

UN APORTE SOBRE LA COSTUMBRE INDIANA COMO FUENTE DEL DERECHO EN CHILE*

CARLOS SALINAS ARANEDA
Universidad Católica de Valparaíso

1. El tema de la costumbre como fuente del Derecho de Indias no es ajeno a la literatura histórico jurídica; no sólo ha sido tratado en obras de tipo general¹, sino también ha sido abordada en monografías tanto en Chile² como en otros lugares³. Con todo, no es abundante, y esto, por cuanto una de las mayores dificultades con que se encuentra el investigador para abordarlo

*Abreviaturas: AGI = *Archivo General de Indias de Sevilla*; ACh = *Sección Audiencia de Chile*; RC = *real cédula*. Las citas se hacen de la siguiente manera: AGI, ACh, 166², 145r-146v, que significa, Archivo General de Indias, sección Audiencias de Chile, legajo 166, volumen 2, folios 145 recta a 146 vuelta.

¹ LEVENE, R., *Historia del Derecho Argentino* (Buenos Aires 1945), 1, p. 96 ss.; algunas someras ideas en El mismo, *Introducción a la Historia del Derecho Indiano* (Buenos Aires 1924), p. 37 ss.; BASADRE, J., *Los fundamentos de la Historia del Derecho*² (Lima 1967), p. 69 ss.; EYZAGUIRRE, J., *Historia del Derecho*⁵ (Santiago 1980), p. 150 ss.; LEVAGGI, A., *Manual de Historia del Derecho Argentino* (Buenos Aires 1986) 1, p. 155 ss.; 242 s.; ZORRAQUIN, R., *Historia del Derecho Argentino* (Buenos Aires 1966) 1, p. 230 ss. GARCIA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho español*⁸ (Madrid 1979) 1, p. 183 ss.

² DOUGNAC, A., *Variaciones introducidas por la costumbre y aceptadas por la jurisprudencia chilena en el procedimiento ejecutivo indiano*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 7 (Santiago 1978), p. 107 ss.; DE AVILA, A. - BRAVO, B., *Aporte sobre la costumbre en el Derecho Indiano*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 10 (Santiago 1984), p. 41 ss.

³ LEVENE, R., *El derecho consuetudinario y la doctrina de los juristas en la formación del derecho indiano*; en *The Hispanic American Historical Review* 3 (1920) 2, p. 144 ss.; ALTAMIRA, R., *Estudios sobre las fuentes de conocimiento de la Historia del Derecho Indiano. La costumbre jurídica en la colonización española*, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia* 31-40 (Universidad Nacional Autónoma de México, México 1946-1948); TAU, V., *La costumbre como fuente del Derecho indiano en los siglos XVI y XVII. Estudio a través de los cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán*, en *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Actas y Estudios* (Madrid 1973), p. 115 ss.; TAU, V., *La costumbre en el derecho in-*

es, como lo señala Tau en uno de sus trabajos⁴, la gran pluralidad de fuentes.

En las líneas que siguen no pretendo hacer un estudio acabado de la costumbre como fuente del Derecho en Indias, materia ya abordada, en parte, por los autores referidos, sino que me circunscribo a un aporte muy específico. Cuando Altamira propugnó la elaboración de un inventario de las costumbres jurídicas indianas⁵ expresó la necesidad de revisar, en una tarea ingente, un sinnúmero de fuentes, labor que necesariamente habría de comprometer a numerosos investigadores. En esta perspectiva se sitúa mi comunicación.

2. Se conserva actualmente en el Archivo de Indias un conjunto de libros registros que contienen las reales provisiones, reales cédulas y cartas acordadas que fueron enviadas específicamente a autoridades chilenas o que enviadas a otras, tanto en la península como en otros lugares americanos, decían relación con Chile. Comprenden desde 1573 hasta 1717 y se las conoce como el Cedulaario Chileno⁶.

Las provisiones, cédulas y cartas acordadas contenidas en estos libros registros constituyen las normas que en forma especial fueron dictadas para regular la realidad que se vivía en la gobernación de Chile. Las autoridades peninsulares, sin embargo, no pretendieron agotar dicha regulación con esta legislación, pues en ellas mismas dejaron abierta la posibilidad de que diversas materias quedaran, en definitiva, sancionadas por la costumbre imperante en este alejado dominio de la corona.

3. El período que comprende el cedulaario va de la mitad del siglo XVI hasta los primeros 17 años del siglo XVIII. Es un período prolongado pero que de alguna manera permite un análisis de conjunto, puesto que, por una parte el

diano del siglo XVIII. La doctrina jurídica y la praxis rioplatense a través de los cabildos, en *Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano* (Universidad Nacional Autónoma de México, México 1976), p. 671 ss.; TAU, V., *La costumbre jurídica en la América española (siglos XVI - XVIII)*, en *Revista de Historia del Derecho* 14 (Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires 1986), p. 355 ss.; TAU, V., *Elementos consuetudinarios en la "Política Indiana" de Solórzano*, en *Actas del VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* (Buenos Aires 1983), en prensa. Aun cuando no referida a Indias es interesante GIBERT, R., *Costumbre a partir de las Partidas*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Comptutense* 9 (julio 1985), p. 35 ss.

4 TAU, V., *La costumbre... XVI y XVIII* (n. 3), p. 117.

5 ALTAMIRA, R. (n. 3), 40, p. 246 ss.

6 MURO, A., *Los Cedulaarios Chilenos*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 6 (Santiago 1970), p. 212 ss.; SALINAS, C., *El Cedulaario Chileno. Algunas consideraciones sobre su contenido entre 1652 y 1694*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 11 (Santiago 1985), en prensa. Este cedulaario se encuentra en la sección Audiencia de Chile, legajos 166 a 170, con tres libros registros cada uno. Son de partes y oficio y comprenden desde 1553 a 1717. A partir de esta última fecha hay que acudir normalmente a los Cedulaarios de la Secretaría del Perú del Consejo de Indias.

siglo XVII no es sino una consolidación del derecho que se había gestado en la centuria anterior⁷ y por otra, el cambio sustancial que va a experimentar el ordenamiento indiano en el siglo XVIII no se produce sino bien iniciada la centuria⁸, por lo que los primeros años del mismo son una continuidad que de alguna manera se vio favorecida con la Recopilación de Leyes de Indias de 1680.

4. Una primera aproximación al tema nos permite observar que las referencias que en esta legislación se hace a la costumbre no resultan muy abundantes; de un total de 2.680 documentos, la costumbre aparece expresamente mencionada en no más de 100 cédulas. Esto viene a corroborar la actitud del legislador indiano hacia la costumbre como creadora de derecho y que algunos autores han puesto de manifiesto⁹. A partir del siglo XIII es posible apreciar una creciente tendencia en reconocer al rey una cada vez mayor facultad legislatora, la que se reafirmó oficialmente en el Ordenamiento de Alcalá cuando, al establecer el orden de prelación de las fuentes del derecho, optó por una preferencia clara de las fuentes legislativas. Esto no significó la desaparición de la costumbre, pero la actitud del legislador hacia ella fue cauta; y el ámbito de vigencia de la misma no dejó de estrecharse.

El legislador indiano continuó con esta actitud, pues tampoco la costumbre es mencionada en las disposiciones que establecieron las fuentes del derecho y su orden de prelación¹⁰, sin embargo de lo cual, la costumbre también fue reconocida; el legislador indiano se refirió a ella expresamente, permitió la coexistencia de leyes y de costumbres divergentes en un mismo asunto en aspectos no sustanciales, consintió en costumbres contrarias a la ley, defendió las costumbres antiguas frente a nuevos usos e incluso llegó a someterse a costumbres de cuya existencia no tenía certeza¹¹.

No es de extrañar, en consecuencia, la actitud del legislador en las leyes que comentamos; no dejó de lado a la costumbre cuando era necesario reconocerla, pero las referencias a ellas fueron imprescindibles.

5. Difícil resulta clasificar las costumbres que aparecen mencionadas en nuestro cedulaario, pues las materias que han de ser reguladas por ellas son muy variadas. Con todo, es posible una cierta sistematización; para ello usa-

⁷ GARCIA GALLO, A., *Génesis y desarrollo del Derecho indiano*, en *El mismo, Estudios de Historia del Derecho Indiano* (Madrid 1972), p. 141 s.

⁸ MURO, F., *Instituciones de gobierno y sociedad en Indias (1700-1760)*, en *Estructuras, gobierno y agentes de administración en la América Española (siglos XVI, XVII y XVIII)*, *Actas del VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* (Valladolid 1984), p. 163 ss.

⁹ TAU, V., *La costumbre... XVI y XVII* (n. 3), p. 129 ss. y la bibliografía allí citada.

¹⁰ Rec. Ind. 2. 1. 1-3.

¹¹ Vid. n. 9.

remos la tradicional nomenclatura que distingue entre gobierno temporal, justicia, hacienda, guerra y gobierno espiritual. Agregamos otras referencias al ceremonial, a los indígenas y finalmente sobre materias diversas.

a) *Gobierno temporal*

En carta del 12 de octubre de 1708 el cabildo secular de Santiago representó al rey que había sido costumbre inmemorial que los gobernadores y presidentes hiciesen el juramento al entrar en dicha ciudad. Esta práctica había sido reconocida por el virrey del Perú cuando en 1605 había nombrado por gobernador y capitán general de Chile a Alonso García Ramón, ordenándole en el nombramiento que hiciere el juramento en la ciudad de Concepción o Santiago antes de ser recibido al uso y ejercicio; en esta forma lo habían ejecutado los gobernadores y sucesores de García Ramón hasta que llegó don Francisco Ibáñez a quien antes de entregarle las llaves, el procurador general de la ciudad de Santiago pretendió que hiciese el juramento acostumbrado a lo cual aquel se había excusado. Agregaba el cabildo que ésta era una costumbre laudable y nada penosa para los gobernadores, pues, conforme a su obligación, debían mantener a la ciudad en paz y justicia. Por real cédula de 8 de septiembre de 1710 dirigida al presidente y oidores de la audiencia¹² se les ordenó guardar el estilo que hubiese habido en el juramento de los gobernadores al entrar en la ciudad. La cédula se refería también a otras materias, pero la costumbre era autorizada sólo en este punto; en dicha disposición se recordaba la obligación del gobernador de rendir fianzas y se extrañaba que éstas no las exigiesen a don Francisco Ibáñez, por lo que se disponía que si en la residencia resultaban cargos que por la falta de fianza quedaren sin satisfacción, se procediera contra los que hubiere lugar.

En el siglo anterior, otro problema había quedado entregado a la costumbre en materias de gobierno. El gobernador Luis Fernández de Córdoba había escrito al rey que por pasiones particulares que algunas personas de Santiago tenían entre sí, habían estorbado que el maestre de campo don Diego González Montero, su teniente de capitán general, hubiese entrado a servir el oficio de corregidor de Santiago, diciendo que había una cédula antigua que prohibía que lo hubiese en las ciudades donde hubiese audiencia, suponiendo que se podría ahorrar con ella el salario que se le debía dar de la hacienda real. Sin embargo, como el dicho maestre de campo no tenía ningún salario por razón de su oficio de corregidor, había juzgado conveniente que lo hubiese, como de hecho existía en las ciudades de México, Quito y Charcas. Había, pues, ordenado que se recibiese al uso de dicho oficio y que, además, ejerciese la plaza de teniente de capitán general, que también tenía por conveniente que la hubiese para la ejecución de las cosas de la guerra. El rey, por cédula del 24 de noviembre de 1627¹³, no resol-

¹² AGI, ACh., 168³, 973r - 975v.

¹³ AGI, ACh., 166², 417v - 418v.

vió la cuestión, sino que se limitó a solicitar a' presidente y oidores de la audiencia de Chile que enviaran razón de la utilidad o inconvenientes que se seguían de que hubiese corregidor y teniente general en Santiago, pues deseaba saber la costumbre que se había tenido en esta materia.

b) *Justicia*

Un segundo grupo de cédulas dejan entregada a la costumbre la regulación de diversos aspectos del ceremonial y funcionamiento de la audiencia.

i) En carta de 5 de enero de 1712 el gobernador Juan Andrés de Ustariz daba cuenta al rey de no haber hallado en la ciudad de Santiago casa fija en que habitasen los presidentes de la real audiencia, quienes, ordinariamente, se aposentaban en las casas de los particulares contra su voluntad y muchas veces distantes del centro de la ciudad. Había, sin embargo, reconocido que había un solar contiguo a las casas del cabildo y de la real audiencia y cercano a la catedral y a la plaza pública, por lo que había hecho junta de los oidores y del cabildo secular en la que, habiéndose tenido presente los inconvenientes referidos y que la casa en que se celebraba la audiencia amenazaba ruina, se había determinado que se edificase en el referido solar, casa con vivienda para los presidentes, con cuarto para las cajas reales y otros para la real audiencia. La fábrica había empezado en el mes de octubre de 1709 y se había adelantado lo suficiente como para quedar terminada en 1712, año en que escribía. En su carta agregaba un nuevo hecho, que es el que nos importa: se había dejado pasaje desde la vivienda del presidente a la audiencia con puerta que salía a los corredores del patio de ella y, debajo de ellos, entrada al tribunal, circunstancia nueva que ponía en conocimiento del monarca para que declarase la forma en que habían de portarse los oidores en el recibimiento de los presidentes cuando pasaren al tribunal y en su acompañamiento cuando volviesen a su cuarto, a fin de evitar las dudas que en este asunto se pudiesen ofrecer. En cédula de 22 de junio de 1714 dirigida al mismo Juan Andrés de Ustariz¹⁴ el rey disponía que se guardase y observase la costumbre que hubiese habido antes sin que por motivo del nuevo aposentamiento cercano al tribunal, los ministros de la audiencia se entrometiesen ni hiciesen novedad en el punto de urbanidad con la persona del presidente y sus sucesores al tiempo de entrar y salir en ella.

Otra materia referida al ceremonial era la costumbre de que los alcaldes recién elegidos saludasen a los oidores. Como un año no se hiciera, la audiencia dio auto apercibiendo al corregidor, alcaldes y regidores para que en adelante observasen dicha ceremonia y, por haber faltado a ella, multaba al corregidor en cien pesos, a cada uno de los alcaldes en cincuenta pesos y a cada uno de los regidores en veinticinco. Los afectados suplicaron a la audiencia que estaban dispuestos a hacer dichas visitas y que el motivo de haberse excusado era el de saber que el oidor Ignacio Antonio del Castillo y

14 AGI, ACh., 1692, 383r - 384v.

el fiscal, en esa época don Baltazar de Lerma y Salamanca, no estaban en sus casas; además, aunque esta visita había sido costumbre, no debía entenderse por tan precisa que se les castigase como si fuese ley y sin ser oídos. Como la audiencia confirmó su resolución, la ciudad ocurrió ante el presidente diciéndole que le tocaba conocer de esta causa por ser entre capitulares y oidores; en ese estado pidieron igualmente al rey que tomara la providencia conveniente. Por cédula de 28 de julio de 1714 dirigida al presidente y oidores de la audiencia¹⁵ el monarca les mandó que cumpliesen e hiciesen cumplir la costumbre que hubiese habido en la ceremonia de saludo a los oidores por los alcaldes recién elegidos y que no hiciese efectivas las multas, de las que el rey relevaba a los afectados, pero se prevenía al cabildo secular de Santiago que en caso de faltar en otra ocasión a esta urbanidad se les aplicaría el doble de la multa.

Finalmente, en septiembre de 1714 se ordenaba al presidente y oidores de la audiencia¹⁶ que informasen el estilo y práctica en cuanto a salir a recibir el cabildo secular a los oidores que iban a Santiago, por cuánto el rey se había enterado que desde hacía pocos años se había establecido que saliesen al campo a recibir al ministro que llegaba por oidor de esa audiencia, dos capitulares del cabildo secular de Santiago como eran el alguacil mayor y un regidor quienes, con el pretexto de darle la bienvenida, los precisaban a su asistencia hasta la entrada en la ciudad. Es conveniente notar que, si bien se usa la expresión *práctica*, en ningún momento se emplea la expresión *costumbre* y, tal vez por los pocos años de la misma, el rey la califica en una ocasión simplemente como *acción*.

ii) La costumbre regulaba también el día y lugar donde debían reunirse los oidores en circunstancias especiales. Por las ordenanzas de la audiencia estaba mandado que los oidores se juntasen los lunes y jueves en la tarde a votar los pleitos vistos cuando no fuesen días de fiesta¹⁷. Había surgido el estilo de mudar esos días al miércoles o sábado cuando dichos días martes o jueves eran fiestas. Sin embargo, los oidores, mudando dicha costumbre, cuando los días en que habían de reunirse a votar eran feriados, no se juntaban otro ningún día, de lo que se seguía dilatarse el votar los pleitos. Por cédula de 20 de octubre de 1627 dirigida al presidente y oidores¹⁸ se les ordenaba guardar lo que se había hecho por lo pasado, y si los días señalados para votar los pleitos fuesen feriados, debían reunirse al día siguiente. En el texto de esta cédula no se habla de costumbre, sino de estilo, aun cuando en la suma se emplea la primera expresión.

15 AGI, ACh., 1692, 400v - 402v.

16 AGI, ACh., 1692, 480r - 481r.

17 *Ordenanzas de la Audiencia de Santiago de Chile*, Nº 31, en AGI, ACh., 1661, 152v - 219r. = *Colección de Documentos Históricos del Archivo del Arzobispado de Santiago* (Santiago de Chile 1920) 2, p. 316 ss.

18 AGI, ACh., 1662, 411r - 411v.

El mismo día se dictaba otra cédula dirigida también al presidente y oidores de la audiencia. El rey había sido informado que, estando dispuesto y ordenado que un oidor de esa audiencia, por su turno, hiciese audiencia de provincia y que ésta fuese debajo de los portales de las casas reales los martes y viernes por la tarde, ésta no se hacía sino en sus casas, lo que traía grandes inconvenientes para los litigantes. Como convenía atajar esta práctica, por cédula del 20 de octubre de 1627¹⁹ les mandaba que guardasen el hacer las dichas audiencias en la parte pública que se había acostumbrado.

Años después, en carta de 30 de octubre de 1658, el doctor don Alonso de Solórzano, siendo fiscal de la audiencia, refería, entre otras cosas, que en virtud de una real cédula de 5 de octubre de 1626²⁰ había pedido que los días de tabla en que la audiencia acostumbraba ir a la casa del presidente de ella para acompañarle, se juntase, cuando él estuviese ausente, en la sala de justicia y saliese de ella la audiencia acompañada del cabildo de la ciudad. Como el fiscal pedía al rey que lo declarase así, el monarca, en cédula de 2 de julio de 1662²¹ dirigida al presidente y oidores, les ordenaba que guardasen la costumbre que se hubiese observado en cuanto a la parte donde se habían de juntar los días de tabla cuando el presidente de ella estuviese ausente, informando lo que se había practicado.

iii) Las relaciones de la audiencia con los oficiales reales también era regulada, en parte, por la costumbre. Cuatro cédulas se refieren a ella, todas expedidas el 1 de octubre de 1645. En una de ellas dirigida al fiscal²² se le expresaba que el rey había entendido que en los pleitos en que estaba interesada la real hacienda que se le remitían por la audiencia para que pidiese en ellos lo que tuviese por conveniente, respondía su agente, debiendo hacerlo el fiscal, de lo que resultaba daño y menoscabo para la hacienda real; se le ordenaba que guardase el estilo y costumbre que hubiese habido por lo pasado en cuanto a responder a los pleitos que tocaban a la real hacienda.

En otra dirigida al presidente y oidores²³ se les ordenaba informar lo que se había estilado y estilaba en lo antes señalado, esto es, que en los juicios en que estaba interesada la real hacienda, al remitirse al fiscal para que pidiese lo conveniente no respondía éste sino su agente; igualmente se les ordenaba informar lo que sucedía cuando, habiendo salido los oficiales reales, las veces que escribían al acuerdo de la audiencia no les respondían los oidores sino que se le ordenaba hacerlo al escribano de cámara; en uno y otro caso

19 AGI, ACh., 166², 414r - 415r.

20 AGI, ACh., 166², 387v - 389v.

21 AGI, ACh., 167¹ 278v - 279r.

22 AGI, ACh., 166³ 630v - 631r.

23 AGI, ACh., 166³, 631r - 631v. En el mismo sentido y con la misma fecha otra cédula a los oficiales reales de Santiago en AGI, ACh., 166³, 631v - 632r.

se les ordenaba guardar en ínterin la costumbre que hubiese habido por lo pasado.

Finalmente en otra dirigida a los mismos presidente y oidores²⁴ se les mandaba que diesen las órdenes necesarias a los oidores que tuviesen comisiones particulares para que guardasen el estilo y costumbre que hubiese habido en el tratamiento que hicieren a los oficiales reales sin hacer novedad en ello.

iv) Ya en materia procedimental existe una interesante cédula que pareciera permitir la existencia de ley y costumbre sobre la misma materia, pero aceptando que la costumbre difiera de la ley en aspectos no sustanciales. Don Francisco de la Puebla González, obispo de Santiago, en carta de 9 de enero de 1700 al rey, daba cuenta, entre otras cosas, que en la práctica de los recursos de fuerza que se habían ofrecido, había observado que, hecha relación de los autos en la audiencia por la persona a quien tocaba para dar la determinación y declarar si hacia o no, se mandaba que quedasen los autos originales en el acuerdo, diligencia que nunca había visto en Madrid, donde hecha la relación, se hacía la declaración y volvían los autos. Discurría en su carta si el hacer quedar los autos sería para verlos y reconocer lo actuado, pero no siendo necesario para declarar si había fuerza o no, suplicaba al rey que diese la providencia que conviniese para obviar este inconveniente. Por cédula de 26 de abril de 1703²⁵ se ordenaba al presidente y oidores que guardasen lo dispuesto por las leyes del reino en lo tocante a las fuerzas y que informasen del estilo que observaban.

Tomás Marín de Poveda, siendo gobernador de Chile, en carta de 8 de mayo de 1702, dio cuenta del remate que se había hecho del oficio de contador entre partes de la ciudad de Santiago y su jurisdicción, en 3.600 pesos, a don Bentura de Camus y que sacándose dicho oficio al pregón en las demás ciudades de Chile se adelantarían mucho los reales haberes, pues se podía reputar que por el oficio de contador entre partes de la ciudad de Concepción darían más de mil pesos, por el de La Serena y Mendoza mil pesos y por el de Chillán y Castro quinientos pesos por cada uno. Por cédula de 16 de noviembre de 1703²⁶ se aprobó la división de este oficio, mandando al presidente y oidores que cuidaran que se vendiesen con el mayor aumento posible y que informasen del estilo que había de dar estos oficios juntos o separados. Como la audiencia no informara, pocos años después se retiraba dicha cédula pidiendo su cumplimiento²⁷.

²⁴ AGI, ACh., 166³, 635r - 635v.

²⁵ AGI, ACh., 168², 368v - 370r. En el mismo sentido y con la misma fecha otra cédula al obispo de Santiago en AGI, ACh., 168², 409r - 410r.

²⁶ AGI, ACh., 168², 520r - 521v.

²⁷ RC. 8 septiembre 1710, en AGI, ACh., 168³, 954r - 957v.

Finalmente, por cédula de 28 de febrero de 1640 se ordenaba a la audiencia²⁸ que guardase el estilo y costumbre que había habido en el nombramiento de los oidores que salían a visitar la tierra y demás cosas que tocaban al presidente, estando presente. El gobernador Francisco Laso de la Vega había escrito el 20 de abril de 1638 que el oidor más antiguo de la audiencia, por estar él en la ciudad de Concepción ocupado en las cosas de la guerra, pretendía hacer el nombramiento de los oidores que habían de salir a visitar la tierra y todo lo demás que tocaba al presidente estando presente; sin embargo de esto, el gobernador quedaba con resolución de hacer dicho nombramiento comenzando por el oidor más moderno, por haber entendido que era la forma que se había observado por lo pasado.

c) *Hacienda*

La hacienda no es ajena a la costumbre. Los oficiales reales habían escrito al monarca manifestando que el fiscal había solicitado en la audiencia que se mandase a dichos oficiales reales que pusiesen oficiales en la ciudad de La Serena y en la provincia de Cuyo, en circunstancias que siempre los había nombrado el Gobernador; aun cuando lo habían representado a la audiencia, ésta había dispuesto que ellos los nombraran lo que era una novedad muy perjudicial y contra el estilo y costumbre que había habido en estas provincias, por haber sido siempre dichos nombramientos a cargo del gobernador. El rey, en cédula de 30 de octubre de 1644²⁹, ordenó al presidente y oidores de la audiencia que, de no tener inconvenientes en que el presidente nombrase oficiales reales para las cajas de la provincia de Cuyo y ciudad de La Serena, le dejasen continuar en ello como hasta aquí, pero que si las tuvieren, debían informar sobre ello, disponiendo que en el ínterin no se hiciese novedad y se guardase la costumbre.

En otra oportunidad, piden los oficiales reales al monarca que mande ordenar lo que conviniese en razón de con quien habían de consultar las dudas que se les ofrecían sobre la administración y cobranza de la real hacienda, por no estar dispuesto lo que se debía observar en esto. El rey, un tanto extrañado, les respondía en cédula de 1 de octubre de 1645³⁰ en que les ordenaba que guardasen la costumbre que hubiese habido en cuanto a las consultas referidas y les pedía, además, que informasen de qué calidad eran las dudas y negocios que solían ofrecerse y que necesitasen consultar, y la costumbre que hubiese habido en esto para resolver lo conveniente.

d) *Guerra*

Siendo Chile una zona militarmente importante, encontramos también algunas costumbres reguladoras de materias vinculadas al ejército, si bien todas ellas dicen relación con el aprovisionamiento del mismo.

28 AGI, ACh., 166², 555v - 556r.

29 AGI, ACh., 166³, 598v - 599v.

30 AGI, ACh., 166³, 629v - 630r.

En una cédula de 30 de marzo de 1635³¹ se aclaraban algunas dudas ofrecidas entre el gobernador y la real audiencia, pues el gobernador pretendía que a él solo le tocaba ordenar se comprase y sacase de poder de cualquier persona que lo tuviese, los mantenimientos y demás cosas necesarias para la gente de guerra, y se tomase y embargase carretas, caballos y navíos en que conducirlos y trajinarlos, pagando el cuarto menos del precio ordinario a que todo corriere, sin que la audiencia se entrometiese en ello. El rey por la cédula que comentamos dispuso que se guardase y cumpliese lo que para semejantes casos estaba dispuesto y ordenado por diversas cédulas reales, pagándose por entero el precio corriente de las cosas que así se comprasen y tomasen no habiendo estilo en contrario de hacerse el cuarto menos o en otra forma, porque habiéndolo, no se había de hacer novedad en ello.

Don Juan de Huerta Gutiérrez, siendo fiscal de la real audiencia, escribió en capítulo de carta de 30 de julio de 1649 que la plaza de Valdivia estaba en notorio peligro si no tenía provisión para dos años, por las contingencias de la navegación que no siempre permitían el transporte del mismo en los tiempos oportunos; agregaba que si los bastimentos no eran de calidad ni de buen precio eran perjudicados los que ocupaban aquella plaza. El gobernador había procurado que la audiencia no tuviese participación alguna en esto y no permitía que la conducción se hiciese por los oficiales reales con intervención del oidor más antiguo y el fiscal, encargándolo al corregidor o a un particular de lo que resultaba, en su opinión, grave perjuicio al ejército y hacienda. Solicitaba que el rey resolviese sobre la provisión de dicha plaza ordenando que en el remate de los géneros se guardase la forma antigua asistiendo las personas referidas. Por cédula de 18 de marzo de 1653³² se ordenó al fiscal de la audiencia simplemente que guardase la costumbre que hubiese habido en el remate de los bastimentos y municiones que se remitían a Valdivia.

En otra oportunidad, el obispo de Concepción, en carta al rey de 20 de septiembre de 1674, refería la baja que habían tenido los remates de los diezmos que se habían hecho aquel año en la ciudad de Concepción y en la del Angel de la Guarda, pues, como se reconocía de los testimonios que enviaba, había sido casi un tercio menos en los tres años antecedentes en los que habían pasado de cuatro mil pesos, en tanto que en 1674 no habían llegado a los tres mil. La causa estaba en que faltaban los ponedores y pujas por temor de que no se les recibiese el trigo para el gasto del ejército, única salida que podían tener las cosechas de aquel obispado. El obispo juzgaba por vano este recelo, pues en tres años había visto al anterior gobernador, don Juan Henríquez, que en el cómputo que había hecho del trigo necesario para el sustento del ejército, incluyó el que se había percibido de los diezmos, pero como esto era voluntario, tenían las personas que

31 AGI, ACh., 166², 491r - 493v.

32 AGI, ACh., 167¹, 22v - 23r.

deseaban hacer posturas que no fuese seguro el incluir el trigo de los diezmos en el que era necesario para el ejército. Si se consideraba que el ejército gastaba de 18 a 19 mil fanegas cada año, llegando algunos a 20 mil, y que las que se juntaban de diezmo, en el más abundante de los años no habían pasado de tres mil fanegas, no se podía temer que estas cantidades embrazasen el ingreso de los particulares. Finalizaba señalando que aun cuando el bien común de la Iglesia no hubiese de tener prelación, suplicaba al rey que mandase que se admitiesen para el ejército los granos de trigo de las rentas decimales a los precios y en la forma que se pagaren los demás que se gastaren en él, que es la mitad en plata y la otra en ropa, con que habría más ponedores para las dichas rentas. En cédula enviada en 1679 a don Antonio de Isasi, gobernador y capitán general de las provincias de Chile³³ se le ordenaba no hacer novedad en recibir los granos de los diezmos del obispado de Concepción para el gasto del ejército, en la conformidad y por los precios que se pagaren los demás, debiendo guardar en esto la costumbre que hubiese habido.

El deán y cabildo de la Iglesia catedral de Concepción representó lo mismo al rey lo que determinó a que al año siguiente, se reiterara a don Juan Henríquez, nuevo gobernador de Chile³⁴ que no debía alterar el estilo que en esto se había observado en el pasado.

e) *Gobierno espiritual*

En materia de gobierno espiritual encontramos una sola referencia: por cédula del 18 de enero de 1650 se ordenaba al virrey del Perú, conde de Salvatierra³⁵, que si hubiese sido costumbre pagar en la ciudad de los Reyes a los religiosos de la Compañía de Jesús de Chile que asistían a las misiones de esa provincia, el sínodo del situado de ella, dispusiese que se continuara.

Existe, además, una cédula mal asentada, pues corresponde al Perú³⁶. Por parte del deán y cabildo de la catedral de Cuzco se había representado al rey que en virtud de una real cédula se hallaban en posesión de no dar lugares a los prelados de las religiones en el coro, sino en los asientos inferiores. Por este motivo, dichos prelados habían negado los altares de sus iglesias al cabildo y prebendados quienes tenían posesión de ellos por ser capellanes del monarca. Suplicaban al rey que mandase restituir la posesión que tenían en los altares de los conventos antes de introducirse esta novedad por sus prelados y que esto se hiciese sin innovar en cosa alguna, sino guardando todas las exenciones, uso y costumbres que por lo pasado había olvidado. El 12 de marzo de 1699 se dirigía cédula al padre provin-

33 RC. 28 febrero 1679, en AGI, ACh., 1673, 770v - 771v.

34 RC. 24 mayo 1680, en AGI, ACh., 1673, 862r - 862v.

35 AGI, ACh., 1663, 759r - 760r.

36 RC. 12 marzo 1699, en AGI, ACh., 1681, 185r - 186r.

cial de la orden de Santo Domingo en las provincias del Perú rogándole que hiciese guardar las órdenes, uso y costumbre que por lo pasado se hubiese practicado en franquear los altares de la Iglesia del convento de su orden de la ciudad del Cuzco al cabildo y prebendados de la catedral de dicha ciudad. Cédula del mismo tenor se dirigió a los provinciales de las órdenes de San Francisco, San Agustín, Nuestra Señora de la Merced, San Juan de Dios y la Compañía de Jesús.

f) *Ceremonial*

Un grupo de cédulas entregaba a la costumbre la regulación de diversos actos del ceremonial a que debían someterse algunas autoridades.

i) En 1645³⁷ se ordenaba al presidente y oidores de la real audiencia que hicieran que a los oficiales reales de Santiago se les conservase en sus preeminencias cuando concurrían a algún acto público con los regidores de Santiago y se les mandaba que guardasen la costumbre que hubiese habido por lo pasado sobre esta materia sin introducir novedad alguna.

ii) En otra oportunidad el cabildo secular de Santiago había representado que en todas las iglesias de las provincias del Perú y de Chile se había estilado dar la paz a los cabildos, pero que en la de Santiago no se hacía por diferentes motivos, lo que era de mucho perjuicio a la estimación y autoridad que era justo que tuviesen por lo que suplicaba al monarca dar cédula para que en todas las iglesias donde concurriese el dicho cabildo se le diese la paz. En cédula del 30 de agosto de 1673 se ordenaba al presidente y oidores de la real audiencia³⁸ que informasen lo que se había observado en estas provincias de Chile en cuanto a dar la paz a los cabildos seculares de ellas, no permitiendo que se hiciese novedad en lo acostumbrado hasta ese momento.

iii) El 15 de octubre de 1696 se enviaba una cédula al Consejo, justicia y regimiento de la ciudad de Santiago³⁹ ordenándoseles guardar el estilo que hubiese habido en cuanto a concurrir a la catedral a los actos de recibir la ceniza y publicación de edictos, lo que también se ordenaba al obispo de Santiago⁴⁰. En ambas cédulas se mencionaban algunas disposiciones de la Recopilación de Indias que se referían a esta materia como Rec. Ind. 1.20. 6, 7; 3.15. 15, 16, 32, 38.

iv) El cabildo secular de Santiago, en carta de 2 de diciembre de 1711, refería al rey la novedad que había causado la resistencia que había hecho el

³⁷ RC. 1 octubre 1645, en AGI, ACh., 166³, 641r - 641v. Otra cédula del mismo tenor a los oficiales reales, con la misma fecha en AGI, ACh., 166³, 641r.

³⁸ AGI, ACh., 167², 545v - 546v. Con la misma fecha otra cédula al obispo de Santiago de Chile sobre la misma materia, AGI, ACh., 167², 546v - 547v.

³⁹ AGI, ACh., 168¹, 75v - 79v.

⁴⁰ RC. 15 octubre 1696 en AGI, ACh., 168¹, 84r - 87r.

Dr. Luis Francisco Romero, obispo de Santiago, de concurrir a su iglesia catedral el día en que se celebraba la festividad de Santiago Apóstol, patrono de la ciudad. Expresaban que desde que se había fundado esa ciudad se había procurado siempre que el real estandarte saliese a público y se colocase a un lado del altar mayor de la iglesia, asistiendo a esta función los tribunales y las religiones con toda veneración, y haciendo lo mismo los obispos antecesores del obispo Romero. Suplicaban al monarca que mandase al dicho obispo que en el día de tal celebridad concurriese a la catedral no dando lugar a que se tuviese por novedad el retiro de su persona, pues así se había hecho hasta ese momento. Por cédula de 23 de enero de 1714 se ordenó al cabildo secular de Santiago⁴¹ que en adelante guardase la costumbre habida en este punto, lo que también se encargaba al obispo quien no debía innovar en materia de asistencia al acto.

v) Por real cédula de 20 de octubre de 1709 el rey había ordenado a la audiencia que informara la forma con que se hacía en Santiago el paseo del estandarte real el día que se celebraba la festividad del apóstol Santiago, patrono de ella, y el asiento que tenía en la iglesia catedral el alférez real. Dando cumplimiento a esta orden, en carta de 23 de diciembre de 1711 la audiencia manifestaba que se ejecutaba el paseo de dicho estandarte con toda solemnidad, acompañándolo ella, el cabildo secular, la nobleza de la ciudad y sus compañías de caballos y que en esta forma se llevaba hasta la catedral; al pasar por la plaza se hacían las salvas por las compañías de infantería y que la iglesia se adornaba con toda pompa, haciéndose la fiesta con mucha decencia, aseo y abundancia de luces; se predicaba sermón, sin que en esto hubiese habido reparo y que, aunque se ha sacado el estandarte, en ocasiones, en coche, había sido por accidente de muchas lluvias y no por otro motivo.

En cuanto al lugar que el alférez real tenía en el presbiterio, había ordenado que la ciudad buscase el privilegio que sobre este punto hubiese o que se recibiese información por donde constaba que le tocaba el lugar que ocupaba. Se había reconocido en el archivo del cabildo pero no se había encontrado privilegio alguno por lo que se había hecho información de testigos de mucha edad quienes, todos contestes habían depuesto haber visto siempre en esta fiesta al alférez real sentado en el presbiterio, al lado del evangelio, junto al mismo altar mayor, en silla y almohada y que esta costumbre era tan antigua que se había practicado desde que se había erigido la catedral. Por cédula de 28 de julio de 1714 se ordenaba a la audiencia⁴² que guardase e hiciese guardar la costumbre que hubiese habido en esta materia sin permitir innovación alguna.

41 AGI, ACh., 1692, 318v - 320r.

42 AGI, ACh., 1692, 402v - 404v, con la misma fecha hay otra cédula al obispo de Santiago sobre la misma materia AGI, ACh., 1692, 404v - 406v.

vi) Una circunstancia curiosa se había presentado años antes en relación con los gastos que el cabildo de la ciudad de Santiago hacía en el recibimiento de un nuevo gobernador. Según había representado el fiscal del Consejo de Indias, don Juan Antonio Hurtado de Mendoza, la ciudad de Santiago hacía dar unas comidas y cenas muy costosas y tenerle caballo y silla que ordinariamente costaban más de mil ducados, gastos que hacían que la dicha ciudad no hubiese tenido propios de que hacerlos y no se había atrevido a dejar de continuarlos por el odio que se le seguiría con el gobernador con quien se dejase de hacer. De esto había resultado haber residenciado a los cabildantes el doctor don Nicolás Polanco, oidor de la audiencia, por haberse querido valer de algunos medios para semejantes gastos, condenándolos en más de dos mil ducados. Por esta causa, en la entrada que había hecho en ella don Antonio de Acuña y Cabrera cuando vino a gobernar Chile por nombramiento del virrey del Perú, ocurrió el cabildo a la audiencia excusándose de hacer el dicho gasto, la cual proveyó que se hiciese lo mismo pero que no excediese de 600 pesos y para lo de adelante, se diese cuenta al rey. Para poder hacer ese gasto, los cabildantes tuvieron que repartirse los 600 pesos entre ellos, *con general sentimiento* por el miserable estado en que los había dejado la ruina y peste que se había padecido en estas provincias.

En opinión del fiscal del Consejo de Indias, semejantes gastos y a cuenta de los propios y rentas de la ciudad eran contra derecho y no se podían salvar por costumbre, siendo como eran un abuso y esto, aun cuando no había habido noticia de ello, lo que en consecuencia no podía tolerarse. Por esta razón, por cédula de 12 de agosto de 1653 se ordenaba a don Antonio de Acuña y Cabrera, gobernador de Chile⁴³ que no permitiera los gastos que la ciudad de Santiago acostumbraba hacer en el recibimiento de los gobernadores, cédula que también se envió al presidente y oidores de la audiencia⁴⁴.

g) *Indígenas*

Algunas cédulas se refieren a la costumbre en relación con los naturales, si bien no se trata de costumbres nativas. En cédula de 9 de junio de 1640⁴⁵ a la audiencia, se ordenaba al presidente y oidores que cumpliesen las leyes y cédulas que prohibían nombrar corregidores, justicias y administradores de pueblos de indios a personas vecinas de ellos o que tuviesen feudos, haciendas y granjerías en ellos, y que enviasen relación sobre la costumbre que en esto había habido por lo pasado.

Pocos años antes el gobernador Francisco Laso de la Vega había escrito al rey que el fiscal de la audiencia había pedido que ningún indio cautivado en la guerra se sacase de Chile. Por cédula de 12 de noviembre de 1634⁴⁶

⁴³ AGI, ACh., 1671, 37v - 39r.

⁴⁴ AGI, ACh., 1671, 39r - 40r.

⁴⁵ AGI, ACh., 1662, 558r - 558v.

⁴⁶ AGI, ACh., 1662, 489r - 489v.

se ordenaba a la audiencia que mandase relación sobre esto con su parecer y las razones en que se fundaban, y que en ínterin se había de guardar lo que en relación a esto estaba dispuesto y la costumbre que sobre esto había.

Al año siguiente el conde de Chinchón, virrey del Perú, enviaba al rey una carta con una duda suscitada entre el gobernador y la real audiencia de Chile en cuanto a si convenía o no que los indios que se cautivaban en la guerra de Arauco y se daban por esclavos, por disposición del rey de 26 de mayo de 1608, se herrasen en el rostro. El rey, en cédula de 5 de mayo de 1635⁴⁷ no resolvió la cuestión sino que la remitió al virrey del Perú para que viera si sería bien que se guardase en ello el estilo que hasta aquí se había acostumbrado o si convendría que se herrasen en la mano.

Ya en el siglo XVIII, en carta de 2 de octubre de 1706, don José Blanco Rejón había representado al rey que no se debía cargar enteramente a los encomenderos por los indios menores de edad a razón de cinco pesos de pensión y diez pesos por año de hueco puesto que, pudiendo no llegar a la edad de tributar, quedaba con este gravamen y sin recompensa de él el encomendero, añadiendo que por el escrúpulo que había tenido en esta materia había hecho que se viese en la real audiencia en donde estaba pendiente, sin resolución, desde 1704, sin haber podido conseguir que el fiscal respondiese. Pedía, finalmente, que el monarca declarase lo que en esta razón se debía observar. Por cédula de 27 de mayo de 1709 se ordenaba a la audiencia⁴⁸ hacer guardar la costumbre en cuanto a la paga de pensión y año de hueco de los indios de menor edad que se encomendasen; se les ordenaba, además, sustanciar y determinar la duda que sobre esto se había ofrecido dando cuenta de todo.

h) Hay finalmente dos diferentes asuntos que se dejan a la costumbre. Por parte de la ciudad de Santiago se había hecho relación al monarca que el cabildo y regimiento de ella tenía declarado por ordenanza los puestos donde se había de vender el pescado que, para su abasto, se llevaba de los puertos de mar, con calidad de que se pagase de cada carga una muy moderada cantidad para propios de la dicha ciudad y otra de la banca que había puesto en el puerto de Valparaíso para escusar los fraudes que había con la romana, las cuales ambas circunstancias venían a ser de utilidad y provecho de aquella república. Suplicaban al monarca que fuese servido de mandar que se observase y guardase en adelante todo lo referido, pues de ello no resultaba inconveniente ni daño alguno. Por cédula de 10 de diciembre de 1642 se ordenaba al marqués de Baidés, gobernador de Chile⁴⁹, que guardase el estilo y costumbre que hubiese habido por lo pasado en esta materia no teniendo inconveniente y que de haberlo, informara.

47 AGI, ACh., 166², 494r - 495r.

48 AGI, ACh., 168³, 757r - 758v.

49 AGI, ACh., 166², 572v - 573r.

En capítulo de carta que escribieron los oidores de 16 de agosto de 1668, satisfacían la orden dada por el rey por cédula del 30 de agosto de 1666⁵⁰ en cuanto a informar acerca de las viñas que se había plantado y plantaban en Chile sin licencia, en contravención de lo dispuesto por las cédulas que acerca de esto estaban dadas, y manifestaban los daños e inconvenientes que se seguirían de componerse las que había y no se plantasen otras de nuevo como se ordenaba en cédula de 1654. Por cédula de 30 de junio de 1671⁵¹ se les respondía simplemente que no hiciesen novedad en lo que hasta ese momento se había estilado sobre plantar viñas en Chile.

6. El somero repaso que hemos hecho de las diversas materias que son reguladas por la costumbre y de las disposiciones que a ellas se refieren nos permite formular algunas observaciones. Por de pronto de las mismas cédulas es posible advertir el rol que el legislador, en estos casos específicos, ha dado a la costumbre en relación con la ley. Por lo general la costumbre entra a regular materias que el legislador no ha querido abordar o que lo ha hecho sólo en algunos aspectos, dejando los otros a la regulación de la costumbre produciéndose, así, una complementación entre una y otra. De la misma forma, la ley generalmente al mencionar la costumbre lo hace para ordenar su cumplimiento, produciéndose así una suerte de sanción legal de la misma, de manera que en el futuro la costumbre no sólo va a vincular *per se*, sino que, además, lo hará por imperativo del legislador. Nos encontramos así con que este espacio creador de Derecho que de alguna manera escapaba al monarca absoluto fue no sólo asumido por él, sino también regulado por él a través de la ley. Cuando, por ejemplo, se dice al fiscal de la audiencia de Chile que guarde el estilo y costumbre que hubiese habido por lo pasado en cuanto a responder a los pleitos que tocan a la real hacienda⁵², no sólo se le está obligando a guardar la costumbre, sino que de alguna manera, el contenido de esa costumbre, cualquiera que haya sido, pasa también a serlo de la ley.

Pero no sólo nos encontramos con costumbres *secundum legem* o *praeter legem*, sino que las hay también contra ley. Es lo que sucedía con la costumbre de pagar el cuarto menos del precio ordinario de las cosas que se necesitaban para el ejército, lo que el rey autorizaba aun cuando en disposiciones anteriores él mismo había dispuesto el pago del precio total⁵³.

Dos son las palabras empleadas por el legislador con mayor frecuencia: *estilo y costumbre*; en ocasión se emplea una⁵⁴ u otra⁵⁵, en ocasiones las

50 AGI, ACh., 1672, 425v - 426v.

51 AGI, ACh., 1672, 501r - 501v.

52 Vid. *supra* n. 22.

53 Vid. *supra* n. 31.

54 *Que informen lo que se ha estilado y estila* (*supra* n. 23).

55 ... *que en el interin dispongan que no se haga novedad y se guarde la costumbre* (*supra* n. 29).

dos juntas⁵⁶ y aún, refiriéndose a la misma materia en cédulas distintas, en una se usa la expresión *costumbre* y en otra la palabra *estilo*⁵⁷. En alguna ocasión, sin embargo, pareciera que la palabra *estilo* se emplea para designar simplemente la manera o forma con que alguna autoridad llevaba a la práctica las leyes dadas. Es lo que parece desprenderse de la cédula que el 16 de abril de 1703 se dirige al presidente y oidores⁵⁸ en la que se les ordenaba guardar lo dispuesto por las leyes del reino en lo tocante a las fuerzas y se les pedía que informasen del estilo que observaba. La expresión *uso y costumbre* sólo la he encontrado en una cédula, que es, precisamente, la cédula que corresponde a la provincia del Perú y que está mal asentada en este cedulario⁵⁹.

Por lo general el legislador da por supuesta la costumbre. Al menos, las formas que emplea para referirse a ellas así lo indican: se ordena que se guarde el estilo y costumbre que hubiese habido por lo pasado. La existencia de ella, sin embargo, no siempre le constaba, por lo que en ocasiones la referencia a ella se hacía para el caso de que existiera; curiosa actitud del legislador, ya anotada por Altamira⁶⁰, que se sometía a posibles costumbres de cuya existencia no tenía certeza. Es lo que sucedió cuando se ordenó al virrey conde Salvatierra que, si hubiese sido costumbre pagar en la ciudad de los Reyes a los religiosos jesuitas de Chile que asistían a las misiones de este último lugar, el sínodo que se les daba del situado de Chile, dispusiese que se continuase⁶¹.

Si bien en ninguna de ellas se habla de plazos, salvo en aquella que se menciona la costumbre inmemorial, tanto las normas que se referían a ella como los juristas que se habían ocupado del tema⁶² estaban contestes en la necesidad de un plazo prolongado, especialmente cuando se trataba de costumbre contra la ley. De allí que no deje de llamar la atención la cédula antes expuesta que habla de la práctica que tenía el cabildo secular de Santiago de salir a recibir a los oidores al campo cuando recién llegaban a la ciudad; en ella el monarca señala que se trata de una práctica de poco tiempo y por ello en ningún momento habla de costumbre. Tal vez, precisamente por los pocos años de la misma la califica simplemente de práctica o de acción.

56 ... *que guarden el estilo y la costumbre que hubiere habido* (supra n. 24 y 22).

57 ... *guardando la costumbre que en esto ha habido* (supra n. 33) y en la cédula siguiente: ... *sin alterar el estilo que en esto se ha observado* (supra n. 34).

58 Vid. supra n. 25.

59 Vid. supra n. 36. Sobre la relación que existe entre las expresiones *uso y costumbre* vid. TAU, *La costumbre... XVI y XVII* (n. 3), p. 135 ss.

60 Vid. supra n. 11.

61 Vid. supra n. 35.

62 Vid. supra n. 3.