aquellas dispongan en el Consejo Real de su justicia tan solamente, y no con las audiencias y chancillerías por la gran distancia de essas partes, y por el relevar a las partes de fatigas y costas: tenemos por bien que en essa audiencia se pueda conocer dello, y si visto en el audiencia pareciere ser justo lo que el dicho Visorrey oviere proveydo, darse ha sobrecarta dello, y si pareciere ser en agravio de la tal persona que suplicare y se deviere de revocar, la tal revocación se haga por vosotros y por el dicho Visorrey juntamente, y todos firmays lo que así se proveyere, y en las cosas de justicia que son a vuestro cargo terneys mucho cuydado que se administre en toda rectitud, procurando tener entre vosotros toda conformidad, porque de lo contrario su Magestad e yo nos tendremos por deservidos”.<sup>35</sup>

Esta real cédula no contempla la posibilidad de apelar de las providencias que en materias de gracia dispusieren los virreyes, sino que solamente permite la *suplicación* de ellas, es decir, que únicamente por vía de gracia y no de recurso se puede acudir a la Audiencia, y por ello la propia cédula contempla dos posibilidades, a saber, la primera, que la persona o concejo que se sintiere agraviada puede suplicar “de lo proveydo por el dicho Visorrey en essa Real audiencia”, es decir ocurrir directamente a ella, y la segunda, que “quissiere seguir la suplicación que en esto aya hecho ante el Visorrey”. Por constituir una suplicación y no un recurso de apelación, según el régimen ordinario de ella, la resolución suplicada no se ejecutaba mientras pendiere su conocimiento en la Audiencia, a diferencia de la apelación de providencias gubernativas regulada en la cédula de 5 de junio de 1552, que operaba en el solo efecto devolutivo.<sup>36</sup>

Recibida por los oidores la suplicación, debían hacer relación de ella al virrey para conocer y determinarla conjuntamente, según los capítulos de las Cortes de Valladolid de 1523 y los de Madrid, que se referían a la suplicación de las cédulas libradas por Cámara respecto de las cuales no se debía dar sobrecédula mientras no se determinase por justicia en el Consejo Real, de tal manera que si la Audiencia encontraba justa la providencia del virrey, debía dar sobrecarta, y si consideraba que era en perjuicio del suplicante, debía revocarla junto con el virrey.

La competencia atribuida a la Audiencia para conocer de las sobredichas suplicaciones se le entregó “por la gran distancia de esas partes, y por relevar a las partes de fatigas y costas”, expresiones de las cuales toma pie Solórzano para escribir que “y aun por la gran distancia que hay de ocurrir de ellas al Rey, o a su Consejo Real de Indias, y el peligro que podría ocasionar la tardanza, se les han concedido y conceden (a las audiencias americanas) muchas cosas que no se permiten a las de España, y vienen a tener casi en todo las veces del mismo Consejo”.<sup>37</sup>

Así, pues, el año 1552 en la Nueva España aparecieron la apelación a la Audiencia de las providencias dictadas por el virrey en cosas tocantes a la buena gobernación, y la suplicación al mismo tribunal de las providencias que en algunas cosas de gracia dictaba el mismo virrey.

<sup>35</sup> Capítulo de carta a la Audiencia de Nueva España, por el príncipe Felipe, 1552, en ENCINAS, Diego de, (N. 34), II, fol. 110.

<sup>36</sup> GONGORA, dice (N. 5) por no afectar al bien común, sino el particular.

<sup>37</sup> SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de, (N. 12), 5.3.10.

#### 4. LA APELACION EN MATERIA DE GOBIERNO DURANTE EL SIGLO XVI

Durante la segunda mitad del siglo XVI se consolidó el régimen jurídico de las apelaciones en materia de gobierno en medio de frecuentes disputas y competencias entre Audiencias y virreyes por defender sus fueros supuestamente lesionados con el ejercicio abusivo de las facultades de unos y otros en esta materia.

El emperador Carlos V y el príncipe Felipe por una real cédula despachada en Valladolid el 18 de diciembre de 1553, recogida en la *Recopilación*,<sup>38</sup> establecieron con carácter general la apelación a la Audiencia de los autos o determinaciones que por vía de gobierno proveían los virreyes o presidentes, sin que éstos pudieran impedirlo, ni hallarse presentes a su vista y determinación.

Por una real cédula fechada en Madrid el 15 de febrero de 1566, junto con encomendar el gobierno del distrito de la Audiencia de San Francisco de Quito al virrey del Perú, Lope García de Castro, se declaró que si alguna persona de dichas provincias se pretendiere agraviada por las decisiones del referido gobernador debía ocurrir a la Audiencia de Lima y no a la de Quito. El tenor de la referida cédula es el siguiente:

“Por quanto por nos ha sido ordenado y mandado, que si de las cosas que el que governare, essas provincias proveyere en los negocios de gobierno de algunas personas pretendieren ser agraviados, puedan seguir su justicia sobre el agravio que pretendieren que se les haze, ante la audiencia de la ciudad de los Reyes donde ha de residir el que assi governare, y no lo pueda seguir en essa audiencia, ni en ninguna de las otras audiencias de essas provincias, con que á la determinación de los dichos negocios no se halle el governador de quien las tales personas se agraviaren, según que más largamente se contiene en la cédula que sobre ello avemos mandado dar, y porque nuestra voluntad es que lo susodicho y lo arriva contenido se guarde y cumpla sin que en ello aya contradicción alguna. Vos mando que así lo hagays y cumplays, porque así conviene a nuestro servicio, y a la buena gobernación de essa tierra, y de lo contrario nos ternemos por deservidos, y lo mandaremos proveer como a nuestro servicio convenga. Fecha en Madrid, a quinze de Hebrero de mil y quinientos y sesenta y seys años. Yo el Rey. Por mandado de su Magestad. Francisco de Eraso. Señalada del Consejo”.<sup>39</sup>

Esta real cédula fue confirmada y ampliada por otra de 15 de febrero de 1567 dirigida al mismo virrey del Perú la que, en opinión de Gaspar de Escalona, dio forma al recurso de apelación en materias de gobierno, y que, además de la Audiencia de Quito, también inhibió del conocimiento de estos casos al Tribunal de Charcas, para entregarlos privativamente a la audiencia de Lima. Su texto es el siguiente:

“El Rey. Por quanto por nos está ordenado y mandado que el gobierno de las provincias del Perú lo tenga el Licenciado Castro de nuestro Consejo de las Indias, y nuestro Presidente de la nuestra audiencia Real de la ciudad de los Reyes, y que él sólo provea los negocios y cosas tocantes a la gobernación de las dichas provincias, según y de la manera que lo han hecho las otras personas que en nuestro nombre las han gobernado, y porque podría ser que de

<sup>38</sup> Rec. 2.15.35.

<sup>39</sup> ENCINAS, Diego de, (N. 34), II. fol. 246.

lo que el dicho Licenciado Castro proveyere, en lo tocante a dicha gobernación, algunas personas pretendiesen ser agraviados, y no por estar dada orden en lo que semejantes casos se ha de hazer, no alcanzassen justicia. Por ende por la presente queriendo quitar toda duda, y proveer de manera que nuestros súbditos y personas que residen en las dichas provincias alcancen justicia, fue acordado que debía de mandar dar esta mi cédula en la dicha razón, e nos tovimoslo por bien: por la qual declaramos y mandamos que cada y quando que de las cosas que proveyere y ordenare por vía de gobierno en las dichas provincias del Perú, así el dicho Licenciado Castro, como la persona que después del tuviere en nuestro nombre el gobierno dellas, assi en el distrito de la dicha audiencia de los Reyes como fuera del. En lo de las dichas audiencias de La Plata y Quito, e alguna o algunas personas se sintieren y pretendieren estar agraviados, y sobre ello quisieren pedir su justicia: es nuestra voluntad que lo hagan, y ocurran sobre el tal agravio a la dicha audiencia de los Reyes, donde está ordenado que resida el nuestro gobernador, y no a otra ninguna de las dichas audiencias de la Plata y Quito, aunque el agravio que alegaren aver recibido se aya hecho en el distrito de ellas: por quanto nuestra voluntad es, que de los dichos casos se conozca solamente en la dicha audiencia de los Reyes, y no en otra ninguna, y que en ella se haga justicia conforme a lo que por cédulas y provisiones nuestras está ordenado, con que a la vista y determinación de las dichas causas no se pueda hallar ni halle presente el gobernador, de quien las tales personas se agraviaren, si no que se abstengan dellas, y mandamos que al que así tuviere el gobierno de las dichas provincias del Perú, y a los nuestros presidentes y Oydores de las dichas nuestras audiencias de los Reyes y La Plata y Quito, que guarden y cumplan esta mi cédula y lo en ella contenido, y contra el tenor y forma dello no vayan ni pasen, ni consientan yr ny passar en manera alguna: y porque lo suso dicho sea público y notorio a todos, y ninguno dellos pueda pretender ignorancia, mandamos que esta nuestra cédula sea pregonada en la ciudad de los Reyes por pregonero, y ante escrivano público. Fecha en Madrid a quinze de Hebrero, de mil y quinientos y sesenta y siete años. Yo el Rey. Por mandado de su Magestad Francisco de Eraso. Señalada del Consejo".<sup>40</sup>

Esta cédula fue reiterada literalmente al virrey de la Nueva España, Martín Enríquez, por otra del 16 de junio de 1572, en la que se mandaba que de las apelaciones gubernativas debía conocer la Audiencia de México, tanto respecto de aquellas providencias relativas a la gobernación de su distrito como de las de la audiencia de Nueva Galicia, en la que también gobernaba el virrey, inhibiéndose de su conocimiento a este último tribunal.<sup>41</sup>

La precitada real cédula de 15 de febrero de 1567, despachada para el virrey del Perú, y extendida al de la Nueva España el 16 de junio de 1572, vino a dar forma al recurso de apelación en materias de gobierno, y según ella cualquier persona que pretendiese ser agraviada por lo que proveyere y ordenare *por vía de gobierno* en sus provincias del virrey, podía ocurrir a la real audiencia de la sede del virreinato para que en ella se hiciera *justicia*, sin que el gobernador recurrido se hallare presente en la vista y determinación del recurso.

Gaspar de Escalona, al comentar la cédula de 1567, expresa que, de "no haber este recurso pudiera hacerse tal vez nimia tan entera potestad y acarrear a

<sup>40</sup> *Ibíd.*, II, fol. 249.

<sup>41</sup> *Ibíd.*, II, fol. 344.

los súbditos que litigan y distan tan remotamente de su real dueño muchos daños y males irremediables que con la Audiencia o senado que le substituye tienen fácil desvío, supliendo precisamente lo que su Majestad y Consejo destinado a estas causas oyera tarde o remediare dificultoso y tal vez en tiempo no oportuno".<sup>42</sup>

El objeto de este recurso, según la cédula de 1567, es que los "súbditos y personas que residen en las dichas provincias alcancen justicia" cuando "se sintieren y pretendieren estar agraviados de las cosas que proveyere y ordenare por vía de gobierno" el virrey. Queda claro, pues, del contexto de la ley, que en estos casos se está en presencia de un asunto de justicia, que como tal es entregado al conocimiento de la Real Audiencia, en cuanto este tribunal ejerce como vicario del monarca y *regis personam representante* el deber propio del príncipe para con su pueblo de mantenerlo en justicia. Y ello porque el caso que primitivamente era gubernativo derivó en de justicia al haber agravio de parte, como lo defiende expresamente Escalona, al decir que no es esta "resolución exquisita ni exorbitante de la regla y condiciones de Audiencia, pues habiendo parte agraviada, el negocio que ya fue de gobierno, alterado por las circunstancias agravantes de que le mudan la especie y pasa a caso de justicia y derecho contencioso en que haya bastante blanco que ocupar en el instituto de las Audiencias con jurisdicción privativa".<sup>43</sup> Este criterio fue aceptado más tarde por la misma legislación, pues una real cédula despachada en Madrid el 1 de octubre de 1624, y que se halla recopilada, dispuso que "en las materias de gobierno, que se reducen a justicia entre partes, de lo que los Presidentes proveyeren, si las partes apelaren, han de admitirse las apelaciones a sus Audiencias".<sup>44</sup>

El hecho de reducirse a justicia los asuntos determinados por el virrey por vía de gobierno planteó, a partir de la cédula de 1567, la ardua cuestión de delimitar las materias que eran de mero gobierno y aquellas otras que eran de justicia y que, por lo tanto, eran susceptibles de apelación. Sobre ello una real cédula de 28 de diciembre de 1568, dirigida al virrey del Perú, y extendida el 4 de julio de 1570 al de la Nueva España, declaró que si a los oidores pareciere que el virrey se excediese en alguna materia, se le debían efectuar los requerimientos necesarios sin mayor demostración ni publicidad, y si no obstante ello perseverare en su decisión, debían cumplirla y guardarla, siempre que la materia no fuera de calidad en que se hubiera de seguir movimiento o inquietud en la tierra.<sup>45</sup> Posteriormente una real cédula de 23 de noviembre del año 1631 ordenó que en las dudas de si un asunto era de gobierno o de justicia, los oidores estuvieran y pasaren por lo que declarare el virrey y presidente.<sup>46</sup> Sobre esta cuestión se habrá de volver en otro apartado de este trabajo.

Dice Escalona que, conocida la real cédula del 15 de febrero de 1567, "harto solicitaron su revocación y enmienda los señores virreyes primero que como más absolutos y dueños de mayor plenitud de potestad sintieron más este margen y limitación, pero las instancias y réplicas que se hicieron, especialmente por el señor don Francisco de Toledo, que fue quien dio más cuidado no sirvieron más que de corroborar aquellos decretos fundados en tan justos motivos".<sup>47</sup> En efecto, por capítulo de carta dirigida al virrey de la Nueva España, Lope García de Castro, el 19 de noviembre de 1568, se le expresó por el Consejo, que "cuando el caso ocurriere se hará justicia en la dicha Audiencia y así lo dareis a entender en ella",<sup>48</sup> y por otro capítulo de carta despachada a la real audiencia de Los Reyes, de 17 de

<sup>42</sup> ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar de, (N. 1), fs. 109 vta.

<sup>43</sup> *Ibid.*, fs. 110.

<sup>44</sup> Rec. 2.15.34.

<sup>45</sup> Rec. 2.15.36.

<sup>46</sup> Rec. 2.15.38

<sup>47</sup> ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar de, (N. 1), fs. 110.

<sup>48</sup> *Ibid.*, fs. 109.

octubre de 1575, se le señalaba que “en quanto a lo que dezís, que aunque algunas personas han acudido a essa Audiencia a ser desagaviados de algunas provisiones que el nuestro Virrey don Francisco de Toledo ha hecho en su prejuizio, no aveys querido conocer de ellas, por no os encontrar en él, y por la prohibición que os tiene hecha por sus mandamientos, a cuya causa están por deshazer los agravios: nuestra voluntad es, que si algunos se agraviaren de lo que el Virrey ha hecho y proveydo, y ocurrieren a essa audiencia sobre el tal agravio, hagays y administrey justicia, conforme a la cédula que sobre ello está dada, y así lo hareys”,<sup>49</sup> cédula que fue reafirmada por otra fechada en el Pardo a 28 de enero de 1578.<sup>50</sup>

Para terminar la revisión del estado de las apelaciones gubernativas durante el siglo XVI es interesante destacar que no deja de llamar la atención que en las *Ordenanzas nuevas* de Audiencia, despachadas en Monzón el 4 de octubre de 1563, no se incorporó decisión alguna relativa a esta institución, y aun más cuando dichas Ordenanzas destinaban un párrafo de 15 capítulos a las “Cosas de Gobierno”.<sup>51</sup>

##### 5. LA APELACION EN MATERIAS DE GOBIERNO DURANTE EL SIGLO XVII

El siglo XVII se caracterizó en este punto por el despacho de numerosas reales cédulas a virreyes, gobernadores y Audiencias reiterándoles cuán de su precisa obligación era observar las disposiciones relativas a este género de apelaciones, debido a los constantes encuentros entre dichas autoridades sobre la materia, derivados principalmente por la determinación de si el asunto controvertido era de mero gobierno, y por ende no susceptible de recurso, o si era de aquellos que se reducían a justicia, y por lo tanto correspondía su conocimiento al tribunal en grado de apelación.

También durante el curso de este siglo se expidieron variadas reales cédulas que determinaban concretamente aquellos casos en los que debía proceder siempre la apelación y aquellos otros en los cuales estaba impedida la Audiencia de dicho conocimiento.

A principios del siglo XVII se formó en la Audiencia de Lima una competencia entre el virrey y el tribunal sobre la procedencia de una apelación en un asunto que el dicho virrey había declarado por ser de mero gobierno, lo que, según Solórzano, “causó algún escándalo”,<sup>52</sup> razón por la cual el monarca despachó una cédula de reprensión, fechada en Buytrago a 19 de mayo de 1603, en que se les reiteraban las cédulas de 28 de diciembre de 1568, la de 4 de julio de 1570 y la de 19 de mayo de 1585, en las que se declaraba que si a los oidores parecía que el virrey se excedía en algún punto impidiéndoles la administración y ejecución de la justicia, debían hacerle los requerimientos necesarios sin demostraciones ni publicidad, y si no obstante esto perseverare en su decisión, debían guardarla y cumplirla, no siendo la materia de calidad en que notoriamente se hubiera de seguir movimiento o inquietud en la tierra. Y al efecto, la precitada real cédula del 19 de mayo de 1603 prescribía lo siguiente:

<sup>49</sup> ENCINAS, Diego de, (N. 34), II, fol. 250.

<sup>50</sup> ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar de, (N. 1), fs. 111.

<sup>51</sup> *Ordenanzas de la Real Audiencia de Charcas,*

Monzón, 4-X-1563, ords. 37-51, en LEVILLIER, Roberto, (N. 20).

<sup>52</sup> SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de, (N. 12), 5.2.32.

“Que si hechas las protestas, y requerimientos, todavía el virrey perseverare en mandar executar sus decretos, o proveimientos, no siendo la materia de calidad, en que notoriamente se hubiere de seguir de ella movimiento, y desasosiego en la tierra, se cumpla y guarde, lo que él huviere proveído, sin hacerle impedimento, ni otra demostración. Y den aviso particular de lo que huviere pasado, para que se mande proveer y remediar, como el caso lo requiere”.<sup>53</sup>

Como, a pesar de tan estrechas prescripciones, continuaron los desencuentros entre el virrey limeño y la Audiencia, mandó el monarca por real cédula al marqués de Montesclaros, fechada en San Lorenzo a 15 de septiembre de 1612, que se le avisase del estilo que se tenía en la interposición de las apelaciones.<sup>54</sup> Y el 25 de febrero de 1614, por otra, despachada en Madrid, reiteró la procedencia de las apelaciones de las determinaciones que proveyeren los virreyes o presidentes por vía de gobierno, en los siguientes términos:

“Declaramos y mandamos, que sintiéndose algunas personas agraviadas de cualesquier autos, o determinaciones, que proveyeren u ordenaren los Virreyes, o Presidentes por vía de gobierno, puedan apelar a nuestras Audiencias, donde se les haga justicia, conforme a Leyes y Ordenanzas; y los Virreyes y Presidentes no les impidan la apelación, ni se puedan hallar ni hallen presentes a la vista y determinación de estas causas, y se abstengan de ellas”.<sup>55</sup>

Es decir, esta real cédula vino a reiterar lo que habían dispuesto las de 18 de diciembre de 1553, 7 de febrero de 1567, y 16 de junio de 1572, y como tal se incorporó a la *Recopilación de Indias*.<sup>56</sup>

El virrey del Perú, Príncipe de Esquilache, con el propósito de zanjar definitivamente las competencias con la Audiencia, dictó el 19 de noviembre de 1616 un auto en virtud del cual reglamentaba las apelaciones gubernativas a la Audiencia y declaraba los casos en que era improcedente, cuyo tenor es el que sigue:

“En la ciudad de los Reyes en diecinueve días del mes de noviembre de 1616 años, Su Excelencia, el señor Virrey, don Francisco de Borja, Príncipe de Esquilache, Virrey, Gobernador y Capitán General de estos Reynos y provincias del Perú, dijo que por quanto en las apelaciones que se interponen en los casos y negocios que SE provee y determina, así por sí mismo como por el Asesor que tiene nombrado, para el expediente de los indios diversas veces las partes que pretenden seguírseles perjuicios de los proveimientos que se hacen, interponen apelación para ante la Real Audiencia de la ciudad de los Reyes, que privativamente está mandado conozca de las dichas apelaciones del gobierno en los casos que ha lugar de interponerse y admitirse, porque ocurren muchos de los dichos casos en que por derecho y cédulas de Su Magestad y buena administración del gobierno son de calidad y substancia que tienen mayor y absoluta dependencia de los gobernadores y virreyes, de manera que precisamente han de fenecer con su denegación o concesión, sin otro recurso y otro suceso y esto sucede muchas veces porque las causas y motivos que se tienen para proveer y mandar por vía de gobierno son de calidad que no conviene se reduzcan a prueba de juicio contencioso por los

<sup>53</sup> *Ibíd.*

<sup>54</sup> ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar de, (N. 1), fs. 114.

<sup>55</sup> Rec. 2.15.35.

<sup>56</sup> *Ibíd.*

grandes daños que se recibirían, y esto queda al arbitrio y voluntad del virrey, regulada por su conciencia e informaciones y relaciones que se le hacen, sin otra dependencia ni subordinación en que con mucho advertimiento se debe considerar y considera lo que conviene al servicio de Dios, nuestro Señor, y Magestad y buena administración del gobierno y porque en el modo de las apelaciones y presentaciones que las partes hacen en la dicha Real Audiencia se han seguido inconvenientes, y haber mandado Su Magestad en su real cédula de 28 de diciembre de 1568 la forma que en estos casos debese guardar, poniendo en primer lugar el respeto y reverencia que a su Virrey se ha de guardar como a cabeza y su ministro principal, por todo lo cual y para remedio de los dichos inconvenientes en el entretanto que por el Rey, nuestro Señor, otra cosa no se provee y mande, se guarde el orden siguiente: Que quando se proveyere por su Excelencia algún auto o proveimiento del gobierno, si alguna parte pretendiere ser en su perjuicio, o que es agraviado, la apelación que interpusiere haya de ser y sea ante el escribano de la gobernación con el estilo y respeto que se debe y por derecho se manda y esto se entiende así en negocios de españoles como de indios y antes que se presenten las partes en grado de apelación ante la Real Audiencia se haya de proveer a la que interpusieren en el gobierno y para esto estará advertido el escribano y oficial mayor de que otro día siguiente a lo más breve que ser pueda de como se presentaren las tales apelaciones se lleven para proveer en ellas para que en los casos que fueren de justicia o de calidad que se deban oír y admitir las dichas apelaciones por haber lugar de derecho se mandará lo que conforme a justicia y cédulas de Su Magestad está dispuesto, y los casos de gobierno se declaren por tales y se proceda en ellos como se ha de entender en la cédula de su Magestad de 18 de septiembre de 1612 y los que fueren de justicia se sigan en el dicho grado, lo qual su Excelencia no pretenda obstar antes acudir en lo que conviniere, conforme Su Magestad lo manda en lo que fuere necesario y si lo declarado por gobierno las partes se agraviaren, manda Su Excelencia que las peticiones se lleven al Acuerdo, donde habiéndose conferido se cumpla en todo la forma que su Magestad tiene dada en cédula de 25 de diciembre de 1568 y que los escribanos de cámara no lean estas presentaciones en las audiencias públicas, sino que la lleven a los acuerdos, pena de 150 pesos para los pobres de la cárcel y en esta conformidad se cumpla lo que su Excelencia manda y de suso se refiere porque así conviene al servicio de su Magestad en virtud de cuyos poderes reales por vía de ordenanza o reformatión como su Virrey y Presidente de esta su Audiencia lo ordené y mandé y lo firmó, y que esta ordenanza se imprima para que venga a noticia de todos los que de ella deban tenerla. El Príncipe, Don Francisco de Borja, ante mí Miguel de Medina".<sup>57</sup>

Así, pues, el Virrey reguló el procedimiento que habría de seguirse en estas apelaciones, fundándose en la real cédula de 1612 que le había ordenado diere cuenta del estilo que se observaba en esta materia, y al efecto dispuso que la apelación debía interponerse con la forma y estilo de derecho ante el escribano de gobernación y no ante la Audiencia directamente, para al día siguiente o a la mayor brevedad se declarase si el caso era de gobierno o si se concedía la apelación, y que en aquellos casos en que la declaración del virrey en cuanto a que el asunto era de gobierno fuese apelada, dicha petición debía llevarse al Acuerdo, donde si el virrey perseveraba en su decisión, los oidores debían guardarla y

<sup>57</sup> ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar de, (N. 1), fs. 113.

cumplirla, luego de haberle hecho los requerimientos necesarios sin demostraciones ni publicidad, y en todo caso dando cuenta particular al monarca.

Enterado el monarca de estas ordenanzas las desautorizó por completo y ordenó al príncipe de Esquilache que excusare su aplicación y el hacer semejantes declaraciones en materia de jurisdicción, y para ello le dirigió la siguiente real cédula, fechada en Madrid a 16 de abril de 1618:

“En quanto a la Ordenanza que hicisteis para que quando se apelase de algún auto de gobierno la apelación sea ante el escribano de gobernación para que se declare si es caso de gobierno o justicia, ha parecido ordenaros y mandaros, como lo hago, excuseis semejantes ordenanzas y decretos en materia de jurisdicción con el Audiencia y quando se ofreciere el caso me dareis cuenta en el dicho mi Consejo de las Indias para que visto en él se provea lo que fuera de justicia y no usareis de la dicha Ordenanza en ninguna manera”.<sup>58</sup>

Gaspar de Escalona al comentar esta cédula expresa que cree “que la intención real fue obviar Ordenanzas en competencias de jurisdicción con la Audiencia, que siendo en propia causa en que ninguno es legítimo juez y en concurso y oposición de igual magistrado son odiosos y de pernicioso ejemplo, pues ni aun el Sumo Pontífice en competencia de jurisdicción con el Rey o Emperador no puede serlo”.<sup>59</sup>

En 1619, por una real cédula despachada en Madrid a 17 de marzo, recopilada posteriormente, se dispuso que aun de aquellas materias que los virreyes proveyeren previo voto consultivo de los oidores, las partes que se pretendieren agraviadas podían interponer apelación para ante la Audiencia, la que debía sobreseer en la ejecución, excepto en aquellos casos exceptuados, que eran los referidos en la cédula de 5 de junio de 1552, es decir, cuando se quitaba o mandaba moderar estancias de ganados, pagar daños y hacer ordenanzas convenientes al buen gobierno. El texto de la cédula es el siguiente:

“Es nuestra voluntad que los Virreyes solos provean y determinen en las materias de gobierno de su jurisdicción; pero será bien que siempre comuniquen con el Acuerdo de Oidores de la Audiencia donde presiden, las que tuvieren los Virreyes por más arduas e importantes para resolver con mejor acierto, y habiéndolas comunicado, resuelvan lo que tuvieren por mejor; y si las partes interpusieren el recurso, que conforme a derecho les pertenece para ante las Audiencias, sobresean en la ejecución, si por las leyes de este Libro no se exceptuaren algunos casos especiales, hasta que visto en ellas se determine lo que fuere justicia”.<sup>60</sup>

Otra real cédula de 3 de junio de 1620 solucionó el problema suscitado por aquellas cédulas dirigidas a los virreyes en las que se les ordenaba “que hagan justicia en el caso”, pues según el tribunal limeño “con el color de estas cláusulas lo turbaban todo los Virreyes, y se lo abrogaban y avocaban” inhibiendo a la audiencia de todo conocimiento, y por ello la precitada disposición declaró que estas cédulas eran solamente excitativas de jurisdicción y no mudaban la competencia de los tribunales, y al efecto prescribió:

<sup>58</sup> *Ibid.*, fs. 114.

<sup>59</sup> *Ibid.*, fs. 114 vta.

<sup>60</sup> Rec. 3.3.45. La referencia final de esta ley

recopilada no pertenece a la R.C. de 17-III-1619, que hacía mención a las excepciones de la R.C. de 5-VI-1552, que se recopiló en Rec. 3.3.52.

“Que estas cédulas ordinariamente son excitativas, y se dan sólo para que se haga justicia a las partes. Y mi intento no es mudar el ser del juzgado, ni el estado de la causa, lo cual se incluye en la cláusula que manda se haga justicia. Estareis advertidos, para ir en todas ocasiones con este presupuesto, con lo cual se excusarán las dudas que referís”.<sup>61</sup>

Solórzano, que comenta esta disposición, señala que la referida cláusula “se ha de entender por las vías, y formas legales, y excitando por su parte, como Presidentes que son de las mismas Audiencias, a los Oidores o Alcaldes de ellas que administren la dicha justicia, y sin que por semejante palabra se pueda, ni deba entender, que fue de la voluntad de su Magestad, ni de su Real Consejo, que los Virreyes la administren por sí, o que innoven, ni alteren el estílo de cada tribunal”.<sup>62</sup> Escalona es de la misma opinión, pues según él, “la intención de Su Magestad en estas cédulas no es alterar la substancia y ser de la jurisdicción, es excitar sí el oficio y obligación del señor Virrey, ni menos dar por inhibida a la audiencia, la cual nunca se entiende estarlo si no es que su Magestad lo exprese y declare así en sus rescriptos, por cuanto nunca se presumen inhibiciones por ser odiosas mucho menos contra la jurisdicción ordinaria”.<sup>63</sup>

Sobre esta misma materia se despachó otra real cédula desde San Lorenzo el 14 de agosto de 1620, en que se mandaba a los virreyes que de lo que proveyeren a título de gobierno o por cédula que se los cometiera en lo general del oficio, debían dejar a las partes apelar a la Audiencia, la que debía calificar el grado y los efectos del recurso, sin que se entendiera inhibida la audiencia a menos que una cédula especial lo declarase, y así disponía:

“Para más extensión y claridad de las leyes 34 y 35, tít. 15, libro 2, estatuímos y mandamos, que en todos los casos en que los Virreyes procedieren a título de gobierno, o cédula nuestra, en que se les cometa cualquier negocio, o causa en lo general del oficio, si algunas de las partes interesadas se agravare, tenga el recurso por apelación a la real audiencia donde el virrey presidiere, y en ella se guarda justicia sobre el negocio principal, y calidad de la apelación, en cuanto a si tiene suspensivo o devolutivo, y no se entienda que está inhibida la audiencia, si no fuere cuando en las cédulas especialmente se declare”.<sup>64</sup>

Complementó esta cédula otra despachada en Madrid el 22 de noviembre de 1631, que mandó lo siguiente:

“En los casos que se ofrecieren de gobierno, o en otros que hubiéremos dado orden, o comisión particular a los Virreyes, podrán avisar a las Audiencias que se abstengan de su conocimiento, haciéndoles notorias nuestras comisiones, o declarando que los casos de que tratan son comprendidos en ellas, y en esta conformidad se guarden las Leyes y Cédulas dadas sobre lo referido”.<sup>65</sup>

Sobre este mismo punto, Solórzano cita un capítulo de carta de 14 de agosto de 1621 dirigido al virrey del Perú, príncipe de Esquilache, en la que se reafirma lo dispuesto en la cédula de 14 de agosto de 1620, cuyo texto reza así:

<sup>61</sup> SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de, (N. 12), 5.3.57.

<sup>62</sup> *Ibíd.*

<sup>63</sup> ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar de, (N. 1), fs. 111.

<sup>64</sup> Rec. 5.12.24.

<sup>65</sup> Rec. 3.15.42.

“Que el Virrey por ningún caso, aunque diga que procede a título de gobierno, o de comisión especial, quite el recurso libre de la apelación a la Audiencia, y no se entienda estar inhibida, si en las cédulas de la comisión especialmente no se declarare lo contrario”.<sup>66</sup>

Por otra real cédula de 1 de octubre de 1624 se suprimió la posibilidad de suplicar a la Audiencia en las materias de gracia, que había permitido el capítulo de carta a la Audiencia de Nueva España en 1552, y además se reiteró la procedencia de la apelación en materias de gobierno reducidas a justicia. Su contenido es el que sigue:

“Todas las materias de gracia y provisiones de oficios y encomiendas, donde las hubiere, y facultad introducida de proveerlas, tocan a los Presidentes gobernadores, como en los Virreyes está dispuesto, y no ha de haber recurso a las Audiencias en que presidieren, pero en las materias de gobierno, que se reducen a justicia entre partes, de lo que los presidentes proveyeren, si las partes apelaren, han de admitir las apelaciones a sus audiencias”.<sup>67</sup>

Una real cédula de Felipe IV, despachada en Madrid el 28 de septiembre de 1626, luego recopilada, mandó que las apelaciones gubernativas se vieran en acuerdo de justicia y no en sala particular, y que si se apelare de los decretos de los virreyes el recurso fuese conocido privativamente por las audiencias de México o Lima, y no por las subordinadas. El tenor de esta ley recopilada es el siguiente:

“Que de las apelaciones de autos de gobierno se vean en acuerdo de justicia y no en sala particular.

Puédese interponer apelación de los autos, acuerdos, y órdenes, que hubieren proveído los Virreyes, o Presidentes en gobierno, para las reales audiencias, como se contiene en la ley 35, tít. 15, lib. 2. Y declaramos, que de los Virreyes se ha de apelar para las Audiencias de Lima o México, y no para otra alguna de las subordinadas. Y por escusar inconvenientes, ordenamos, que en tales casos se hallen presentes a la vista, y determinación todos los oidores en acuerdo de justicia, y no en sala particular”.<sup>68</sup>

Posteriormente una real cédula de agosto de 1627 ordenó al virrey de la Nueva España que no inhibiese a las Audiencias en cuyo distrito se hubiesen de ejercer las comisiones que diere conforme a sus títulos, ni que se reservase las apelaciones para sí ni para otro tribunal.<sup>69</sup> Otra de 17 de mayo de 1678 reiteró que eran apelables las causas de gobierno que se reducían a justicia determinadas por el virrey o por su asesor,<sup>70</sup> y por último otra cédula del 22 de noviembre de 1689 mandó al virrey de la Nueva España que no alterase la costumbre de las apelaciones para ante la Audiencia y que guardase las leyes y ordenanzas, dirigiendo las resoluciones por el orden regular, sin alterarlas bajo pretexto alguno, por los perjuicios que se originaban de las prácticas contrarias.<sup>71</sup>

<sup>66</sup> SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de, (N. 12), 5.3.33. Esta carta, que según Solórzano se dictó cuando era él oidor en Lima, a propósito del despojo del beneficio del pueblo de indios de la doctrina de Lambayeque, en realidad parece ser la R.C. de 14-VIII-1620, aunque difiere en su redacción, pues Escalona, que transcribe la cédula de 1620, expresa que fue expedida en el caso de Lam-

bayeque, y que en iguales palabras se recoge en Rec. 5.12.24.

<sup>67</sup> Rec. 2.15.34.

<sup>68</sup> Rec. 5.12.22.

<sup>69</sup> En *Cedulario de Ayala*, 32.70 v. 71 N. 60 y 61, cit. por Sánchez Bella, Ismael, (N. 7), p. 179 N<sup>o</sup> 72.

<sup>70</sup> En Informe, cit. (N. 4), fs. 222.

<sup>71</sup> En *Cedulario de Ayala*, 3. 234. N. 231, cit. Sánchez Bella, Ismael, (N. 7), p. 179 N. 72.

Además de todas las disposiciones citadas, relativas al estilo y procedencia de las apelaciones gubernativas a las Audiencias, despachadas durante el siglo XVII, se expidieron también muchas otras que declararon por de mero gobierno diversos asuntos, y por lo cual no procedía respecto de ellos el referido recurso. En este lugar sólo haré breve mención de ellas.

Por una real cédula fechada en San Miguel de la Ribera el 15 de febrero de 1601 se declaró por de mero gobierno la privación de beneficios o doctrinas que decretaren los virreyes en acuerdo con los prelados.<sup>72</sup> Por otra de 15 de septiembre de 1612 dirigida al virrey del Perú, marqués de Montesclaros, se declaró que la distribución de indios efectuada por el virrey era un asunto que debía correr por la mera disposición del que gobierna,<sup>73</sup> y en relación a esta materia una cédula expedida en San Lorenzo el 19 de septiembre de 1614 mandó que se guardase la costumbre de cada Audiencia en cuanto a si eran de gobierno o no el depositar indios en casas de españoles, mudarlos de unos pueblos a otros y dar comisiones y nombrar jueces.<sup>74</sup>

Otro asunto prolijamente regulado en este siglo fue el relativo al fuero militar y a la procedencia de apelaciones a las audiencias de los decretos que en estas materias proveían los virreyes o gobernadores en cuanto capitanes generales. Si bien una real cédula de 29 de mayo de 1594 y otra del 16 de julio del mismo año otorgaban competencia a las Audiencias en grado de apelación de estas causas, otra dada en Madrid el 2 de diciembre de 1608 las inhibió de tal conocimiento,<sup>75</sup> la que fue confirmada por otra expedida en Lisboa en 1617.<sup>76</sup> En esta misma materia, el conde de Chinchón, a petición del gobernador de Chile, proveyó un auto el 8 de marzo de 1632 en el que inhibió a la Audiencia de Santiago del conocimiento de los casos militares, decisión que fue aprobada por el monarca por real cédula de 26 de abril de 1634.<sup>77</sup> Más tarde otra cédula de 30 de marzo de 1635 declaró como casos militares no susceptibles de apelación a la Audiencia de Santiago el apereibir a los soldados para la guerra y ordenar sacar mantenimientos para la gente de guerra.<sup>78</sup> Otra dada en Madrid el 18 de julio de 1640 mandó que el gobernador, como capitán general, declarase si el caso era militar o no<sup>79</sup> y finalmente otra, también despachada en Madrid el 18 de mayo de 1653, declaró que tocaba al gobernador el conocimiento de todo lo relacionado con el abastecimiento de los soldados.<sup>80</sup>

Finalmente, en cuanto a la decisión de si un asunto era de justicia o de gobierno, una real cédula despachada en Madrid el 22 de noviembre de 1631, y luego recopilada, fijó el criterio que habría de perdurar en este punto al prescribir que “quando se ofreciere duda sobre si el punto que se trata es de justicia, o gobierno, los Oidores estén y pasen por lo que declararen y ordenaren los Virreyes y Presidentes, y firmen todos lo que resolvieren en el negocio, aunque hayan sido de parecer contrario”.<sup>81</sup>

<sup>72</sup> ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar de, (N. 1), fs. 115.

<sup>73</sup> *Ibid.*, fs. 115.

<sup>74</sup> Rec. 2.15.37.

<sup>75</sup> Rec. 3.11.1. También en ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar de, (N. 1), fs. 116.

<sup>76</sup> ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar de, (N. 1), fs. 116.

<sup>77</sup> ANRACH, vol. 1693, pza. 1, fs. 19.

<sup>78</sup> *Ibid.*, fs. 19 vta.

<sup>79</sup> *Ibid.*, fs. 20.

<sup>80</sup> *Ibid.*, fs. 15.

<sup>81</sup> Rec. 2.15.38.

## 6. LA APELACION EN MATERIA DE GOBIERNO DURANTE EL SIGLO XVIII

Durante este siglo se dictaron más de veinte reales cédulas relativas a este recurso, sin contar las prescripciones que sobre él se incluyeron en la *Instrucción de Regentes*. Para una mayor claridad en la exposición, estas disposiciones se pueden agrupar en cinco clases, que son las siguientes: aquellas referidas en términos generales a la procedencia de la apelación; aquellas relativas a casos particulares; aquellas tocantes al voto consultivo de los oidores; aquellas que reglaron el procedimiento y estilo de su interposición, y aquellas destinadas a tratar de la intervención de los regentes en esta materia.

1. *Disposiciones generales*: En la Nueva España, a consecuencia de la visita general realizada por Francisco Garzarón entre 1715 y 1720, se despachó una real cédula para la audiencia de México el 13 de diciembre de 1721, en la que se reiteraba el cuidado que debían tener en conocer de las apelaciones gubernativas, pues se había informado que “se quita a las partes el recurso de apelación a la Audiencia si el mismo Virrey no se la concede, siendo esto contra lo prevenido en las leyes, disimulando los oidores por complacer a los virreyes”.<sup>82</sup> Según José de Rezabal y Ugarte, por una real cédula de 1774 dirigida al gobernador de Chile, se mandó que las “apelaciones del Gobierno de Chile, vayan a la Audiencia, y el Presidente no deniegue el recurso, ni lo impida”,<sup>83</sup> y por un real orden de 3 de febrero de 1778, dirigida al regente de la real audiencia de Lima, se ordenó “que no se impidan las apelaciones de todas las providencias del Gobierno a las Audiencias y su dirección, según lo disponga su Regente”.<sup>84</sup>

A pesar del tan preciso mandato contenido en el real orden de 3 de febrero, despachado por la vía reservada, el virrey del Perú consultó al monarca por carta del 20 de noviembre de 1778 cómo debía proceder en aquellas apelaciones que considerase interpuestas maliciosamente. A esta duda se le respondió, por real cédula de 13 de octubre de 1779, que no debía impedir el recurso aunque lo conceptuase malicioso. El texto de esta disposición es el siguiente:

“El Rey. Virrey, Presidente y Oidores de mi Real Audiencia de Lima, en carta de 20 de noviembre de 1778, manifiesta que es de mi Virrey su debido cumplimiento a mi Real Orden expedida por la vía reservada para que no impidiese el uso de las apelaciones que de sus proveídos se interponen para esa Audiencia y expresa los graves inconvenientes que con detrimento, así de mi real servicio como del público, pueden resultar, de admitirse las que varios interesados suelen interponer frívola o maliciosamente por torcidos fines particulares mediante lo cual solicita me digne prevenirle como deberá manejarse en tales casos para cumplir como deseo y evitar los enunciados daños. Y habiéndose visto en mi Consejo de las Indias, con lo que dijo mi Fiscal y consultándome sobre ello he resuelto que, aun en el caso de que estime maliciosas o frívolas las apelaciones ante él interpuestas y denegadas,

<sup>82</sup> En *Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Disposiciones complementarias a las Leyes de Indias* (2 vols.), Madrid, 1932, 2, p. 23, cit. SANCHEZ BELLA, Ismael, (N. 7), p. 180.

<sup>83</sup> REZABAL Y UGARTE, José de, *Compendio alfabético de varias Reales Cédulas y Ordenes, que no se*

*hallan incluidas en la Recopilación de Indias*, en AN-RACH, vol. 3.209, fs. 3.

<sup>84</sup> MATRAYA Y RICCI, Juan José, *El moralista filalético americano, o El confesor imparcial instruido en las obligaciones de su ministerio*, Lima, 1818, p. 352.

si las partes, sin embargo, acudieren a esa Audiencia y esta pidiese los autos como por despacho de la fecha de este se lo mando, debese remitírselos para que en ella se decida si es o no y en qué términos admisible el recurso conforme a lo dispuesto en las leyes. Lo que os prevengo para su puntual observancia en la parte que os toca, fecha en San Lorenzo a trece de octubre de mil setecientos setenta y nueve. Yo el Rey".<sup>85</sup>

Algunos años más tarde, con motivo de un desencuentro habido entre el virrey de México y la Audiencia, se expidió una real cédula el 15 de marzo de 1784, en la que se ordenaba al virrey que cuando se interpusieran apelaciones de sus providencias debía remitir los autos al tribunal para que se decidiese si era o no admisible el recurso, y si lo era debía resolverse en justicia, y si no lo era, se devolverían los autos sin dilación.<sup>86</sup> A esta misma real audiencia se le remitieron otras dos cédulas, fechadas el 20 de noviembre de 1795 y el 15 de diciembre del mismo año, en virtud de las cuales se reiteraba que el virrey debía dar estricto cumplimiento a la cédula de 1784,<sup>87</sup> y por último, las prescripciones de todas estas disposiciones se recogieron en una real cédula circular despachada el 6 de julio de 1799.<sup>88</sup>

2. *Disposiciones particulares*: Una real cédula despachada en Madrid el 30 de marzo de 1705, recogida por Rezabal en su *Compendio*, permitió las apelaciones a la Audiencia de las provisiones de encomiendas, pues expresamente dicha disposición mandaba que las "Audiencias conozcan de las Apelaciones de las Provisiones de Encomiendas y no denieguen este recurso los presidentes"<sup>89</sup> cédula esta que venía derogar la de 1 de octubre de 1624, recogida en la *Recopilación*, 2.15.34, que precisamente había mandado que "todas las materias de gracia y provisiones de oficios y encomiendas, donde las hubiere, y facultad introducida de proveerlas, tocan a los Presidentes gobernadores, como en los Virreyes está dispuesto, y no ha de haber recurso a las Audiencias en que presidieren".<sup>90</sup>

En Lima, con motivo de una apelación interpuesta a la Audiencia por el padre provincial de San Agustín en 1735, debido a que había sido depuesto en el capítulo y el virrey había nombrado un presidente, se dirigió a la audiencia de Lima una real cédula fechada el 20 de julio de 1736, en la que se le decía: "que la Audiencia no tuvo ningún fundamento para entender en este Expediente"<sup>91</sup> disposición en la que debía notarse: "el ningún fundamento, cuya expresión es exclusiva de todo recurso, y así, ni por tuición, ni por apelación, ni de otro algún modo se pudo mezclar en la materia, aunque había un agraviado, cual era el Provincial depuesto".<sup>92</sup>

Prudencio Antonio de Palacios, en sus *Notas a la Recopilación*, apunta que "de lo que los Virreyes en negocios de Justicia y Real Hacienda determinen se debe otorgar la apelación a la Audiencia, cédula de 30 de junio de 751 y la de 6 de febrero de 750".<sup>93</sup>

3. *Disposiciones relativas a las apelaciones decretadas previo voto consultivo de los oidores*: Como ya se anotara en su lugar, una real cédula fechada en Madrid el 17 de marzo de 1619, luego recopilada, había prescrito que aquellas resoluciones

<sup>85</sup> ANRACH, vol. 1.698, pza. 1, fs. 5 vta.

<sup>86</sup> MARTIRE, Eduardo, (N. 3), pp. 33-35.

<sup>87</sup> *Ibíd.*

<sup>88</sup> *Ibíd.*

<sup>89</sup> REZABAL Y UGARTE, José de, (N. 83), fs. 4.

<sup>90</sup> Rec. 2.15.34.

<sup>91</sup> En Informe, cit. (N. 4), fs. 236 vta.

<sup>92</sup> *Ibíd.*

<sup>93</sup> PALACIOS, Prudencio Antonio de, *Notas a la Recopilación de Leyes de Indias*, Estudio, edición e índices por Bernal, Beatriz, México, 1979, p. 353.

adoptadas por los virreyes previo voto consultivo de los oidores en materia de gobierno eran apelables a las Audiencias, debiendo sobresearse la ejecución hasta que se determinare por el tribunal lo que era de justicia.<sup>94</sup> Este criterio fue alterado por una real cédula de 5 de agosto de 1768, que prohibió a los virreyes remitir a voto consultivo las materias que pudieran ser susceptibles de apelación a las Audiencias, y al efecto dispuso "que el Virrey del Perú no remita al acuerdo negocios que puede resolver con su asesor general, y no traigan las circunstancias que requieren la ley 12, tít. 15, lib. 2 y la 45, tít. 3, lib. 3 de la Recopilación de Indias",<sup>95</sup> precepto que fue reiterado al presidente de la Real Audiencia de Santiago por real orden fechado en San Ildefonso el 29 de agosto de 1778, pues "habiendo resuelto su Majestad por punto general que los virreyes y presidentes no puedan remitir a Voto Consultivo los asuntos en que conforme a Leyes, puedan o deban las partes apelar a las Audiencias lo participó así al Presidente de Chile el Exmo. Señor don José de Gálvez".<sup>96</sup>

Por último, una real cédula de 23 de diciembre de 1782 volvió al estilo consagrado en la cédula de 1619, que era el de la *Recopilación*, al revocar la cédula del 5 de agosto de 1768 y declarar que siempre quedaba expedito el recurso a las Audiencias, a pesar del voto consultivo, y para ello ordenó:

"Que el Virrey de Lima manifiesta a la Audiencia la Real declaración, de que no quedan impedidas para conocer en segunda instancia y grado de apelación los ministros, que hubieren dado voto consultivo en los negocios, que los Virreyes y Presidentes remitieren a las mismas Audiencias. Que graduar estos negocios pertenece a los Virreyes, sin impedir a las partes en ningún caso su apelación a las Audiencias, revocando lo dispuesto en esta parte por cédula de 5 de agosto de 1768; y finalmente, que de las providencias que los Virreyes tomaren, conformándose o no, con el voto consultivo de la Audiencia, quedan siempre expeditos los recursos, y el de apelación a ella como Tribunal de Justicia".<sup>97</sup>

4. *Disposiciones relativas al estilo y modo de introducir el recurso:* Por una real cédula de 19 de mayo de 1788 se previno que cuando se interpusiesen apelaciones gubernativas debía usarse de la formalidad de pedir venia al virrey o gobernador recurrido, práctica esta que se había introducido por costumbre.<sup>98</sup> Sin embargo, por otra de 14 de febrero de 1797 se eliminó esta formalidad mandándose que en estas apelaciones se observase el método de México, donde se apelaba llanamente a la Audiencia, y así prescribió lo siguiente:

"Que en las apelaciones que se hagan a la Real Audiencia, no se practique la formalidad de pedir venia al Virrey, sino que llanamente se apele a la Audiencia, la cual mande al escribano actuario de la causa pase a hacer relación, citadas las partes para calificar el grado, en uno, o en ambos efectos, o devolver el negocio como inapelable".<sup>99</sup>

Lo mandado por esta real cédula se reiteró por la ya citada cédula circular del 6 de julio de 1799.

<sup>94</sup> Rec. 3.3.45.

<sup>95</sup> MATRAYA y RICCI, Juan José, (N. 84), p. 336.

<sup>96</sup> En ANFA, vol. 3, pza. 4, fs. 79. *Extracto de algunas cédulas de esta Real Audiencia, desde 1658 hasta 1778.*

<sup>97</sup> MATRAYA y RICCI, Juan José, (N. 84), p. 378.

<sup>98</sup> Nota a Rec. 2.15.35, en edición de BOIX, Madrid, 1841.

<sup>99</sup> MATRAYA y RICCI, Juan José, (N. 84), p. 421.

5. *Disposiciones relativas a los regentes*.<sup>100</sup> La real *Instrucción de Regentes*, despachada en Aranjuez el 20 de junio de 1776, destinó su capítulo 41 para tratar de la apelación en materia gubernativa, en el que se encargaba precisamente a los nuevos magistrados que tuvieran como uno de sus más principales cuidados el puntualísimo cumplimiento de las leyes de la *Recopilación* relativas a la materia, de lo cual se le tomaría especial cuenta en sus juicios de residencia, y para ello debían velar porque no se defraudaran las apelaciones por cualesquier motivos de terror que intimidasen a las partes, debiendo pasar oficios a los virreyes y presidentes, quienes deberían abstenerse de concurrir a los Acuerdos en los cuales se determinase sobre las apelaciones de sus providencias. El citado artículo 41 señalaba lo siguiente:

“Siendo de gravísimo perjuicio el que no se observen con toda exactitud las Leyes de Indias, que permiten la Apelación de todas las determinaciones de Gobierno para las Reales Audiencias según y en la forma que se prescribe en la 22. tit. 12 del lib. 5, y en la 35. tit. 15. lib. 2., será uno de los más principales cuidados de los Regentes el hacer que tengan puntualísimo cumplimiento, zelando que no se defrauden unas disposiciones tan justas y apartando cualesquier motivo de terror que intimide a las Partes para dexar de seguir su derecho, y a este fin pasaran sus oficios con los Virreyes y Presidentes, los cuales se abstendrán de asistir a los Acuerdos en que se traten las Apelaciones de sus providencias, como se dispone en la ley 24, tit. 15. lib. 2 y sobre lo que ocurra en este asunto darán cuenta todos los años a mi Real Persona los Regentes, o antes si hubiese algún motivo urgente, sobre lo que se les hara cargo especial en sus Residencias si estuviesen omisos en esta materia de tanta importancia”.<sup>101</sup>

En 1778 un jurista limeño redactó un dictamen sobre las apelaciones gubernativas, a petición del virrey Guirior, y allí comenta este capítulo de la *Instrucción*, señalando que “sólo pone un celador que esté a la mira de si se quebrantan las Leyes, pero no dice que en los casos de mero gobierno, se hallan de apelar, ni que otro que el Virrey haya de declarar las competencias, antes sí se observará que añadiéndose al número 22, que el Sr. Regente deba presidir en las competencias de Oidores y Alcaldes del Crimen... y en su presencia nada se dice, ni se le comete de las competencias que se formaren entre Virreyes y Oidores”.<sup>102</sup>

Este capítulo de la *Instrucción* vino a renovar las dificultades entre Audiencias y virreyes y gobernadores. En Lima el primer desencuentro se produjo en 1777, pues llegado el primer regente Melchor Jacot Ortiz Rojano, se halló con que hacía tiempo que no se recurría a las apelaciones en materias de gobierno, pues el virrey había introducido el uso de pedir venia antes de interponer el recurso, y como esto le pareciera que atentaba contra el capítulo 41 de su *Instrucción*, procuró ponerle remedio muy pronto se le presentó la oportunidad. Un tal Diego Hurtado solicitó al regente que le auxiliase, pues no había encontrado a ningún letrado que estuviese dispuesto a firmar una apelación que deseaba interponer contra una providencia del virrey que le era agravante. De inmediato el regente dispuso que un abogado apellidado Vidal firmase el recurso, pero enterado el virrey hizo llevar los autos a su palacio por medio de un alabardero y ordenó desterrar al Callao a

<sup>100</sup> Vide, MARTIRE, Eduardo, *Los regentes de Buenos Aires. La reforma judicial indiana de 1776*, Buenos Aires, 1986.

<sup>101</sup> *Real Instrucción de Regentes*, en SALVAT MON-

UILLOT, Manuel, *La Instrucción de Regentes*, en RCHHD, 3, Santiago, 1964.

<sup>102</sup> En *Informe*, (N. 4), fs. 229 vta. 230.

Vidal; frente a esto el regente se entrevistó con Guirior y logró que se revocase el destierro del letrado, y de común acuerdo plantearon al monarca la cuestión.<sup>103</sup> Carlos III aprobó lo actuado por el regente y expidió un real orden por la cual mandó "que no se impidan las apelaciones de todas las providencias del Gobierno a las Audiencias y su dirección, según lo disponga su Regente".<sup>104</sup> Más tarde por otra real cédula de 24 de diciembre de 1795 se reiteró que debía darse estricto cumplimiento al capítulo 41 de la *Instrucción de Regentes*.<sup>105</sup>

## 7. LA APELACION EN MATERIA DE GOBIERNO A PRINCIPIOS DEL SIGLO XIX

No obstante todas las reales disposiciones de finales del siglo XVIII, que delimitaban con toda claridad las facultades de virreyes y Audiencias en lo tocante al punto de las apelaciones gubernativas, continuaron los desencuentros apenas comenzado el siglo XIX y frecuentemente se malquistaron los tribunales con sus gobernantes hasta los mismos días de la desintegración de la monarquía hispano-indiana.

La Real Audiencia de México comunicó al monarca por una carta de 23 de febrero de 1804, que a pesar de estar reiteradamente ordenado que cuando se interpusiese una apelación de alguna providencia gubernativa del virrey debían los escribanos de gobernación pasar a hacer relación a la audiencia, su presidente, virrey José de Iturrigaray, sólo permitía la apelación y la correspondiente relación en aquellos casos que consideraba de estricta justicia, lo que calificaba con audiencia del fiscal en lo civil y previo dictamen de su asesor. Estilo que había practicado en dos asuntos que el monarca expresamente había declarado por de gobierno reducidos a justicia.<sup>106</sup>

Recibida esta misiva en la corte, se instruyó expediente en el cual se dio vista a los fiscales en lo civil, en lo criminal y de real hacienda. El primero de ellos fue de opinión que repetidamente se hallaba decidido que los autos debían pasar al tribunal para calificar el grado, por lo cual era contra todo derecho que quedara al arbitrio del virrey declarar si el negocio era apelable o no, de tal manera que los escribanos de gobierno siempre debían llevar los autos en relación y solamente tenían que limitarse a informarlo al virrey. Los otros dos fiscales señalaron que eran improcedentes las apelaciones en los asuntos de mero gobierno, y que precisamente la *Recopilación*, 2.15.38, mandaba que los virreyes declarasen si los asuntos eran de justicia o gobierno y decidido por ellos que una materia era gubernativa no debían pasarse los autos al tribunal.<sup>107</sup>

El Consejo en su dictamen reiteró que debían guardarse puntualmente las leyes municipales tocantes a este asunto, de tal manera que cuando se ofreciere duda sobre si el negocio era de justicia o de gobierno, debían las Audiencias estar y pasar por lo que declarasen los virreyes y presidentes sin que fuera admitido recurso alguno sobre tal calificación, pero si en el curso del proceso calificado por de gobierno proveía el virrey o presidente alguna resolución definitiva o con fuerza de tal, podían las partes respecto de ella presentarse de hecho ante la Audiencia, en cuyo caso el tribunal debía mandar al escribano de gobernación que pasase a hacer relación o que entregase los autos en la escribanía de la

<sup>103</sup> MARTIRE, Eduardo, (N. 3), pp. 350-351.

<sup>104</sup> MATRAYA Y RICCI, Juan José, (N. 84), p. 352.

<sup>105</sup> MARTIRE, Eduardo, (N. 3), p. 351.

<sup>106</sup> *Ibíd.*, pp. 353-354.

<sup>107</sup> *Ibíd.*, pp. 355-356.

Audiencia. El monarca asentó su *como parece* a este dictamen el 9 de abril de 1806 y en dicha conformidad se despachó el 29 de agosto del mismo año, la siguiente real disposición:

“Que los Virreyes cumplan inviolablemente la real declaración sobre los puntos siguientes:

I. Que cuando se ofrezca duda sobre si el punto de que se trata es de justicia, o gobierno, estén y pasen las Audiencias, y sus ministros, por lo que declaren los Virreyes y Presidentes, con lo demás que previene la ley 38 tit. 15 lib. 2 de la Recopilación; sin admitir recurso que impida su conocimiento, o tenga por objeto la inhibición del Virrey, o Presidente.

II. Que si en el progreso del negocio declarado por de gobierno, y conociendo el Virrey o Presidente, dictare alguna providencia definitiva, o que tenga fuerza de tal, puedan las partes apelar de ella, presentándose de hecho en la Audiencia, y mandar esta, sin más requisito previo, que el Escribano de Gobierno vaya a hacer relación de la causa al Tribunal, lo que por ningún motivo impidan los Virreyes, ni que entreguen los autos en la Escribanía del Tribunal, para el mismo fin”.<sup>108</sup>

Con este precepto se cerró una historia de más de 250 años en la que se pretendió por parte de la corona amparar a sus vasallos de los abusos de sus gobernantes, mediante la fiscalización jurisdiccional de los actos gubernativos, para de este modo cumplir con su deber de darles un buen gobierno manteniéndolos en justicia y en paz.

## 8. LOS NEGOCIOS DE MERO GOBIERNO Y LOS REDUCIDOS A JUSTICIA

La aparición de la apelación en materia gubernativa suscitó el arduo problema de determinar qué negocios eran de puro gobierno y cuáles lo eran de justicia, para efectos de calificar la procedencia o improcedencia del recurso a las Audiencias, por ser, como escribía el conde de Chinchón en noviembre de 1632, “el punto más importante del caso la distinción que hay de lo que es mero o puro gobierno e lo que no tiene semejante calidad”.<sup>109</sup>

La real cédula de 15 de febrero de 1567, que había dado forma al recurso de apelación en aquellos casos en que las personas “se sintieren y pretendieren estar agraviados de las cosas que proveyere y ordenare por vía de gobierno el virrey”, originó diversos desencuentros entre las audiencias y sus presidentes, y por ello el virrey Toledo en carta de julio de 1568 solicitaba al Cardenal de Sigüenza que “por parte principal se diese orden cómo las Audiencias que hubiere en el Reino no tuviesen la controversia que han tenido y tienen con los virreyes en lo que es gobernación, de lo cual no ha resultado ni resulta servicio de Dios ni de S.M.”,<sup>110</sup> y en otro billete de ese mismo año dirigido al cardenal presidente de la Junta Magna de 1568 le expresaba que “a lo que yo voy es a lo que es justicia y gobierno,

<sup>108</sup> MATRAYA Y RICCI, Juan José, (N. 84), p. 506.

<sup>109</sup> Carta del virrey, conde de Chinchón, a don Gaspar de Escalona, Lima, 23-XI-1632, en ESCA-

LONA Y AGÜERO, Gaspar de, (N. 1), fs. 106.

<sup>110</sup> LEVILLIER, Roberto, *Don Francisco de Toledo. Anexos*, Buenos Aires, 1935, p. 29, cit. Sánchez Bella, Ismael, (N. 7), p. 170, N° 40.

que tan notablemente está falto y confundido, y tan clara y abiertamente parece que sin remediarse esto no se podría conseguir el fruto destotros cuatro puntos que van asentando, ni yo poder ejecutar lo que sobre ello se me ordenase, suplico a V.S.I. mucho que como principal llave para todo, mande abrir un poco la materia de gobierno y de justicia".<sup>111</sup>

Las reclamaciones del virrey dieron fruto, pues el 28 de diciembre de 1568 se despachó una real cédula a la audiencia de Lima, en la que se mandaba que "sucediendo casos en que a los Oidores pareciere que el Virrey o Presidente excede y no guarda lo ordenado, y se embaraza y entromete en aquello que no debía, los Oidores hagan con el Virrey, o Presidente las diligencias, prevenciones, citaciones y requerimientos, que según la calidad del caso, o negocio pareciere necesario, y esto sin demostración ni publicidad, ni de forma que se pueda entender de fuera; y si hechas las diligencias e instancias, sobre que no pase adelante, el Virrey o Presidente perseverare en lo hacer y mandar executar, no siendo la materia de calidad en que notoriamente se haya de seguir de ella movimiento, o inquietud en la tierra, se cumpla y guarde lo que el Virrey, o Presidente hubiere proveído, sin hacerle impedimento ni otra demostración; y los Oidores nos den aviso particular de lo que hubiere pasado, para que Nos lo mandemos remediar como convenga".<sup>112</sup>

Esta misma real cédula se despachó el 4 de julio de 1570 al virrey de la Nueva España, Martín Enríquez,<sup>113</sup> y luego se reiteró para Guatemala en 1587, para Nueva Granada e Isla Española en 1588 y Tierra Firme también en 1588 y por último la *Recopilación*, 2.15.36, que las recoge, cita dos cédulas más de 18 de mayo de 1585 y de 24 de febrero de 1597.

En conformidad a este criterio se despachó en 1575 una real cédula al virrey Toledo facultándole para que declarase qué negocios eran de gobierno, y en dicha conformidad fijó como tales enviar a los casados a España, los bienes de difuntos, la tasación de tributos, las visitas, poblaciones, reducciones y doctrinas de indios, minas y residencias de corregidores. Sin embargo, noticiado el monarca por la Audiencia de tal declaración, sólo confirmó por gubernativos las tasas de tributos, visitas de poblaciones, reducciones, doctrinas de indios y poblaciones, y al efecto se expidió en Madrid el 18 de enero de 1576 la siguiente real cédula:

"El Rey. Don Francisco de Toledo, nuestro virrey y capitán general de las provincias del Perú y presidente de la nuestra audiencia real de San Francisco de Quito, nos ha avisado que con color de la cédula que os mandamos dar para que se tengan por negocios de gobierno los que dijéredes que lo son, declararéis ser los que tocan a enviar a estos Reinos los casados que tienen en ellos a sus mujeres y los de bienes de difuntos y las tasas y visitas y poblaciones y reducciones de minas e indios y las residencias de corregidores y doctrinas de indios y sólo vos y los visitadores que nombráis despachan todos los negocios que esto tocan y que ordenáis a los dichos visitadores que no admitan apelación para la Audiencia y ejecuten sus sentencias y proveimientos, sin embargo, de ella y que conociendo vos y vuestros visitadores de los dichos negocios para las dichas Audiencias no quedan otros en que poder entender y si es en desautoridad suya, demás de no convenir a la administración de nuestra justicia y habiéndose mirado en ello por los del nuestro Consejo de las Indias ha parecido que por la distancia de la tierra y calidad de los negocios en los casos que son de residencias y enviar casados a hacer vida

<sup>111</sup> SANCHEZ BELLA, Ismael, (N. 7), p. 170.

<sup>112</sup> Rec. 2. 15.36.

<sup>113</sup> ENCINAS, Diego de, (N. 34), II, fols. 244-245.

con sus mujeres y sobre los bienes de difuntos y otras cosas de esta calidad debe conocer y determinar la dicha nuestra Audiencia del pleito y así lo dejaréis libremente oír y conocer de ello que nos lo ordenamos que os envíen relación de cómo han usado los jueces sus oficios. Fecha en Madrid a dieciocho de enero de mil quinientos setenta y seis”.<sup>114</sup>

Finalmente una real cédula despachada en Madrid el 22 de noviembre de 1631 entregó definitivamente a los virreyes y gobernadores la facultad de declarar si los asuntos eran de justicia o gobierno y ordenó a los oidores que pasaren por lo que mandare el virrey y daba la posibilidad al ministro de parecer contrario para escribir al monarca. El contenido de esta disposición es el siguiente:

“Quando se ofreciera duda sobre si el punto que se trata es de justicia o gobierno, los Oidores estén y pasen por lo que declararen y ordenaren los Virreyes y Presidentes, y firmen todos los que resolvieren en el negocio, aunque hayan sido de parecer contrario; y si se tratase de escribir a Nos algunas Cartas, cada uno vote libremente, y pueda pedir que se ponga en ellas su voto; y si no le hubiere especial, dígase que lo resolvió la mayor parte, y el que lo tuviere contrario nos pueda escribir por sí solo lo que sintiere; y hecho esto, firmen todos los que se acordare, como dicho es”.<sup>115</sup>

Este criterio que fue el llamado a perdurar, se extendió a las declaraciones sobre si la materia era o no militar y así se le comunicó al gobernador del reino de Chile por real cédula de 18 de junio de 1640, en la que se expresaba lo siguiente:

“El Rey. Por quanto mi Audiencia Real de la ciudad de Santiago de las provincias de Chile me ha escrito en carta de 20 de abril de 638 se movieron entre ella y don Francisco Laso de la Vega, mi gobernador y capitán general que fue de esas provincias algunos casos de diferencias sobre competencias de jurisdicción, suplicándome los mande declarar, y visto por los del mi Consejo Real de las Indias y los testimonios que con las dichas cartas remitieron en lo que por parte del marqués de Baidés, mi gobernador y capitán general que al presente es de las dichas provincias se han presentado en él y un auto que proveyó de esta razón el dicho don Francisco Laso de la Vega en 14 de octubre de 637 he tenido por bien hacer en ello las declaraciones siguientes... La declaración de a quién toca determinar qué casos son militares o no, declaro deberse estar a lo que declarare el gobernador como está dispuesto por cédulas reales y él y la Audiencia podrán hacer sus autos y remitirlos al dicho mi Consejo para que se determine lo que convenga”.<sup>116</sup>

Finalmente la ya citada real cédula de 9 de abril de 1806 reiteró este principio general al prescribir que “cuando se ofrezca duda sobre si el punto de que se trata es de justicia o gobierno, estén y pasen las Audiencias y sus Ministros por lo que declararen los virreyes y presidentes”.<sup>117</sup>

Si bien desde temprano se distinguían las actuaciones de gobierno y las de justicia, la corona a lo largo de los siglos XVI, XVII y XVIII no determinó con claridad qué asuntos correspondían a una u a otra y se limitó a declarar en casos concretos si un determinado asunto era o no gubernativo, y para evitar los ineludi-

<sup>114</sup> ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar de, (N. 1), fs. 118.

<sup>115</sup> Rec. 2.15.38.

<sup>116</sup> ANRACH, vol. 1.693, pza. 1, fs. 19.

<sup>117</sup> MATRAYA Y RICCI, Juan José, (N. 84), p. 506.

bles conflictos que con motivo de este punto surgían entre virreyes y Audiencias, estableció que pertenecía al virrey o gobernador, en caso de duda, la determinación de la calidad del negocio con obligación de los ministros de estar y pasar por ella sin mayores demostraciones y dando cuenta del lance al rey. Este fue el método consagrado en la famosa *cédula de las discordias* del 28 de diciembre de 1568, ratificado por la del 22 de noviembre de 1631, que pasó a formar la ley 38 del título 15 del libro segundo de la *Recopilación* y que a fines de la época indiana fue reafirmado por la *cédula* del 9 de abril de 1806.

El que las audiencias conocieran jurisdiccionalmente del acto gubernativo se basaba en la existencia del agravio a la parte, "pues habiendo parte agraviada, el negocio que ya fue de gobierno, alterado por las circunstancias agraviantes de que le mudan la especie, pasa a caso de justicia y derecho contencioso",<sup>118</sup> como lo reconocía la real *cédula* recopilada del 1 de octubre de 1624, cuando prescribía que "en las materias de gobierno, que se reducen a justicia entre partes, de lo que los Presidentes proveyeren, si las partes apelaren, han de admitirse las apelaciones a sus Audiencias".<sup>119</sup>

Es decir, para que un acto gubernativo pudiera ser apelado se requería, según la legislación real, que se redujera a justicia entre partes y, por ende, que existiera una persona agraviada. Sin embargo, el agravio de parte estaba subordinado a la consecución del bien común, esto es, al buen gobierno, puesto que en aquellos casos que tocaban a la buena gobernación de la tierra primaba el bien común por sobre el del pretendido agraviado. Este criterio, no consagrado expresamente en la legislación, parece haber sido, desde mediados del siglo XVI hasta principios del XIX, la bisagra que abría o cerraba las puertas de lo gubernativo y lo judicial, pues es el que inspira diversas reales *cédulas* que en casos concretos declararon por de mero gobierno determinados negocios.

El 23 de noviembre de 1632 el virrey del Perú, conde de Chinchón, encomendó a quien luego sería oidor de la audiencia de Santiago, Gaspar de Escalona y Agüero, que elaborara un informe sobre las apelaciones gubernativas, donde tratase "con particularidad de la distinción que hay de lo que es mero o puro gobierno e a lo que no tiene semejante calidad, por ser el punto más importante del caso".<sup>120</sup> En cumplimiento de este encargo redactó Escalona un dictamen donde, luego de reconocer que la materia era de suyo en contradicción, se ocupó en determinar cuáles eran los casos de puro gobierno, y por ende inapelables a la Audiencia.

De partida, afirma Escalona que en esta materia "lo más que hay que decir es que por ser tantos y tan varios los casos que pueden depender privativamente del arbitrio del gobernador no es posible circunscribirlos ni numerarlos, y así como han ido sucediendo se han ido declarando y definiendo por el gobernador a quien está dada esta facultad como a cabeza y presidente de todos los tribunales confirmándolo su Majestad a quien se debe dar cuenta de esta declaración para que informado provea lo que más convenga y a cada uno explique lo que le compete".<sup>121</sup> Aventura luego un amplio concepto de lo que debe entenderse por de mero gobierno y al efecto escribe que "casos de puro o mero gobierno son los que se ejercitan con la industria y arbitrio del solo gobernador donde tienen su origen y acabamiento y son más de hecho personal e inseparable que de derecho, a diferencia de los casos de gobierno sin esta calidad que aunque nacen del

<sup>118</sup> ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar de, (N. 1), fs. 114.

<sup>119</sup> Rec. 2.15.36.

<sup>120</sup> ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar de, (N. 1), fs. 106.

<sup>121</sup> *Ibíd.*, fs. 106, vta.

arbitrio del gobernador general, fácilmente son de derecho y justicia mediante la queja".<sup>122</sup>

Basaba, pues, la distinción entre los casos de mero gobierno y los que no tenían tal carácter en que los primeros eran más de hecho que de derecho y que los segundos se reducían a justicia por vía de la queja del agraviado; pero además agrega en otro párrafo que estos decretos de mero gobierno eran inapelables y no susceptibles de suspenderse su ejecución, porque miraban al buen regimiento de la tierra, esto es al bien común, y anotaba que "la razón es porque los dichos casos son ejecutables por derecho, y menos que pensando que lo pueden ser, no le quedará al señor virrey la mano y jurisdicción que es menester para que se respeten sus órdenes",<sup>123</sup> y en apoyo de este argumento cita la Pragmática 47 de Madrid, que expresaba que "se impediría mucho la buena gobernación si se mandase sobreseer en la ejecución de las cosas que se mandan en las ciudades, villas y lugares cerca de la gobernación de ellas y de las que cada día se ordenan concerrnientes al buen regimiento del pueblo".<sup>124</sup> Este mismo criterio, basado en el bien común, es el que aceptará en 1778 el letrado que redactó otro informe sobre la materia a petición del virrey Guirior, donde sostiene que "mero gobierno, que es lo económico y gubernativo que mira a la tranquilidad pública y a que todos los vasallos de S.M., sean seculares o regulares se contengan en sus deberes sin romper, los unos la ley, y los otros sus estatutos, de que pende la conservación de la disciplina monástica".<sup>125</sup>

Una vez sentada la base de la distinción, pasa Escalona a tratar de los asuntos puramente gubernativos y establece una triple clasificación de ellos, como se lee en el siguiente párrafo: "podrían reducirse a tres especies los casos de mero gobierno: unos que son privativamente del gobierno y disposición del señor Virrey, por mirar a la universal dirección y enmienda del gobierno político y económico; otros porque dependen de la mera gracia y merced del gobernador regulada por su arbitrio y elección; y otros en que por la importancia de la presta y permanente ejecución en que no puede haber derecho de parte ni perjuicio considerable que la exceda no tocan a la Audiencia ni en ellos puede haber justificada apelación".<sup>126</sup>

a) *Casos de mero gobierno por mirar a la dirección del gobierno político.* Como ejemplo de este tipo de actos meramente gubernativos señala Escalona a "las Ordenanzas y autos generales que hacen los SS Virreyes por mejoría o dirección del gobierno, presupuesta la facultad que para ello tienen, la cual fuera sin duda ociosa y baja si hubiere de estar sujeta a otra disposición que a la de la persona que gobierna y a quien sólo se dieron los poderes estimando su industria y acción personalísima",<sup>127</sup> y se afirma en ello porque si existiera apelación a la Audiencia no habría diferencia alguna entre las Ordenanzas formadas por los Cabildos y las despachadas por los Virreyes, puesto que las primeras precisamente debían ser aprobadas por la Real Audiencia y las segundas debían ser confirmadas por el Consejo, según lo había mandado un capítulo de carta dirigida al Pacificador La Gasca el 16 de julio de 1550 y una cédula moderna de 8 de marzo de 1619.

Pero, a pesar de tan fundada argumentación, reconocía Escalona que había excepciones a la improcedencia de la apelación respecto de los autos generales del Virrey, y al efecto trataba de las tres siguientes:

"1. Se podrá apelar del auto general u ordenanza, que concebida o hecha por palabras generales se pruebe y conoce por conjeturas legítimas y eficaces, ser

<sup>122</sup> *Ibid.*, fs. 109.

<sup>123</sup> *Ibid.*, fs. 109 vta.

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> *Informe*, (N. 4), fs. 227.

<sup>126</sup> ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar de, (N. 1), fs. 106 vta.

<sup>127</sup> *Ibid.*, fs. 107.

más en odio especial de alguna persona, que en mejoría o dirección del bien público y universal, conforme a la doctrina de Bartolo".<sup>128</sup>

"2. De la misma suerte juzgo que se podrá apelar de las Ordenanzas hechas en fraude de las leyes y contra las cédulas y pragmáticas de S.M., pues aunque el Señor Virrey tiene facultad de estatuir, entiéndese como no vaya contra las órdenes del superior, ni exceda sus poderes".<sup>129</sup>

"3. También se podrá apelar de la declaración o incursión de la tal Ordenanza, como se puede apelar de la declaración de la ley, aunque no de su pena y decisión, porque en tal caso se trata de la justicia o injusticia de ella, lo cual es prohibido".<sup>130</sup>

b) *Casos de nudo gobierno por depender de la mera voluntad y elección del Virrey.*  
Cita Escalona los siguientes ejemplos:

"1. La provisión de corregimiento en que el Virrey tiene la libre facultad y deliberación de darlos más a unos que a otros como no estén prohibidos, respetando, no tanto los méritos y los servicios de los mayores causados de conquista, pacificaciones y poblaciones de este reino que se atienden en las mercedes de encomiendas en concurso de oposición de beneméritos con edictos, donde está permitido apelar conforme a una cédula, como los personales de cada uno, industria y calidades propias que se requieren para la ejercitación de estos oficios y así la apelación que interpusiere cualquiera de los pretensores en este caso sería, no sólo frívola, sino punible".<sup>131</sup>

Agrega luego que: "lo cual procede, no sólo en la provisión de ellos, sino en la suspensión o privación que irrogare el Señor Virrey o la persona que tuviere sus comisiones y poderes, que también está declarado por de mero gobierno con exclusión de la Audiencia, así lo da entender un capítulo de cédula al Señor Príncipe de Esquilache, fecha en San Lorenzo a 14 de agosto de 1620".<sup>132</sup> El texto de esta cédula es el siguiente:

"Asimismo se vio en el dicho mi Consejo otros autos y acuerdo proveído por Vos y la Audiencia de 18 de mes de mayo del mismo año, en razón de a quien tocaba el conocimiento de la causa de la querrela que había dado Dn. Luis de Anaya y Velasco Corregidor de la ciudad de Huamanga contra Dn. Alonso Ponce de León, en razón de habersele depuesto del dicho corregimiento, alegando haber sido sin orden ni comisión alguna, fundándose en la que tenía vuestra para hacer reducir a sus pueblos a los indios de aquel distrito, que también se ofreció duda entre Vos y la dicha Audiencia sobre si era de gobierno o no, y en esto ha parecido según lo que consta por los autos que en esta razón se vieron en el dicho mi Consejo, que esta causa y negocio toca a Vos sólo por ser meramente de gobierno y así la proseguiréis y determinaréis si ya no lo hubiéreis hecho y me avisaréis de lo que en ello se hiciere".<sup>133</sup>

"2. De la misma calidad son los negocios de privaciones o suspensiones que hacen los gobernadores de Huancavelica y otros de asientos de minas en virtud de cédulas y provisiones del Gobernador contra los Corregidores de las Provincias que no acuden como deben al entero de los indios de mita para las dichas minas, en que no se introduce la Audiencia ni hay a ello recurso y sólo corre y se expide el negocio en el juicio y tribunal del Gobernador".<sup>134</sup>

<sup>128</sup> *Ibíd.*, fs. 107.

<sup>129</sup> *Ibíd.*, fs. 107 vta.

<sup>130</sup> *Ibíd.*

<sup>131</sup> *Ibíd.*, fs. 108.

<sup>132</sup> *Ibíd.*, fs. 108 vta.

<sup>133</sup> *Ibíd.*

<sup>134</sup> *Ibíd.*, fs. 109.

“3. El repartimiento de indios a minas y obrajes y a otros servicios y el quitarlos a quien los trata mal o no a uno de ellos en el ministerio para que se les dieron y a los otros, es caso meramente de gobierno, porque esta distribución depende de la mera gracia y voluntad del Gobernador y ninguno puede pretender derecho real a ello ni le tiene, por ser tan libres como los demás vasallos”.<sup>135</sup>

“4. Las tasas de tributos, poblaciones y reducciones de indios, son también negocios de mero gobierno, en tal manera que los Visitadores y Comisarios de ellas han de otorgar las apelaciones para el Gobierno y no para las Audiencias”.<sup>136</sup> Estas materias habían sido declaradas por de nudo gobierno por una real cédula despachada en Madrid el 18 de enero de 1576 al virrey Francisco de Toledo.<sup>137</sup>

c) *Casos de mero gobierno en que por la importancia de la presta ejecución no puede haber perjuicio de parte.* Señala como tales los siguientes:

“1. El restituir de hecho a S.M. cuando la despojan de su Real Patronazgo los Prelados eclesiásticos nombrando curas o sacristanes y confiriendo estos beneficios sin presentación real, en el cual caso se ordena al Señor Virrey que despoje de hecho a cualesquier que tuviere los dichos oficios sin haber precedido edictos y tener presentación de la persona que en nombre de S.M. se lo deba dar, sin admitir pleito alguno, pues no es justo que le haya en semejantes casos, y más constando el vicio de la Instrucción... siendo la apelación de la parte con evidencia maliciosa y frustránea, pues en ellos no puede haber perjuicio más considerable que el de S.M., con el cual comparado el de la parte que se dice agraviada no es ninguno y de tan poca consideración que no se puede tener por bastante ni suficiente para inducir ni justificar la dicha apelación”.<sup>138</sup>

“2. A esta misma especie se reduce el caso de mero gobierno en que, privando el Señor Virrey y Prelado juntos como deben a alguna persona eclesiástica del beneficio o doctrina que tuviere, por justas causas que para ello ocurrieren, manda S.M. que no haya apelación a la Audiencia por cédula de 15 de febrero de 1601”.<sup>139</sup> El texto de la citada disposición es el que sigue:

“Por quanto, he sido informado que cuando sucede que los Prelados de las Iglesias de las Indias Occidentales proceden contra algunos clérigos que están proveídos haya conforme a la orden de mi Patronazgo Real, por culpas que resultan contra ellos los desposeen de los beneficios que sirven concurriendo para esto la voluntad de mis Virreyes, los tales clérigos apelan ante quien les parece, y denegándoles la apelación llevan la causa a mis Audiencias Reales por vía de fuerza y declarándose en ellas que se les hace, ora se diga la causa, se quedan en los mismos beneficios con más propiedad que de antes, de lo que se siguen muchos inconvenientes, de más de ser contra el derecho de mi Real Patronazgo, y porque los dichos beneficiados proveídos por el Virrey y Prelado conforme a él son admovibles *ad nutum*, y para remedio de ello he tenido por bien y mando que mis Audiencias Reales de las dichas Indias Occidentales no puedan conocer ni conozcan de las causas en que conforme a lo susodicho mi Virrey y Prelado de común consentimiento hubieren bajado los tales beneficios y desposeídos de ellos a los sacerdotes que los sirven, que esta es mi voluntad y siendo necesario por la presente las inhibo del conocimiento de la dicha causa. Fecha en San Miguel de la Ribera a 15 de febrero de 1601”.<sup>140</sup>

<sup>135</sup> *Ibíd.*

<sup>136</sup> *Ibíd.*, fs. 109 vta.

<sup>137</sup> Vide ut supra 3.

<sup>138</sup> ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar de, (N. 1), fs. 110.

<sup>139</sup> *Ibíd.*, fs. 110 vta.

<sup>140</sup> *Ibíd.*, fs. 111.

En suma, en esta materia de la diferenciación de aquello que era gubernativo solamente y de aquello que se reducía a justicia contenciosa, la Corona únicamente se limitó a establecer el procedimiento a seguir para obtener la declaración en los casos concretos al entregar al Virrey o Gobernador la facultad de efectuar la calificación y obligar a las Audiencias a estar y pasar por la providencia del gobierno, aunque en casos específicos declaró qué negocios debían considerarse de nudo gobierno y en consecuencia era, respecto de ellos, improcedente la apelación al tribunal real.

## 9. LA APELACION EN MATERIA DE GOBIERNO EN EL REINO DE CHILE

En el Archivo Nacional de Chile, fondo Real Audiencia, se conservan diversos expedientes relativos a apelaciones en materia gubernativa que demuestran la aplicación efectiva de la legislación real en tan importante materia, de la cual dependía el mantenimiento en justicia y en paz de los vasallos. Se refieren estos casos a distintos asuntos, tales como privación de mercedes y oficios, imposición de gravámenes, elecciones capitulares, competencias entre la Audiencia y el gobernador, etc., que analizaremos según estas materias.

### a) PRIVACIÓN DE ENCOMIENDAS

Durante el gobierno de Pedro de Valdivia, en 1546, se planteó ante la Real Audiencia de Lima una interesante controversia entre varios vecinos de Santiago y el gobernador, porque éste les había privado de los repartimientos de naturales por decreto del 25 de julio de 1546, dictado a requerimiento del procurador de la ciudad y previo acuerdo del Cabildo. El tenor de dicho auto era el siguiente:

“Y por mí vistos los dichos requerimientos y lo que convenía al servicio de S.M. y bien de la tierra y naturales, reformar esta ciudad hice reconocimiento de todos los indios, quitando a unos que tenían pocos y dando a otros sobre los que tenían, y hace el número de 32 vecinos y quité los indios a los demás porque tenías pocos y eran 60 vecinos, y, a dejarlos todos, fuera total destrucción y menoscabo de los vecinos. Y hícelo también porque venía la hora del descubrimiento de la tierra y había halládola tan buena y tan poblada y abundosa de todo lo que era menester, y juzgando que podía muy bien cumplir con todos y con muchos más cristianos que hubiera, y al que quitécient indios darle he mil, en 50 leguas desta ciudad”.<sup>141</sup>

Los vecinos perjudicados con la reforma de los repartimientos no se contentaron con la promesa del gobernador de otorgarles nuevos naturales en el sur del reino y recurrieron a la Real Audiencia de Lima, la que oyó sus reclamaciones y amparó en la posesión de sus indios a varios de ellos. Entre estos se contaron Juan Godínez, Francisco Martínez, Antonio Tarabajano y Santiago Azoca. De ello da cuenta una de las preguntas contenidas en la información *ad perpetuam rei memoriam* presentada por Juan Godínez el 9 de noviembre de 1563 en un pleito con Esperanza de Ruedá sobre la posesión de ciertos indios, cuyo tenor es el que sigue:

<sup>141</sup> CDIHCH, vol 8., Santiago, 1896, p. 398.

“Si saben que S.M. y los Señores Presidentes y Oidores de su Real Audiencia de la ciudad de los Reyes han mandado restituir y amparar en su posesión a muchos vecinos destas provincias, de indios que les había quitado que tenían en encomienda por cédulas que el dicho gobernador en nombre de S.M. les dio, siendo electo gobernador”.<sup>142</sup>

Las respuestas a esta pregunta confirman la protección concedida por el tribunal virreinal. Así el testigo Francisco Martínez declaraba:

“A este testigo... le dio el gobernador, siendo electo, e por el tiempo que la pregunta dice, indios en esta ciudad, e después se los quitó, como hizo al dicho Juan Godínez, e se enviaron a quejar a los Señores Presidente e Oidores de la Audiencia Real de la ciudad de Los Reyes, e por su virtud de su provisión real restituyeron e mandaron volver a este testigo y al dicho Santiago de Azoca y Antonio Tarabajano, en virtud de las provisiones que le dieron, tornaron en prender la posesión de sus indios, de que habían sido despojados por el dicho gobernador”.<sup>143</sup>

Este caso, anterior a las cédulas de 1552 que tratan por primera vez de las apelaciones a las Audiencias contra actos gubernativos, parece ser un caso de protección de la posesión a través de una real provisión de amparo despachada por la Audiencia, pero tiene el mérito de dejar en claro que aun antes de la aparición de la apelación en negocios de gobierno, era posible a los vasallos reclamar de ellos, por vía judicial, y obtener la protección de sus bienes.

#### b) PRIVACIÓN DE OFICIOS

En 1804 el diputado de Peumo Justo Xerez ocurrió ante la Real Audiencia de Santiago por haber sido privado de su oficio por el subdelegado de Santa Cruz de Triana, remoción que fue confirmada por el Superior Gobierno.

El 23 de diciembre de 1803 el cura rector de la doctrina de Peumo, doctor Antonio de Zúñiga, pareció ante el subdelegado de Santa Cruz de Triana para informar: “El errado procedimiento del presente diputado Dn. Justo Xerez, quien en todo el tiempo de su judicatura no hay exemplar que haya salido un día ni noche con patrullas a hacer una ronda en beneficio del público, lo segundo, que tenía costumbre de amanecerse en los bodegones de la plaza permitiendo juegos prohibidos... lo tercero, la ninguna subordinación que tiene a los concejos... lo cuarto, la notable y pública insuficiencia de su talento para ejercer el cargo”.<sup>144</sup> El subdelegado, con el solo mérito de esta información y sin oír al afectado, decretó su suspensión: “En atención a lo relacionado en el anterior informe, suspéndase del empleo de Diputado a Dn. Justo Xerez, como está mandado, interin se vindica de los cargos que se le hacen, quedando el mandado de aquella diputación al cargo de Dn. Juan Balenzuela”.<sup>145</sup>

Enterado Xerez de su suspensión, se descargó ante el subdelegado y presentó testigos de su buen proceder, luego de lo cual recurrió al Superior Gobierno, el que una vez recibidos los autos y oído el dictamen fiscal, decidió ordenar su total separación del empleo, por medio del siguiente decreto:

<sup>142</sup> CDIHCH, vol. 14, Santiago, 1898, p. 233.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 251.

<sup>144</sup> ANRACH, vol. 2.067, pza. 1, fs. 1-2.

<sup>145</sup> *Ibid.*, fs. 2-2 vta.

“Mediante haber resuelto por punto general, en Providencia del 18 de agosto de 1803, que los Diputados territoriales pueden removerse cuando lo juzguen conveniente los Subdelegados con respecto a la responsabilidad que tienen de sus operaciones; devuélvase estos autos al de Rancagua para que determine acerca de la total separación de Dn. Justo Xerez, y en el caso de que sus excesos exijan alguna corrección o castigo le formará su causa, procediendo en ella conforme a derecho, sin perjuicio de otorgarle las apelaciones correspondientes. Muñoz. Lic. Díaz de Valdés. Garfias”.<sup>146</sup>

Noticiado Xerez de esta providencia, por medio del procurador Andrés Zenteno, apeló de ella a la Real Audiencia: “Ayer sólo supe que Vuecelencia se sirvió determinar que el Subdelegado dispusiese la absoluta remoción de mi parte de la Diputación de Peumo, y que continuase la causa y castigase a dicha mi parte si resultara reo, y porque esta Superior Providencia (hablando con el mayor respeto) es gravosa a Dn. Justo, apelo a los Señores Regente y Oidores de esta Real Audiencia... Por tanto, a Vuestra Excelencia, suplico que aviendo por interpuesto el recurso se sirva otorgármelo libremente en justicia.”<sup>147</sup> A esta petición se proveyó que pasase en vista al fiscal, a la sazón el Barón de Juras Reales, quien dictaminó que: “No parece haber embargo en que se le conceda a Xerez la apelación que interpone para el Superior Tribunal de la Real Audiencia”.<sup>148</sup> Oído el fiscal, el Gobierno proveyó pasar el expediente a la Real Audiencia *para la calificación del grado*, la que, luego de la relación, declaró “que a Dn. Justo Xerez se le debe otorgar la apelación que interpuso de la providencia de foxas y se devuelve”, ante lo cual el Gobierno, el 12 de septiembre de 1804, concedió la apelación.

El 15 de septiembre de 1804 Xerez formalizó ante el tribunal su recurso, se relató el expediente y se le ordenó expresar agravios, los que hizo presente, y nuevamente se dio vista al fiscal, quien dictaminó que: “Atendiendo a que estos jueces pedáneos o subalternos deben terminar sus oficios cesando en el suyo los subdelegados en cuyo tiempo son nombrados, o bien por estos mismos o por la superioridad y que el que lo era del Partido de Rancagua, Dn. José Valdivieso ha concluido su quinquenio y subrogándosele subcesor en aquel destino, parece que Xerez ya no puede reclamar hoy su reposición y que a fin de evitar mayores costas, fatigas y penalidades se corte la causa en su actual estado, declarándose no perjudicar a su reputación lo actuado en el proceso”.<sup>149</sup> La Real Audiencia, sin atender a este dictamen, resolvió que: “Vistos: por el mérito que ministra el proceso, se reforma la providencia apelada y en su conformidad se declara que el Diputado Dn. Justo Xerez debe ser restituido al empleo de Diputado de la Doctrina de Peumo”.<sup>150</sup>

La sentencia anterior se notificó al subdelegado, quien rehusó cumplirla, y cuando se le reiteró por tercera vez y bajo apercibimiento, informó al tribunal que se había negado a ejecutarla porque el Superior Gobierno le había ordenado mantener la remoción de Xerez, por oficio del 7 de noviembre de 1805, pero vistas las reiteradas provisiones de la Audiencia lo había puesto en posesión de su empleo el 9 de febrero de 1806, aunque sin remover a Valenzuela, hasta que se resolviera en definitiva. Sin embargo, el 29 de marzo de 1806, Xerez nuevamente se dirigió a la Audiencia para informarle que el domingo 9 de febrero fue recibido como diputado en consorcio del que allí se hallaba y que el lunes, antes de las veinticuatro horas, fue depuesto por el subdelegado, un escribano y una partida

<sup>146</sup> *Ibíd.*, fs. 90 vta. 91.

<sup>147</sup> *Ibíd.*, fs. 91-91 vta.

<sup>148</sup> *Ibíd.*, fs. 96 vta.

<sup>149</sup> *Ibíd.*, fs. 110-110 vta.

<sup>150</sup> *Ibíd.*, fs. 110 vta. 111.

de dragones y milicias, que además pasaron a su casa y le embargaron sus bienes “no exceptuando la caja de costuras de su mujer” y le llevaron preso con la escolta. Ante este desacato al tribunal real, la audiencia previa vista del fiscal, el 22 de mayo de 1806 pasó el siguiente oficio al presidente:

“A pesar que esta Real Audiencia nada desea y procura más que la constante armonía y conformidad con V.E., en cumplimiento de la Ley Municipal, 34, del tit. 4, libro III, se ve, no obstante, en ocasiones necesitada a la manifestación de sus derechos, quando algún procedimiento interfiere, mengua y compromete a la autoridad, decoro y respeto que le son debidos y cuya guarda no puede serle indiferente por su inmediato influjo en la observancia de las Leyes, peculiar instituto de este Tribunal. En execución de las 34, 30 y 35, libro II de Indias, admitida por esta Audiencia la apelación que interpuso Dn. Justo Xerez, Diputado de la Doctrina de Peumo, del auto proveído por V.E. en 15 de junio de 1804 tocante a la remoción de su empleo, por haberse hecho el asunto contencioso, tratando el dicho Diputado de defender su honor y conducta... Quando repara conculcado el expreso precepto de la Ley 45, tit. 4 y Libro III de Indias de sobreseer en aquel caso en la execución por no ser este alguno de los exceptuados en la 52 del dicho título y libro. Quando mira triunfar las calumnias y el descrédito de un hombre de bien puesto bajo el amparo de las Leyes, y que no obstante tan sagrado escudo se le ultraja y aniquila. Y quando, últimamente considera las consecuencias de un tan grande y público vilipendio y desdoro de la autoridad de este Regio y Superior Tribunal de Justicia del Reyno en el hecho de la oposición armada al cumplimiento de sus resoluciones con transgresión de la Ley 16, tit. 15, libro II y con necesario escándalo de los testigos concurrentes, sabedores de los principios y fines del suceso, no puede menos esta Real Audiencia que suponer sorpresa en las enunciadas providencias de V.E. Sobre todo, la ilustración y prudencia de V.E. deberá conocer por las expuestas reflexiones la precisión en que se ve de solicitar el desagravio de su autoridad y de la administración de justicia, mandando de acuerdo con V.E., en observancia de la ley 36 del ya citado título y libro, que se cumpla y execute su auto de 26 de agosto del año ppdo. preceptivo de la reposición a su empleo del referido Dn. Justo Xerez”.<sup>151</sup>

El presidente, Luis Muñoz de Guzmán, recibido el oficio que antecede, proveyó:

“Para instruir la contestación del oficio de Usía acordado con el Tribunal sobre la remoción de un Diputado de Peumo que tengo decretada como de puro gobierno y privativa de la regalía de esta Presidencia, necesito imponerme de la naturaleza y fundamento de sus recursos, a este efecto espero me pase Usía los autos, bien en testimonio o los originales”.<sup>152</sup>

La audiencia, por oficio del 9 de junio, hizo saber al presidente que los autos no se encontraban en estado de llevarse, pues pendía en el Tribunal la resolución del nuevo y violento despojo del empleo del diputado. El presidente contestó enérgicamente al día siguiente, con un auto en que mandaba que: “subsista y se cumpla mi orden de mantener en aquel destino a Dn. Juan Balenzuela y que conforme a las Leyes 36 y 43, tit. 15 del Libro II de estos dominios se dé cuenta a

<sup>151</sup> *Ibíd.*, fs. 125 y ss.

<sup>152</sup> *Ibíd.*, fs. 131.

S.M." El tribunal, notificado de dicho decreto, mandó agregarlo a los autos y sacar testimonio de ellos para dar cuenta a la corona, con lo cual acaba este expediente, sin que hallamos encontrado la decisión real, tal vez porque no llegó a darse debido a las ocurrencias de la península en esta época.

A principios de 1810, se planteó un nuevo caso ante la Audiencia de Santiago, esta vez promovido por el asesor general del reino, don Pedro Díaz de Valdés, quien ocupaba dicho empleo desde el gobierno de don Luis Muñoz de Guzmán. El brigadier don Francisco García Carrasco, al asumir la presidencia interina a la muerte de Muñoz de Guzmán, "llevó como consultor áulico en su compañía al Asesor jubilado de aquella Intendencia, don Juan Martínez de Rozas, con sus fines particulares", decía Díaz de Valdés, "y así fue, que el brigadier Carrasco, antes de llegar a Santiago de Chile, concibió la idea de afligirme hasta ver efectuada mi separación".<sup>153</sup> Una de las medidas de Carrasco dirigida contra el asesor fue privarlo de su comisión de Superintendente de Obras Públicas, a principios de enero de 1810, y ante esto, Díaz de Valdés apeló a la Real Audiencia, la que acordó que el regente pasara un oficio al presidente para solicitarle los autos de la remoción, lo que ocurrió el 23 de enero. Carrasco contestó al tribunal que se trataba de un asunto privativo del gobierno y que no había expediente alguno que remitir:

"En este Superior Gobierno no hay autos, sino los que ha pretendido formar mi Asesor sobre su relevación de la Superintendencia de Obras Públicas, que por haber mejorado de hecho la apelación denegada me pide V.S. por oficio del Sr. Regente de 23 de enero inmediato. Esta es materia de provisiones, en que, como de puro arbitrio, se procede de plano, sin que admitan recurso alguno a las Reales Audiencias, como lo previene la ley 34, tit. 15, libro 2 de nuestras Municipales. Ella se vigoriza en el caso presente que rueda sobre un destino de simple comisión que debió expirar con la muerte del Xefe comitente y por haber sido conferida contra el tenor de la ley 3, tit. 16, libro 4, debiendo removerse aun los oficios propietarios provistos así por juicio breve y sumario sin interesencia de parte y con solo citación del fisco".<sup>154</sup>

Con esta respuesta la Audiencia dio vista al fiscal, quien fue de parecer que antes de emitirla se debía dar traslado a Díaz de Valdés, lo que decretó el tribunal. Este expediente no continúa, probablemente porque en aquellos días el asesor había sido privado de tal asesoría y había recurrido a la Audiencia para que le otorgara su protección, mas no por vía de apelación gubernativa.

### c) IMPOSICIÓN DE GRAVÁMENES

En 1791 conoció la Real Audiencia de una apelación interpuesta por el conde de la conquista contra un decreto del gobernador Ambrosio O'Higgins que le mandaba contribuir con diez caballos en razón de prorrata para el transporte de los indios que habrían de concurrir a Arauco para la jura de Carlos IV. El conde, una vez que se le notificó el decreto que le obligaba a prestar las diez cabalgaduras, se rehusó a ello invocando su calidad de noble, sin embargo el gobernador ratificó su primera decisión. Por ello don Mateo de Toro y Zambrano apeló de tal resolución y se dirigió en tal grado derechamente a la Audiencia, la que ordenó al escribano de gobernación que remitiera los autos, mas éste se negó a hacerlo, por

<sup>153</sup> ANFV, vol. 238 a, pza. 4.083, fs. 1 vta.

<sup>154</sup> ANRACH, vol. 1.959, pza. 8, fs. 1.

lo cual el tribunal bajo apercibimiento de multas reiteró su decreto al escribano y acordó pasar oficio al gobernador por medio del regente don Francisco Antonio Moreno y Escandón, en el cual expresaba:

“A pesar de las repetidas reales disposiciones en que S.M. ordena se observen con toda exactitud las Leyes de Indias que franquean los recursos de apelación a las Reales Audiencias de todas las determinaciones de gobierno, se presentan a cada paso dudas y tropiezos que entorpecen su cumplimiento y, estándole tan estrechamente encargado en los capítulos 41 y 43 de mi Empleo, con la recomendable circunstancia de dirigirse al bien del Estado o utilidad de la causa pública y quietud de las Provincias, que por lo distante de la Península necesitan del mayor esmero y rectitud en la imparcial administración de justicia, espero no extrañe a Usía que, en desempeño de esta real confianza y de lo acordado por esta Real Audiencia, le haga presente, que producida en ella un pedimento del Señor Conde de la Conquista en grado de apelación por habérsela denegado Usía de una providencia sobre prorratas de caballos y expresiones que le son indecorosas, se proveyó por semanería el auto ordinario a fin de que entregue los autos al escribano... y que faltara a lo dispuesto por S.M. en beneficio de la causa pública si omitiere este examen de que pende la rectitud e imparcial administración de justicia, con cuyo objeto se erigieron las Reales Audiencias”.<sup>155</sup>

El gobernador O'Higgins contestó este oficio con otro, en el que señalaba al tribunal que la materia de fijación de prorratas de caballos era de mero gobierno y por ende privativa de su jurisdicción, además de estar sujeta a fuero militar, en razón de la graduación del conde de la Conquista, razones por las que negaba la remesa de los autos originales y solamente enviaba un traslado de ellos a la Audiencia. El regente, en defensa de las atribuciones del tribunal y en uso de su facultades, dirigió un último oficio al gobierno, para expresarle que, dada la oposición encontrada, no le quedaba más camino que informar al monarca en conformidad a las Municipales:

“Viéndose interpelada la Real Audiencia, sin poder cerrar la puerta al Señor Conde de la Conquista que acudió en calidad de oprimido en solicitud de la protección y justicia que S.M. tiene en ella depositada, era preciso que, para administrarla mandase traer a la vista el proceso... Si desviado este camino trillado fue Usía conducido por otro no practicado, ni designado por las leyes, no es culpa mía, ni del Tribunal pronto siempre a su más religiosa observancia en sostener las facultades que a Usía concede, sin detrimento de las que le pertenecen como al Tribunal Superior del Reyno para velar y reparar los agravios por cualesquiera jueces que se irroguen, pero una vez, que sin dar lugar a estos acomodamientos jurídicos, negándose Usía a la remesa de estos autos originales para aquellos precisos fines conviene en que se dé traslado de todo a noticia de S.M.”.<sup>156</sup>

Este expediente permite comprobar la efectiva aplicación de la Instrucción de Regentes en sus capítulos 41 y 43, que encargaban precisamente a estos nuevos magistrados velar por la expedita y regular tramitación de las apelaciones en

<sup>155</sup> ANRACH, vol. 1.698, pza. 1., fs. 4-6 vta.

<sup>156</sup> *Ibíd.*, fs. 29-30 vta.

materias de gobierno. Además en él la Audiencia reafirma que esta institución tiene por finalidad el mantenimiento en paz de los vasallos y la utilidad de la causa pública, que precisamente eran las motivaciones que los monarcas habían tenido en mente al establecerlas en América. Por ello decía su regente: "Que faltara a lo dispuesto por S.M. en beneficio de la causa pública si omitiere este examen, de que pende la rectitud e imparcial administración de justicia, con cuyo objeto se erigieron las Reales Audiencias".

d) LIBERTAD DE LOS CABILDOS

En enero de 1809 conoció la real Audiencia de Santiago de una apelación interpuesta por el Cabildo de Valparaíso contra un decreto del gobernador Francisco García Carrasco, por el que anulaba la reelección de un capitular y por su propia autoridad designaba a su substituto. El caso fue el siguiente, según el relato del referido ayuntamiento:

"Don Francisco Antonio García Carrasco, empeñado en despojar de sus costumbres y privilegios a esta Municipalidad y en ser obedecido con manifiesta transgresión de Leyes fundamentales... habiendo reelegido por aclamación universal como alcalde a Don Vicente García, este Cabildo, animado de la costumbre y privilegio de reelegir los cabildos en todos los del Reyno y de los recientes ejemplos de los de Lima y Buenos Aires, en que han sido reelectos, no sólo por un año, sino hasta tres seguidos. Dirigióse a Vuestro Presidente la correspondiente acta con oficios del Cabildo según práctica para confirmación de elecciones concejiles y aunque vuestro Fiscal fundó deberse aprobar, el Presidente de plano declaró nula la reelección del dicho alcalde García, aprovechando la coyuntura que apetecía de autorizarse para la colocación de su referido ahijado Rodríguez... Sorprendido de esta novedad el Cabildo, en acta celebrada en 4 del mismo enero acordó, que respetándose la Superior determinación se suspendiese el recibimiento del tal alcalde como implicado además con la judicatura que obtenía de actual juez de comercio y no tener de vecindario los diez años requeridos por Ley, y que se representase sobre ello y acerca de pertenecerle al Cabildo la acción de volver a elegir de que no debía ser privado sin que fuera citado y vencido. Con todo, vuestro Presidente decretó en 12 del mismo enero que se cumpliese su antecitada providencia y que sin más demora fuese puesto en posesión de su alcaldía Rodríguez... De esa providencia apeló de inmediato nuestro poderista en la capital de Santiago para ante la Real Audiencia. Y sin embargo que le fue concedida lisa y llanamente en ambos efectos y sobre ambos artículos de la reelección o de que en su falta reasumiese el Cabildo su derecho a elegir otro, el Presidente se preparó a facultar a dicho Gobernador Militar para que, presidiendo el Cabildo, dispusiese el puntual cumplimiento de dicha providencia legítimamente alzada".<sup>157</sup>

Conocida la interposición del recurso por la Audiencia, decretó vista al fiscal y una vez evacuada declaró el 19 de enero: "definitivamente que el Cabildo debía reasumir de elegir otro y que en atención a los buenos efectos que podría producir a la causa pública la observancia de la costumbre de reelegir por un año sujeto

<sup>157</sup> MEDINA, José Toribio, *Manuscritos para la Historia de Chile* (MM), t. 220, doc. 5.664, fol. 63 y ss.

beneméritos se consultase a S.M., devolviendo para su cumplimiento el expediente a vuestro Presidente".<sup>158</sup> García Carrasco no acató el fallo del regio tribunal y se esmeró en estorbarlo, pues:

"En lugar de contenerlo ese solemne fingimiento del Tribunal de Agravios, se dedicó este Presidente a contradecirlo, pidiendo a la Real Audiencia en papel del 21 del mismo enero que se reformase su providencia y, en caso contrario, y con sus facultades, estaba en ánimo de llevar a cabo el recibimiento a Alcaldía del precitado Rodríguez. Vuestro Fiscal, con quien vuestra Real Audiencia substanció esta incidencia hizo ver en su respuesta del 24 del propio enero la infundamentalidad de las razones del Presidente. Se le contestó por el Tribunal en oficio del 30 de dicho Enero que no estaba en su arbitrio la reforma por mediar perjuicio de tercero y hallarse entre otras cosas consentido el juzgamiento por las partes.

Volvió el Presidente a insistir en lo mismo en otro oficio de 11 de Febrero con el nuevo ofrecimiento de que esta era una competencia de jurisdicción del Cabildo con la Presidencia de que ella misma era el Juez privativo para dirimirla sin sujeción a recursos".<sup>159</sup>

Ante esta nueva incidencia, la Audiencia, previa vista del fiscal, declaró el 27 de abril de 1809 lo que sigue:

"Vistos nuevamente este expediente llévese a debido efecto el auto antecitado de 29 de enero, y respecto de haberse cometido su cumplimiento al Sr. Presidente pásele segundo oficio reservado al propio fin con testimonio de la última vista fiscal y de este decreto y no verificándolo dése cuenta a esta Real Audiencia para librar al Cabildo de Valparaíso la Real Providencia que corresponde para la ejecución".<sup>160</sup>

No dio su brazo a torcer tan fácilmente García Carrasco, ya perito a esta altura de su gobierno en lides con la Audiencia, y "Repitió pasado de mes y medio en 12 de julio, tercero oficio al Tribunal y fijándose en que era incompetente para conocer en el caso de la apelación concedida y en un puñado de racionios metafísicos, incongruencias, supuestos falsos y muchas sutilezas concluyó con la valentía y especie más original que se había oído, declarando que el expresado nombramiento de la alcaldía de Rodríguez es de puro gobierno y de regalía de la Presidencia, que inhibe al Tribunal de su conocimiento, previniéndole no proceda ad ulteriora en la ejecución de su proveído".<sup>161</sup> Mas no paró allí su terquedad, pues de inmediato ordenó al gobernador de Valparaíso que hiciera "Arrancar del Libro o Registro en que se hallen y rompan las referidas actas, testando lo que de ellas estuviere escrito en hoja que contenga alguna otra correlativa de diversa materia y al escribano apercibirá igualmente que, si otra vez autoriza semejantes actos sediciosos y atentados será castigado con el rigor de las Leyes".<sup>162</sup>

Después de tales agravios al Cabildo y al decoro y autoridad de la Real Audiencia, este tribunal dio cuenta al rey de todo lo sucedido y con testimonio de lo obrado, por carta de 27 de octubre de 1809, cuyos párrafos más notables son éstos:

<sup>158</sup> *Ibíd.*, fol. 72.

<sup>159</sup> *Ibíd.*, fol. 75.

<sup>160</sup> *Ibíd.*, fol. 76.

<sup>161</sup> *Ibíd.*

<sup>162</sup> *Ibíd.*, fol. 94.

“V.M. sabe que, nada es más conveniente para la conservación de sus Estados que la energía de los Tribunales de Justicia y que esta no sea deprimida ni perturbada en el ejercicio de los deberes que le imponen las Leyes... No ha podido esta Real Audiencia dejar de interponer este Recurso en circunstancias que, conociendo las críticas y graves que justa y dignamente ocupan sus Reales Desvelos y atención no quisiera interrumpirla un punto... Advertirá su sabiduría e integridad, el temerario intento del dicho Presidente en aseverar inapelable sus providencias expedidas sobre elección de capitulares, tratando por este infundado principio de emborrar su escandalosa resistencia al cumplimiento de lo resuelto por este Tribunal, después de concedido por él mismo el recurso, como debió, no siéndole permitido el negarlo en ningún caso en que haya persona que se queje de agravios de cualesquiera providencia gubernativa, por ser reservada sólo la Audiencia la calificación de si es o no admisible la Apelación, como se tiene declarado por V.M. en las Reales Cédulas de 19 de marzo de 1784 circulada por la de 6 de julio de 1799 y en la de 29 de agosto de 1806, cuyas literales palabras se transcriben en el precitado último oficio, y cuyas soberanas decisiones, conforme con lo preceptuado por la Ley 35, tit. 15, lib. 2 de Indias, quedarían eludidas siempre que admitida la apelación por el Tribunal de Agravios y dictado en consecuencia la providencia que conceptuase de justicia en el asunto no hubiere de tener este su ejecución con conocido perjuicio de los derechos de recurrente...

No ha menester V.M. que le funde esta Audiencia como lo hizo al Presidente los motivos de las citadas Reales Determinaciones en favor de la causa pública y procomunal de los vasallos, dejando a su superior penetración la del exceso que se comete con la transgresión de las Leyes más sagradas, cuales son las que como la Apelación conciernen al reparo del gravamen y opresión, y las que establecen y deslindan las facultades de la Audiencia y del Presidente”.<sup>163</sup>

## 10. CONCLUSION

Del estudio de la legislación real relativa a la apelación en materia de gobierno y de su tratamiento por los juristas indianos se pueden extraer, entre otras, las siguientes conclusiones de carácter general:

a) La apelación en casos de gobierno surge como una institución que tiende a hacer efectivo el deber del monarca de mantener a su pueblo en justicia y en paz, y por ello su conocimiento toca a un tribunal vicario del rey, cual es la Real Audiencia.

b) Surge este recurso a mediados del siglo XVI en la Nueva España, para regular algunas apelaciones que en la práctica se habían presentado contra las decisiones del virrey.

c) Desde la real cédula de 1552, que es la primera que trata de ella, hasta la de 29 de agosto de 1806, se expidieron cerca de cien disposiciones sobre la materia.

d) La Corona sólo se limitó a establecer durante este período a qué autoridad correspondía la determinación acerca de si el asunto era meramente gubernativo o si se reducía a justicia entre partes, sin que jamás haya fijado taxativamente qué materias eran de una u otra calidad.

<sup>163</sup>MM, t. 220, doc. 5.667, fols. 184 y ss.

e) La competencia de las Audiencias en estos negocios no era de gobierno, sino de justicia, tanto por la naturaleza de la cuestión debatida, que se tornaba contenciosa al existir agravio de parte, como por el procedimiento a que estaba sujeto su conocimiento.

f) Diversos juristas se ocuparon de esta materia y especialmente Gaspar de Escalona y Agüero, cuyo *Tratado* sobre las apelaciones, escrito a principios del siglo XVII, se convirtió en la obra clásica. Además se redactaron diversos informes sobre ella, tanto en el virreinato del Perú como en el del Río de La Plata.

Del análisis de los casos conocidos por la Real Audiencia de Santiago de Chile en los siglos XVII, XVIII y comienzos del XIX, se puede concluir:

a) Que la apelación en materia de gobierno fue efectivamente un recurso aplicado para obtener la protección de la persona y bienes de los vasallos del reino de Chile.

b) Que su ámbito de aplicación se extendió a materias tales como privación de mercedes, privación de oficios, imposición de gravámenes e intervención del gobierno en la libertad de los Cabildos.

c) Que efectivamente se conocieron y aplicaron las leyes reales relativas a esta institución, tanto las contenidas en las Municipales, como las posteriores y en especial las de la *Instrucción de Regentes*.

d) Que para la real audiencia santiaguina este recurso estaba establecido “en favor de la causa pública y procomunal de los vasallos”, tal y como lo prescribían las leyes y la doctrina.

e) Que para el mismo tribunal esta institución concernía “al reparo del gravamen y opresión”, es decir, tendía a proteger a los vasallos de eventuales abusos gubernativos.

f) Que reconoce la Audiencia que dicho tribunal se estableció para “la imparcial administración de justicia y bien del Estado o utilidad de la causa pública”, pues “con cuyo objeto se erigieron las Reales Audiencias”.

g) Que el tribunal entiende cumplir un deber del rey cuando ampara al “que acudió en calidad de oprimido en solicitud de la protección y justicia que S.M. tiene en ella depositada”.