El poder de la costumbre

Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación

*

Víctor Tau Anzoátegui

2000

ITINERARIO DE UNA INVESTIGACIÓN

La costumbre jurídica nace de abajo, se origina en pequeñas situaciones, se abroquela en círculos restringidos, carece de pretensiones abarcadoras. Está más cerca de las cosas que de la mera especulación. Se muestra opuesta a la fisonomía del legislador omnipotente y encuentra dificultad para desplegarse dentro de una mentalidad racional, uniforme y legalista. Es una categoría del saber clásico que, desde fines del siglo XVIII, perdió rápidamente posiciones ante un nuevo paradigma en donde predominaban lo abstracto, lo geométrico y la síntesis objetiva. En este terreno, la costumbre quedó con un margen mínimo de operatividad, pese a que la teoría la enarboló como una de las cuatro "fuentes del Derecho".

El ímpetu avasallador del nuevo modelo provocó que el elemento consuetudinario fuese relegado no sólo por el jurista positivo sino también por el propio historiador. Las visiones del pasado se impregnaron de tinte legalista. Así, el Derecho indiano, tan rico en manifestaciones jurídicas de diverso tipo, fue reconstruido de tal modo que quedaron en la sombra muchos aspectos que no encajaban en el paradigma imperante. Es más, cuando se alcanza a examinar la costumbre, se lo hace dentro del enfoque limitado de las "fuentes del Derecho", en donde ella ocupa un lugar enteramente subordinado a la ley, o poco menos.

Cuando hace cerca de treinta años di mis primeros pasos en este campo mi intención fue separar esta "fuente del Derecho" de las demás para estudiarla mejor y verificar su funcionamiento; y al mismo tiempo purificar al vocablo *costumbre* de cualquier sentido no jurídico. Con ello buscaba mostrar su exuberante presencia dentro de dicho ordenamiento y llamar la atención de los historiadores ensimismados en utilizar sólo la "lente legal". El paso del tiempo y las nuevas lecturas fueron ensanchando el camino, permitiéndome buscar conexión con otros modos de creación jurídica. No se trataba de mostrar la costumbre como un recurso puntual y aislado utilizado en determinadas ocasiones para llenar un vacío legal, para cubrir una falta de conocimiento de la ley, o para hacer frente a la aplicación de un precepto real francamente desfavorable a los intereses de determinada comunidad. Era preciso ir hacia una recreación de aquel orden, en donde la costumbre operaba en una dimensión que excedía el estrecho ámbito de una fuente del Derecho y desempeñaba un papel que hoy estamos empezando a descubrir con la relectura de los antiguos textos. Su posición ante la ley no parecía ya enteramente subordinada. Bien valía que la costumbre se integrara al hábito de pensar del jurista.

Este itinerario, que se desplaza desde las primeras indagaciones eruditas hacia nuevos niveles de comprensión, está representado en los trabajos que se publican en este volumen. La monografía titulada "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", expuesta en el III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano celebrado en Madrid a comienzos de 1972, fue publicada al año siguiente con los demás trabajos del mencionado congreso. En el siguiente Congreso del mismo Instituto, celebrado en México en 1975, continúe el desarrollo del tema durante el siglo XVIII hasta 1810. Hoy estos estudios se reeditan en este volumen con los números IV y V, respectivamente.

Después de esta tarea vino un período de nuevas indagaciones y recolección de materiales que acompañó el desenvolvimiento de otras preocupaciones temáticas. Frutos de esta segunda etapa fueron otros dos estudios que también se reeditan en este libro. El primero, presentado en 1983 al VII Congreso de Buenos Aires, donde examiné el entramado entre la costumbre y la doctrina de los autores a través de la obra más saliente de la literatura jurídica indiana, la *Política indiana* de Juan de Solórzano, reimpreso aquí bajo el número VI. El segundo respondió a la invitación de la Société Jean Bodin para participar con una ponencia general sobre la materia en el Congreso Internacional de Bruselas de 1984. Una versión reducida, ajustada a los requerimientos de los organizadores del Congreso, fue publicada en los *Recueils* de la entidad[1]. Otra mucho más desarrollada y con el aparato erudito necesario apareció dos años después y es la que ahora se reedita bajo el número III.

Estos cuatros estudios, elaborados entre 1971 y 1986, constituyen la trama más erudita de la investigación y muestran con la puntual presencia de los datos la relevancia del acto consuetudinario dentro del universo jurídico indiano. Pero la costumbre, más allá de constituir objeto de tarea monográfica, es instrumento clave para la comprensión de los ordenamientos jurídicos anteriores al siglo XIX, y de modo particular el orbe indiano. Esto no es fácil de percibir, en gran parte porque la mentalidad del jurista se ha formado, en el último siglo, dándole la espalda. Bien señala Diez-Picazo que una de las razones que ha oscurecido el problema de la fuerza de la costumbre "es la creciente dificultad de dilucidar su función en un mundo de base marcadamente legalista" y agrega: "Desde una concepción normativista, el problema de la costumbre consiste en encontrar -en aislar- una norma consuetudinaria; hay que confesar que aislar una norma consuetudinaria es algo semejante a encontrar una especie botánica o zoológica rara". La cuestión se comprende mucho mejor si en lugar de buscar esa norma se observa "en una perspectiva macrojurídica, un sistema jurídico consuetudinariamente sostenido"[2].

No se trata, a mi juicio, de replantear el elemento consuetudinario en base a un puro ejercicio teórico. Haggenmacher sostiene que no cabe razonar sobre la costumbre en función de un modelo abstracto y que toda teoría general sobre ella es ilusoria, pues su estatuto difiere de un dominio a otro[3]. La costumbre debe ser observada en su modo de operar, ligada a las cosas, en toda su infinita variedad y versatilidad, alejada de estrechos cuadros esquemáticos. Las categorías del Derecho contemporáneo no parecen aptas para penetrar en este misterioso mundo del conocimiento.

El orden jurídico indiano se integraba principalmente con la ley, la costumbre y la doctrina de los autores, sin que existiera entre ellas una jerarquía uniforme y establecida, pues dependía de las áreas de la vida social regulada y del juego de los distintos poderes juridiccionales y normativos existentes. No se trataba de un orden cerrado[4], lo que aumentaba la presencia diferenciada del elemento consuetudinario, que asumía formas distintas, según las circunstancias.

En sucesivos estudios durante los últimos 25 años fui observando gradualmente un Derecho indiano cada vez más diferenciado del Derecho contemporáneo en su concepción y estructura, aun cuando ambos se integrasen en una misma trayectoria cultural de milenarias raíces. Sólo penetrando en diferencias esenciales, como la noción de ley[5], el papel de la doctrina de los autores[6] o el espíritu casuista del Derecho[7], podía reconocerse un espacio propio a la misma costumbre. Construir este nuevo espacio representó para mi una larga tarea, no siempre expresada de manera explícita, no siempre seguida por camino seguro. Hay que buscar la costumbre en las leyes, en la literatura jurídica, en las consultas del Consejo de Indias, en los decretos del rey, en las actas capitulares, en los títulos de nombramiento, en las escrituras notariales y en toda huella del pasado para percibir y evaluar su presencia, para otear ese trasfondo

consuetudinario que, a mi juicio, anima todo el Derecho indiano. Esta creencia, largamente madurada, es fruto del examen y reflexión sobre un nutrido material documental, en su mayoría disperso en los distintos estudios que hoy aparecen integrados en este volumen. Ese propósito une a todos ellos; el itinerario de la investigación diferencia etapas. Aun así no me parece una cuestión acabada, sino todavía viva, pendiente de muchos resultados. Por eso, no dejo de esbozar un conjunto de problemas, con sus consiguientes dudas e interrogantes, con la intención de facilitar la reinserción de la costumbre en la visión del pasado, dado que su ausencia afecta hondamente el grado de comprensión histórica. Esto es lo que me he propuesto en los nuevos estudios I y II, preparados especialmente para este libro.

En punto al orden de presentación dado a los escritos reunidos, he adoptado un criterio conceptual y no el cronológico derivado de su fecha de edición. De ahí que encabecen el volumen los nuevos estudios de índole "problemática" (I y II), y luego se incluyan los antiguos trabajos de carácter más "erudito" (III, IV, V y VI). Estos últimos mantienen la forma y contenido de su primera publicación, lo que permite su lectura independiente, conforme sea el interés y gusto del lector. Dado que aparecieron en lugares dispersos a través de casi quince años de distancia entre el primero y el último se pueden observar algunas reiteraciones de conceptos -y aun párrafos- que he creído conveniente mantener, en vista de su posible lectura independiente.

He revisado e introducido escasas modificaciones en los textos originarios. Las más sustanciales se encuentran en el estudio III, donde se han agregado nuevos aportes documentales y bibliográficos, sin perder por ello el carácter de visión panorámica. Su índole misma invitaba a la actualización. En general, hay pequeños cambios de orden estilístico y corrección de erratas tipográficas deslizadas en las primeras versiones. Para evitar repeticiones innecesarias se ha unificado el aparato de citas, que remite a la nómina de fuentes y bibliografía y de claves utilizadas para abreviar las menciones, ambas incluidas al final de la obra. Las frecuentes remisiones entre los distintos trabajos que componen este libro fue tanto una exigencia en la época de su publicación por separado como en esta nueva edición que los mantiene independientes. Para ello se ha adoptado un modo de citas que también se indica en las últimas páginas del volumen. La unificación ha llegado, en fin, al uso de la letra cursiva para destacar dentro de las transcripciones documentales voces como *costumbre, uso, práctica* u otras expresiones análogas que faciliten la lectura del texto, atrayendo la atención hacia las mismas. Por último, se han respetado algunas singularidades de dichos escritos, como la numeración de párrafos del estudio III, que es utilizada para precisar mejor las remisiones temáticas y separar las numerosas cuestiones que se abordan.

Una alternativa que tuve en cuenta al preparar este volumen fue la de elaborar una obra nueva con todos los materiales reunidos, pero eso implicaba el abandono de la idea inicial y la adopción de un plan distinto. Me hubiese sido dificil unir en esa eventual nueva redacción el aporte "erudito" de los antiguos trabajos con la reflexión "problemática" de los nuevos. Además se habría esfumado un itinerario de indagaciones y reflexiones que me parece interesante dejar testimoniado por lo que significa en el mundo de la investigación, llena de dudas, tropiezos y logros en un tema cuya trascendencia en las disciplinas históricas y jurídicas no se puede ocultar. Mi elección queda reservada al juicio del lector.

NOTAS

[1] *La coutume*, LI, 329-341.

[2] DIEZ-PICAZO, 143. Sobre el dominio de una concepción normativista, véase CUETO RUA, "Derecho consuetudinario", 57 ss.

[3] HAGGENMACHER, 29

[4] TAU ANZOÁTEGUI, *La ley*, 8.

[5] Véase los estudios contenidos en ibidem.

[6] Idem, "La doctrina".

[7] Idem, *Casuismo*.

I

LA COSTUMBRE ENTRE LA DOGMÁTICA JURÍDICA Y LA HISTORIA

Sumario: I. LA COSTUMBRE ¿EXPULSADA DEL ORDEN JURÍDICO? II. EL RETORNO DE LA COSTUMBRE: 1. La admisión por la Dogmática. 2. El aporte histórico-jurídico. 3. El Derecho consuetudinario indígena, una expresión de militancia política. 4. El hito de un congreso internacional: Bruselas, 1984. III. APUNTAMIENTO FINAL.

La costumbre jurídica se presenta de un modo ambivalente. Por una parte, pesa en el ánimo la fuerte concepción moderna que la considera como un elemento del pasado, incierta, ambigua y de poca estima frente a la ley escrita, breve y racional, entendida como una exigencia irrenunciable de la modernidad. Su exclusión, casi radical, del orden jurídico actual aparece como consecuencia de una evolución progresiva, sin retorno posible. Aunque siempre hubo voces, aisladas e intermitentes, que no se resignaron a aceptar esa operación de exclusión, fue sólo, de manera lenta, a lo largo del siglo XX, cuando se fueron delineando posturas, con motivaciones distintas, en pos del reingreso de la costumbre en el orden jurídico. Los matices de una y otra tendencia son, por cierto, infinitos.

En estas condiciones, si bien puede decirse que la costumbre ha retornado al mundo de los juristas, difícilmente pueda sostenerse que sean importantes sus consecuencias en cuanto a la aplicación en áreas centrales del Derecho ¿Es que se trata del retorno de la vieja costumbre expulsada o de una nueva que dista mucho de parecerse a aquella? El torbellino desatado puede desorientar a quien pretenda conocer la cuestión y fácilmente le hará variar su juicio según el lado al que atienda.

El historiador no puede eludir este planteo actual. Al contrario, debe nutrirse del mismo para formular su propia reflexión, afinar el enfoque y preparar la instrumentación que permita la adecuada aproximación al objeto histórico. En este sentido, debe superar antiguos criterios irreflexivamente deducidos de su propia formación dogmático-jurídica, que daban poco valor a la costumbre y relegaban toda consideración sobre su inserción en el orden jurídico clásico, anterior al siglo XIX. Esta es precisamente la situación de nuestro Derecho indiano, donde la preeminencia de la ley, en solitario, era para muchos axioma aplicable en la labor de investigación.

Sin otra pretensión que la de abrir una vía de avance en este conocimiento, que los historiadores deben asumir como propio, he preparado estas páginas que dan cuenta someramente de los vaivenes experimentados por la costumbre en la consideración de juristas e historiadores de los últimos tiempos.

I. LA COSTUMBRE, ¿EXPULSADA DEL ORDEN JURÍDICO?

Es bastante difundida la creencia de que la costumbre fue eliminada del orden jurídico por influjo de las ideas dominantes en la Europa continental y América hispana en los últimos dos siglos. De ser así, se trataría de un acontecimiento espectacular, verdaderamente transformador de la esencia misma del Derecho, donde la costumbre es proscripta -al menos oficialmente-, deja de interesar al jurista práctico y hasta parece perder toda su importancia científica.

Cabe preguntarse si esta imagen de una costumbre desplazada de toda consideración del fenómeno jurídico contemporáneo coincide con el desarrollo de los acontecimientos o, en cambio, debe ser revisada. Es evidente que esa imagen tiene una gran fuerza simbólica y es atractiva para componer un esquema que muestre las grandes

líneas evolutivas de la tradición jurídica romano-canónica. No es objetable en este nivel, pero está supeditada a una profundización que lleva a matizar un juicio tan absoluto. Es que durante ese largo período de crisis se suceden y entrecruzan corrientes teóricas y prácticas diferentes, fuerzas de arrastre y de renovación, con distintas potencias, que es preciso conocer en sus principales enunciados.

Un caudal central es el que proviene del pensamiento racionalista y se plasma en la codificación francesa. Este modelo se expande en países de Europa continental e Hispanoamérica y abarca sectores nucleares del Derecho -sobre todo el Derecho civil y el penal, en menor medida el mercantil-. Se afirma con una doctrina y práctica que desafía durante todo el siglo XIX y parte del XX a cualquier otra alternativa metodológica[1]. El texto legal es sacralizado y los comentarios lo acompañan sin escapar a su órbita.

La costumbre es expulsada de este modelo codificador, como modo creador de Derecho, ya sea guardándose total silencio acerca de ella en los definitorios títulos preliminares de los códigos, ya sea regulando expresamente su papel subordinado. Muchos discursos de la época se muestran solidarios con este modelo, y contrarios a la subsistencia de la costumbre que era un elemento irracional, incierto, ambiguo, según se decía, al punto que un difundido filósofo y legista, Jeremy Bentham -de fuerte influjo en el mundo hispano- la consideraba impropia de los hombres y sólo apta para regir el reino animal[2].

Es esta la línea más dura, que domina buena parte del pensamiento jurídico del siglo XIX con fuerza poderosa que no declina con el cambio de centuria. Esta corriente se introduce en las aulas, donde la formación de los nuevos juristas se hace en torno de esta "cultura del código"[3]. Tanto el criterio racionalista dominante como una evidente practicidad profesional de tener condensado "todo el Derecho" en cuerpos legales abarcadores da sólido sustento a esta concepción, que en los países hispanoamericanos aparece hacia el último cuarto del siglo XIX y mantiene su reinado durante largas décadas del siglo XX. Bajo esta idea hegemónica es que puede, propiamente, hablarse de la expulsión de la costumbre del orbe jurídico. Como dice Haggenmacher "la codificación da el golpe de gracia a la costumbre e instaura la ley en emperatriz absoluta"[4]. Es indudable que bajo el término "codificación" no debe entenderse sólo los textos de los códigos, sino el resto de la cultura jurídica -doctrina, enseñanza y jurisprudencia de los tribunales- que acompaña y enfatiza este modelo excluyente.

En los códigos civiles hispanoamericanos del siglo XIX, la costumbre no es admitida como fuente del Derecho, a veces con el simple silencio -como en el modelo francés- y otras veces mediante declaración expresa. Se la excluye o se la somete a la ley. Con cierta finura de análisis algunos autores perciben la subsistencia del fenómeno consuetudinario en esos textos a través de algunas remisiones legales a la misma o como elemento que coadyuva a integrar y complementar la voluntad negocial, lo que representaría una peculiaridad que los apartaría de los modelos generales[5]. Donde la exclusión se hace más patente es en lo relativo a las costumbres indígenas que desaparecen de los códigos de países con importante población aborigen -como México y Guatemala- y quiebran la propia tradición del Derecho indiano en la materia[6]. Esta consideración tiene aun mayor peso en autores que conciben la costumbre en América ante todo como Derecho indígena y observan dicha exclusión como un intento de silenciar a todo un mundo cultural[7].

Quedaron algunos sectores del Derecho fuera de esta magna y pujante empresa codificadora, como las prácticas administrativas, o incluso otros más reacios a adquirir forma codificada, como los usos mercantiles[8] o las prácticas procesales. No falta, por cierto, el caso del derecho internacional, siempre esquivo a los reiterados esfuerzos en

pos de su codificación. Pero aun en estos sectores que no ingresan en la "disciplina codificadora", siempre asomó el paradigma del código como un fruto apetecido.

Pese a la feroz crítica racionalista, una fuerte corriente de arrastre aun mantuvo en la mentalidad de los juristas decimonónicos un cierto aprecio por la costumbre o al menos la creencia en su utilidad en determinadas ocasiones, para dar fuerza al discurso jurídico o preparar una reforma legislativa. Esto se hizo evidente en la larga etapa de transición que condujo a la codificación, producida en la mayoría de los países hispanoamericanos ya avanzada la segunda mitad de la centuria. Inclusive, instituciones novedosas como la jurisprudencia de los tribunales, encontraron principal apoyo doctrinario en la costumbre. La literatura jurídica pre-codificadora continuaba dando lugar a la costumbre[9]. Puede sostenerse que esta corriente de arrastre encontró su muerte con la sanción de los códigos. Pero ¿no sería acaso también una de las bases de la posterior resurrección?

Es que pese a esta expulsión de los sectores centrales del orden jurídico, la costumbre no desapareció, conociendo una etapa de cierto florecimiento en los ámbitos especulativo y profesoral, gracias a la Escuela histórica del derecho, que, bajo el liderazgo de Savigny, inició una temprana crítica a la codificación napoleónica. Como es sabido no ofrece un modelo alternativo al pujante sistema de los códigos y su labor intelectual sirvió, a la larga, para perfeccionar la base científica de la codificación y no para destruirla. La Escuela veía en la costumbre "la expresión privilegiada del alma jurídica de un pueblo"[10], y aunque Savigny la consideraba más como un elemento del pasado, no dejó de incluirla como una de las cuatro fuentes del Derecho, consagrando una clasificación que se haría clásica en los estudios jurídicos de la modernidad. A él, pero sobre todo a Puchta, se le debe que el tema empezara a preocupar a los teóricos que debatían las propiedades, los fundamentos y los mecanismos de la costumbre sin que estas disquisiciones doctrinarias tuviesen influjo sobre la práctica del Derecho[11] ni atrajesen el ánimo de los juristas de la época, salvo excepciones.

Puchta sostenía que el Derecho consuetudinario surge del pueblo en sentido natural y no político, como lo entendía la doctrina anterior; lo hace de modo inmediato a diferencia del llamado "derecho científico", que a menudo es confuso; y se expresa en la costumbre, es decir en el comportamiento general, constante, uniforme de los asociados. Así la costumbre aparece como un producto del Derecho y no al revés, por lo que la repetición de los actos no es elemento constitutivo, sino sólo probatorio[12].

Podría preguntarse si con este movimiento se abre "un espectacular retorno favorable" a la costumbre -como dice Haggenmacher-[13] o si es tan sólo una corriente subterránea, no atendida mayormente por entonces y que se hará visible cuando se agote el fulgor de la codificación a la francesa. Este último matiz me parece más cercano a la realidad.

Dentro del mundo también se suscitan en la época algunas manifestaciones que, sin ser calcos del historicismo alemán, coinciden en posturas revalorativas del fenómeno consuetudinario. Con las mismas cabría plantear el interrogante de si constituyen anticipos de un retorno o resistencias frustradas a un sistema de códigos absoluto y uniforme. Dado que toda semilla de cambio suele surgir de un inconformismo, sería impropio establecer tajantemente esa separación, aunque los dos ejemplos de los que me ocuparé enseguida aparezcan más cerca del segundo supuesto. Me refiero a los casos del español Joaquín Costa y del argentino Manuel A. Sáez, dos muestras representativas de actores de las luchas en favor de una integración de la costumbre en el proceso codificador.

En el último cuarto del siglo XIX español, Joaquín Costa aparecía como uno de los estudiosos más fecundos y persistentes en materia consuetudinaria, con libros y

monografías, además de una activa participación en el escenario público. Principalmente guiaba a Costa un interés práctico, es decir que el movimiento codificador y legislativo tuviese en cuenta el verdadero Derecho popular y no atendiese sólo a abstracciones doctrinarias. De ahí que su propósito era mostrar "las costumbres vivas, actuales, sin más excursiones a la historia que las que estrictamente derivaban de la misma índole de los datos reunidos". Sin embargo, ello no impidió que buscara en el pasado "la raíz y entronque de los hechos presentes" y, por consecuencia, que pusiera en relieve "el proceso histórico del Derecho consuetudinario español y la importancia de este elemento en la total historia jurídica de nuestro pueblo"[14]. Con estas palabras, Altamira enfatiza el doble aporte de Costa, histórico y actual, al mostrar "las formas consuetudinarias populares de la vida", aunque él no haya alcanzado a palpar su exito[15] y más bien haya mordido el polvo de la derrota.

Postura análoga, mutandi mutatis, es la del argentino Manuel A. Sáez, aun cuando mucho menos notoria que la de Costa. En 1884 edita sus *Observaciones críticas sobre el Código civil*. Cuarenta páginas están dedicadas al análisis crítico del artículo 17 del código argentino, que somete la costumbre a la ley y niega su carácter de fuente del Derecho. Sáez reacciona frente al cercenamiento que hace el codificador de cualquier otro modo de creación jurídica que no emanase de la ley, niega la facultad absoluta del legislador para establecer el Derecho y reivindica la potestad del pueblo a través de la costumbre, ya creativa, ya derogatoria. Sostiene que la creación consuetudinaria como "hecho material" no puede ser borrada por la simple decisión del legislador. Además plantea con cierta novedad una renovación de los presupuestos políticos y de las condiciones técnicas de la costumbre, postulando una depuración de los resabios irracionales que podía conservar. No es ajena a esta argumentación el influjo de Puchta[16].

El discurso consuetudinario de Sáez no tuvo seguidores y alcanzó escasa repercusión. Es sugestivo en este sentido que uno de los más destacados exégetas de los códigos argentinos, Lisandro V. Segovia, haya colocado en una glosa marginal del ejemplar de las *Observaciones*, que le pertenecía, que bien podía omitirse "la lectura de todo el comentario" de Sáez a este artículo[17]. Es que la costumbre aparecía para una mayoría abrumadora de juristas como un elemento que el Derecho actual había enterrado definitivamente, hasta el punto de excluirlo de todo tipo de reflexión.

Esta eliminación sutil y franca -a la vez- tiene un nuevo y precioso testimonio en los repertorios de la lengua. En las definiciones de la voz *Derecho* que lucen en los diccionarios españoles de los siglos XVII y XVIII, la costumbre constituía una de las siete categorías que lo componen. Así se expresa que el Derecho es el que dicta la naturaleza, ha ordenado Dios, establecido la Iglesia, constituido las gentes, dictado los soberanos, dado por las ciudades y establecido por la costumbre. Es sugestivo que durante el siglo XIX esta última categoría desaparezca de la acepción principal, manteniéndose las restantes, antes de que se introduzcan los nuevos aires modernos de la voz. Esa amputación la observamos ya en un *Diccionario judicial* de 1831 y poco después, en la décima edición de 1852 del *Diccionario* de la Real Academia. En este último caso supone una expresa y deliberada eliminación de esta categoría que había figurado desde la primera edición de 1726. Así la costumbre dejaba oficialmente de ser Derecho aun para los eruditos cultivadores de la lengua. Pero también aquí, como en otros perfiles del tema, la costumbre no desaparecía. Una ligera mirada sobre el citado *Diccionario judicial* permite observar el trasfondo consuetudinario a lo largo de todo el artículo destinado al *Derecho*, más allá de la acepción comentada; y desde luego encontrar definida la costumbre como "práctica muy usada y recibida que ha adquirido

fuerza de ley”[18]. El doble enfoque registrado en este testimonio ¿no era acaso representativo de una tensión interior que se daba en la esfera del Derecho?

II. EL RETORNO DE LA COSTUMBRE

La exclusión de la costumbre del nuevo orden dogmático fue una operación intelectual radicalizada, que se propagó más allá del círculo de los juristas y anidó en la mentalidad social. Esa supresión se hizo bajo las banderas de la certeza y seguridad jurídicas. Pero en realidad subyacían otras motivaciones. La costumbre, por su índole, actuaba dentro de un ordenamiento plural, donde las normas no provenían de un único poder legislativo, centralizado, sino de diferentes poderes, de distinta naturaleza. La antigua definición de Derecho que acabo de comentar representa esa visión. De ahí que fuese en sí un obstáculo al proyecto moderno de construir un Derecho, ordenado como sistema, donde las normas procedieran exclusivamente del Estado y fuesen uniformes. La codificación acunó ese ideal. Los diccionarios de la lengua, dando razón a la afirmación de que las transformaciones léxicas encubren procesos de evolución conceptual, asimilaron estos cambios.

Sólo cuando esa primera empresa codificadora dio señales de agotamiento, pudo vislumbrarse el retorno de la costumbre. Este retorno o resurrección no implica la posibilidad de una vuelta a lo que antes fue. Es un retorno amplio en el nivel del pensamiento jurídico, donde la costumbre se ha constituido en una referencia insoslayable para quienes trabajan en el campo especulativo; es un retorno restringido en lo que concierne al Derecho positivo, donde se le admite supletoriamente en ciertos casos, o de modo algo mayor, según las ramas jurídicas; es un retorno necesario en lo que respecta a los estudios históricos, pues no se puede comprender el Derecho anterior al siglo XIX sin la intervención de este elemento; es un retorno elaborado en tiempos más recientes en la construcción de un Derecho consuetudinario indígena en América. De estas distintas facetas del movimiento “retorno” me ocuparé a continuación, siempre con el propósito de abrir camino -metodológicamente hablando- en nuestra dirección histórico-jurídica. Es arriesgado señalar primacías temporales en esas fases, sobre todo entre lo histórico y lo dogmático. Prefiero mostrar por ahora una pausada convergencia. Las fechas aisladas no siempre certifican los concretos influjos, la amplia difusión de un libro ni la circulación de ideas en torno a nuestro tema. En todo caso, cabe señalar que no pretendo hacer aquí una historia de ese movimiento de retorno -tema que considero de fundamental interés para comprender muchos aspectos del Derecho contemporáneo, muchos más tal vez de lo que ahora se puede suponer- sino tan sólo preparar a los que se aproximen al estudio del pasado sobre cómo deben adecuar el lente de observación para mejorar la imagen de un Derecho “con costumbre incluida”, y no como hasta ahora generalmente se ha hecho “con costumbre excluida”, o sólo atendida como cuestión exótica o marginal, o a lo sumo con tratamiento monográfico aislado o acotado, acabado en si mismo sin proyección sobre el resto del análisis histórico-jurídico.

Si se tratase de fijar fechas y autores para datar el comienzo de este movimiento de retorno podríamos detenernos en dos casos con distinto significado y grado de representatividad. Entre los dogmáticos, François Geny (1899); entre los historiadores, Rafael Altamira (1895 y 1903). Ambos rondan el cambio de la centuria.

1. La admisión por la Dogmática

Lo que retorna no es la vieja costumbre sino una nueva, creada y moldeada por los juristas dogmáticos. La expulsión operada significaba un empobrecimiento del

fenómeno jurídico y la reacción pronto se hizo ver. No cabía pensar en que este elemento sustancial del antiguo Derecho podía reincorporarse tal cual era, pues acarrearía la negación del flamante sistema. El orden clásico se percibe abierto, plural y particular: allí tenia la costumbre terreno abonado para progresar. El orden moderno es generalización y abstracción: allí la costumbre enflaquece, cuando no desaparece. Su retorno no podía pues darse en las antiguas condiciones. ¿Cabía entonces plantear y construir una noción general y abstracta de la costumbre? ¿No era esta pretensión la negación misma de la que había sido hasta entonces?. A ello se consagra la tarea especulativa de los juristas, especialmente los que cultivan la, denominada en el siglo XX, Teoría General del Derecho[19]. La consideran un concepto-clave del pensamiento jurídico[20], "un banco de prueba severísimo para el concepto general del Derecho"[21]. Se esbozan teorías, diversas y discrepantes, sobre el fundamento y la naturaleza del Derecho consuetudinario, con un despliegue desconocido en el antiguo Derecho cuando ella gozaba de real vigencia. Se produce una verdadera desproporción entre las abundantes páginas dedicadas al estudio teórico de la costumbre y la escasa o nula importancia que alcanza en la práctica.

Donde hay coincidencia mayoritaria es en reconocer que, siendo un orden cerrado, el Derecho no puede nacer del hecho. Como la costumbre es un hecho, ella por si misma no puede crear Derecho. De ahí que la transformación del hecho en Derecho se presenta como "misterio central del derecho consuetudinario"[22] y como pregunta esencial. La respuesta -que no es pacífica por cierto- busca, como en otras "salidas" jurídicas, el camino de la ficción: la norma consuetudinaria sólo es jurídica en el momento en que el juez la acoge y aplica, porque es necesario que un agente del sistema jurídico oficial haga la metamorfosis[23]. La costumbre pues no volvía a ser Derecho. Era, sin duda, fuente de conocimiento, de donde el legislador o el juez podían extraer material adecuado para la producción de la norma jurídica, pero no se le admitía como regla válida y vinculante, junto a las otras provenientes de la legislación o de la actividad de los jueces. Era una solución de compromiso inventada por juristas dogmáticos, que parecía satisfacer a muchos. Por una parte se borraba ese pecado capital de haber expulsado a la costumbre y por otra se preservaba el orden cerrado del Derecho moderno. Claro está que la satisfacción no dura mucho, pues no falta la incisiva observación: si se admite que es sólo el juez quien al aplicar la costumbre en la resolución del caso, crea Derecho, ¿no puede decirse lo mismo de la ley y en tal supuesto se estaría trastocando el orden básico de la Dogmática fundado en el absolutismo legal?[24].

La costumbre está destinada a no desaparecer jamás, ni siquiera en un Estado fuertemente centralizado[25]; aunque proscripta oficialmente con la codificación, nunca ha desaparecido y tuvo "un espectacular retorno favorable"[26], son ambas expresiones más cercanas a un voluntarismo que a una efectiva realidad. Es cierto que lentamente la costumbre ha ido adquiriendo a lo largo del siglo XX un nuevo lugar, bien modesto por cierto, como fuente subsidiaria de la ley, o de modo principal en algunas áreas o ramas del Derecho -como el internacional-, pero en otras cosecha fuertes repulsas aun cuando ella prospere a espaldas de sus impugnadores -como en el ámbito constitucional, donde parece necesario mantener aunque sea artificialemente una estructura vertebral-. Esta parcialización que la costumbre experimenta en las diferentes ramas del Derecho no es ajena a su propia historia, pero desluce los intentos uniformadores de la Dogmática y molesta la percepción del jurista.

La costumbre no opera de igual modo en todas las ramas del Derecho, ni antes ni ahora. No acompaña la idea de uniformidad. El jurista moderno ha pretendido, sin embargo, construir con ella un modelo abstracto y uniforme. El dogmático le pide a la

costumbre certeza y formalidad, y ella no la tiene, no la puede dar, a riesgo de perder su identidad. A su vez, si el dogmático la admite como es, autodestruye su orden. Pero, en estas condiciones, no insiste en el rechazo de sus predecesores del siglo XIX, pues es consciente de que en ella se refugia una porción de juridicidad, que no es posible desconocer. Hay así un juego dialéctico, un debate vicioso, un dilema de esencias, inacabado tal vez.. Me limito a apuntarlo[27].

El nuevo lugar concedido no ha sido lo suficientemente amplio y sólido para que la costumbre retome al menos parte de su antiguo brillo. Su presencia en la praxis y en las aulas es hoy muy débil[28].

El nombre de Geny no ha sido mencionado páginas atrás al azar e inmotivadamente. Su obra *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo* (1899), con inmediata traducción española (1902), tuvo rápida difusión e influencia científica en muchos países, entre ellos los de raíz hispana. Fue la más sólida reacción contra el método de la exégesis, dentro siempre de un equilibrio intelectual harto destacado. En el tratamiento de la costumbre abrió una nueva etapa en la literatura francesa y en todo el pensamiento que le era afín. Hay un dato significativo: casi el 20% del texto está dedicado a nuestra fuente jurídica, con el agregado de otras referencias en distintos pasajes del libro. Geny se siente obligado a justificar este amplio espacio concedido a un tema silenciado tanto por el código napoleónico como por la literatura jurídica de su país. Reconoce que no hay una seria monografía para mencionar, en contraste con el análisis y discusión desarrollado en la ciencia alemana. Mientras la doctrina francesa en su gran mayoría negaba a la costumbre el carácter de fuente jurídica directa, en cambio, la germana, a partir del influjo de la Escuela histórica, se mostraba favorable a su reconocimiento. Tiene pues Geny el mérito de abrir camino en una Dogmática cerrada, fuertemente dependiente de la ley y de su círculo exegético.

La extensa exposición de Geny es atractiva y sólida, pero está llena de condicionamientos y reservas, que parecen buscar permanentes equilibrios entre posturas distintas y distantes. Explica que con la fuerte centralización política y el crecimiento del Estado la legislación se va imponiendo y la costumbre cede y se retira, aun en países como Inglaterra y Estados Unidos donde el elemento consuetudinario se halla más arraigado en el orden social. Esto explica que en Francia la costumbre sólo pueda sostenerse en límites muy reducidos[29]. Reconoce que desde el punto de vista político y social, la ley debe prevalecer y rechazarse toda costumbre opuesta a ella[30]. Estima que la centralización es bastante fuerte para desafiar el peligro de costumbres locales o particulares, las cuales sólo se formarán sobre puntos muy secundarios[31].

Si bien sostiene que corresponde al legislador intervenir para revisar y actualizar el Derecho positivo, admite que en esta tarea se ha revelado estéril, por lo que cuando no lo hace, tratándose de reglas menores, puede actuar la jurisprudencia. Y es allí donde observa el papel de la costumbre, que puede completar y precisar la ley escrita, pues conserva siempre su fuerza productiva indispensable y apoyada por la jurisprudencia y la doctrina merece "tener aun, en nuestra civilización, un lugar importante"[32]. Se trata de una costumbre elaborada por los juristas para completar la legislación e imponer soluciones a la futura tarea de interpretación[33].

Es cierto que Geny vuelve a colocar a la costumbre como fuente formal, detrás de la ley y considera que ambas son "dos fuentes vivas en la actualidad"[34], pero también lo es que la readmisión de la costumbre se formula en términos nuevos, en condiciones que distan de la antigua concepción, en cuanto ella no es fuente formal directa. ¿Está Geny señalando la dirección del Derecho privado contemporáneo, al colocar la jurisprudencia junto a la ley, con una tibia revalorización de la costumbre? En fin, cabe reconocer que Geny reintroduce en el Derecho positivo el tratamiento de la costumbre, superando una

etapa de silencio o indiferencia[35]. Sin embargo, su propuesta es débil en cuanto a las posibilidades de llevarla a la práctica. También en esto parece darse en su obra aquella dirección anunciada.

2. El aporte histórico-jurídico

En la Dogmática se revaloraba la costumbre, pero con muchas limitaciones. Se la sometía a un orden cerrado, a una jaula de oro. Era digna de estudio, pero casi sin vida en la praxis. En cambio, es mucha más amplia la perspectiva que se descubre en la pluma de un joven historiador del Derecho, Rafael Altamira, por entonces catedrático de la Universidad de Oviedo. Al plantear en 1903 las cuestiones preliminares al estudio de la materia resalta de manera particular el tema de la costumbre. Son páginas sorprendentemente profundas para la época y si bien están escritas desde el ámbito de la disciplina, contienen afirmaciones de orden más general. Se inspira en Joaquín Costa, en su maestro Francisco Giner de los Ríos y en el historicismo alemán, pero va más allá de ellos. Conoce la más reciente doctrina sobre la costumbre y no faltan los nombres de E. Lambert y F. Geny. Se apoya en las ciencias sociales y ello le permite avanzar en un terreno donde lo que importa es el Derecho vivido, la ley aplicada, la costumbre naciente. Ya en 1895, al ocuparse de la enseñanza de la historia jurídica había establecido la insuficiencia de una historia de la legislación para conocer el Derecho y la necesidad de penetrar en el conocimiento de la costumbre "como fuerza creadora y modificadora y como elemento plástico de la misma ley"[36].

Para Altamira la costumbre es un fenómeno intrínseco del Derecho, presente en España en todas las épocas y que sigue subsistiendo con extraordinaria fuerza en los ámbitos locales, pese a los intentos uniformadores de leyes y códigos. Los datos históricos evidencian, en contra de algunas creencias, que pese al robustecimiento de la autoridad real y la pérdida de la antigua autonomía concejal la vida jurídica no quedó uniformada, ni aun en Castilla. Durante la Edad Moderna se mantuvieron muchas prácticas locales y aun hoy -dice- se perciben esas supervivencias consuetudinarias, pese al gran movimiento legislativo y unificador del siglo XIX.

Agrega Altamira que como "expresión de dos estados y puntos de vista intelectuales", ley y costumbre "son igualmente necesarias y mutuamente se rectifican y auxilian". La costumbre no está subordinada a la ley e históricamente no participa de la opinión de que al nacer la ley desaparece la costumbre. Para él, la costumbre "es una forma eterna de la ley jurídica y en lo más de los pueblos actuales ha venido siendo, hasta hoy, la más numerosa y la más conforme con el carácter del cuerpo social"[37].

Este fervor consuetudinario de Altamira -que ha estudiado María Rosa Pugliese[38]- tiene punto de partida en la tesis doctoral y permanece a través de su larga vida. Cuando en la década de 1940 se editan la mayor parte de sus estudios sobre Derecho indiano, la costumbre vuelve a aparecer como una de las preocupaciones centrales. Si el Derecho peninsular era, como había dicho antes, campo apropiado para observar el fenómeno consuetudinario, el orden indiano se constituía acaso en escenario inmejorable para practicar esa operación intelectual. Su extenso y documentado estudio sobre la costumbre indiana[39], inspirado en aquellas tempranas ideas y fruto de una larga preparación está condicionado por su factura excesivamente erudita y por la utilización casi exclusiva de una fuente legal -la Recopilación de 1680-. Pese al avance que significa, no logra Altamira dar un vuelo mayor a sus conclusiones ni enlazar aquellos datos con los planteos iniciales de su trayectoria intelectual. Tampoco, las ideas e investigaciones de Altamira conmueven a juristas ni historiadores, salvo algunas excepciones, como Ricardo Levene. El enfoque extremadamente legal siguió

dominando los estudios histórico-jurídicos y las demandas de Altamira quedaron como programa desatendido.

3. El Derecho consuetudinario indígena, una expresión de militancia política

Además de un componente emocional, que explica buena parte de su vitalidad, la noción de costumbre está rodeada de un rico campo conceptual, donde nociones vecinas acuden a la mente, como uso, práctica, tradición, entre las generales; observancia, rito, culto -en una dimensión religiosa-; modos, protocolo, etiqueta, en punto al ceremonial en la vida pública, etc[40]. Si bien incorporar estas nociones puede entorpecer una visión formalista de esta fuente y merece el desdén de los juristas positivos, no es menos cierto que quienes buscan valores de política jurídica no pueden ignorarlas.

Una buena muestra del manejo de una noción "impura" lo constituye el denominado "Derecho consuetudinario indígena", como creación intelectual contemporánea. No me refiero aquí a los ancestrales usos y costumbres aborígenes, aun parcialmente vigentes, estudiados especialmente por historiadores, etnólogos y antropólogos y que encuentran lugar en otras páginas de este mismo volumen[41]. Se trata de la elaboración de un nuevo orden alentado por un movimiento de reivindicación política llevado a cabo por intelectuales actuantes en organizaciones indígenas de países con alta densidad de población autóctona -como Guatemala y México- que llegan a cuestionar la legitimidad de los Estados nacionales y a presentar como alternativa la organización y funcionamiento autónomo de los pueblos indígenas. Es propiamente "un uso político-proyectual" de una sucesión de acontecimientos históricos[42].

Este Derecho consuetudinario así concebido tiene un marcado tono ideológico y político, que es emblema y escudo de una lucha bastante radicalizada. En la búsqueda de un orden jurídico alternativo al oficial, se presenta distinto al Derecho positivo vigente, cuando no en oposición y conflicto; y como "mecanismo de resistencia" que rechaza al conjunto de normas de carácter proteccionista existentes ya en el Derecho indiano, ya en el nacional posterior, por considerar que en ambos su propósito era "apuntalar el sistema secular de dominación". En cambio, el nuevo orden intenta expresar la identidad y tradición aborígenes.

A la hora de definir sus características, este Derecho consuetudinario se presenta como "un sistema debidamente vertebrado" de normas consuetudinarias que operan en los campos civil, penal, político y otros y que "encajarían en los distintos campos del moderno Derecho occidental"[43]. A su modo se revela también como de orientación dogmática. Su base histórica de sustentación, que se fija en cinco siglos, es endeble y ambigüa, si se pretende obtener resultados ciertos y uniformes, dadas las infinitas variantes, combinaciones y vicisitudes de tan larga trayectoria en los mismos pueblos indígenas, debidas no sólo a su dinámica interna, sino a los intensos procesos de aculturación sobrevenidos.

En una misma línea, otro autor presenta en México a "dos sistemas jurídicos que durante más de quinientos años han coexistido, pero no convivido" y agrega: "El sistema jurídico estatal español y mexicano ejercieron su dominación armada y mental sobre el sistema jurídico consuetudinario de los pueblos indígenas". En base a ello insta a terminar con "cinco siglos de colonialismo jurídico", a revisar los criterios de unidad nacional, a reconocer las autonomías autóctonas y también someter a nuevo examen el principio de igualdad jurídica tomando en cuenta las diferencias económicas y culturales[44].

Estamos ante otro caso en el que las transformaciones léxicas arrastran procesos de evolución conceptual. El uso de la denominación "Derecho consuetudinario" para exponer un orden alternativo, con fuerza político-ideológica, es un interesante testimonio sobre la valoración contemporánea del fenómeno consuetudinario, pues se le supone apto para enfrentar a un Derecho positivo aun reticente a admitir en el plano práctico la fuerza de la costumbre. Esto es lo que parece de interés rescatar de esa idea con vistas a nuestra exposición pues los demás aspectos no caben en este lugar.

4. El hito de un congreso internacional: Bruselas, 1984

Dentro de este retorno de la atención del jurista hacia la costumbre, cabe ubicar a un acontecimiento intelectual ocurrido tres lustros atrás, a la vez simbólico y significativo de esta nueva aproximación. En efecto, entre el 1 y 5 de octubre de 1984 se realizó en Bruselas el Congreso Internacional consagrado a "La costumbre en el pasado y en el presente, vista bajo el ángulo de la historia comparativa". Organizado por la Société Jean Bobbin, tuvo lugar en el Instituto de Sociología de la Universidad Libre de Bruselas. El fin del congreso era analizar el concepto de costumbre en base a un esquema teórico de cuestiones e interrogantes preparado por los organizadores y dirigido a estudiosos de todo el mundo con la suficiente anticipación para asegurar una participación amplia y variada. Para desarrollar ese esquema se programaron cuarenta ponencias generales que fueron encomendadas a diferentes autores y que abarcaron un dilatado panorama. Se trataba de un examen de la costumbre jurídica bajo todo los aspectos, tanto en las sociedades estatales como en las que no lo eran, en un cuadro universal en el tiempo y en el espacio. Junto a las ponencias generales establecidas de antemano, se admitieron un número indefinido de comunicaciones particulares, que en la ocasión superaron el centenar. Al final, sólo fueron publicadas las primeras, en cuatro volúmenes[45]. Son síntesis de la evolución de la costumbre en una vasta región y/o durante un largo tiempo. A veces recogen equilibradamente los aportes provenientes de las ponencias particulares.

Autor del esquema preparatorio, como también de la presentación del tema en el Congreso y de la síntesis general fue el profesor John Gilissen, de la Universidad Libre de Bruselas, quien durante 35 años -hasta su fallecimiento en 1986- fue el alma de la Société Jean Bodin y quien, con un estilo sobrio y pertinente, redactaba habitualmente estos documentos orientativos de los congresos de la entidad que permitían, unos, encauzar la labor de los participantes y otros, ofrecer resultados visibles del estado de las investigaciones. Justamente Gilissen, desde sus comienzos como profesor de Historia del Derecho había consagrado trabajos a la costumbre jurídica[46], preocupación que fue coronada en este congreso. El mismo pudo decir al inaugurar las reuniones: "Jamás hasta el presente, el concepto de costumbre no fue así sistemáticamente y universalmente estudiado".

El esquema teórico de Gilissen se refería a la costumbre como fuente formal del Derecho y por tanto estaba concebido desde una perspectiva jurídica, pero no era excluyente del contexto social en el que se insertaba. Luego de definir la noción de costumbre, buscaba el lugar que ocupaba en el orden jurídico, analizaba el concepto "costumbre", se interrogaba sobre su evolución, presentaba la aplicación de la costumbre en distintos grupos sociales, averiguaba las materias o brazos del Derecho regulados por ella, describía los medios probatorios y la puesta por escrito y redacción de las costumbres[47].

Este plan encontró dos tipos de dificultades en su aplicación: la ausencia de algunos autores y ponencias generales -ya comprometidas- en el Congreso; y la falta de ajuste al

esquema teórico en otras ponencias, con lo cual se entorpecía el desarrollo del método de hacer "la historia comparatista", según la propuesta. Si a ello unimos la dificultad intrínseca de fijar la noción de costumbre en las lenguas más diversas y en contextos culturales y jurídicos dispares, podemos apercibirnos del lento progreso en el conocimiento que produce este tipo de empresa intelectual colectiva. Como siempre, una explicable distancia entre el esquema ideal y el resultado palpable. Con todo, se puede encontrar en los volúmenes publicados y en los ejemplares de las ponencias particulares distribuidas a los congresistas una rica información que resulta de interés.

Lo decisivo de esta aportación en lo que aquí interesa remarcar es que fue la primera fuente de Derecho elegida como programa de un congreso de la Jean Bodin. Esto hubiese sido impensable en los días en que el código napoleónico y la escuela de la exégesis la apartaban casi del orden jurídico, y más aun en una entidad cuyo núcleo originario ha sido franco-belga. Es una renovada afirmación de la importancia que se le reconoce a la costumbre como elemento insustituible en el complejo entramado del Derecho y, desde luego, de modo particular en la observación histórica.

III. APUNTAMIENTO FINAL

Son sólo algunas aproximaciones a un vasto y tenso contrapunto. ¿Pueden acaso converger Dogmática e Historia? Los casos o ejemplos tratados ¿son expresión pura de algunos de esos campos? ¿O son sólo hebras de un nuevo tejido en elaboración? Si partimos del supuesto de que un determinado orden no muere históricamente de un golpe y por completo, las muestras ofrecidas son representativas de distintos estados de la cuestión: desde el gesto de soberbia dogmática, suprimiendo de cuajo al elemento consuetudinario hasta la admisión de un regreso condicionado y lleno de filigranas jurídicas, que encubren siempre la desconfianza del jurista positivo ante un intruso de su microcosmos normativo. La proyección de la cuestión excede el motivo de estas páginas y constituye un punto sujeto a necesario debate en la actual ciencia jurídica.

Pero esto mismo es de interés para el historiador, pues se trata de verificar cuál es el entorno de su puesto de observación histórica. Si acudimos al pensamiento de Altamira podemos inferir que aquel se mueve con mayor libertad que el jurista en esta materia, aunque sin llegar a impresionar y expandir sus ideas de modo convincente sobre los diversos grupos que durante el siglo XX cultivan la Historia del Derecho en el dilatado mundo hispano para comprometerlos en una empresa colectiva. Miradas las cosas de este modo, se trataría de una línea truncada, pero que deja trazas profundas, que el tiempo reaviva cuando las ideas caen en terreno abonado.

Dos muestras finales, pequeñas y elegidas de modo arbitrario entre muchas, permite advertir como aquellas antiguas ideas se fueron definiendo con el andar del tiempo en realizaciones concretas que, si no marcan hoy un patente florecimiento del elemento consuetudinario, por lo menos señala una nueva atención del jurista y del historiador. Estos ejemplos -dar nombre a la reivindicación política de un Derecho o convocar a un congreso de la magnitud del de Bruselas con una amplitud llamativa en el espacio y en el tiempo- no hubieran sido concebidos en una época pasada cuando la costumbre libraba en retirada sus últimas batallas, sin posibilidades ciertas de supervivencias en un universo que le era extraño y desfavorable a su misma entidad.

Pero insisto, este recorrido -de remarcable densidad, que sólo he esbozado en su hilo conductor- tiene el objetivo de asimilar esas dispares aportaciones, con vistas a afinar conceptos, repensar ideas y en suma preparar una operación intelectual que busca replantear el mismo núcleo del Derecho indiano, mediante los pasos de un razonamiento

pausado y profundo. Una operación que es esencial para el historiador y de marcada importancia para el jurista y el historiador general.

NOTAS

[1] Sobre la docencia de la Escuela de la exégesis en la materia, véase RAMOS NUÑEZ, 293-297.

[2] BENTHAM, IV, 331. Me ocupo de esta singular crítica en "La costumbre en el Derecho argentino...", 242-243.

[3] La expresión y su fundamentación en TAU ANZOÁTEGUI, "La 'cultura del código'...", 539-544.

[4] HAGGENMACHER, 38

[5] HERNANDEZ GIL y ZULETA, 91-94.

[6] GUZMÁN BRITO, 254.

[7] CLAVERO, "Ley del Código..", 132-149.

[8] Véase HERNANDEZ GIL y ZULETA, 101-102.

[9] Sobre esto, TAU ANZOÁTEGUI, "La costumbre en el Derecho argentino..." 231 ss.

[10] HAGGENMACHER, 38.

[11] Ibidem

[12] BOBBIO, 430.

[13] HAGGENMACHER, 38

[14] ALTAMIRA, "La costumbre", 82-83 y 85.

[15] GIBERT SANCHEZ DE LA VEGA, 66-67.

[16] TAU ANZOÁTEGUI, "La costumbre en... Saez", 218-223.

[17] Idem, "La 'cultura del código'...", 560.

[18] *Diccionario Judicial*, 107-109 y 98, respectivamente.

[19] Véase CUETO RUA, *Fuentes*, 79-121.

[20] HAGGENMACHER, 39.

[21] BOBBIO, 427.

[22] HAGGENMACHER, 28.

[23] BOBBIO, 443; COMBACAU, 4; y TROPER, 18 ss.

[24] TROPER, 19-20.

[25] BOBBIO, 441.

[26] HAGGENMACHER, 38.

[27] El trabajo de MICHEL TROPER, profundo y ambivalente a la vez, es ejemplo representativo de este juego.

[28] Sobre esta situación, véase CUETO RUA, "Derecho consuetudinario".

[29] GENY, 294-295 y 288.

[30] Idem, 372.

[31] Idem, 409.

[32] Idem, 615 y 348.

[33] Idem, 351

[34] Idem, 214-215.

[35] Un tratamiento del tema en CUESTA SAENZ, 319 ss.

[36] ALTAMIRA, *La enseñanza*, 455-456.

[37] Idem, "La ley y la costumbre", 75-76.

[38] PUGLIESE, 361-371.

[39] ALTAMIRA, "Estudios".

[40] HAGGENMACHER, 39.

[41] Véanse los estudios II, III, V, y VI, donde se dedican párragrafos específicos a la cuestión.

[42] La expresión es de Pietro Costa, en IGLESIA FERREIRÓS, 189.

[43] Esta exposición está basada especialmente en ROJAS LIMA. Sobre este movimiento hay una creciente bibliografía. Puede usarse como punto de partida la obra coordinada por ORDOÑEZ CIFUENTES.

[44] GONZÁLEZ GALVAN, 86 y 84.

[45] *La coutume..*

[46] GILISSEN, "La loi.."

[47] *La coutume*, LI, 5-6 y 15-33.

II

EL TRASFONDO CONSUETUDINARIO DEL DERECHO INDIANO

Sumario: I. MI PROPÓSITO. -II. RASGOS CONSUETUDINARIOS EN EL DERECHO MEDIEVAL.- III. LA REALIDAD INDIANA Y EL ORDEN LOCAL. 1. Variedad, casuismo y flexibilidad. 2. El orden local como laboratorio consuetudinario. 3. Un mosaico consuetudinario. 4. Costumbres populares.- IV. LA COSTUMBRE Y LA LEY: EL JUEGO DE LOS ESPEJOS. 1. Conflictos entre leyes nuevas y prácticas observadas. 2. La costumbre frente a una ley recopilada contraria. 3. La costumbre o uso dando fuerza a la ley. 4. La fuerza y la costumbre canónica.- V. LOS USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS.- VI. UN ESPACIO INTELECTUAL PARA LA COSTUMBRE.

I. MI PROPÓSITO

El fuerte impacto que significó la expulsión de la costumbre del orden jurídico contemporáneo, tal como se ha visto en páginas anteriores, afectó profundamente la visión histórica de los estudiosos formados bajo la creencia de que las leyes eran componentes exclusivos del ordenamiento social. Quien bajo esta convicción se acercaron al Derecho indiano sólo se interesaron por conocer la inmensa masa legislativa que relucía en colecciones impresas y manuscritas, leyendo estos textos como si pertenecieran al positivismo de nuestro tiempo. Sin reflexión previa, se comparaba el orden indiano con los modelos sistemáticos actuales y se censuraba su estilo casuista, exuberante y reiterativo, muchas veces contradictorio y con enormes lagunas normativas. Pese a que la costumbre aparecía con frecuencia en esos textos, poco o nada le decía al estudioso, aun después del pionero trabajo de Rafael Altamira. Ella quedaba fuera de esa zona legal profusamente iluminada. Cuando se reconocía su presencia, siempre era en posición inferior a la ley o dramáticamente enfrentada con ella. No se comprendía su papel multiforme ni se detectaba el entramado consuetudinario que anidaba en los propios textos legales. Era una visión externa, de superficie[1].

No es fácil superar este ángulo visual y alcanzar una idea del Derecho indiano más cercana a la realidad. Sobre todo si persistimos en examinar la costumbre como un mecanismo legislativo, que toma prestada la apariencia de una fuente formal del Derecho y por lo tanto sigue los pasos de la operación generadora de las normas[2]; o pretendemos aislar una norma consuetudinaria de la misma manera que lo hacemos con una legal[3]. A veces también se aplican a la costumbre esquemas propios de la ley y los resultados son naturalmente desfavorables. Por ejemplo, habitualmente no se tiene en cuenta lo que en la ley positiva hay de incompleto, reductor y estático, ni suele, en contraposición, apreciarse en la costumbre la encarnación de una sabiduría que escapa al legislador[4]. También se censura a la costumbre por mostrarse esquiva a someterse a una noción abarcadora y uniforme, como en cambio se puede alcanzar con la ley contemporánea. La variedad consuetudinaria asume infinidad de formas, incluso dentro de un mismo ordenamiento y según sean las materias jurídicas, lo que ha provocado juicios negativos, imputándole a la costumbre carencia de solidez, certeza y aun ilegitimidad[5]. Pese a estos inconvenientes los análisis contrastados entre ley y costumbre -que fueron clásicos ya en la antigua literatura- mantienen su utilidad siempre que no se insista en un enfoque unilateral, ni se impida una mirada sobre la costumbre más allá de esta relación circunscripta.

Según Grossi, la costumbre “nace desde abajo y es la voz misma de las cosas”, pertenece al estrato profundo del Derecho y es inherente a las estructuras más intimas del orden sociopolítico, proporcionando una cimentación sólida y estable a la fragilidad

e incertidumbre de la vida cotidiana[6]. Glosadores y comentaristas coincidían en que la costumbre "es una segunda naturaleza"[7]. La expresión se hizo popular y recorrió el mundo. Un conocido refrán hispano lo atestigua[8]. En ese mismo sentido es feliz la expresión de Joaquín Costa, al considerarla como "una forma de la vida del Derecho"[9] y no sólo como una fuente formal.

La costumbre aparece pues reclamando un espacio de análisis que no ha tenido hasta ahora en amplio sectores de la historiografía jurídica. Para encarar la cuestión, podemos empezar con la teoría del "ilegalismo tolerado", agudamente enunciada por Michel Foucault, según la cual durante el Antiguo Régimen la no aplicación de ciertos preceptos legales formaba parte de la vida política y económica. Ese "ilegalismo" tenía su propia coherencia e integraba el orden que regía los diferentes sectores sociales. Consistía tanto en privilegios como en inobservancias masivas de preceptos que no llegaban jamás a aplicarse. Además en los estratos populares se solía percibir "un espacio de tolerancia", conquistado por la fuerza o la obstinación y celosamente defendido[10]. La tesis de Foucault tiene objetivos ajenos a nuestro tema y acusa debilidades si se pretende generalizar su aplicación. Si bien no precisa el contenido de ese ilegalismo, lo caracteriza como "tolerado y necesario".

El ordenamiento ofrecía anchos márgenes e infinitos intersticios fuera del texto escrito de la ley y en esos espacios se insertaban usos, costumbres y prácticas que tanto llenaban los vacíos legales como se entramaban con las leyes en el momento de su aplicación. El fenómeno consuetudinario cumplía así silenciosamente una función apreciable dentro de ese orden, proporcionando estabilidad y continuidad sustancial, raigal y no episódica. Esta observación escapa a la sensibilidad de los historiadores adheridos al legalismo. Tampoco alcanza Foucault a sostenerla expresamente. En cambio, es profundizada por Fernando de Trazegnies cuando sostiene que el siglo XVIII carece de "una partición neta entre lo legal y lo ilegal", campos que el positivismo se empeñará en separar mediante la cuidadosa elaboración de la teoría de las fuentes formales en una tarea "condenada a un fracaso recurrente". El Derecho -agrega- se presentaba inmerso en lo real, mezclado con valores morales y religiosos, con costumbres y convicciones sociales que muchas veces desempeñaban papel decisivo[11].

Este patrimonio consuetudinario propio de los diversos órdenes jurídicos anteriores al siglo XIX, tuvo, a mi juicio, un mayor espesor en el Derecho indiano en atención a sus peculiaridades originarias y evolutivas. Como lo he señalado, ese Derecho no se presentaba como "un rígido conjunto de leyes de estricta aplicación, sino como una reunión de preceptos de diverso origen, naturaleza y alcance, que se invocaban y aplicaban conforme los casos y situaciones, según fuese la materia, las personas, el tiempo y las circunstancias de cada caso"[12]. Trazegnies, a su vez, lo percibe como "profundamente dinámico, maleable, sujeto a compresiones, expansiones y distorsiones"[13]. Además operaba en una sociedad de tipo estatal en donde existían diversos poderes jurisdiccionales y normativos, centrales y periféricos, con una cierta autonomía de ciudades y provincias. Si bien había un órgano central que producía normas generales, éstas no abarcaban todo el complejo jurídico y estaban limitadas en su efectiva aplicación por mecanismos de resistencia institucionalizados que operaban en los lugares donde debían aplicarse[14]. En tales condiciones la costumbre gana espacio como elemento de estabilidad y permanencia del orden local y de equilibrio en el juego de poderes.

Es tarea lenta y llena de obstáculos, descubrir ese patrimonio consuetudinario, dinámico y multiforme. Por ahora sólo pretendo levantar la punta de un inmenso velo que lo cubre, y ayudar a nuevas reflexiones y lecturas de los antiguos textos. A esos fines es conveniente partir del Derecho medieval europeo y castellano y atender a su

proyección sobre el Nuevo Mundo. Allí se encuentran las raíces de un fenómeno que brota con fertilidad en la variedad y diversidad de las inmensas tierras americanas. Una atención especial merece la relación entre ley y costumbre, en donde trataré de mostrar distintas operaciones de un juego que asoma multiforme y abierto a infinidad de posibilidades. En todo caso mi intento apunta a la búsqueda del "trasfondo consuetudinario del Derecho indiano". Se trata de un avance conceptual sobre los contenidos más "eruditos" de mis anteriores estudios -que se reeditan en este mismo volumen- sin entrar en contradicción esencial con los mismos.

II. RASGOS CONSUETUDINARIOS EN EL DERECHO MEDIEVAL

Las huellas que precedieron al fenómeno consuetudinario americano son bien notorias. La Edad Media aparece -en la observación de Paolo Grossi- como un vasto escenario donde el orden consuetudinario se impone con la vigencia de normas particulares y flexibles adheridas al cuerpo social, con menoscabo de las bondades formales de la generalidad, la abstracción y la fijación, propias de la ley moderna. Si bien ubica el "taller de la praxis" en los siglos V al XI, la dimensión consuetudinaria continúa en los siglos de la Baja Edad Media, cuando la ciencia asume una función central ordenadora. Así lo describe: "costumbres variadísimas, con un contenido de lo más diverso y procedentes de los productores más diferentes, que podían ser una gran comunidad ciudadana o una minúscula comunidad agraria, que podían concretarse tanto en un uso universal del estamento mercantil como en un uso restringido a una plaza determinada, que podían estar inmersas en redacciones escritas o que esperaban el instrumento de un pronunciamiento judicial para aflorar". En suma: "un patrimonio consuetudinario que continuaba conformando, asimismo en un panorama más abierto y variopinto, una decisiva y sentida factualidad del Derecho; un patrimonio consuetudinario que debe, por tanto, contemplarse como un gran signo de continuidad"[15].

La costumbre ocupa lugar central en el orden medieval, tanto en el más primitivo de la primera época como en el más sabio de la última. Es invocada instintivamente antes que pensada y articulada. Ligado a las cosas, el Derecho no existe como abstracción, como fenómeno aislado de los hombres[16]. Cuando con el refinamiento de los estudios jurídicos, devino la reflexión teórica, se fue construyendo lentamente una doctrina explícita que si bien reconocía plenamente a la costumbre como modo de establecer el Derecho, la fue encerrando en un conjunto de condiciones que de hecho entorpeció su crecimiento y provocó su atrofia[17].

Los glosadores, repartidos entre legistas y canonistas, aportaron sus propios textos y opiniones no siempre coincidentes, pero que llegaron a construir "la teoría romano-canónica de la costumbre", que se trasmite por siglos a los juristas. El Derecho consuetudinario no aparece allí como un ordenamiento inferior, sino igual en jerarquía al proveniente de la ley. Esta puesta en vista con la ley se hizo desde entonces constante en las más diversas tesis y posturas. Los antiguos textos romanos y canónicos permiten hacer lecturas divergentes, que van desde un tratamiento favorable hasta otro restrictivo. Legistas y canonistas -tanto glosadores como posteriormente los comentaristas- se inclinaron por desarrollar en sus glosas y comentarios una doctrinas apenas parcamente insinuada en aquellos textos. Se establecieron así los requisitos que debía cumplir una costumbre para ser reconocida: duración, frecuencia, uniformidad, constancia, etc. Se justificaba su validez y autoridad mediante la figura de la tácita voluntad del pueblo, que después subrepticiamente se transformó, con el nacimiento del absolutismo, en el consentimiento tácito del soberano[18].

Fue en el ámbito canónico donde la costumbre alcanzó mayor fuerza. La Iglesia, dice Grossi, "se ensimismó con la costumbre, la absorbió e incluso la modeló"[19]. Basándose en las Decretales, la doctrina adoptó una dirección favorable al desenvolvimiento de la costumbre, reconociéndosele un vasto campo de acción. Es en la decretal *Quum tanto* de Gregorio IX donde se admitió que la costumbre tenía fuerza de abrogar la ley, siempre que cumpliese con los requisitos de racionalidad y legítima prescripción. Esta doctrina puesta de relieve por los canonistas, permitió dar un casi perfecto equilibrio a la relación entre ley y costumbre en la jerarquía de las fuentes. En normas de igual grado se aplicaba el criterio cronológico: la posterior derogaba a la anterior. La costumbre abrogadora cobró así un amplio desarrollo, que a comienzos del siglo XVII fue plasmada en la obra fundamental del jesuita español Francisco Suárez, *De Legibus*[20].

Una visión sociocultural y decididamente progresista es la que ofrece Guriévich, al sostener que eran las costumbres, y no las leyes, quienes conservaban "el cordón umbilical" con la sociedad, iban cambiando gradualmente y se amoldaban a las nuevas exigencias. Con ajustadas palabras precisa esta idea: "Es evidente que la costumbre no se conservaba en la memoria de los hombres en forma invariable, sino que la forjaban ellos mismos, aunque no fueran conscientes de eso y siguieran estando convencidos de su 'profunda antigüedad'. En este caso no tenía lugar el 'aislamiento' del derecho consuetudinario de la sociedad y éste conservaba su elemento creativo... Cada vez que había que recurrir a la costumbre, la interpretaban guiándose inconscientemente no sólo por lo que realmente conservaban en la memoria sino también por lo que exigían las necesidades vitales del momento, los intereses de las partes". Esto conduce al autor a considerar que "el derecho de costumbres era el más importante y el más práctico en la vida corriente"[21].

Dentro de este amplio horizonte espacial conviene detenernos en el reino de Castilla, punto de partida del trasplante de la cultura jurídica a las Indias. De aquel recordado ensayo de Altamira de 1903 quedaron afirmaciones e interrogantes que no han recibido hasta hoy la necesaria comprobación ni las respuestas esperadas. Apuntaba entonces que la costumbre había tenido -y aun mantenía- enorme importancia en diferentes ámbitos de la vida local y que había mantenido su fuerza en los siglos de la Edad Moderna, pese al robustecimiento de la autoridad real y a las pretensiones de unificación legal. Fuertes y variadas costumbres locales -especialmente en el orden civil- subsistían de modo más notorio aun en la vida de los pequeños pueblos apartados de los grandes centros urbanos[22]. Si nos aproximamos a textos legislativos y a la literatura teológica, jurídica y política -sobre todo de los siglos XVI y XVII- advertiremos una estima generalizada hacia la costumbre como elemento esencial del orden jurídico que excede largamente el encuadre de fuente formal e inunda otros sectores del ordenamiento[23].

Entre los nuevos planteos que abren perspectivas de futuros trabajos caben destacar las exposiciones y debates del Simposio Internacional de Barcelona de 1994, centrado en la relación dialéctica entre la ley y la costumbre[24]. La preocupación acerca del concepto de ley y del ejercicio de la potestad legislativa en la Castilla bajomedival -mención especial merecen las contribuciones de González Alonso[25] y de Vallejo[26] - permite observar en el revés de la trama el vasto y variado juego de la costumbre, dada la dificultad de la ley para imponerse como instrumento idóneo para responder a las innumerables cuestiones que se suscitaban en la vida cotidiana de las ciudades y pueblos de Castilla. En este sentido es más restringido el aporte de Francisco L. Pacheco, quien expone un conjunto de situaciones donde se enfrentan ley y costumbre con resultados diversos, con vistas a demostrar la existencia de una pugna en la cual "el

valor que se le reconoce a la costumbre se determina por su constante confrontación con la ley"[27]. Dentro de un terreno mucho más acotado es muy sugerente el trabajo monográfico de Enrique Gacto sobre el lugar y el papel que tuvo la costumbre en el funcionamiento del Tribunal de la Inquisición. Gacto ofrece un amplísimo abanico de situaciones y casos, donde se puede apreciar las distintas formas asumidas por el elemento consuetudinario, fundido muchas veces con otras normas y convergiendo en una "costumbre judicial" o "estilo y uso" del Tribunal, recogido frecuentemente en una literatura de acceso restringido. Su significación es considerable si tenemos en consideración lo reducido del corpus de normas escritas en todo lo relativo a las materias penal y procesal. Es más decisiva aun su fuerza en las cuestiones de ceremonial[28].

En suma, aun cuando por momentos se percibe la fuerte presión del poder real para imponer la ley o retacear la difusión de la costumbre, el componente consuetudinario siguió anidando en distintos sectores del ordenamiento. Esta comprobación es bastante evidente, aun a falta de investigaciones más integrales y decisivas al respecto. Es decir, que tanto en la época en que se produjo el trasplante de la cultura del Derecho común a América como en el período posterior de su consolidación, la costumbre en Castilla mantuvo una presencia jurídica notoria, que no estaba reducida a los límites estrechos de una fuente formal, acosada por la ley. Texto central de ese trasplante cultural son las Partidas. Rodeadas de autoridad y saber, alcanzaron en el Nuevo Mundo -se ha sostenido- una vigencia aun mayor que la reconocida en Castilla[29]. Desde 1555 la glosa de Gregorio López refuerza el texto secular. Con respecto a la costumbre era preciso y sólido, le daba lugar preeminente y favorecía su desarrollo, aunque en cierto modo -desde una perspectiva altomedieval- la estrechaba bajo definiciones y requisitos. Era, por excelencia, la encarnadura castellano-indiana de la costumbre y en ese texto abrevarían muchas generaciones de americanos, al menos, hasta el siglo XIX[30].

III. La Realidad Indiana y el Orden Local

1. Variedad, casuismo y flexibilidad

Aunque el marco histórico en el cual se inserta la costumbre indiana fue presentado en trabajos anteriores ahora reeditados[31], me parece necesario puntualizar algunos aspectos e ideas complementarias que no aparecen expuestos en aquellas páginas y que me parecen útiles para una mejor comprensión de nuestra materia.

Característica saliente de la costumbre en Indias es su franca expansión con relación a los precedentes europeos y castellano, dada la vastedad y peculiaridad de la "tierra nueva" y la tendencia natural de aquella a ocupar los espacios normativos vacíos de toda organización social, en mayor medida cuando es incipiente. No estamos en condiciones de realizar un análisis comparativo con Castilla, por falta de estudios básicos tantos sobre el reino peninsular como sobre un número apreciable de provincias indianas, pero aun así Margadant avanza con firmeza al sostener el mayor desarrollo consuetudinario del Nuevo Mundo diciendo que "la realidad indiana se convirtió en el paraíso de las costumbres"[32].

Juegan en favor de esa idea varios factores. La noción de variedad aparece como componente de la realidad y soporte de la concepción jurídica. Su estimación surge en el Renacimiento, pero se profundiza en la época del Barroco. Como dice Maravall, "la conciencia de la variedad, como un dato positivo enriquecedor de la experiencia y condicionante de los comportamientos humanos, informa la concepción barroca de la política y de la sociedad"[33]. Variados eran los caracteres, ánimos y gustos de los

hombres. Infinita variedad ofrecían los pueblos y razas. El Nuevo Mundo era inmenso y vario, en los lugares, las tierras y las provincias; en las gentes y las lenguas; en los ánimos, las opiniones y las relaciones. Es Juan de Solórzano quien capitaliza estos rasgos, considerándolos como sustentos de la vida social y de la concepción jurídica. Esta misma noción lleva a admitir que las regiones, provincias y ciudades tenían sus propias costumbres y era preciso mantenerlas[34]. La variedad era criterio orientador para el legislador y para el jurista y se manifestaba reiteradamente aun en los tramos finales de la dominación española cuando los aires uniformadores presionaban con enorme fuerza. Hasta un refrán hispano da vigencia social a esta noción: "Todo el mundo es uno, pero en cada parte hay su uso"[35].

Otra noción convergente con la anterior es la de casuismo. El Derecho no consistía en reglas generales con pretensión de alcanzar una uniformidad abarcadora de todos los reinos y provincias. El caso, el lugar y el tiempo templaban fuertemente esa pretensión. Los juristas no dejaban de consignar el peligro de atenerse sólo a las reglas generales. Era preciso ajustarse constantemente a las nuevas situaciones y casos particulares en un proceso dinámico de renovada creación. Se trataba de una creencia social arraigada y en Indias ese casuismo se percibe como más intenso y diversificado[36].

Un Derecho en constante ajuste exigía una alta dosis de flexibilidad y en este sentido, como dice Grossi, "la costumbre no abdica jamás ante este requisito, ya que aparece generalmente como "una sedimentación aluvional en movimiento y en permanente modificación, permanentemente incierta en cuanto destinada a variar de lugar en lugar, de tiempo en tiempo"[37]. Margadant muestra un ejemplo adecuado de flexibilidad en el Derecho novohispano con la regulación del uso de las aguas. La materia era regida por "un conjunto flexible, realista y polifacético de normas y costumbres, además de principios dogmáticos y usos administrativos", aplicados equitativamente en las decisiones teniendo en cuenta la necesidad planteada, y modificados a la luz de nuevas circunstancias[38]. Ni un rigor legalista ni una costumbre fosilizada.

Las condiciones de aplicación del Derecho no eran iguales en toda la Monarquía. Había áreas centrales y periféricas, con distinta jerarquía política, composición social y actividad económica, donde era también variable la presencia e influjo de los juristas y de su cultura letrada. Para Margadant en las regiones periféricas de México y hasta los comienzos del siglo XIX en gran parte, el Derecho estuvo basado en las costumbres locales, aunque el Derecho escrito fuese considerado -cuando lo alcanzaban a conocer- como una guía importante que convenía seguir, salvo que existiesen fuertes razones en contrario[39].

El orden legal escrito se iba adaptando a las diferentes regiones de la Monarquía, en continuos y variados ejercicios de flexibilidad, hasta construir cada una de ellas expresiones peculiares del gobierno y justicia. En este aspecto parece que la costumbre cumplía un papel vital, ya como norma propia, ya acompañando a la ley en las distintas modalidades que se examinan más adelante. Es más, se puede observar un juego convergente de ley, doctrina, costumbre y equidad que Charles Cutter ha puesto de relieve con ejemplos y reflexiones adecuados en el norte de la Nueva España[40]. Es este un rico filón para futuras labores de investigación, con vistas a apreciar la modalidad y diversidad de estos ejercicios de flexibilidad, con costumbre incluida.

2. El orden local como laboratorio consuetudinario

Las costumbres se forman y consolidan mejor en ámbitos estrechos. Aunque a veces se invocan algunas generales o universales, su molde adecuado es el orden local,

más precisamente dentro de una cultura urbana. Así se entendía que cada ciudad, provincia o diócesis debía ser regida por leyes y costumbre particulares, ajustadas a sus necesidades y peculiaridades.

La visión que ofrece Paolo Grossi con relación al particularismo jurídico medieval nos ayuda al enfoque de la cuestión. Dado que el patrimonio de índole consuetudinario nace desde abajo, es voz intacta de lo real y conserva una cualidad auténticamente ordenadora, el Derecho "no puede dejar de tener una dimensión consuetudinaria porque la costumbre es por su propia naturaleza la normativa de la cosa, es decir, se deriva de la cosa". La extremada fragmentación especial del Derecho encuentra su justificación en esta "incontrolada frondosidad consuetudinaria", que expresa su particular normativa y va creando un orden propio de la región, del lugar, de la tierra, del fundo[41]. Ya en la Baja Edad Media, la ciudad se convierte en "un extraordinario laboratorio consuetudinario, activísimo, eficientísimo". La costumbre urbana es algo más que un instrumento para regular las relaciones jurídicas; es también un instrumento político que marca la relativa autonomía dentro de la estructura imperial y los intentos de consolidar el patrimonio consuetudinario en redacciones escritas, que constituirán la tupida trama del *ius propium*. A ella se le iba a conceder cada vez más espacio en la obra de los glosadores tardíos[42].

En la misma dirección encontramos a Arón Guriévich, que sigue la huella de esta cuestión desde una visión socio-cultural. Observa que la costumbre dominaba toda la vida local, era distinta aun en pueblos vecinos e iba cambiando gradualmente -manteniendo a veces el aspecto de invariabilidad- mientras se adecuaba a las nuevas exigencias o necesidades. Frente a esta plasticidad de la costumbre ubica la inmutabilidad de la ley, que conducía a un cierto aislamiento de quienes la habían creado, convirtiéndose en monopolio exclusivo de los poderes y no de la sociedad[43].

Estas nociones no pueden trasladarse enteramente a un tiempo y lugar distinto, como es el Nuevo Mundo a partir del siglo XVI, pero ofrecen una interesante posibilidad de aproximación metodológica a una situación siempre difícil de captar. La ciudad como "laboratorio consuetudinario" ¿no encuentra acaso símil en urbes americanas de la Edad Moderna?, ¿no son aquellos glosadores quienes trasmiten normas y criterios? ¿No son parecidas ciertas manifestaciones de fragmentación consuetudinaria?

En las Indias, la costumbre muestra también su raigambre local. Le era aplicable el dicho cervantino: "en cada tierra su uso, guardemos nosotros el de ésta"[44]. En mis anteriores estudios destaco estas características con diversos testimonios y ejemplos[45], que no cabe reiterar aquí ni extender con nuevas comprobaciones. Ahora quisiera mostrar cómo asoma este elemento consuetudinario en las situaciones locales conflictivas, cuando las partes afectadas acudían a la Corona en defensa de sus intereses controvertidos. En esas ocasiones se percibe frecuentemente que la Corona encuentra en la costumbre un instrumento idóneo para mantener o restablecer la paz social y para buscar la armonía en la relación entre las partes en conflicto, ya sean particulares, corporaciones, autoridades u órganos de gobierno. El recurso a la costumbre se hace sobre el valor entendido que ella es un bien apreciado por la comunidad y que es privativo de la misma, ajena incluso al conocimiento de la Corona. Es común que en estas situaciones, las respuestas reales sean favorables a que se guarde la costumbre observada hasta el momento, en una clara referencia a un orden conocido y apreciado por la comunidad local.

Cuando la misma costumbre es materia de discusión, la Corona suele requerir una mayor información, pero entretanto insta a que se guarde la costumbre existente en una señal de la confianza que el rey tenía en ella como instrumento para mantener el orden

en las lejanas tierras. Esta remisión a la costumbre, que a veces en los documentos reales puede parecer una fórmula de rutina, cobra todo su valor sociojurídico cuando la Corona percibía que podía ser alterada la armonía social y cuidaba las formas de mantenerla. Como, entre otros ejemplos, ocurrió en 1639 ante una pretensión de la iglesia metropolitana de la Plata de cobrar los diezmos de las moliendas así como de las legumbres y otras semillas. La Corona percibe que es un asunto delicado y en esta materia la costumbre tenía papel decisivo. Con este motivo manda al virrey del Perú que envíe relación de que costumbre se observa en el pago de dichos frutos de la tierra y pregunta que inconvenientes resultarían si se dispusiese que la audiencia conozca y determine las causas y demandas[46]. La cautela es enorme: saber cuál era la norma consuetudinaria y conocer seguramente las posibilidades de que la audiencia diera una solución armónica y aceptable para la comunidad y las autoridades eclesiásticas.

3. Un mosaico consuetudinario

Nos ayuda a fijar estos conceptos otro caso, muy representativo, a mi juicio, del modo de pensar el fenómeno consuetudinario que se debate en las altas esferas del poder central. Se trata de la propuesta que en 1777 hizo el oidor Jose Antonio de Urizar, de la audiencia de Santo Domingo, a cargo del juzgado del derecho de la media anata. En tiempos de urgencias fiscales, donde los requerimientos se dirigían a todos los rincones de la Monarquía, Urizar propuso someter el uso del *Don* a un régimen que proporcionase ingresos a la Corona, mediante el pago de la media anata. Consistía en prohibir dicho tratamiento a quien no lo adquiriese por esa vía, salvo a quienes ocupaban oficios de jerarquía en los principales cabildos eclesiásticos y seculares y a los curas párrocos. Las audiencias debían llevar una matrícula de todos los sujetos que podían usarlo, según los requisitos y trámites establecidos.

El secretario Jose de Gálvez remite el asunto a la Cámara de Indias, donde se inician las diligencias habituales de los expedientes: dictámenes de la contaduría general y del fiscal, antes de la deliberación y consulta de la Cámara. La contaduría se abstuvo de opinar, porque si bien admitía que la propuesta significaba “un crecido ingreso” para la Real Hacienda, la delicada naturaleza del asunto “exigía la más seria atención en cuyo entretelones no se sentía idónea para emitir juicio. En cambio, el dictamen del fiscal es pieza determinante del resultado del negocio. Sostenía que “la *costumbre* es la que debe servir de regla para su decisión” y que en ella “hay notable variedad, no sólo de reino a reino, sino entre las provincias de una misma dominación y señaladamente en España”. Este mosaico consuetudinario que se imponía como regla merecía tal aprecio del fiscal que consideraba que “alterar este *uso* puede traer tan perniciosas consecuencias que sea de ningún momento la utilidad” buscada con el pretendido recurso hacendístico. Al examinar la situación en los distintos reinos de la Monarquía, advertía que en Castilla e Indias “se practica titularse *Don* con mucha frecuencia” -coincide con Urizar en esta comprobación-, de modo tal que “estando ya tan establecido aquí este *uso* o método y también en Indias, pudiera causar un gran trastorno y perjuicio alterar esta *práctica*, no habiendo como no hay ley que lo prohibe”. Dicho de otro modo, una ley prohibitiva o reguladora sobre esta materia sería muy poco conveniente y lo mejor era mantener el mosaico consuetudinario existente. No es nada frecuente encontrar estas ideas en las plumas de los fiscales dieciochescos del Consejo, que suelen aparecer muy ceñidas a los patrones legales. Claro está que en esta ocasión la ausencia de una ley prohibitiva lo liberaba de dicha sujeción.

La Cámara, en julio de 1779, hizo suya esta idea del fiscal, a tal punto que resuelve incluir la parte pertinente del texto en la propia consulta al rey, porque -dice- allí se

expresa "con razones y autoridades convincentes" -hay dos citas de la *Política indiana* de Solórzano- los inconvenientes que ofrece la propuesta del oidor Urizar. Admitir ésta, para la Cámara, "sería turbativo del buen orden que debe haber entre los particulares, causando entre ellos disensiones y rencillas perjudiciales al Estado, cuya principal máxima es conservar entre sus individuos la buena armonía que es el origen de la pública tranquilidad". Aconseja pues su rechazo y el rey, conforme, asiente "como parece"[47].

La costumbre, el uso o la práctica -los tres vocablos son utilizados en el entramado consuetudinario del discurso- juegan aquí papel central y decisivo, en este caso en ausencia de ley, pero rechazando toda pretensión de establecer reglas prohibitivas o reguladoras y dejando que aquella siga ocupando su lugar en un contexto social caracterizado por la diversidad, que era imposible e inconveniente uniformar. Esta solución atraviesa las instancias más elevadas del poder central con el consenso de sus actores principales, precisamente en una época en la que el discurso político teórico se radicalizaba en enaltecer la absoluta potestad normativa del rey y en buscar la uniformidad legislativa. En cambio, en esta pieza documental luce una solución en donde los actores de la misma depositan toda su confianza, no en una hipotética regulación legal, sino en la mantención de un régimen de reglas consuetudinarias de "notable variedad", según los reinos o provincias. Esto mismo era lo que aseguraba la paz y armonía de una Monarquía tan vasta y compleja como era la española. El caso apuntado, más allá de su propia circunstancias, permite vislumbrar toda una mentalidad arraigada que servía para nutrir de argumentación consuetudinaria a las respuestas emitidas desde la misma cúspide del poder. Sin embargo, ello no significa que fuese la única alternativa existente, pues -insisto- el Derecho se presentaba inmerso en la realidad y ésta, con su infinita variedad, conducía a un constante acomodo de las soluciones jurídicas.

4. Costumbres populares

Dentro de la costumbre local pueden distinguirse varios estratos. Son siempre difíciles de captar. Cuando se desarrolla en ciertos niveles altos o medios de una ciudad sus rastros suelen encontrarse en diversas piezas documentales. Queda una constancia escrita más o menos directa e incluso con intervención de letrados. En menor grado esto también es visible en el mundo rural, donde se exterioriza una intensa reglamentación que, además de normas generales, se compone de una nutrida cantidad de preceptos particulares, recogidos sobre todo en bandos. Así, con referencia al Río de la Plata, Carlos Storni ha destacado los conflictos y deslindes de tierras destinadas a la agricultura y ganadería en un secular conflicto entre chacareros y estancieros[48]. Cabe preguntarse en que medida esta reglamentación legal esconde un entramado consuetudinario, pues es notorio que esto mismo ocurre en las variadas actividades agricolo-ganaderas[49].

Es mucho más difícil recuperar aquellas formas consuetudinarias que escapan a esta esfera más perfilada de la vida jurídica. Tales son las denominadas costumbres populares, que acaso se reflejan mejor en el ámbito rural, y que tienen por protagonistas a los sectores más pobres y marginados de una comunidad. Allí la costumbre actúa dentro de un contexto de normas y tolerancias sociales, en el que frecuentemente está en juego el nivel de subsistencia de esas gentes. El historiador inglés Thompson, desde un enfoque social, ha calado bien este problema utilizando como campo de análisis la costumbre agraria inglesa. Define a ésta como "un entorno vivido que comprende prácticas, expectativas heredadas, reglas que determinan los límites de los usos a la vez

que revelan posibilidades, normas y sanciones tanto de la ley como de las presiones del vecindario". Se trataba de una economía de subsistencia para los pobres, dentro de un mundo natural que no estaba excesivamente ceñido por la apropiación privada absoluta que llegaría con los tiempos más modernos. Los usos eran cambiantes de un lugar a otro según factores socioeconómicos, culturales y aun políticos y no dejaban de ofrecer su faz conflictiva. El común disfrutaba así de posibilidades de acceder a la caza de animales, a la pesca, a la derrota de las mieses, al aprovechamiento de los montes, pastos y canteras con fines extractivos[50].

Este modelo metodológico de Thompson puede servir de estímulo para trasplantar a la América española una indagación análoga. Se trata de una costumbre colocada en el área de fricción entre la ley, el poder político y la práctica agraria local, y más particularmente entre el propietario o poseedor y la gente del común. En la América hispana y especialmente el Río de la Plata, en estudio pionero Mariluz Urquijo ha mostrado la evolución variada y zigzagueante sobre el aprovechamiento comunitario de montes y pastos y de los rastrojos una vez levantada la cosecha, en donde los usos y costumbres aparecen de modo explícito, pero más frecuentemente se esconden bajo leyes, bandos o resoluciones[51].

En este contexto no debe sorprender que en vez de una costumbre ostentosa sólo podamos detectar un trasfondo consuetudinario, escondido en un texto legal o en un discurso jurídico. Me permito introducir como ejemplo un interesante documento de nivel local. En el bando de buen gobierno del gobernador intendente de Salta del Tucumán, don Rafael de la Luz, de 1806, hay un precepto sobre los derechos del "público" -el común del pueblo- a proveerse de la madera, rama, leña, piedra, lajas y pescado que necesite accediendo a los montes, canteras y ríos o manantiales comprendidos dentro de la estancias o chacras. No se menciona aquí la costumbre y todas las referencias se dirigen a providencias del gobierno local en diferentes tiempos y superiores declaraciones -sin especificar ninguna-, cuyo cumplimiento, se dice, han eludido los dueños de esas propiedades. Sin embargo, el texto rezuma un trasfondo consuetudinario basado en "la necesidad". Ahora bien, en esta ocasión el precepto incorpora una argumentación jurídica para apoyar ese derecho, ya que alega que en las mercedes reales los terrenos se concedieron en usufructo y no en dominio absoluto, que no podía otorgarse "con perjuicio del Señorío real y del interés público" y los sucesivos poseedores no pudieron adquirir mejor título que el primero. Asimismo invoca la falta de montes propios o comunes que pertenecieran a la ciudad. El bando revela la existencia de un cierto clima conflictivo, dada la negativa de los dueños a franquear sus posesiones, alegando daños provocados por la gente del común. Esto es precisamente lo que ha llevado al gobernador-intendente a establecer cierta limitación a un uso indiscriminado, a reglamentar ese antiguo derecho del común. Así establece que el que quiera proveerse de "estos urgentes artículos" deberá avisar al dueño y entrar y salir por la puerta si el terreno estuviese cercado, sin causar ningún daño, quedando reservadas para el dueño las dos cuadras del monte más inmediato a la casa habitación, en cuanto a la provisión de madera, rama y leña. Se establecían multas y castigos para quienes de una u otra parte alteraran esta armonía[52]. Este precepto surge en un contexto en que declinaban los derechos comunitarios a la propiedad y aparecían más frecuentemente los terrenos o propiedades cercadas, como exteriorización de ese dominio absoluto del dueño. No obstante, se impone aquí la necesidad de la población de obtener "urgentes artículos" para su cotidiana subsistencia. Este texto me parece que es uno de los que permite abrir una línea de indagación consuetudinaria dentro de esta economía de subsistencia de la gente del común.

IV. LA COSTUMBRE Y LA LEY: EL JUEGO DE LOS ESPEJOS

La relación ley-costumbre puede ser mirada desde distintos ángulos, según sean los propósitos perseguidos y la postura misma del observador. De cualquier modo, parece haber consenso en que ambas sólo pueden ser percibidas íntegramente en función de la otra, tal como lo reflejan los ejercicios intelectuales actuales o los intentos de mostrar una historia paralelas de ambas. Entre los dos órdenes de reglas -dice Haggenmacher- hay a la vez una relación complementaria y conflictual, que implica ante todo una función de equivalencia. Están puestas sobre el mismo pie en cuanto a su acción general y cada una contribuye por su parte a la formación del Derecho objetivo. La costumbre es modo de producción de reglas comparables a la legislación[53], cuya fuerza y vigencia depende tanto de la evolución histórica como de los diversos ordenamientos existentes en el mundo[54].

Las consideraciones de Paolo Grossi en torno al orden medieval echan luz en nuestra aproximación al tema. Sostiene que entre *lex y consuetudo* no existía entonces "esa sima conceptual y formal que el voluntarismo moderno ha levantado entre ambos; la *consuetudo* es una *lex* en potencia, y la *lex* es una costumbre certificada y sistematizada; una y otra en continua ósmosis". Mientras la tendencia natural de la costumbre es la de convertirse en *lex* -agrega- la de la *lex* es flexibilizarse y modificarse, apareciendo "siempre propensa a nuevos movimientos consuetudinarios, en un permanente cambio que garantiza el devenir armónico del Derecho como vestimenta de lo social". Esto se advierte tanto cuando el monarca acogía la regla consuetudinaria en el texto legislativo, aunque no compartiese su contenido, como cuando el jurisconsulto admitía el desuso de la norma regia[55]. El Derecho consuetudinario no era pues "un ordenamiento de calidad inferior", sino un modo de ser de lo jurídico que tenía una dignidad absolutamente parecida al otro modo de ser, encarnado en el *ius scriptum*[56]. En consonancia con esta opinión, Jesús Vallejo rescata, dentro de una jurisprudencia polémica, una equiparación en lo sustancial entre ley y costumbre, aunque resulte difícil constatarla expresamente[57]. Equiparación u ósmosis no significa que ambas se confundan. Así cabe destacar que la costumbre aparece con distinción de la ley y no se convierte en ésta necesariamente como un modo de afirmar su fuerza[58], lo que puede verificarse tanto en ejemplos antiguos como modernos. Es precisamente esta cuestión muy dificil de comprender para el jurista actual, que solo ve la fuerza vinculante de un precepto en el texto legal.

Estas consideraciones aconsejan observar esa relación con una mayor libertad que la derivada de definiciones y clasificaciones estrechas. Así la visión de ley y costumbre como dos fuentes formales distintas si bien puede ofrecer atractivos esclarecimientos, no deja de ser un esfuerzo de índole dogmática y el planteo tiene su propio techo. La costumbre está inmersa en un movimiento múltiple, esquivo a esquemas y precisiones de orden racional, y sólo es posible aprehenderla en el dinamismo de la vida social de cada comunidad. No le va mal representarla con un juego de espejos en movimiento que reflejan distintos rostros y posturas, que agrandan, empequeñecen o distorsionan las imágenes según sea su colocación. Si por un lado nos podemos acercar a una imagen más integral, acaso más fiel de la costumbre, por otro nos alejamos de una más ordenada y uniforme.

Frente a la idea estereotipada de una costumbre inmóvil, estable que expresa un orden tradicional, rutinario, opuesto a todo cambio -idea en buena parte creada por el racionalismo- se puede contraponer una costumbre en movimiento, hundida en la realidad cotidiana que se transforma y es portadora de tendencias renovadoras. Más que

aceptar de lleno una y otra visión, resulta necesario un constante ejercicio de contraposición e integración.

Esto mismo lleva a considerar como insatisfactorias aun antiguas clasificaciones, como la clásica de costumbre "praeter legem", "secumdum legem" y "contra legem", al menos para tenerla como esquema historiográfico. Si bien en la misma pueden llegar a ubicarse la mayor parte de las posibilidades existentes en una relación ley-costumbre, no dejan de constituir un encierro practicado dentro de parámetros legales, y sobre todo cuando aparece referido a sólo la ley del príncipe, una de las categorías legales. El fenómeno consuetudinario desborda esa clasificación y si bien puede constituir un instrumento de aproximación a su conocimiento -sobre todo por su antigua utilización- no es enteramente abarcativo de todas las conexiones y tiene el peligro de mostrar facetas deformadas de esa relación. Cuando Bobbio encuentra en la ley y la costumbre más que diversos canales de formación del Derecho a "dos momentos dialécticos del fenómeno complejo de la producción jurídica"[59], o cuando Grossi intuye a la costumbre como fenómeno de trasfondo jurídico se está, a mi juicio, expresando esa misma sensación de fracaso de toda pretensión racional de aprehenderla y de someterla a un encierro dogmático. La costumbre aparece así, en el decir de Grossi, con múltiples capacidades para incidir en el orden jurídico, que ya expresaba el glosador Azzo al sostener que ella construía, interpretaba y modificaba el Derecho, incluso si se trataba de una *lex* romana[60].

Una abundante y variada cantidad de refranes que se extienden en los siglos siguientes da cuenta de la inserción de esta idea en amplios sectores hispanos. Vayan algunas muestras: "costumbres hacen leyes", "la costumbre es el mejor intérprete de la ley", "costumbres completan leyes", "costumbres derogan leyes", "las leyes son esclavas de la costumbre"[61]. Dentro del refranero, éstas y otras expresiones conviven, es cierto, con algunas opuestas, y aquellas mismas se prestan a más de una interpretación o adecuación a las circunstancias, pero su sola circulación evidencia la difusión y penetración de un lenguaje consuetudinario, en nada sometido al imperio legal y mucho menos a un riguroso criterio racional.

En el sentido expresado me propongo ofrecer, algunos ejemplos y casos que pueden mostrar esas múltiples posibilidades de observar esta relación ley-costumbre, en la que si se da muchas veces un franco conflicto es acaso más frecuente percibir un entramado menos visible en la práctica cotidiana del Derecho. Otros muchos ejemplos se pueden hallar en los trabajos anteriores míos sobre el tema, ahora reproducidos en este volumen, pero que en su momento no fueron lo suficientemente destacados para apuntar en la dirección que ahora me interesa ofrecer al lector. Una lectura de los estudios IV y V, a la luz de estas nuevas consideraciones, puede sustentar más firmemente el hilo de esta exposición.

1. Conflictos entre leyes nuevas y prácticas observadas

Un episodio ocurrido en Lima hacia 1685, cuando llegaban a la capital virreinal los primeros ejemplares de la Recopilación de leyes de Indias de 1680 permite articular esta cuestión a través de un planteo general. Del expediente donde constan estos datos me ocupé en otro trabajo[62]. Ahora lo traigo a colación sólo a los fines que aquí interesan.

El virrey Duque de la Palata era, nada menos, quien se hacía eco del problema y lo trasmitía al propio rey. Se trataba del desconcierto que provocaban muchas de las leyes contenidas en la flamante Recopilación que alteraban la práctica diferente introducida con el tiempo y con "la observancia calificada por los Tribunales". La opinión de letrados y jueces estaba dividida entre los partidarios de la nueva ley "escrita y tan

moderna" y los que se inclinaban por la práctica observada hasta entonces en jurisdicción limeña. Esta dualidad de criterios no se resuelve con la imposición de la ley nueva y el desplazamiento de la práctica existente -como hubiese sido de aplicarse el modelo legalista moderno-, sino por medio de la composición de ambas partes en un nivel de equiparación. El Virrey sostenía que la observancia de esas leyes se hacía dificultosa "por la diferente práctica que se tiene así en los Tribunales como en el Gobierno", por lo que era preciso "advertir estas contradicciones para que su Majestad las declare y las componga con nueva ley en los puntos que pareciere convenir". Se buscaba pues una solución integrada de leyes y prácticas que desembocaran en una "declaración" del rey.

Cuando el fiscal del Consejo de Indias, Francisco Trellez dictamina en el expediente apoya la propuesta del Duque y reconoce, entre los defectos que encuentra en la Recopilación, a "las muchas leyes que están sin uso". El negocio queda trunco, sin alcanzar resolución del Consejo ni del rey. Pero aun así, por los protagonistas que actúan en torno al caso es bien revelador de un modo de sentir admitido en altos niveles del gobierno indiano. De una parte, el reconocimiento virreinal de un orden local, de una práctica jurídica, que puede sostener su diferencia en algunos o muchos puntos con las nuevas leyes. De otra, la admisión de que existen muchas leyes sin uso. Es decir, emerge naturalmente el reconocimiento de un ámbito consuetudinario que opera con fuerza no inferior al mundo de las leyes y que debe ser atendido cuidadosamente por constituir un sector importante del orden jurídico vivo.

Esta pieza documental alumbra sólo un episodio, pero a mi juicio tiene peso para apoyar la tesis que vengo hilvanando. Asoman, sin embargo algunos interrogantes imposibles de despejar por ahora. Dado que la cuestión planteada revestía una aparente gravedad y no fue expresamente resuelta, cabe preguntarse: ¿cómo se arbitraron las soluciones jurídicas en el futuro? ¿Triunfó la ley nueva o la práctica existente? ¿Hubo un proceso de convergencia, acaso conducido por esa misma práctica, a falta de la pretendida declaración del rey? Si se tiene en cuenta lo observado en otros lugares y situaciones, no es aventurado suponer que las soluciones no definieron de modo absoluto estas posibles alternativas sino más bien se apoyaron en unas y otras según los casos, o también buscaron afirmar un entramado entre ambas. Por otra parte, puede apuntarse que los rigurosos preceptos que encabezaban la Recopilación, dando fuerza de ley a las normas allí contenidas no pudieron abatir a las prácticas, usos y costumbres locales, tanto en lo que estas significaban para generar nuevas normas como para producir el desuso de aquellos textos escritos.

2. La costumbre frente a una ley recopilada contraria

Es conveniente dar un paso más en esta indagación y proponernos observar lo que ocurría con el texto de una ley incorporada a una recopilación oficial, ya fuese de Castilla o de Indias ¿Hasta donde alcanzaba la fuerza de la costumbre? ¿Podía derogar esa ley?

Hay un caso que me parece esclarecedor. Me ocupé del mismo en un trabajo anterior[63] y es necesario volver a considerarlo desde el ángulo que ahora interesa afirmar. Ocurre a fines del siglo XVIII -en momentos en que la relación ley- costumbre parecía bien inclinada, al menos en la teoría, hacia la primera de ellas- y participan en su dilucidación los más altos organismos del gobierno y justicia indianos. No sólo interesa destacar la resolución final, sino también advertir las distintas posibilidades que se fueron insinuando a través del trámite procesal. La impresión que trasmite la lectura documental es clara: la costumbre juega a la par de la ley, no hay subordinación alguna,

y la inclinación hacia ella se hace manifiesta cuando la otra alternativa es la aplicación rigurosa de un precepto legal no usado.

Las alternativas de este caso se desenvuelven principalmente en torno de una ley de Indias de 1609 (*R.I.*, IX, XLVI, 72) que prohibía entre mercaderes hacer escrituras de préstamo de dinero cuando la operación fuese de venta de mercaderías, bajo la pena de perder la cantidad en juego. Pero también actuaban en su apoyo una ley castellana (*NRC*, V, XI, 4) y sobre todo una última real cédula de 16 de septiembre de 1784 (incorporada a la *Nov. RE*, X, VIII, 3). El aparato legal era pues uniforme y contundente en cuanto a la prohibición, más antiguo en Indias que en Castilla.

En la ejecución judicial que Pablo Beruti promueve contra Inocencio Agrelo y José Vidal por cobro de pesos se descubre que la deuda no provenía de un préstamo como se alegaba sino de la venta de mercaderías y entonces la audiencia de Buenos Aires, invocando los mencionados preceptos legales, resuelve aplicar a la Real Cámara la cantidad en cuestión. Beruti suplica la sentencia y con el auxilio de varios documentos expone que "la *costumbre* en América tenía sin uso y ejercicio" las leyes prohibitivas; que la audiencia de Charcas había autorizado tales escrituras y revalidado la práctica de las ciudades de la jurisdicción; y que por consiguiente "la *costumbre inmemorial* le liberta de la pena del comiso". El recurso de Beruti parece tomar por sorpresa a los oidores bonaerenses que integraban un nuevo tribunal y eran recién llegados de tierras peninsulares. Advierten entonces que el mismo Consejo de Castilla no invalida ni trata de los contratos anteriores a la disposición castellana de 1784, lo que parecía lógico para aquel reino, y confiesan batallar entre aquellas consideraciones y el espíritu, letra y justificación de lo ordenado en la legislación, para encontrar finalmente la vía de, sin revocar el auto dado, acudir al rey, dándole cuenta de la situación acaecida. Le expresan que sería útil que se mandase "observar con toda escrupulosidad" la ley indiana citada, pero que la misma no se puede aplicar con pleno rigor al presente litigio, dado que no hubo "malicia de derecho" en los sujetos implicados. Transcurre el año 1790. La Audiencia estampa estas consideraciones que no tienen desperdicio. Admitía que si bien por error, la observancia de la ley estaba en suspenso. Y aunque -continúa- "siendo el fundamento de toda ley la justicia y equidad, todo lo que a ella se opone debería tener presunción de inicuo a lo menos de no razonable; pero como a la verdad, no todo lo que a una Ley se opone, debe al instante y sin más examen reputarse injusto". El delicioso discurrir de los oidores no se interrumpe: "está comúnmente recibido, sin embargo de varias decisiones, que parecen resistirlo, se pueda introducir *costumbre* contra la misma ley pues las circunstancias del tiempo hacen variar, dejando lo que es razonable hoy, de serlo mañana; y reflexionando los modos de introducir la *costumbre*, e inclinándose esta Audiencia al de proceder con sinceridad a vista de causas urgentes, que no existían, o no se tuvieron presentes al tiempo de la ley, consultamos a la suprema Potestad para el remedio y resolución" invocando para ello las antiguas leyes de Alcalá y Toro que preveía recurrir al rey ante cualquier duda en la interpretación de las leyes. El tono del discurso audiencial es cauteloso, cuidado en medir las consecuencias que puede provocar su inclinación hacia una u otra solución. Lejos de proclamar una hegemonía absoluta de la ley -idea que circulaba entonces en letra impresa- la Audiencia busca aproximarse a una postura de equilibrio mediante afirmaciones -contrastadas con oportunas salvedades- que enaltecen tanto a la ley como a la costumbre en un nivel de recíproca complementariedad. Pero no se decide a dar la resolución que parece inclinada a tomar y prefiere la vía de la consulta al rey. Su posición ante el trono parece salvada cuando se muestra partidaria de que en el futuro se observe la ley indiana existente.

Es diferente la actitud que en esta cuestión tiene las dos audiencias aludidas. La de Charcas, de larga tradición judicial, y compuesta por oidores criollos y peninsulares afincados, convalidó esa costumbre. La de Buenos Aires, novísima e integrada por letrados directamente venidos de España, sólo advirtió el error en que había incurrido cuando Beruti planteó el recurso de súplica. La actitud de Charcas coincide con el afianzamiento de un orden criollo, más proclive a admitir la costumbre local. La de Buenos Aires, parece evolucionar desde un rigor inicial -¿producto acaso del desconocimiento?- hacia un cierto equilibrio que trasmite en la consulta al rey, acaso temerosa de dar una resolución discrepante con el pensar de las altas esferas de poder.

Es el dictamen del fiscal quien abre las actuaciones en el Consejo de Indias. Pese a que acepta que las partes pudieron obrar de buena fe y que la escritura fue otorgada según "la práctica común" autorizada por la audiencia de Charcas, opina que correspondía imponer el texto categórico de la ley y mantener la pena de comiso, sin que para ello obstase el uso ni la costumbre que se alegaba. Con respecto a lo primero, decía que todas las leyes del reino debían observarse literalmente, sin admitirse la excusa del no uso, según disposiciones reiteradas que encontraban su última y terminante decisión en la real cédula de 12 de junio de 1714 dada en el ámbito castellano. Con relación a lo segundo, sostiene que en la costumbre alegada no se cumplían los requisitos exigidos de dos sentencias en juicio y del consentimiento del legislador. De tal modo, "en términos de justicia", la primera sentencia de la audiencia bonaerense era correcta y correspondía aplicar el dinero en cuestión a la Cámara Real. Quedaba sólo abierta -a su juicio- la vía para que el rey "usando de su soberana Real potestad" pudiese dispensar la pena impuesta por la ley, atendiendo a las consideraciones formuladas por la audiencia de Buenos Aires. Pero en este caso convendría mandar nueva cédula encargando puntual observancia de la citada ley. El fiscal, siguiendo el criterio imperante entre los que ejercen ese oficio en la centuria, opera en términos casi excluyentemente legales, pues considera que en la ley reside la rigurosa justicia y desecha toda posibilidad de dar entrada al no uso y en este caso también a la costumbre.

Al considerar el asunto, la sala segunda del Consejo de Indias muestra una postura más templada y con un criterio amplio resuelve "atendidas todas las circunstancias de este caso" que se devolviesen las cantidades secuestradas a quienes correspondiesen según lo disponga la Audiencia; y que en cuanto a la nueva cédula pedida por el fiscal, se pasase a resolución del Consejo pleno. Meses después, éste dispuso pedir informe a los tribunales de Charcas y Buenos Aires sobre "el motivo de no estar en observancia en sus respectivos distritos" la ley indiana motivadora de esta cuestión.

Buenos Aires responde diez años después, Charcas nunca lo hace. El Consejo no volvió a ocuparse del asunto. En su respuesta la audiencia bonaerense aportó como elemento nuevo la opinión emitida por el Consulado local, según la cual "la práctica de otorgarse las escrituras en negocios mercantiles al modo y forma de la de Beruti, traía su origen de la que se observa en las principales plazas de comercio, y especialmente en la de Cádiz", donde los comerciantes de la ciudad han adquirido sus conocimientos y también "el método que en ella se acostumbra, ignorando las disposiciones de las Leyes Municipales". Al trasmitir este informe, la audiencia insistía en la importancia de observar la ley.

El caso expuesto no es de menor relieve y encierra diversas claves. Las leyes prohibitivas eran claras y contundentes. A la indiana antigua se sumaba la más reciente castellana. Frente a ella se alegaba una costumbre que se suponía americana, convalidada por una audiencia, que juega un papel decisivo en la solución del caso, que se resuelve conforme a ella y no de acuerdo a las leyes. Es muy sugestivo que ya en

punto a la aplicación futura de la ley a otros eventuales casos, el Consejo se muestre remiso en insistir en el cumplimiento de las leyes prohibitivas, prefiera averiguar los motivos por los cuales no se observaba dicha ley en los distritos de Charcas y Buenos Aires y termine por no modificar una situación, en la que asoma triunfante la costumbre. Pasaron muchos años hasta que llegó la respuesta de Buenos Aires y ésta reveló que el origen de la costumbre estaba en Cádiz, de donde la recogieron al menos los comerciantes bonaerenses. La costumbre difundida por distintos sectores del mundo hispano reinaba así sin aparentes opositores.

No es éste un caso excepcional. Hay otros de la misma índole[64], y sobre todo expresiones muy claras en favor de la preeminencia de la costumbre local sobre la ley recopilada en los debates capitulares, que no dejan dudas sobre el sentir general en esta materia[65]. Este sentir naturalmente se apoya en las doctrinas que desarrollaron algunos juristas, como Francisco Carrasco del Saz, quien en el siglo XVII defendía la tesis de que una costumbre podía ir en contra de disposiciones de las Partidas o de la Nueva Recopilación y aun lo hacía interpretando restrictivamente una pragmática de 1611[66].

Vale insertar aquí otro testimonio de época tardía que coincide con esta preeminencia de la costumbre y muestra esa mayor exuberancia con que afloraba en las Indias. Cuando el gobernador intendente de Potosí, don Francisco de Paula Sanz visita las famosas minas de un jurisdicción, en 1790, escribe: "A muy poco tiempo de observación comencé a reconocer que era enteramente primitiva la economía que había regido hasta entonces el manejo de las minas y que había tomado ya una fuerza tan poderosa la *práctica* que haciendo competencia a las Reales Ordenanzas se creía generalmente de mayor valor el *uso* que el Derecho"[67]. El testimonio tiene fulgor propio y casi no necesita comentarios. El tono es de sorpresa ante una situación no esperada y de crítica ante la forma atrasada de la explotación. Bajo esta impresión negativa se asienta la expresión que interesa destacar: la creencia generalizada de asignar mayor valor al uso, práctica, costumbre que a las reales ordenanzas, propiamente el Derecho. Sanz, como gobernante ilustrado no parecía estar conforme con la situación y la creencia descriptas[68]. La oposición planteada entre uso y Derecho parece tener un cierto sabor modernizante. Mientras el Derecho son las reales ordenanzas, el derecho escrito, la práctica o uso parece como externos al propio Derecho. En esta instantánea literaria se refleja una mentalidad positivista en germen.

Desde distintas áreas se va configurando una densa trama consuetudinaria, tejida de diversas experiencias, que cobra relieve propio para alcanzar una equiparación con la ley, sin que necesariamente aparezca enfrentado con ésta o en permanente conflicto de intereses.

3. La costumbre o uso dando fuerza a la ley

En expresión feliz, Bobbio dice que "la costumbre, más que interpretar la ley, la mantiene en vida"[69]. Es decir, la ley necesita de la costumbre para alcanzar la plenitud de su fuerza vinculante. Es esta una cuestión que los historiadores no suelen tener en cuenta, seguramente porque la teoría moderna de la ley rechaza esa posibilidad. En cambio, los juristas de épocas anteriores tenían una viva y constante preocupación. El "no uso" o "desuso" de la ley indiana aparece con frecuencia en los documentos indianos y no sólo en aquellos en que se debaten casos puntuales y conflictivos.

Cuando en *Casuismo y Sistema*[70] me ocupo del entendimiento y aplicación de las leyes dentro de un orden casuista, el "no uso" de la ley es un interesante recurso para comprender ese tipo de orden. Ahora desde otro punto de mira, reaparece la misma idea para mostrar la exigencia de que las leyes, para considerarlas vigentes, debían estar en

uso. Hay dos refranes que concurren en apoyo de esta afirmación. El más conocido es "La costumbre es el mejor intérprete de la ley", que parece alcanzar sentido principal en este contexto. El otro, "Las leyes son esclavas de la costumbre"[71], acaso menos difundido, refuerza con mayor vigor este sentido de la participación consuetudinaria en la puesta en ejercicio de la ley.

Que éste era el modo de pensar de juristas y ministros de la época lo podemos apreciar en diversos testimonios, particularmente del siglo XVII. Tiene peso propio recordar que don Antonio de León había establecido como pauta de su labor recopiladora no incluir "las leyes que no están en uso", aunque reconocía la dificultad de poderlo establecer en cada una de las audiencias indianas. Ni León fue innovador en la materia ni dicha pauta fue olvidada por quienes aplicaron la Recopilación[72]. En consonancia con este criterio, dos importantes virreyes del Perú de esa misma centuria aconsejaban a sus sucesores que atendieran más al "uso" de la ley que a su propio texto[73].

Algunos ejemplos más refuerzan lo expuesto, desde otro ángulo visual. En una cédula de 1627 se ordenó a la audiencia de Charcas que indicase las causas por las cuales el presidente y el oidor más antiguo no guardaban la costumbre de llevar el guión y el estandarte en la procesión de Corpus, conforme a lo dispuesto en la ordenanza del virrey Toledo[74]. Estaba aquí en juego el cumplimiento de una costumbre sustentada sobre un precepto escrito, pero el requerimiento real se encaminaba hacía la primera. En vez de impulsar la ejecución de una disposición legal, indagaba los motivos por los cuales no se guardaba esa costumbre. La formalidad dada a este mandamiento es de por si sugerente, con respecto a la escala normativa que se tenía en cuenta. Desarrollar una costumbre a partir de un precepto legal -cabe aclarar- es una técnica que utilizan relevantes juristas[75]. Sin desviarme del ejemplo que estamos siguiendo cabe agregar que, en la disposición final del despacho, se ordena que, entre tanto se remita la información requerida, se guarde la costumbre observada hasta el momento. Esta nueva apelación consuetudinaria tiene un significado adicional que ya he destacado en páginas anteriores: la confianza de las autoridades reales en la costumbre como medio para mantener la armonía en una situación local conflictiva.

La preferencia real por invocar la costumbre y no la ley anterior también se puso en evidencia cuando en 1621 se ordenó al virrey y a la audiencia de Lima que guardasen la facultad del cabildo de la ciudad de nombrar anualmente un regidor como juez de aguas y de elegir alcaldes de hermandad. Poseía esa facultad por costumbre, que había desconocido el virrey anterior, pero el origen de la misma se remontaba a una concesión virreinal de 1556, confirmada por el rey[76]. Sin embargo lo que reluce en este episodio es la costumbre y no el antiguo mandato real. Esta misma situación se reitera con relación a la facultad del mismo cabildo de conocer las apelaciones de asuntos de menor cuantía en sentencias dictadas por los fieles ejecutores[77].

El hilo conductor de estos ejemplos lleva a la búsqueda de la huella consuetudinaria en lo relativo a la ejecución de las leyes, bajo el entendimiento de que sin ella no era posible la existencia de la norma viva.

4. La fuerza de la costumbre canónica

Una de las obras más salientes de la literatura jurídica indiana, el *Gobierno eclesiástico pacífico* del obispo Gaspar de Villarroel, de mediados del siglo XVII, ofrece un ejemplo de argumentación consuetudinaria, amplia y prolija, para fundar un discurso jurídico favorable a una costumbre antigua, cuya vigencia se pone en duda ante un

nuevo precepto legal. Como veremos, es valioso por el acopio de razones y citas que fortalecen el texto[78].

El caso tratado es la prohibición canónica general de comer huevos y lacticinios los días de la Cuaresma. Este precepto, por antigua costumbre, no se cumplía en las Indias desde la época del Descubrimiento. Una bula de dispensa de Urbano VIII vino en los días de Villarroel a plantear la duda sobre si ella abrogaba la costumbre existente. Entre una bula -que no es ley sino privilegio- y una costumbre, el Obispo se inclina claramente en favor de ésta última por considerar que siendo una costumbre asentada no podía ser derogada por un privilegio. Para ello formulaba un extenso razonamiento, preñado de opiniones y textos que daban "autoridad" a su discurso, estructurado en once *presupuestos* y tres *conclusiones*, que conviene seguir en sus enunciados principales.

Lo primero era el hecho. Consideraba como muy creíble que desde los primeros tiempos existiera esa costumbre en las Indias, dado que los "mantenimientos eran flojos", los primeros conquistadores eran soldados más valientes que letrados, y las Indias ardían en guerras. Pero si esta costumbre de comer en cuaresma "manjares prohibidos" comenzó por soldados y gente ignorante, hubo también entre ellos nobles y muchos entendidos y se prolongó después con religiosos y letrados, que al advertir que faltaba lo necesario para practicar el ayuno, llevaron adelante lo comenzado con expreso consentimiento de todos. Sus propios escrúpulos, cuando llegó como obispo a Santiago de Chile servían a Villarroel para afianzar el discurso. Allí fue donde advirtió la imposibilidad de cumplir con el precepto canónico: "en mi casa se guisa en tiempos cuaresmales con aceite; pero en tierra tan pobre, y donde vale gran dinero, quien podía costearlo, sino un Obispo?", se interrogaba. Y confiesa que cejó en su propósito de reformar esa costumbre en su jurisdicción. La costumbre no era pues caprichosa, sino hija de la necesidad. Un primer punto a favor de su admisión.

Además tenía más de cien años de vigencia, frente a los cuarenta exigidos por los doctores, fundándose para ello en lo afirmado por un autor y en otros cálculos. Para Villarroel era punto llano entre los doctores que la costumbre tiene fuerza de derogar la ley. Aunque sea ésta general para toda la Iglesia, puede prevalecer contra ella la costumbre de una provincia, aun cuando en las demás se guarde aquella ley. Exige sí que sea racional, no opuesta a la ley divina o natural e introducida por actos voluntarios, no cuando nace de ignorancia o error sin que fuese requisito la existencia previa de actos judiciales en su favor ni que el Príncipe tenga noticia de ella. Todo ello presentado, argumentado y apoyado por una doctrina frecuentemente controvertida, de la cual Villarroel solía extraer las opiniones más favorables a un desarrollo libre de la costumbre, casi siempre apoyado por reconocidas autoridades, entre las que se destaca el Padre Suarez.

Al examinar la bula de Urbano VIII sostiene que no es ley del papa sino un privilegio para ciertas personas, que incluye a prelados y clérigos seculares de las provincias del Perú y Tierra Firme y no a los religiosos regulares. A la costumbre, que es firme y legítima, no la deroga el privilegio ni la perjudica esta bula. Una costumbre "tan antigua y asentada", como la aquí descripta, no puede abrogarse sin expresa ley del superior.

En sus *conclusiones*, Villarroel retoma las ideas y opiniones recogidas en las extensas páginas anteriores y ofrece, con nuevo énfasis, una doctrina que no deja margen alguna de duda. Sostiene que la costumbre introducida en Indias de comer los días de cuaresma lacticinios, huevos y manteca de puerco "fue poderosa a abrogar la ley eclesiástica de la prohibición". En esta costumbre concurren los requisitos exigidos por "los Derechos y los Doctores", es decir que sea racional y esté prescripta. También la

necesidad, que es notoria y el consentimiento común, sin error ni ignorancia, lo mismo que el tácito consentimiento del Papa.

En consecuencia, los religiosos, clérigos y obispos de las Indias que "han comido en la Cuaresma huevos, lacticinios y manteca, sin embargo de no ser de los privilegiados en la Bula de Cruzada, no han pecado mortalmente. De esto les ha relevado la *costumbre*". Y aun agrega como otra *conclusión* que "los que han comido y comen los manjares referidos, aun después del nuevo privilegio, sin tomar la bula en que se les concede, no pecan mortalmente". En párrafo final, Villarroel refuerza esta postura al expresar que aunque algunos obispo -entre ellos él mismo- hayan tomado esta bula, no por eso queda esta costumbre abrogada pues siendo honesta y prescripta por "el común consentimiento de tan dilatados reinos, no la pueden abrogar tan pocos". Así el que usa el privilegio en una predicación, puede no usarla en otra, pues los privilegios personales se gozan o renuncian cuando se quiere.

El ejemplo, en la pluma de un obispo de letras, estampado en una obra jurisprudencial de amplia difusión y de notoria autoridad, muestra a la costumbre con tal fortaleza que deroga una prohibición y hace frente a una bula papal. En el discurso jurídico que le sirve de fundamento hay un despliegue de opiniones y autores que llevan sus resultados mucho más allá del asunto concreto debatido y constituye el meollo de una doctrina extensiva a otros eventuales casos y situaciones. Se trasunta en sus páginas una particular estimación de la situación indiana y sobresalen el valor de la experiencia jurídica y las necesidades que surgen de la vida cotidiana. Se encarga de recrear los orígenes de esa costumbre y el consenso que fue ganando tanto entre la gente común como entre nobles, religiosos y letrados. Se dio así fuerza y continuidad a una costumbre que empezó de modo rudimentario.

Otro caso, narrado por el mismo autor, presenta la costumbre mostrando sus posibilidades de utilización en el juego de poderes. Se trata de la formalidad de dar incienso al gobernador en ciertos actos religiosos. Mientras el ceremonial de obispos lo concedía, algunos obispos lo habían quitado, entre ellos el predecesor de Villarroel en la diócesis de Santiago. Una real cédula de 1618 intimó a dicho prelado a hacerlo, salvo que hubiese costumbre en contrario. El Obispo, ni lerdo ni perezoso, hizo entonces información sobre la existencia de costumbre de no darle incienso al gobernador y mandó que se practicase. Muerto el prelado, se volvió a tratar el asunto y en sede vacante los votos quedaron igualados y el negocio indeciso hasta que Villarroel tomó posesión de la diócesis y dispuso restablecer el incienso[79].

No puede suponerse que fuese una cuestión en abstracto. En su torno se acumulan relaciones de poder, intereses y conflictos personales. Las razones con que operan cada uno se nos escapan, pero es altamente probable que fueran decisivas en las variantes que va sufriendo este caso a través del tiempo. Puede creerse que la decisión del obispo Villarroel vino a restablecer un criterio que se ajustaba a ciertas normas corrientes en la materia. Lo que corresponde resaltar, como apunte final, es la fuerza con que opera la costumbre en este caso al permitir alterar una importante regla de ceremonial.

V. LOS USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS

El campo consuetudinario se abre de manera amplia cuando abordamos los denominados "derechos indígenas", dada la variedad de formas jurídicas, la complejidad de su trama y las dificultades de estudio que presenta. El mismo vocablo *costumbre* adquiere un matiz distinto, pues responde a un proceso de refracción conceptual del pensamiento europeo. Es la voz con que los hispanos designan a la organización de los naturales por mera aplicación de las nociones conocidas en el

Derecho común, pero es también la voz que se impondría definitivamente para su denominación, aun en nuestros días, tal como vimos en el estudio anterior. Es aquí donde más que 'trasfondo' consuetudinario habría una 'apariencia' consuetudinaria que en buena parte se integra a la cultura jurídica de procedencia europea.

El Derecho consuetudinario indígena es definido por un estudioso como "la manifestación de la intuición de un orden social fundamentado en reglas no escritas concebidas en conexión con las fuerzas de la naturaleza y trasmitidas, reproducidas y abrogadas de manera esencialmente oral", aunque en los pueblos de la Mesoamérica prehispánica estuviese representado en escritura pictográfica[80].

Son regímenes jurídicos que tienen su peculiaridad, ajena a las definiciones, estructuras y categorías conceptuales del Derecho de procedencia europea, aunque haga sus veces en la organización de los pueblos aborígenes. Es un orden estrechamente conectado y yuxtapuesto con creencias religiosas, mitos y tradiciones que organiza la vida social y familiar, el ejercicio de la autoridad, el uso de la tierra, etc y que no se concibe como estructura intelectual separada de esa vida, aunque exista "una concepción y prácticas del orden comunitario"[81] que permanece oculta y es preciso redescubrir. Es allí donde precisamente reluce el fenómeno consuetudinario con una fuerza sin igual ni comparación con los otros componentes del Derecho indiano. Un Derecho apegado a las cosa, a la tierra, más cerca del que, mutatis mutandis, Grossi visualiza en el medievo europeo.

El componente consuetudinario de los derechos indígenas es objeto de enfoque multidisciplinarios, de puntos de vista discordantes, de intereses políticos e ideológicos y de permanentes yuxtaposiciones con el Derecho positivo, primero de la Monarquía española y luego de los Estados nacionales. Aun cuando tempranamente se produjo un proceso de "mestización jurídica" al incorporar instituciones y estilos de procedencia europea, también se mantuvieron algunos usos y costumbres anteriores en estado de mayor pureza, pero sujetos siempre a una constante evolución y transformación. En estas condiciones, han sido hasta ahora escasos los estudios esclarecedores que se han realizado[82]. Algunos ayudan a profundizar el tema[83], que exige el inteligente trabajo de cooperación con antropólogos y etnohistoriadores.

Dentro de la pluralidad de órdenes jurídicos aborígenes, el grupo más importante se integra a la Monarquía Española, aunque permanezca rigiéndose por sus usos y costumbres. Otras comunidades coexisten en vida paralela o al margen del Derecho hispano. En ambos supuestos, la costumbre es observada como el núcleo -o la totalidad- de esos ordenamientos: son derechos enteramente consuetudinarios y en este sentido se diferencian de los que han llegado a América por vía del trasplante jurídico castellano.

Que los españoles hayan captado en esos derechos su esencia consuetudinario presupone una mentalidad abierta. Bien vale recordar la ordenanza 15 de Poblaciones de Felipe II: "Los que fuesen a descubrir por mar y tierra procuren llevar algunos indios e intérpretes de las partes donde fuesen más a propósito, haciéndolos todo buen tratamiento, y por su medio hablen y platiquen con los de la Tierra, *procurando entender sus costumbres, calidades y formas de vivir* y de los comarcanos, informándose de la religión que tienen, y que Idolos adoran, con que sacrificios y manera de culto: si hay entre ellos alguna doctrina o género de letras: como se rigen y gobiernan, si tienen Reyes y si estos son por elección, o por derecho de sangre, o guardan forma de República, o por linajes: que rentas y tributos dan, o pagan, o de qué manera y a qué personas: que cosas son las que ellos más precian y cuales las que hay en la Tierra y traen de otras partes que tengan en estimación...". De este párrafo puede colegirse antes que nada, la preocupación de la Corona por conocer las normas que regían a esas comunidades. El propósito era por cierto ambicioso y muy difícil de satisfacer con la

profundidad y variedad requeridas. No se aludía a la existencia de preceptos escritos, sino se trataba de procurar "entender sus costumbres, calidades y formas de vida". Era cuestión de conocer como vivían, cómo eran gobernados, que relación había entre gobernantes y gobernados, cuáles eran sus inclinaciones y calidad de vida; su contacto y comercio con los pueblos de comarca; su medio natural, vegetal y animal; sus riquezas metalíferas y de piedras preciosas. El texto transcripto se asienta sobre una experiencia de varias décadas y se convierte en uno de los más representativos de la política adoptada por la Corona en esta materia. De textura sociojuridica y de entramado abierto, la costumbre parecía ostentar un papel directivo. Su posterior incorporación a la Recopilación de 1680 (IV, I, 9) asegura esa representatividad. A su vez, esta política conduce a la producción de una nutrida información que, al menos parcialmente, responde a ese ánimo inquisitivo y a que los usos y costumbres indígenas se incorporen formalmente al orbe indiano[84].

VI. UN ESPACIO INTELECTUAL PARA LA COSTUMBRE

La búsqueda y ubicación de determinadas normas concretas que puedan catalogarse como costumbre y su relación con la ley y la jurisprudencia de los autores o de los jueces, es un ejercicio positivista, que resulta útil para una evaluación inicial sobre el papel desempeñado por aquella en un determinado orden jurídico. En todo caso satisface la curiosidad de comprobar, comparativamente con el Derecho actual, la mayor utilización de ese modo de crear el Derecho.

Pero, a mi juicio, es necesario apuntar más allá de este inmenso conjunto de datos que podemos acumular siguiendo el método señalado, para alcanzar a descubrir ese "trasfondo consuetudinario" que me he empeñado en mostrar, con ejemplos y casos, en estas páginas. Estoy muy lejos de creer que la costumbre esté presente en todas las soluciones jurídicas pero si considero que ella aparece de modo visible u oculto en un número considerable de situaciones, favorecida por los mil vericuetos de un orden jurídico donde reinaba la variedad, el casuismo y la flexibilidad. El jurista indiano practicaba una operación intelectual distinta a la del contemporáneo. Construía su discurso atendiendo, en primer lugar a la situación concreta, a los hechos tal como se presentaban y buscaba apoyo en normas de distinto tipo -pertenecientes unas al Derecho positivo, otras a ordenamientos superiores- que debía combinar y ensamblar según fuesen aplicables al caso. Esas normas -en especial las leyes- aparecían como "elementos porosos o multiformes, de contextura plástica", que se moldeaban a través de la interpretación[85]. En estas circunstancias, la costumbre favorecía la transformación y adaptación de las normas a las exigencias de cada momento, impidiendo su cristalización. La costumbre apoyaba también la vigencia de ciertas disposiciones legales que continuaban rigiendo, pese a que su texto escrito estuviese extraviado o desaparecido definitivamente. En estos casos, el precepto se invocaba y trasmitía, a veces bajo la mención legal, otras veces bajo la consuetudinaria. No puede extrañar que, como en toda trasmisión oral, se perdiera la fidelidad al texto primitivo en beneficio de un ajuste a las necesidades de los tiempos o de los intereses de quienes lo alegaban.

A lo largo de este estudio han quedado planteadas diversas cuestiones, que hacen reflexionar sobre la existencia de ese "trasfondo consuetudinario", que ostenta la deliciosa imprecisión del modo de pensar problemático. Si bien tiene firme anclaje en una indagación erudita -con datos unos ciertos y otros esquivos- requiere aun de atentos exámenes. En suma, reclama un espacio historiográficamente creativo.

NOTAS

[1] Esta descripción puede parecer exagerada si se tiene en cuenta que los primeros maestros de la Historia del Derecho indiano, como Altamira y Levene, señalaron ya el camino para reaccionar contra esta tendencia y que Ots Capdequi, en 1945, al tratar las características del Derecho indiano ofrece un panorama equilibrado, reconociendo la importancia de la costumbre. Pero cuando se pasa de estos enunciados al desarrollo de los distintos temas, las fuentes de conocimiento utilizadas son casi todas legales y de índole general, con muy escasa atención a los modos de aplicación local.

[2] HAGGENMACHER, 28.

[3] DIEZ-PICAZO, 143

[4] HAGGENMACHER, 39.

[5] Sobre esta cuestión conviene ver COMBACAU, 6 ss.

[6] GROSSI, 90, 104 y 105.

[7] Idem, 90 y 107.

[8] GELLA ITURRIAGA, 94.

[9] COSTA, *La vida del Derecho*, 20.

[10] FOUCAULT, 86 ss.

[11] TRAZEGNIES, 197.

[12] TAU ANZOÁTEGUI, "Ordenes normativos", 286.

[13] TRAZEGNIES, 198.

[14] Coincide con el planteo de BOBBIO, 441.

[15] GROSSI, 78, 81 y 186.

[16] GURIÉVICH, 202

[17] HAGGENMACHEr, 36.

[18] Idem, 36-37; BOBBIO, 429-430; y GROSSI, 187-192.

[19] GROSSI, 121.

[20] Sobre esto BOBBIO, 439-440.

[21] GURIÉVICH, 211-212.

[22] ALTAMIRA, "La costumbre", 96-99.

[23] Véase TAU ANZOÁTEGUI, "La costumbre s. XVI y XVII", (IV), 1ª Parte, I y III; Una síntesis en idem, "La costumbre jurídica" (III), II.

[24] IGLESIA FERREIRÓS.

[25] GONZÁLEZ ALONSO, 43 ss.

[26] VALLEJO. Véase el debate con participación de GONZÁLEZ ALONSO y VALLEJO (IGLESIA FERREIRÓS, 148-150).

[27] PACHECO, 75-76.

[28] GACTO, 215 ss.

[29] BRAVO LIRA, "Vigencia", 89 ss.

[30] Véase GIBERT, especialmente 42-48; BRAVO LIRA, "Vigencia", 104-106. Un estudio de las distintas versiones de las Partidas sobre el tema en CUCHI y MORIN.

[31] Me remito a mis estudios "La costumbre s. XVI y XVII" (IV), 1ª Parte, II y III; y "La costumbre jurídica" (III), II, III y IV.

[32] MARGADANT, "La *consuetudo*", 178.

[33] MARAVALL, 379.

[34] TAU ANZOÁTEGUI, "La variedad".

[35] GELLA ITURRIAGA, 95.

[36] TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y Sistema*, 40-138

[37] GROSSI, 78

[38] MARGADANT, "El agua", 139-145.

[39] Idem, "La *consuetudo*", 175 y 178.

[40] CUTTER, 31 ss.

[41] GROSSI, 109-110.

[42] Idem, 185-186 y 192.

[43] GURIÉVICH, 210-212.

[44] CERVANTES, 123.

[45] Me remito a "La costumbre s. XVI y XVII" (IV), 2ª Parte, I.; "La costumbre s. XVIII" (V), 2ª Parte, I; "Elementos consuetudinarios" (VI), VI, 1; y "La costumbre jurídica" (III), V, 7 y VIII *in fine*.

[46] Real cédula del 3 de noviembre de 1639 (C. Ch., IV, 4500 y 4501).

[47] KONETZKE, III, 1°, 454-459. Agradezco la indicación del dato al doctor Eduardo Martiré.

[48] STORNI, "Una relación", 401 ss.

[49] Idem, "La costumbre", 271; y PUGLIESE, "Las fuentes", 162-163.

[50] THOMPSON, especialmente 122-127.

[51] MARILUZ URQUIJO, "La comunidad".

[52] TAU ANZOÁTEGUI, "El auto de buen gobierno".

[53] HAGGENMACHER, 27-28.

[54] Sobre esto, BOBBIO, 436 ss.

[55] GROSSI, 103-105.

[56] Idem, 187.

[57] VALLEJO, 281 ss. y 371 ss.

[58] BOBBIO, 437.

[59] Idem, 442.

[60] GROSSI, 189-190.

[61] GELLA ITURRIAGA, 93-94.

[62] TAU ANZOÁTEGUI, "La Recopilación".

[63] Idem, "Consideraciones", 221-223. La documentación en AGI, Buenos Aires, 294.

[64] Idem, 210-212.

[65] Idem, 224-231.

[66] MARGADANT, "La *consuetudo*", 180-181 y 185-186.

[67] RAH (CML), 10, 132.

[68] Otras expresiones en el mismo sentido en Tau Anzoátegui, "La costumbre s. XVIII" (V), 1ª Parte, III, 1.

[69] BOBBIO, 442.

[70] TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y Sistema*, 527-529.

[71] GELLA ITURRIAGA, 93-94.

[72] Idem, "Consideraciones", 213-216.

[73] TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y Sistema*, 527-528.

[74] R.C. del 2 de mayo de 1627 (*C. Ch.*, IV, 4222).

[75] Véase un interesante dictamen de Solórzano en mi trabajo "La costumbre jurídica" (III), V, 1, nota 79.

[76] R. C. del 22 de noviembre de 1621 (AGI, Lima, 583, Lib. 17, 291 v. -292v.)

[77] Idem, 294 v. -295,

[78] VILLARROEL, *Gobierno eclesiástico*, Parte I, cuestión 3, art. II (p 273-285 de la edición citada).

[79] Idem, II, XII, VI, 17.

[80] GONZÁLEZ GALVÁN, 74-75.

[81] Idem, 74.

[82] Un planteo de la cuestión desde la Historia del Derecho indiano en TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes*, 97-106.

[83] Por ejemplo, CORDERO DE AVENDAÑO y GONZÁLEZ GALVÁN (este último con buena bibliografía).

[84] Sobre esto, véase en este mismo volumen TAU ANZOÁTEGUI, "La costumbre jurídica" (III), VI; y "Elementos consuetudinarios" (VI), VI, 2.

[85] Esta última idea en TRAZEGNIES, 201-202.

III

LA COSTUMBRE JURÍDICA EN LA AMÉRICA ESPAÑOLA (SIGLOS XVI-XVIII)

Publicado en la *Revista de Historia del Derecho*, núm. 14, Buenos Aires, 1980, pp. 355-425.

Sumario: I. PLANTEO CONCEPTUAL: La noción de costumbre. Ubicación en el orden jurídico. II. DESARROLLO HISTÓRICO: Precedentes castellanos. En las Indias: factores que generaron su aparición y transformación. III. LA LITERATURA JURÍDICA: el tratamiento del tema en obras castellanas e indianas. IV. LA LEGISLACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO: la actitud de legisladores y magistrados ante la costumbre. V. RELACIONES JURÍDICAS SOMETIDAS AL INFLUJO CONSUETUDINARIO: El gobierno y la administración secular. Los cabildos. El Real Patronato. El gobierno eclesiástico. La administración de justicia. Ceremonial y tratamiento. La vida urbana y rural. VI. LOS USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS: Características. Conocimiento y examen. Costumbres admitidas y rechazadas. VII. LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS: requisitos externos e internos. VIII. INTRODUCCIÓN, VIGENCIA Y EXTINCIÓN. IX. LOS INSTRUMENTOS PROBATORIOS: enumeración y alcance.

El impulso para realizar este trabajo provino del encargo que me hizo la Société Jean Bodín de preparar una comunicación general destinada al Congreso Internacional que dicha entidad reunió en Bruselas entre el 1 y 5 de octubre de 1984 para tratar el tema "La costumbre en el pasado y en el presente, vista bajo el ángulo de la historia comparativa". Esa primera versión, breve y ajustada al propósito de los organizadores de la mencionada reunión, se publica en los *Recueils* de la prestigiosa entidad. Bien pronto advertí la necesidad de disponer de un mayor espacio para poder desarrollar, sin abandonar el propósito panorámico, una materia tan vasta como la que nos ocupa. Ello me llevó a preparar este estudio que doy a conocer con la gentil autorización del profesor John Gilissen, antiguo amigo y secretario general de la Société Jean Bodin.

Debo agradecer que esta circunstancia me haya servido de pretexto para volver sobre un tema que ya hace más de una década advertí que requería una indagación sustancial, desde la doble perspectiva de conocer nuestra tradición jurídica y de ofrecer materiales de reflexión crítica al jurista de hoy, en una centuria en la que la costumbre ha asomado nuevamente en el horizonte jurídico, no obstante el peso del positivismo legal. Es más, el fenómeno consuetudinario, aun cuando no de manera pura –¿es que hay algo puro en la realidad?– es el tipo normativo que más se aproxima al mundo social en esa relación permanente que éste mantiene con el ámbito jurídico, relación que constantemente el historiador del derecho debe recorrer en uno y otro sentido, si se propone una recreación integral del objeto en examen.

Los estudios sobre el fenómeno consuetudinario en la América Española, desde el Descubrimiento hasta la desmembración de la Monarquía hispano-indiana a principios del siglo XIX, son aún escasos y ninguno de ellos tiene carácter panorámico, salvo las páginas que le dedican las obras generales[1] o los trabajos de orientación metodológica[2]. Los maestros Ricardo Levene[3] y Rafael Altamira[4], precursores de los estudios modernos de Derecho indiano, pusieron énfasis en destacar la entidad del tema. Diferentes trabajos dedicados a la ordenación legislativa[5], a la actividad de los cabildos[6], a las instituciones indígenas[7], al orden judicial[8] y a la literatura jurídica[9] han posibilitado conocer, de modo parcial, la peculiaridad y relieve propio de esta fuente del derecho durante el período indicado permitiendo establecer analogías y diferencias con la evolución experimentada en el Derecho europeo y especialmente en el castellano.

La visión panorámica que ofrezco se nutre, en primer lugar, de los mencionados estudios, a los que he agregado el resultado de mis nuevas indagaciones sobre un tema que no he abandonado desde hace más de una década. Esto explica que haya recogido

ideas y páginas de mis anteriores trabajos, aun cuando aparezcan revisadas y reajustadas conforme a las exigencias de esta contribución y de las más recientes investigaciones. La falta o insuficiencia de estudios monográficos sobre la costumbre en áreas geográficas y ramas jurídicas significativas, hace que este panorama, sino en lo fundamental, al menos en cuestiones accesorias, tenga carácter provisional.

I. PLANTEO CONCEPTUAL

La noción de costumbre

1. Una de las mayores dificultades que presenta nuestro tema es la pluralidad de fuentes históricas en donde pueda aparecer registrado, con frecuencia de modo poco ostensible, el fenómeno consuetudinario. Tenía razón Altamira cuando, al propugnar la elaboración de un inventario de las costumbres indianas, decía que había que revisar además de la legislación general expedida por el Consejo de Indias, la emanada de virreyes y otros funcionarios en América, la actividad de las audiencias y cabildos, los instrumentos notariales, los contratos privados, los pleitos civiles y criminales, las memorias virreinales y de otros funcionarios, los informes y cartas enviados al Consejo de Indias, los relatos de viajes, las crónicas oficiales, la literatura jurídica, etc., agregando que esa ingente tarea no podía ser realizada individualmente sino requería la colaboración internacional[10].

2. Otra dificultad es por cierto la de establecer los vocablos que denotan el fenómeno consuetudinario. Sobre este aspecto trabajó meritoriamente Altamira intentando superar el cerco que le imponían, desde el punto de vista lingüístico, los diccionarios académicos de hoy, y desde el punto de vista conceptual, los actuales criterios jurídicos[11]. Así es como pueden agruparse en primera línea cuatro voces: *costumbre, práctica, estilo y uso.* Esto es sin descuidar por cierto a otras palabras que, en menor proporción, pueden contener sustancia consuetudinaria, como *forma, modo, manera* y aun *orden*. Y no olvidando el sentido que encierran los verbos *introducir, guardar* y *observar*, en relación con aquellas voces. Estos vocablos a veces aparecen juntos –como uso y costumbre– o integrados dentro de una misma oración o párrafo. En unos casos, la reiteración constituye un pleonasmo, en otros sirve para evitar la repetición de la misma voz, no faltando la ocasión en que cumplen una función específica dentro del párrafo, o se emplean para resaltar el carácter de una afirmación.

De todas las voces mencionadas, sobresale la de *costumbre*, que designa por antonomasia a todo el fenómeno que analizamos y es utilizada con mayor frecuencia y precisión a esos fines. Pero aún así, en presencia de dicho vocablo no estamos seguros de su empleo con sentido jurídico, pues algunas de sus acepciones se nos muestran con alcance mucho más general. Así *costumbre* era usada tanto para designar el hábito adquirido de ejecutar una misma cosa continuamente, como para aludir a la inclinación y calidad que reside en algún sujeto –persona o comunidad–. Estas acepciones no excluían cierta vinculación con el significado que ahora cabe destacar, es decir, el de precepto no escrito que adquiere fuerza jurídica al introducirse con los requisitos prevenidos por el Derecho[12]. Significado este último que, claro está, ha de constituir nuestro objetivo.

Asimismo, el empleo de la voz *costumbre* en las resoluciones reales no tenía siempre el sentido preciso hacia el cual apuntamos. He encontrado algunas en las cuales esa palabra era usada tanto para denegar una petición[13], como para sostener la normativa o

procedimiento vigente[14], o como manera de averiguar los precedentes[15] o remitirse a ellos[16].

De igual modo acontece con los demás vocablos mencionados, cuya variedad y riqueza expresiva nos obligan a tenerlos en cuenta tan sólo cuando apuntan con un sentido normativo. Mención especial merece la utilización de la voz *uso*. Mientras en muchos textos del Derecho castellano –tan representativos como las Partidas, las glosas de Gregorio López o la *Política* de Castillo de Bobadilla– se distinguía nítidamente al aparecer como el acto antecedente y la causa de la costumbre, en el Derecho indiano es frecuente observar su utilización indistinta, radicando más la diferencia en motivaciones literarias que jurídicas[17].

3. En el Derecho indiano no conocemos, en sentido estricto, redacciones o recopilaciones –oficiales o particulares– de costumbres seculares[18], pero sí hay constancias escritas de su introducción y vigencia, principalmente dispersas en los libros de actas de los cabildos. De tal modo, la expresión "precepto no escrito" anteriormente usada debe ser entendida en sentido restrictivo, para indicar un precepto no redactado de modo formal. Ahora bien, en aquella misma fuente documental aparecen disposiciones legales que asimismo carecen de la apetecida formulación, con lo cual la diferencia entre una y otra fuente sobre la mera base de ese elemento puede ser insuficiente, si nos ceñimos a un moderno rigor conceptual.

4. La palabra *costumbre*, en fin, tiene también en América un sospechoso parentesco con la voz *fuero*, utilizada de modo genérico para aludir a ciertos privilegios o preceptos fundamentales –y acaso antiguos– que gozaban las ciudades; o también a los indígenas. Aún no ha sido examinada con el detenimiento que merece esta interesante cuestión.

Ubicación en el orden jurídico

5. En un Derecho de textura casuística, como lo era el castellano-indiano, es inadecuado hacer una rigurosa separación entre las distintas fuentes del derecho, a lo sumo aceptable para su presentación, pero no a los fines de su utilización en los terrenos legislativo, doctrinario o de aplicación. De ahí que en el examen de la realidad jurídica, la costumbre no se muestra como una fuente formal del Derecho con cierta autonomía, a la manera en que la concibe la Dogmática jurídica en nuestros días, sino que opera conjuntamente con las demás fuentes, de modo inescindible, en la realización del Derecho, a través de la solución de los casos concretos. Por consiguiente, su oposición frente a otras fuentes debe ser contemplada, no de manera rígida o permanente, sino sujeta a las variaciones producidas por los casos y circunstancias. Cabe recordar que el jurista casuista era desconfiado o receloso de los conceptos, definiciones y divisiones que pudieran estrechar su amplitud de acción, de tal modo que sus juicios y valoraciones no tenían habitualmente alcance general, sino se ceñían al asunto en examen. Esto nos debe alertar a no dejarnos llevar fácilmente por expresiones aisladas para exaltar o minorar el rol de la costumbre dentro del orden jurídico indiano.

He examinado esta cuestión en una obra sobresaliente del siglo XVII, la *Política Indiana* de Juan de Solórzano Pereira[19]. No hay en la misma el propósito de ofrecernos una visión conceptual de las fuentes del Derecho positivo, ni por consiguiente una esmerada diferenciación entre unas y otras. Tampoco se advierte la intención de establecer una valoración genérica de la costumbre. Pero ésta sí aparece frecuentemente con relación a casos y materias determinados en el curso de la disputa dialéctica entre dos o más opiniones. El sólo hecho de su admisión en este debate patentiza su

importancia y permite establecer que asctúa, junto con las demás fuentes, como fuerza convergente, más o menos peraltada, según los casos y circunstancias.

6. Del análisis de la casuística es posible extraer una estimación colectiva acerca del valor de la costumbre, que se extiende aún al propio siglo XVIII, cuando diversos factores, como veremos, intentaban su desplazamiento del orden jurídico. Así puede afirmarse que la costumbre era considerada como la ley misma, "tan sagrada, tan digna de respeto y observancia como lo es la misma voluntad del legislador", según decían unos comerciantes bonaerenses a principios del ochocientos. Frente a la ley, ya se tratase de una incluida en la Recopilación de Castilla o de Indias, ya fuese otro precepto general o particular, gozaba de tanta fuerza que podía prevalecer contra ella. Con frecuencia se mencionaba a ambas –ley y costumbre– para señalar el conjunto del ordenamiento jurídico o para marcar su convergencia en la solución de un caso[20]. Pero no se trataba de un mero amparo formal, sino de que la invocación tanto de la ley como de la costumbre venían a apoyar las razones de hecho que, adecuadamente explayadas, mostraban la conveniencia de resolver el caso planteado del modo propugnado.

Esta valoración no era exclusiva de los juristas, sino que aparecía reflejada en la creencia popular a través de la expresión "la costumbre hace ley", frase proverbial antigua, de difícil data, que da a entender la fuerza alcanzada por el fenómeno consuetudinario[21].

Esta aceptación de la costumbre representaba, en primer lugar, la fidelidad de los juristas a la concepción del Derecho común y al texto de las Partidas –que constituían el meollo de su formación e inclinación intelectual– en contra de la actitud algo recelosa del Derecho real, que no obstante, como veremos, también se servía de aquélla. Pero además significaba la admisión de una categoría nueva con el fenómeno indiano que, por los factores que enseguida advertiremos (§ 11), vigorizó el desarrollo de esta fuente del Derecho.

II. DESARROLLO HISTÓRICO

Precedentes castellanos

7. La costumbre había ostentado en las seis centurias anteriores al siglo XII el primer lugar entre las fuentes jurídicas. A partir del mencionado siglo fue paulatinamente resignando esa situación ante la ley. Este lento cambio fue provocado por varios factores, coadyuvantes algunos: la recepción del derecho romano justineaneo, la formulación científica del derecho canónico y el desarrollo de los estudios jurídicos; la concentración y afirmación del poder político en reyes, duques, condes en el orden temporal, y en el Papa en lo espiritual; y el vigor de los nuevos centros urbanos[22]. El dominante Derecho común bajomedieval no desdeñó la costumbre y la incorporó a su vasto repertorio de modos de creación jurídica, perfilando racionalmente sus características, las cuales se mantendrían en gran parte en las siguientes centurias.

Durante el siglo XIII se registró en los reinos europeos una intensa actividad legislativa, tanto por parte de reyes y papas, como de los grandes señores y de las mismas ciudades que gozaban de autonomía política[23]. Castilla no permaneció ajena a este movimiento.

Pese a que todas estas circunstancias debilitaron la fuerza de la costumbre, aún durante mucho tiempo continuó siendo considerada con una fuerza equivalente a la ley y, a veces, superior a ella. Esta fuerza provenía incluso de la propia ley y de la elaboración que civilistas y canonistas realizaron durante la Baja Edad Media.

8. La tendencia favorable a reconocer en el rey la plenitud de la facultad legislativa se afirmó en el Derecho castellano con el Ordenamiento de Alcalá en 1348, al consagrarse un sistema legislativo para todo el reino. Con este Ordenamiento se inició una nueva y larga etapa en el orden jurídico castellano, caracterizada no sólo por la prelación de leyes consagrada en el mismo, sino también por la decidida preferencia por la norma legal, con desplazamiento de la costumbre como fuente general. Sin embargo, ello no implicó su total relegamiento. Tanto en el Ordenamiento de Alcalá como en las leyes de Toro de 1505 se admitía la antigua costumbre para regular situaciones especiales o se la reconocía de manera indirecta, al dar sanción legal a las Partidas que contenían precisamente una sustanciosa doctrina al respecto. Pero de todas maneras el peso de aquellas leyes de prelación significó una decidida orientación legalista que tendería a afirmarse en el futuro[24].

Esta inclinación empalmó en el siglo XVI con las tendencias políticas dominantes en los reinos europeos de la época, que se encargaron de exaltar la figura del rey y de consolidar su poder. Esto último llevó hacia la unificación política y jurídica mediante el predominio de la ley, buscando borrar las particularidades locales o regionales, cogollo preferido de la costumbre. Los únicos límites al poder real lo constituyeron entonces el respeto a los derechos divino y natural y a las leyes fundamentales del reino[25].

Los nuevos cuerpos o colecciones legales, ahora mucho más difundidos por la imprenta, el cada vez más minucioso trabajo de los juristas sobre las leyes, la constante actividad legislativa del rey y de su Consejo Real, llevaron en Castilla, como en otros reinos europeos, a estrechar el ámbito de vigencia de la costumbre. No obstante tal postura, la costumbre persistió dentro del orden jurídico de esa época, desafiando a tan fuerte oposición. Le servía de buen apoyo la sólida doctrina que teólogos, juristas y políticos desarrollaban en la literatura castellana de la época. Y también el fuerte arraigo que gozaba en la sociedad, como lo evidencian algunos refranes medievales, tales como "mudar costumbres par es de muerte" o "cosa dura e fuerte es dejar costumbre"[26].

9. Los teólogos, preocupados por las altas cuestiones de la formación del Estado moderno, se inclinaban a sostener que la potestad estaba constituida por Derecho natural en la comunidad y era ejercida como un "oficio", en bien de ésta, por el príncipe. Mientras algunos reforzaban la potestad de éste, otros teólogos, como Alfonso de Castro, subrayaban la coparticipación entre rey y pueblo en el ejercicio de aquella potestad. A su vez, otros llegaban a conclusiones sugestivas, como Vázquez de Menchaca, quien sostenía el derecho del pueblo a revocar o moderar la concesión de la jurisdicción y, en consecuencia, a hacer nuevas leyes o introducir costumbres[27]. Por fin, en los inicios del XVII, la magna obra del jesuita Francisco Suárez, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, dedicaba nada menos que un libro –el séptimo– de los diez que integraban su obra, a la costumbre. Constituye el más completo y amplio estudio realizado por entonces, y el más claro reconocimiento de la importancia que ofrecía en el orden jurídico, pese a las limitaciones que el propio Suárez admitía y aun prescribía[28].

Los juristas, a su vez, bajo el peso de estas construcciones teológicas, no encontraban motivos para desechar una rica fuente utilizada por los doctores del Derecho común, y admitida por las Partidas. Formados en el respeto hacia aquellas autoridades, antes que al naciente Derecho real, recurrían frecuentemente, en sus argumentaciones, a las invocaciones consuetudinarias.

A su vez, si nos asomamos a esa literatura política de los siglos XVI y XVII, constituida por tratados o libros redactados para ayudar al buen gobierno de los

príncipes, advertiremos que además de prevenir constantemente contra las peligrosas innovaciones y tentaciones de las leyes nuevas y contra el fárrago legislativo, algunos calaban hondo en el tema de la costumbre, poniendo al descubierto sus ventajas y dando al príncipe la autorización para moderarlas y modificarlas en caso necesario. En general, de estos autores brota una franca defensa o al menos un prudente respeto hacia el elemento consuetudinario. Aunque siempre tras él, la figura del príncipe, para encarrilarlo cuando fuese conveniente.

10. De tal modo, bajo estos distintos factores y fuerzas que operaban en dinámica tensión, se desarrollaba la costumbre en Castilla al momento en que, por efecto del descubrimiento y conquista, el Derecho de aquel reino peninsular se había extendido al Nuevo Mundo, tal como enseguida veremos.

En las Indias

11. La presencia de la costumbre en el Nuevo Mundo se explica teniendo en cuenta el antiguo y sólido arraigo que había tenido en Castilla –tanto en su más antigua fase rudimentaria como en la más reciente letrada–, pero sólo se puede comprender su vigor y difusión ante los factores nuevos y las situaciones que en el mismo se plantearon.

El descubrimiento de las Islas y Tierra Firme del Mar Océano –que pronto constituiría un vasto continente– provocó la expansión del Derecho castellano a los nuevos territorios, en virtud de la doctrina medieval que consideraba que "las tierras nuevamente conquistadas o acrecentadas al señorío antiguo se han de regir por las leyes del reino a quien se acrecienta". Pero, junto a esta expansión, la realidad americana impuso que se fueran dictando normas que constituyeron paulatinamente un Derecho especial, conocido como Derecho indiano[29]. Monografías sobre sus orígenes en cada región del Nuevo Mundo, aprovechando las ricas fuentes jurídicas como los protocolos notariales –a la manera en que los ha utilizado James Lockhart para la historia social del Perú hispánico–, podrían ser esclarecedoras en torno a determinar la continuidad de costumbres castellanas, su adaptación a la situación indiana, o la aparición de nuevos usos exigidos por una realidad diferente. En este sentido es naturalmente importante el papel de los juristas, sobre todo después de la creación de las audiencias, pero no debe desdeñarse el rol cumplido por los escribanos, como prácticos que redactaban y daban fe de muchos actos de la vida pública y privada de esas sociedades en formación.

Es evidente que este nuevo Derecho surgió en un siglo crítico para la evolución general de la costumbre, justo cuando en Europa empezaba su rápida decadencia. No obstante, las especiales circunstancias históricas del Nuevo Mundo, dieron a esa fuente del Derecho un relieve especial[30]. La costumbre surgió, sobre todo en una primera época, como expresión rudimentaria de la vida jurídica para dar solución a los problemas planteados, ya por desconocimiento de las normas existentes, ya por insuficiencia de éstas. Pero paulatinamente fue también patrimonio de una cultura jurídica más desarrollada, que frecuentemente se apoyó en la costumbre en la búsqueda de soluciones a situaciones o hechos nuevos no previstos en los rancios ordenamientos castellano y común, y en la necesidad de atender a la variedad regional y a la mutabilidad temporal de los fenómenos indianos. Todo ello encuadrado en la formación y afianzamiento de una cultura urbana, que durante el siglo XVII adquirió propia personalidad. Estos factores facilitaron la introducción y arraigo de numerosas costumbres locales, que, como veremos, el propio legislador respetó y hasta estimuló. Sin embargo, en contraposición, la temprana presencia de elementos estatales en la

colonización americana –abortando modos feudales o señoriales– fue un escollo para que la costumbre alcanzase un mayor desarrollo.

La costumbre constituyó también un instrumento utilizado por algunas ciudades americanas, especialmente en los siglos XVI y XVII, para enfrentar a las autoridades reales, oponiéndose a sus designios. Los cabildos, como órganos representativos urbanos, asumieron muchas veces esa posición y la costumbre adquirió a través de esos cuerpos un señalado desarrollo.

También la costumbre ganó terreno, más que nada en el siglo XVI, durante la etapa de creación del nuevo orden jurídico en Indias, cuando las leyes generales eran pocas y la mayoría de los preceptos tenían un carácter casuístico. Parecía tan enraizado en el sentir general este respeto a la costumbre que en la residencia del Virrey de México, marqués de Villamanrique en 1592, se le hacían cargos por desconocer, contrariar o pervertir cuatro normas consuetudinarias[31].

12. Durante la centuria siguiente, al producirse la ordenación y consolidación del Derecho indiano –sobre todo a través de obras claves en el campo legislativo y doctrinario, como la Recopilación de 1680 y la ya citada *Política Indiana*–, la normativa legal tendió a cobrar mayor importancia. Sin embargo, en ninguna de esas obras apareció desacreditada ni desplazada la costumbre. Antes bien, según veremos, fue respetada, invocada y hasta estimulada. No hay que olvidar que dentro de la mentalidad del Barroco español, se manifiesta una actitud respetuosa hacia las instituciones antiguas, asentadas sobre la Religión y la Monarquía, y contraria a toda brusca ruptura con lo tradicional. De ahí que dentro de ese proceso de consolidación barroca en el Nuevo Mundo, la costumbre actuara como un elemento integrador, del cual no era posible prescindir.

13. Esta concepción tendió a ser matizada y sensiblemente disminuida por un conjunto de factores que se fueron insinuando lentamente, ya desde el propio siglo XVII, pero que adquirieron fuerza expresiva sobre todo en la segunda mitad del setecientos. En realidad, en ellos debe encontrarse la raíz de la rápida declinación que la costumbre experimentó en el siglo XIX. Esos factores merecen una atención particular[32]. Veamos.

14. *La exaltación del poder real.* Fue tema dominante en los escritores políticos de la segunda mitad del XVIII. Para los ilustrados el incremento de las prerrogativas del rey era un instrumento para llevar adelante el vasto plan de reformas que se hallaban empeñados. No es extraño pues que en un ambiente cargado de concesiones y privilegios hacia el poder real, se sostuvieran doctrinas favorables al predominio absoluto de su voluntad, expresada en la ley y contrarias a la participación de la comunidad tanto en la elaboración de aquélla como en la formación de la costumbre. No obstante, las regalías de la Corona fueron muchas veces defendidas apoyándose precisamente en la costumbre, lo que implicaba una aceptación de su valor[33].

15. *El centralismo político frente al particularismo indiano*. En las últimas décadas del setecientos, como resultado directo de las nuevas concepciones absolutistas y de la necesidad de aplicar las reformas preconizadas por la Ilustración, la Monarquía española marchó hacia el centralismo político. La nueva estructura en la Península –con el gabinete ministerial– y en las Indias –con las intendencias– persiguió esa finalidad. En la práctica gubernativa, los efectos, si bien favorecieron el progreso material de algunas

ciudades y mejoraron la hacienda real, contribuyeron a preparar la desintegración de aquélla.

El deseo de uniformar el gobierno fue paralelo con el de uniformar la legislación, propósito que aunque no alcanzó a concretarse, conformó una actitud mental opuesta al particularismo jurídico indiano, dentro del cual había crecido la costumbre. No logró, sin embargo, sofocarlo y así ese particularismo, aunque en parte disminuido, aún seguía vigente en la Monarquía indiana a fines del período hispánico. La diversidad en los hombres, territorios e intereses, así como la dificultad de las comunicaciones obraron como recursos naturales para aminorar aquella tendencia centralizadora. Es más, en el siglo XVIII aparecieron ya nítidamente las conciencias regionalistas. Tal vez, en la persistencia de este particularismo haya que buscar uno de los motivos por los que la costumbre mantuvo en buena medida su fuerza, pese a otros factores adversos.

Buena muestra de que la uniformidad pretendía también alcanzar el ámbito consuetudinario era dada en 1771 por un fiscal del Consejo de Indias al rechazar una costumbre peruana que habilitaba a la jurisdicción real para conocer en causas de esponsales. En sus fundamentos sostenía que ello correspondía al juez eclesiástico, en base a lo decidido en el Concilio de Trento y a la práctica de los tribunales supremos de España, que son los que forman "la más genuina interpretación en las materias dudosas"[34].

16. *El racionalismo jurídico*. Durante la segunda mitad del siglo se hizo manifiesta entre los juristas la creencia de considerar al Derecho como una creación racional y generalizadora –por opuesta a lo tradicional y particular–, postulándose la adopción de leyes orgánicas, precisas y claras. Abríase de esta manera la senda que conduciría a la elaboración de la moderna codificación. Se pronunciaba contra la costumbre, considerándola como propia de un momento superado de la evolución jurídica, y que constituía, por su irracionalidad e incertidumbre, un elemento perturbador en ese nuevo mundo jurídico que amanecía.

Ahora bien, esta actitud no apareció súbitamente en el siglo XVIII ni fue plenamente adoptada, tal como se advierte en la praxis. Encontramos así ejemplos que bien pudieran contraponerse. En pos de la certeza del Derecho, a mediados de la centuria anterior, se pedía al rey declarase lo que en adelante se debía guardar dada la controversia que había despertado una costumbre[35]. En contraposición, puede citarse, ya en la segunda mitad del XVIII, una decisión real que, al resolver un conflicto, introdujo en Lima una "práctica" observada en México, desechando la petición fiscal de establecer en la cuestión una regla legislativa para el futuro[36].

17. *La difusión de cuerpos y textos legales*. El particularismo jurídico indiano se enfrentó desde fines del XVII con la tendencia generalizadora que significaba la Recopilación de 1680. En efecto, la sanción de este cuerpo legal dio alcance general a normas que en su momento habían sido tan sólo expresión de un Derecho casuista y local. La Recopilación, así entendida y difundida en el clima dieciochesco, se convirtió para letrados y gobernantes, en una guía segura para solucionar los problemas jurídicos que se planteaban, sin tener que concurrir, a veces, a la búsqueda sutil de los precedentes consuetudinarios. Fue, en fin, la forma de obtener un criterio oficial, más fácil de invocar y hacer triunfar en un medio cada vez más renuente a recibir otras normas que las emanadas del poder real.

Pero ello no fue óbice para que la costumbre enfrentara con éxito a la propia ley recopilada. Tampoco hay que olvidar que esas mismas leyes otorgaban amplio margen de desarrollo a la costumbre, como lo veremos oportunamente. Esta expresa aceptación

legislativa sirvió indudablemente de apoyo a la norma consuetudinaria, tanto en materias concretas como en su invocación general.

De tal modo, al examinar este factor cabe medir el influjo de la Recopilación tanto en uno como en otro sentido, como demostración de la penetración legalista y como conservadora de la costumbre.

El recurso a la costumbre, sin desaparecer, fue menor en los textos legales que con frecuencia se sucedieron en el siglo XVIII.

18. *La mentalidad de la naciente burocracia*. En la nueva mentalidad burocrática, que tan sólidos cimientos echó durante el siglo XVIII, no se advierte mayor preocupación por proteger las normas consuetudinarias. En su minuciosa predisposición al ordenamiento y clasificación de los papeles, no se percibe su inclinación a reunir las costumbres o formar índice de ellas, ni menos a intentar su redacción por escrito. La flamante burocracia, o quienes la promovían, parecían así desdeñar todo aquello que no respondiera a las nuevas pautas de ordenación racional que a todos fascinaba. Este desacuerdo entre un mundo nutrido de tradiciones y otro atento a los dictados de la "suprema razón" es, como se sabe, uno de los signos distintivos de la época.

19. *El crecimiento de las ciudades y la declinación de los cabildos*. Es indudable que el notorio crecimiento urbano percibido en la segunda mitad del XVIII –más sensible en unas ciudades que en otras–, y que anuncia la explosión demográfica y la concentración ciudadana del XIX, fue adverso para la costumbre, tal como hasta entonces se había desarrollado, en el seno de pequeñas comunidades.

También la centuria marca una sensible declinación en el poder político de los cabildos americanos, órganos donde se introducía, exponía y defendía la costumbre. Aunque de hecho no fuera contradicha esta atribución, lo cierto es, que junto con el menoscabo de aquel poder, también la costumbre quedó más relegada.

20. Estos factores influyeron en su mayoría en detrimento de la costumbre, aunque algunos, según hemos visto, constituyeron también estímulo para su defensa y desarrollo. La fuerte presión de aquéllos se vio empero frenada por la sólida autoridad que aún dimanaba de la literatura jurídica de la época anterior que seguía vigente y por la reconocida inclinación de los ámbitos jurídicos y forenses a no admitir cambios abruptos, apegados muchos sectores a la rutina curialesca. De tal modo, la costumbre mantuvo aún así un poder superior al que le solían otorgar las leyes[37].

III. LA LITERATURA JURÍDICA

21. La tradición literaria en el respeto a la costumbre se remontaba al Derecho romano. En España había sido recogida por Isidoro de Sevilla, y en la Baja Edad Media, la Escolástica y el Derecho común habían consolidado su existencia dentro del nuevo orden jurídico nacido en la época[38]. Estos principios conductores fueron recogidos en las obras jurídicas castellanas e indianas. De todas ellas, sobresalía el ya mencionado *Tratado* de Francisco Suárez, que constituyó la más sólida elaboración doctrinaria plasmada sobre el tema en el mundo hispánico. Sin embargo, es probable que la obra no fuese –como por otra parte solía ocurrir con otros libros del género– pan cotidiano de los juristas seculares, que recibían los influjos de aquél a través de otras vías literarias.

En América hispánica, confluyeron la literatura jurídica castellana, con raíces asentadas en el Derecho común, y la que se elaboró especialmente sobre el Derecho indiano. Una y otra apoyaron decididamente durante los siglos XVI y XVII, la vigencia

de la costumbre, observándose que a partir de la segunda mitad del XVIII el surgimiento de una corriente crítica empezó a cuestionar los fundamentos mismos de ese Derecho consuetudinario. Aun cuando existieron matices que luego indicaremos, los primeros principios en torno a nuestro tema fueron compartidos por civilistas y canonistas.

22. Una de las obras castellanas más apreciadas y difundidas en América fue la *Política para corregidores y señores de vasallos...* del licenciado Jerónimo Castillo de Bobadilla, aparecida por primera vez en 1597. Sostenía este autor que las costumbres no tenían menos autoridad que las leyes romanas y reales y que era obligación del corregidor guardarlas. Siguiendo a Baldo y a otros doctores, decía que a la costumbre se le debía reverencia "como a madre, porque se equipara al Derecho Natural, y la mayor parte del mundo se gobierna por costumbres, y aun fueron primero introducidas en el mundo, que fuesen recibidas las leyes...". Los jueces estaban obligados a conocer, además de las leyes, "las costumbres públicas y notorias de la Ciudad y Provincia, que gobiernan y juzgar por ellas", pues de sentenciar en contra de lo prescripto por las mismas podrían ser demandados en residencia y obligados a satisfacer los daños. En otro pasaje, Castillo de Bobadilla, al tratar el plazo que tenían los regidores para fallar las causas en apelación, enseñaba que "la costumbre tiene autoridad y potestad de Príncipe y fuerza de ley" y la "municipal y de la patria se reputa por ley y hace callar las leyes y Rescriptos de los Príncipes".

Tanta importancia concedía el autor a la costumbre que recomendaba a los corregidores informarse de "los buenos usos y fueros de su provincia" y no ir "contra las buenas costumbres de su lugar sin causa de utilidad muy evidente... y, cuando la hubiese, comuníquela con los Regidores y Sabios del Pueblo"[39]. De igual modo la tan difundida *Curia Filípica* de Juan de Hevia Bolaños (1603), bajo la invocación de un elenco de autores, otorgaba fuerza, aun contra la misma ley, a "la costumbre legítimamente usada y prescripta"[40].

23. La literatura jurídica indiana no hizo una elaboración de los principios generales sobre el tema, lo que hubiese sido adecuado, si tenemos en cuenta la peculiaridad de la costumbre en el Nuevo Mundo. El reproche que en ese sentido hace Altamira a esos juristas tiene sus razones, si lo contemplamos desde el punto de vista de la Dogmática jurídica[41]. Pero al formular el juicio, se olvida que aquellos juristas estaban desinteresados en ofrecernos unos conceptos demasiado rígidos, que carecieran de eficacia en la solución de los casos propuestos.

Juan de Matienzo en su *Gobierno del Perú* (1567), no hacía mayor alusión a ella de forma directa, aun cuando, como buen conocedor de la tierra y con experiencia en las cosas de gobierno, no dejaba de referirse a ella cuando aconsejaba al que "gobernase esta tierra" que "no entre de pronto a mudar las costumbres y hacer nuevas leyes y ordenanzas, hasta conocer muy bien las condiciones y costumbres de los naturales de la tierra y de los españoles que en ella habitan" y las diferencias entre la sierra y los llanos[42].

Francisco Carrasco del Saz, fiscal en Lima y oidor en Panamá, que vivió largos años en Indias, donde murió, se ocupó en una de sus obras –publicada en 1620– de desarrollar el tema de la costumbre a la luz de una pragmática castellana de 1611 que prohibía toda costumbre derogatoria de la Nueva Recopilación[43]. En esta ocasión el autor sometía a esta pragmática a diversas distinciones, declaraciones y limitaciones que llevaban a restringir sus efectos desde diversos ángulos. Aunque el tratamiento apunta al Derecho castellano, tiene una necesaria proyección indiana. Como en otros autores de la

época, se advierte en Carrasco del Saz la intención de sostener, en general, la fuerza del Derecho consuetudinario.

Desde la perspectiva de Solórzano (§ 5), establecer una gradación de las fuentes del Derecho y destacar en ella el lugar especial de la costumbre indiana, hubiese sido seguramente tarea artificiosa y hasta perjudicial para la libertad de sus planteos. Pero de la lectura de la *Política Indiana* pueden obtenerse algunas conclusiones[44]. Así es como en diversas ocasiones y temas mencionaba la ley y la costumbre en un mismo plano, sin profundizar la cuestión. La costumbre estaba de modo permanente en la obra, en el planteo de los casos reales o supuestos que se sucedían. Su alcance era el más amplio posible y su fuerza podía llegar a contradecir la ley. Esto último lo ponía especialmente de manifiesto cuando se trataba de bulas y breves pontificios y otros textos canónicos. Sin embargo, en algunos casos excepcionales se anticipaba a negar valor a la posible costumbre en contrario.

Solórzano consideraba, en fin, a la costumbre como "la más segura glosa de todas las leyes", en caso de duda, o como "la mejor y más fiel intérprete de cualquier privilegio", no necesitándose recurrir al Príncipe para la explicación del punto dudoso, "porque se presume que él quiso y entendió lo mismo que la costumbre u observancia fue introduciendo y practicando..."[45].

En esta misma línea y época, Juan Machado de Chaves, recogiendo la doctrina de civilistas y canonistas en una afirmación general, decía que "las propiedades o efectos que el Derecho da a la costumbre, son mudar, interpretar, abrogar y quitar la ley, y también confirmarla, e introducirla de nuevo donde no la hubiese, en lo cual todos los Doctores convienen"[46].

24. En las primeras décadas del setecientos aún encontramos en Martín de Torrecilla a un singular defensor de la costumbre canónica y civil, al decirnos que ella "es la más viva ley que puede atenderse y la que debe prevalecer[47]. Al acercarnos a la mitad del siglo Tomás Manuel Fernández de Mesa, al hacer un interesante examen de esta fuente jurídica, consideraba a la costumbre en igualdad frente a la ley. No sólo podía derogarla, sino que la proclamaba como "el modo más seguro de lograr su verdadera enmienda"[48]. Valoraciones éstas que también aplicaba, por ejemplo, un jurista indiano, Antonio Alvarez de Abreu, empeñado en incrementar las regalías de la Corona[49]. De esta época son asimismo los esfuerzos de un moralista, fray Casimiro Díaz, para ofrecer los requisitos y el proceso de formación de la costumbre (§ 72) aplicados a las Indias[50]. Sobre fines de la centuria, Pedro Murillo Velarde en su *Curso* sobre derecho canónico indiano dedicaba un capítulo a la materia.

A su vez, Domínguez Vicente al ilustrar y continuar la célebre *Curia Filípica*, se limitaba a ampliar las citas doctrinarias en relación al tema, sin introducir ninguna de las modernas restricciones. Dado que este autor atendía directamente a la praxis, representa un buen testimonio de la fuerza que aun mantenía en ese terreno el Derecho consuetudinario[51].

25. Esta antigua y pacífica tradición literaria castellano-indiana fue alterada en la segunda mitad del siglo XVIII, cuando apareció una vigorosa corriente crítica, que atacó a la costumbre desde diversos ángulos. Unos lo hacían exaltando el valor de la ley y atribuyendo al rey la plenitud de la potestad legislativa. Otros preferían penetrar en la propia naturaleza de la costumbre y demostrar que era irracional e incierta. Como resultado de estas páginas doctrinarias, el campo de vigencia de la costumbre quedaba sensiblemente disminuido. La sólida doctrina clásica, elaborada y mantenida durante varios siglos por un nutrido elenco de autores, empezó a desdibujarse[52].

La expresión más saliente de esa nueva vertiente fueron los *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes...* del jurista gallego Juan Francisco de Castro, editados en 1765 y difundidos en la América pre y post-independiente. El autor, haciendo gala de una vigorosa concepción racionalista, partía de la necesidad de desterrar del campo de la jurisprudencia todo lo que provocase incertidumbre. Uno de los blancos preferidos de su ataque era la costumbre. Consideraba que todos sus requisitos esenciales estaban plagados de incertidumbre, especialmente por la dificultad de la materia y por la multitud de opiniones y controversias. Estimaba que lo más útil a la república era ceñirse a las leyes, desterrando absolutamente toda costumbre derogatoria de aquéllas. Asímismo, a través de ejemplos, intentaba demostrar "las irracionalidades que con motivo de costumbre se introducen y se pretenden observar como leyes mezcladas entre espesas tinieblas de perplejidades". Dominaba la mente de este jurista ilustrado la idea de apartar del terreno de la elaboración jurídica todo aquello que no ofreciera la precisión y claridad de un perfecto texto legal, racionalmente dispuesto[53].

Aun cuando no en los mismos términos de Castro, ni con la amplitud y vigor de éste, los juristas de la segunda mitad empezaron a observar una actitud más restrictiva o recelosa ante la costumbre, sobre todo cuando se trataba de enfrentar a la ley. Al igual que los peninsulares, los comentaristas indianos de la segunda mitad del XVIII –como Lebrón y Ayala– parecían más seguros guiándose por los carriles establecidos en las leyes.

Sin embargo, esta corriente tardó algún tiempo en llegar a los infinitos recodos de un orden jurídico tan antiguo como sólidamente construido. Sus efectos prácticos apenas se advirtieron al final del período estudiado y posiblemente con mayor claridad en el transcurso del siglo XIX. Obró a favor de la persistencia de la antigua doctrina, la preferencia que entre los juristas mantuvieron las obras clásicas, que fueron objeto de reediciones en la época –como Castillo de Bobadilla, Hevia Bolaños y Solórzano– sin ceder fácilmente sus lugares a los novatores. Así es frecuente que en obras prácticas, memoriales, escritos forenses, aún de finales de la centuria, la costumbre mantuviera su lugar en el orden jurídico[54].

Por último, valga destacar que la costumbre era admitida en una obra de gran difusión en el campo de la enseñanza, como las *Instituciones de Derecho Civil de Castilla* de Asso y de Manuel. Este libro, cuya primera edición apareció en 1771, adoptó una tendencia sistemática y legal en la exposición del Derecho. A través de las Partidas, admitía la fuerza de la costumbre para derogar la ley, pero establecía que aquélla "recibe su autoridad" del consentimiento expreso o tácito del rey.

IV. LA LEGISLACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

26. Según vimos (§ 8) en Castilla la ley fue adquiriendo un lugar muy importante en la conformación del orden jurídico bajomedieval, en detrimento de la costumbre. De tal modo, desde el Ordenamiento de Alcalá, ella no figuraba entre las fuentes generales enumeradas por el legislador. Sin embargo, las Partidas –pieza clave en ese nuevo orden– luego de enseñar que el poder y la fuerza de las leyes sólo podía ser vencido por el uso, la costumbre o el fuero, definía a la costumbre como Derecho no escrito usado por los hombres durante largo tiempo, "ayudándose de él en las cosas é en las razones sobre que lo usaron". Dábale categoría de Derecho natural y afirmaba que tenía "fuerza muy grande" si era "puesta en razón", para suplir la falta de leyes, como para interpretarlas cuando surgieran dudas, y aun podía derogarlas si la costumbre se usase durante determinado lapso con el consentimiento del príncipe. Admitía además que la costumbre local derogaba la ley general[55].

27. Sobre esta base actuó el legislador indiano. En principio, su actitud no parecía diferir de aquel criterio castellano, al excluir toda remisión jurídica a la costumbre cuando establecía el orden legislativo general aplicable en las Indias. Pero a medida que nos adentramos en ese orden jurídico, encontramos primero una significativa excepción general, referente a los indígenas –que veremos por separado (§§ 58-63)– y luego diversas manifestaciones específicas en las cuales el legislador admitía la costumbre, de manera amplia, atendiendo a la peculiaridad indiana.

Así Altamira –luego de un minucioso examen del tema a través de la Recopilación de 1680– considera que hubo de parte del legislador una general actitud de condescendencia hacia el hecho consuetudinario, y refiere distintas manifestaciones legales en las que se reconocía la necesidad, valor y fuerza de la costumbre aun contra la propia ley. Ello explica que frecuentemente el legislador permitiera la coexistencia de leyes y de costumbres divergentes en un mismo asunto en aspectos no sustanciales; que consintiera en costumbres contrarias a la ley o que hicieran a ésta innecesaria; que extendiera costumbres de un lugar a otro; que fuese cauteloso en la derogación de costumbres arraigadas; que defendiese las costumbres antiguas, acechadas por nuevas prácticas o usos; y que inclusive llegase a someterse a posibles costumbres de cuya existencia no tenía certeza[56].

La costumbre en todas estas situaciones no sólo se la encuentra mencionada en la Recopilación de 1680 sino en muchas disposiciones reales asentadas en los libros registros-cedularios del Consejo de Indias. Así lo he observado en los correspondientes al Río de la Plata, Charcas, Tucumán y Paraguay, lo mismo que en algunos del Perú. Carlos Salinas ha examinado esta materia en los cedularios chilenos.

28. Durante el siglo XVIII el legislador se mantuvo renuente a ubicar la costumbre entre las fuentes del Derecho cuando hacía referencia general al ordenamiento jurídico. Pero, al igual que en tiempos anteriores, las nuevas leyes contenían material consuetudinario, aunque en menor proporción. Un somero examen de esas disposiciones[57] permite advertir que disponían la guarda, continuación o tolerancia de costumbres existentes; el restablecimiento de antiguas prácticas; la derogación de algunas consideradas como abusos o corruptelas; la admisión o no de eventuales costumbres que no conocía certeramente. También, en otras ocasiones, hacía referencia a ellas o trataba de informarse sobre su existencia. Pese a la incidencia que para esta época ya tenían ciertos factores contrarios al Derecho consuetudinario, todavía se percibía en el legislador una actitud tolerante o complaciente hacia aquél, aceptando en la práctica a la costumbre, con carácter principal o secundario, según los casos y materias, y considerándola como un elemento vivo e insustituible dentro del orden jurídico.

29. En punto a determinar la actitud del legislador supremo ante la costumbre, me parece decisivo el episodio ocurrido en 1772 en el seno del propio Consejo de Indias, a raíz de una solicitud del obispo de Buenos Aires para que se expidiera un real decreto “derogando todo uso y costumbre contra ley escrita”. En plena euforia anti-jesuita –los religiosos de la Compañía habían sido expulsados de España e Indias cinco años atrás– el prelado acusaba a los desterrados de haber sembrado entre sus adictos “la detestable máxima de que toda costumbre era superior a cualquier ley divina, eclesiástica y civil, para lograr de este modo su infracción, y obrar en la conformidad que se lo dictaba su temerario despotismo”. Apoyaba su opinión en textos de la Sagrada Escritura y de los Santos Padres que “detestan toda costumbre contraria a la ley escrita”. El obispo

sagazmente imputaba a los jesuitas haber introducido costumbres contra la suprema jurisdicción de los príncipes y sus ministros y contra la potestad de los obispos, expresando sus temores de que esas doctrinas se extendieran a otras materias. A fin de cortar súbitamente esta peligrosa tendencia, el prelado proponía la proscripción de las costumbres introducidas por los expulsos, mandándose que "se observen y cumplan puntual y rigurosamente no sólo todas las leyes civiles, que están promulgadas por Nuestros Soberanos, sino también las Divinas y Eclesiásticas, de que son sus protectores". Para apoyar su actitud se valía de una invocación genérica de las leyes castellanas y especialmente del auto acordado del Consejo de Castilla del 4 de diciembre de 1713, que había encarecido la observancia de las leyes del reino con la mayor exactitud.

La oportunidad y habilidad de este planteo eran inmejorables. Los factores entonces en juego, el clima ideológico imperante, el encono que en la Corte asomaba contra los expulsos y su doctrina, la invocación de la normativa castellana, y los peligros que denunciaba, todo parecía como servido en bandeja de plata para que el Consejo tuviera la oportunidad de emitir un pronunciamiento general sobre tan delicada materia, afirmando el principio legalista. Sin embargo, no sólo nada de esto ocurrió, sino que por el contrario el Consejo, en conformidad con lo expuesto por el Fiscal, penetrado de los "gravísimos inconvenientes" que ello produciría, fue de parecer que se le hiciera saber al obispo "la ninguna necesidad que hay de proscribir las costumbres contrarias a la ley escrita, Divina, Eclesiástica y Civil, como propone" y en cuanto al desarraigo de "las malas costumbres, corruptelas y abusos" denunciados, se estimaba como suficientes las medidas adoptadas al proscribir las doctrinas de los jesuitas. Esta consulta del Consejo mereció la aprobación del rey[58].

De tal modo, nos encontramos en pleno auge del absolutismo ilustrado, con una decisión expresa del más alto rango, que confirma la impresión que se recoge en el examen de los numerosos casos particulares que eran despachados por el supremo tribunal indiano, en el sentido de admitir a la costumbre como uno de los elementos integrantes del Derecho indiano[59].

30. En un tono ampuloso, la costumbre aparece peraltada en 1782 en boca de los ministros de la Junta del Nuevo Código[60]. Se trataba en la ocasión de examinar el nuevo texto legal propuesto con respecto a la obligación del juramento de los arzobispos y obispos. En el mismo se había suprimido la invocación a la "antigua costumbre", tal como se asentaba en la ley recopilada (I, VII, 1). Todos los ministros –que lo eran también del Consejo de Indias– coincidieron en la necesidad de mantener esa invocación y para ello hicieron una extensa fundamentación de la decisión adoptada.

En el meollo de este discurso, se consideraba a la costumbre como "el Título más firme y robusto de cuantos se conocen en el derecho", superior a todos. Mucho más cuando se trataba de una costumbre antigua o inmemorial, superior a los cien años. Ante ésta todo cedía, ya que "es de derecho natural y saca toda su fuerza de la convención formada entre todos los hombres, y entre todas las Naciones que han reconocido, que lo que había subsistido en el mismo estado durante más de un siglo era inmutable". Enseguida se agregaba: "es la razón misma la que ha impreso esta verdad en el corazón de todos los pueblos". No dejaban, en fin, los ministros de precisar la utilidad de la costumbre dentro del ordenamiento jurídico, al puntualizar que "es la que mantiene el orden y armonía y la que impide que no caiga todo en el antiguo caos y confusión".

En esta apología de la costumbre sobresalía el estilo retórico, en detrimento del frío razonamiento. Prefería omitir toda referencia a autoridades legales y doctrinarias antiguas, desarrollando unas consideraciones que contenían híbridamente algunos

ingredientes más modernos. Así se mezclaban en dudoso maridaje ideas racionalistas, pre-románticas, iluministas y regalistas. Desde luego que la valoración de este testimonio debe hacerse teniendo en cuenta que se trataba de la defensa de un principio regalista y por lo tanto no había conflicto o pugna con una norma legal o con el poder legislativo del rey.

Con todo, tan explícita defensa, que no era moneda corriente en tan alto círculo, sirve para mostrar una vez más la actitud atenta y permisible del legislador, ya en las postrimerías del régimen indiano, ante el fenómeno consuetudinario. Se advierte así la diferencia que separaba esta actitud de algunas expresiones teóricas que circulaban con todo el frescor de la novedad, pero sin sentar, por el momento, basas en la realidad.

31. Desde luego que, junto a esta amplia exteriorización en favor de la costumbre en el legislador, encontramos también una tendencia encaminada a subrayar la primacía casi absoluta de la ley, ya sin mencionar a la costumbre, ya desplazándola expresamente.

Así Juan de Ovando, en la segunda mitad del siglo XVI, al proyectar un código para el Nuevo Mundo, establecía que "todos los casos y negocios que ocurrieren en el estado de las Indias se juzguen por las leyes de este libro y en lo que por ellas no estuviese determinado por las de estos Reinos [de Castilla], no embargante cualquier costumbre que haya en contrario"[61]. También algunas disposiciones, particularmente durante el siglo XVIII, acentuaron esta tendencia, al establecer que se observasen inviolablemente las leyes de reino, y aun con el agregado de que su vigencia no estuviera impedida por usos, prácticas o costumbres contrarias[62]. Por ejemplo, en 1701 el fiscal del Consejo de Indias sostenía que por las leyes recopiladas "quedaron abrogadas las cédulas antiguas y cualquier usos y costumbres contrarias a dichas leyes recopiladas"[63].

En estas exteriorizaciones hay, en primer lugar, que advertir la existencia de una corriente de opinión de clara orientación legalista que sustentaban algunos ministros y juristas, posiblemente manifestada con mayor vigor a medida que se avanzaba en el setecientos. Pero también debe tenerse en cuenta que aquellas expresiones a veces respondían, antes que a una rígida postura ideológica, a las vicisitudes de los asuntos sobre los que se pronunciaban, lo que iba dejando a su paso ya inclinaciones consuetudinarias, ya preferencias legalistas.

32. Pese a las abundantes referencias a la costumbre contenidas en las leyes indianas, no se trataban en éstas los requisitos exigidos para su existencia como fuente del Derecho. Esta aparente omisión se explica, no sólo por la reticencia observada con relación al orden de prelación, sino principalmente porque siendo el indiano un Derecho especial se integraba con el orden jurídico castellano y no necesitaba establecer lo que estaba ya preceptuado en el Derecho materno. De ahí que las pocas y sustanciosas leyes de Partidas sobre el concepto y los requisitos de la costumbre eran de inexcusable aplicación en el Nuevo Mundo. Una sola ley indiana de 1628, incluida en la Recopilación de 1680, rozaba el tema, pues al referirse a la concesión de mercedes, expresaba que la costumbre "no se ha de entender en dos o tres actos solos, sino en muchos continuados, sin interrupción ni orden contrario"[64].

33. Otro terreno que resulta necesario acotar para estudiar la incidencia de la costumbre, es el que, en términos generales, puede denominarse "aplicación del derecho", es decir, cuando el ministro, magistrado o tribunal se encontraba ante la necesidad de decidir los casos concretos que se le presentaban. Era entonces cuando se debía elegir el apoyo normativo adecuado y en estas condiciones cabe preguntarse cuál

era su actitud ante la costumbre. Desde ya debo advertir que ese terreno no resulta fácil de separar, en esa época, del campo legislativo con el que a menudo se confundía, dado el carácter predominante casuista del ordenamiento jurídico. De tal modo muchas veces esas decisiones se encauzaban a través de disposiciones legislativas propiamente dichas.

Un testimonio bien expresivo para conocer el pensamiento de un alto magistrado acerca de la aplicación de las leyes indianas, lo ofrece el Virrey del Perú, Marqués de Guadalcázar. En efecto, en la memoria a su sucesor en 1628 decía que "ni fíe V.E. más de lo que hallare escrito con mucha antigüedad que lo que del *uso* hubiese recibido, y *practicado* por mejor"[65]. Según se advierte, este experimentado Virrey enfatizaba el uso y la práctica frente a los textos legales antiguos. Sin pretensión de generalizar esta opinión, puede suponerse que constituía, antes que una apreciación singular, un modo de pensar que gozaba de cierta aceptación.

Para comprender el lugar concedido a la costumbre a la hora de aplicar las normas legislativas, cabe recordar que, fundándose en la enseñanza de la Escolástica, civilistas y canonistas coincidían en considerar a la costumbre como la mejor intérprete de las leyes.

34. Pero dando un paso más, es posible observar cómo la norma consuetudinaria aparecía invocada frecuentemente para fundar las decisiones de las autoridades gubernativas y judiciales[66].

Este amplio horizonte que disfrutaba el juzgador, en el momento de decidir, era, en fin, también reconocido en la literatura jurídica de la época. Así Castillo de Bobadilla afirmaba, como presupuesto admitido en el desarrollo de una opinión, que el juez en la sentencia seguía "la decisión de la ley, o la común opinión, o la doctrina de Autores graves, o la costumbre recibida...", sin desdeñar la razón y la epiqueya. Pero algo más: el juez al sentenciar debía tener en cuenta la norma consuetudinaria, hasta el punto que podía ser demandado en residencia y obligado a satisfacer el daño si lo hubiera hecho "contra la costumbre pública y notoria de la tierra" o "contra el estilo común de la Audiencia"[67].

Apoyaré lo dicho con algunos ejemplos significativos que he podido recoger, lamentando que la falta de estudios exhaustivos sobre este aspecto en las diversas áreas geográficas del Nuevo Mundo impidan ofrecer una sólida y amplia visión de este asunto. El interés de aquellos ejemplos radica además, en que en su casi totalidad pertenecen al siglo XVIII, centuria conflictiva para la costumbre.

Así es interesante el voto del oidor Alonso de Solórzano en 1670, en el que anteponía el uso y costumbre asentado a cédulas y leyes[68]. Una enojosa y compleja cuestión que enfrentó a principios del siglo XVIII al Cabildo de Buenos Aires con el gobernador Valdés y Inclán, resuelta por la Audiencia de Charcas en favor de aquél, fue llevada por el perdedor ante la suprema autoridad, haciendo principal invocación de la costumbre[69]. Hacia fines de esa centuria, en 1790, los oidores bonaerenses cavilosos ante la aplicación de una ley no usada, alegaban al rey, en un tono reflexivo que justificaba la consulta, que "está comúnmente recibido, sin embargo de varias decisiones, que parecen residirlo, se pueda introducir costumbre contra la misma Ley pues las circunstancias de tiempo hacen variar, dejando lo que es razonable hoy, de serlo mañana"[70].

En cuanto al papel decisorio del Consejo de Indias, tan a menudo confundido con la faz legislativa, he podido observar en expedientes tramitados aún durante el siglo XVIII, que la costumbre era utilizada y apreciada como uno de los elementos integrantes del Derecho, según los casos y circunstancias, no advirtiendo una presunción contra ella. Es más, he tenido oportunidad de ofrecer, en otro trabajo, diversos ejemplos en los que

tanto en el alto tribunal peninsular como en Charcas y en el Río de la Plata se admitían aún normas consuetudinarias contrarias a leyes de la Recopilación indiana[71]. Ratificando esta comprobación, un aplicado ministro de la Cámara de Indias, don Rafael Antúnez, al escribir en 1799 una obrita para instrucción propia, decía que ciertas leyes recopiladas no obligaban entonces rigurosamente y según su letra por haber una costumbre de más de cien años, ya prescripta, aunque dejaba a salvo lo que denominaba el "fondo y espíritu de ellas", como "obligación de conciencia"[72].

De una pequeña muestra de vistas fiscales en expedientes judiciales rioplatenses de finales del siglo XVIII y principios del XIX[73] se puede inferir que si bien la costumbre mantenía su fuerza –a despecho de la doctrina política contraria–, la exigencia del elemento racional y del requisito del consentimiento del príncipe producían el estrechamiento del ámbito consuetudinario.

Para una época muy tardía –1804– es interesante dato sobre la presencia de la costumbre en las decisiones de los altos tribunales americanos, el meduloso dictamen del fiscal Manuel Genaro de Villota –aprobado por la Audiencia de Buenos Aires– acerca de la queja de los comerciantes de Córdoba por la prohibición de usar cortinas en las puertas de las tiendas. En dicha oportunidad, el fiscal Villota, al desenvolver la complicada trama originada en la aplicación de una ley castellana, contradicha por costumbre contraria, se inclinaba a favor de esta última, luego de un prolijo examen de la situación fáctica[74].

V. RELACIONES JURÍDICAS SOMETIDAS AL INFLUJO CONSUETUDINARIO

35. A medida que se penetra en el estudio del tema puede advertirse la amplia expansión alcanzada por la costumbre indiana, al punto que llegó a regular vastos sectores de la vida social, junto con la ley, no quedando prácticamente materia de la que fuese excluida.

La falta de monografías sobre las diversas áreas jurídicas y geográficas impide sentar conclusiones por ahora, siendo tan sólo posible ofrecer sugerentes muestras de la presencia del fenómeno consuetudinario en algunas materias.

El gobierno y la administración secular

36. La costumbre aparecía, en primer término, en la cúspide de la Monarquía para regular aspectos de la vinculación entre el rey y el Consejo de Indias. Dos interesantes testimonios nos permiten avizorar la significación concedida a la norma consuetudinaria en esa relación. En efecto, el Consejo, en consulta al rey del 5 de noviembre de 1636, se quejaba de haber recibido avisos reales, por intermedio del Presidente del Consejo de Castilla, cuando era norma que tales avisos habían sido siempre comunicados por el propio rey. Decían entonces los consejeros que "no se debe pervertir el orden que siempre se ha tenido" y suplicaban que "en esto no se hiciese novedad, sino que siempre viniesen semejantes órdenes y avisos por Decretos de su Majestad". A esto el rey respondió: "He mandado se guarde la costumbre"[75]. En ese mismo año al promulgar las nuevas ordenanzas del Consejo, el rey admitía que las antiguas habían sido en parte reemplazadas por otras disposiciones y parcialmente "derogadas por contraria costumbre y estilo, tolerado y aprobado por nos"[76].

Estas dos pequeñas muestras que pueden pasar casi inadvertidas tienen considerable valor, a mi juicio, para comprobar la estimación que gozaba la costumbre, introducida en asunto nada baladí. En la primera de ellas, la norma consuetudinaria era el eje sobre el cual se articulaba materia tan sustancial como la condición política de las Indias, ya

que la queja de los consejeros indianos apuntaba a rechazar una posible subordinación al Consejo castellano, tejida a través de una sutil interferencia en la comunicación directa con el rey. La respuesta de éste, tajante y precisa, se supone suficiente con la remisión a la costumbre, sin necesidad de entrar a describir su contenido. La segunda muestra, a su vez, es interesante apreciarla desde el punto de vista del poder de la costumbre para derogar las prescripciones dadas. Ambas son significativas para patentizar la presencia de la norma consuetudinaria en la cúspide de la Monarquía a mediados del siglo XVII.

37. De esta época se puede ofrecer otro caso de cierta relevancia. Cuando en los años de 1630 la función de los secretarios de los consejos reales estaba en alza e incluso pretendían equipararse a los consejeros, ocurrió un episodio, donde la costumbre aparece como el eje de sustentación de un reclamo que aquellos hacían ante el rey, al parecer con resultado favorable. Tal suceso está sentado en una pieza documental carente de formalidad –le falta fecha y firma conocida–, dada a conocer por García-Gallo[77], a propósito de la tensa relación existente entre consejeros y secretarios.

En ese escrito, los secretarios se quejaban ante el rey de la desfavorable interpretación que los consejeros habían hecho de una orden real de 1633, relativa a su participación en la consulta de las propuestas de provisión de oficios y concesión de mercedes. Sostenían, en base a antiguos privilegios y a la misma naturaleza de su función que ellos habían sido siempre el "medio entre el Rey y sus ministros", eran los que tenían un manejo absoluto de los papeles y gozaban de gran crédito sobre lo que asentaban bajo su firma o rúbrica. Su papel no se limitaba –como pretendía el Consejo– a presentar la relación de servicios de los pretendientes y remitirla al rey con la consulta y los votos de los consejeros en sobre cerrado, sino que la misión del secretario consistía en exponer cuál era el oficio vacante, el lugar y carácter del mismo, la enumeración de los pretendientes y la relación de sus méritos, títulos y servicios, y además agregar todo cuanto convenga sobre ello, sin intervención del Consejo. Esto –sostenían– se había observado antes de la real orden e incluso después en otros consejos de la Monarquía, y por cierto era lo que correspondía observar para mantener la autoridad de los secretarios.

Esta situación conformaba una costumbre que el Consejo, por su propia autoridad, no podía alterar, ni aún en las "cosas dudosas". Era necesario un despacho expreso del rey para modificarla, tal como se había hecho cada vez que él quiso limitar la acción de los secretarios, aún en aquellas cosas que estaban introducidas por uso o costumbre.

Lo interesante de este aporte radica, a mi juicio, en la múltiple invocación consuetudinaria, introducida en diversas instancias del mismo discurso, tanto para dar sustento al ejercicio funcional del secretario como para establecer los límites de acción del Consejo e incluso para determinar en que forma el rey podía alterarla. La costumbre cobraba así fuerte consistencia en un tejido jurídico casi sin respaldo legal y elaborado en la misma cúspide del poder central para defender la postura de quienes avanzaban hacia posiciones más prominentes. Es una muestra no desdeñable de la fuerza persuasiva que por entonces tenía el precepto consuetudinario.

Esto mismo es lo que surge del curioso tejido léxico que constituye el decreto real del 30 de marzo de 1640, dictado a raíz de cierta merced propuesta por el Consejo de Indias. Bien vale la transcripción de este texto algo enigmático con el que se responde a la consulta: "lo que se *acostumbra* dar sin orden, no es *costumbre*, ni debe correr como tal, sino abuso y de esta calidad será todo aquello que el Consejo, o cualquiera otro diere, que pase de treinta ducados, por una vez, sin consulta de su Majestad". El recopilador vio en el texto un precepto positivo y lo incorporó tal cual en la

Recopilación de 1680[78]. ¿Pero no había en el mismo demasiadas vueltas para llegar al simple mandado? ¿Por qué establecer tal regla a través de un juego dialéctico donde la costumbre ocupaba el centro del espacio? ¿No bastaba expresar el requisito de que toda merced superior a los treinta ducados debía ser otorgada con consulta del rey? ¿Se esconde una clave secreta? ¿O tan simplemente se envuelve, al mejor gusto literario del Barroco, el meollo de la determinación en un florido enjambre de palabras? Cualquiera sea la respuesta a estos interrogantes, lo que interesa resaltar es esa atracción irresistible ejercida por el fenómeno consuetudinario como elemento regulador y de referencia del discurso jurídico y también acaso de equilibrio y armonía del orden jurídico todo.

38. También la costumbre asomaba frecuentemente en lo relativo a las atribuciones, honores, prerrogativas de los virreyes, gobernadores y demás ministros designados para oficios indianos. Desde este punto de vista, sospecho que en los títulos de dichos oficios hay una preciosa fuente de invocaciones o remisiones consuetudinarias, tal como he podido verificar en algunos. Era frecuente así que se estableciera que aquéllos usasen de los empleos de la manera en que lo habían hecho sus antecesores. Esto mismo también se determinaba en otras disposiciones reales[79]. De tal modo, los interesados se apoyaron en la norma consuetudinaria cuando se plantearon conflictos jurisdiccionales[80].

Las invocaciones consuetudinarias que se encuentran en las disposiciones reales tienen naturalmente el carácter y sentido más variado. Esto se explica, según ya dijimos, porque no debemos considerar a aquéllas como expresiones de un respeto formal a determinado modo de creación del Derecho, sino como la manera de resolver cada caso atendiendo a sus circunstancias. Así nos encontramos con las más diferentes actitudes. En cierta ocasión, el miramiento real hacia la norma consuetudinaria llegaba a tal punto que sometía su propia decisión a la eventual existencia de una costumbre contraria[81]. Otra vez, manifestaba su extrañeza al virrey del Perú por haber "alterado la costumbre" sobre el lugar donde se tomaba posesión de los gobiernos y corregimientos –esto es la cabeza del partido–, ordenándole que la observara en adelante[82]. También dispuso que se guardara el estilo imperante en el juramento de los nuevos gobernadores al entrar en la ciudad, a propósito de la negativa de hacerlo de un gobernador de Santiago de Chile[83]. Pero no faltaban disposiciones reales que calificaran de abuso a cierta práctica o que mandaran guardar la costumbre sólo hasta tanto, con mayor información, se resolviese alguna cuestión planteada"[84].

En esta serie de constataciones, bien vale atender a la vigorosa réplica que los fiscales del Consejo de Indias hicieron en 1787 contra la real orden que prohibió los llamados "regalos de tabla" que los consulados hacían, en ocasión de la Navidad, a los ministros de Estado, del Consejo y otros oficiales. Este escrito, recogido por el Consejo en su consulta al rey, se fundaba en la ley y en la costumbre especialmente, y daba las razones que hacían conveniente mantener la situación anterior[85]. La gestión ante el monarca fracasó, pero lo más interesante no es tal vez su resultado, sino el hecho de que en época tan tardía, en plena crítica de la costumbre, fuesen los más altos ministros indianos quienes la invocasen en apoyo de unos privilegios propios que veían desaparecer.

Análoga actitud a la del rey era dable observar en las autoridades locales. En 1615, el virrey del Perú, marqués de Montesclaros, le decía a su sucesor que en el gobierno por menor de la hacienda se debía conservar la jurisdicción concedida por el rey y la costumbre. Cuando en 1790 los administradores generales del ramo de sisa le exponían al gobernador intendente de Salta varias dudas ante la carencia de reglas ciertas, el alto funcionario le contestaba que entre tanto se promulgara el nuevo reglamento guardasen "en todo la costumbre hasta otra determinación"[86]. En este caso, la valoración de la

remisión consuetudinaria debe hacerse teniendo en cuenta la época tardía, el ímpetu con que ya penetraba la mentalidad racionalista en la ordenación burocrática y la personalidad de aquel funcionario, don Andrés de Mestre, consustanciado con las corrientes de la Ilustración y afanoso por imponer criterios legalistas, al punto que aquel nuevo reglamento era hechura suya.

39. Con asiduidad también se invocó la costumbre en lo relativo a la publicidad de las disposiciones gubernativas y capitulares, tanto las provenientes del rey, como de otras autoridades locales. La mención consuetudinaria aludía a la forma y lugar de llevar a cabo dicho acto de publicidad.

Los Cabildos

40. En la actividad de los cabildos americanos aparecía con frecuencia la norma consuetudinaria para regular distintos aspectos relativos a las formas y el ceremonial, la elección de los oficios, el ejercicio de los mismos y las funciones propias del cuerpo. He tenido oportunidad de estudiar ampliamente esta cuestión con referencia a los cabildos que funcionaron en las ciudades del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo en sendos trabajos que abarcan toda la época hispánica. Posteriormente, María Isabel Seoane ha puesto en evidencia la frecuencia con que la costumbre aparecía mencionada en los memoriales de los síndicos procuradores bonaerenses en una amplia gama de materias, recomendándose su observancia en la mayor parte de los casos. Estimo que los resultados de estas investigaciones, a falta de otras en las demás regiones del Nuevo Mundo, pueden ser indicativos de las tendencias existentes en la materia[87].

La valoración de la norma consuetudinaria en el gobierno capitular tuvo un vigoroso apoyo en una fuente literaria de enorme peso y difusión en América, como la *Política* de Castillo de Bobadilla. Es ésta, a su vez, un vivo testimonio histórico en favor de aquélla, ya que en las extensas páginas que le dedicaba al gobierno del ayuntamiento, puntualizaba la necesidad de que el corregidor conociera y respetara las costumbres existentes[88].

Aun cuando el poder político de los cabildos y también su potestad legislativa, empezó a declinar desde fines del siglo XVII, lo cierto es que la importancia de la norma consuetudinaria en la actividad de estos cuerpos se mantuvo, en líneas generales, durante las tres centurias. Sin embargo, en algún cabildo, como el virreinal de Buenos Aires, he podido apreciar en la primera década del XIX una rápida declinación de la invocación de la costumbre en las actas capitulares, con la penetración de un nuevo estilo en la redacción de los acuerdos[89]. Era, sin duda, el preanuncio de mayores transformaciones.

El Real Patronato

41. La regalía y el ejercicio del Patronato indiano encuentran fundamentos consuetudinarios. Es ya sugerente que en ley castellana se expresara que el Real Patronato pertenecía a los reyes “por derecho y *antigua costumbre* y justos títulos y concesiones apostólicas”, lo que servía a Villarroel para afirmar la fuerza del título consuetudinario en las Indias, siempre en favor de los reyes y nunca en contra[90].

En la *Política Indiana* de Solórzano, se observa la prevalencia de elementos consuetudinarios cuando se ocupaba de dicha materia, como también acerca del conocimiento de los pleitos y dudas que se suscitasen por las audiencias y consejos seculares; y la guarda y administración de las rentas y frutos de las iglesias vacantes.

Esos usos y costumbres, no eran, sin embargo, uniformes en todas las provincias indianas, según lo apuntaba un autor que escribía después de 1759[91].

Durante la primera mitad del siglo XVIII "el regalismo político procuró explotar cuanto pudo la preeminencia de los usos y costumbres para defender revolucionariamente el regalismo de la Corona"[92]. El fenómeno se observa tanto en Castilla como en Indias. Ejemplo de esto último es la obra de Antonio J. Alvarez de Abreu, *Víctima Real Legal*, en donde se utilizaba la costumbre, invocándola como fundamento principal o complementario, para afianzar los derechos de la Corona sobre los diezmos y los frutos de las vacantes eclesiásticas en el Nuevo Mundo[93]. De este modo advertimos cómo en una centuria en que empezaron a obrar factores contrarios a la costumbre, sin embargo, ésta aparecía utilizada en apoyo del mismo poder que se exaltaba en detrimento de aquélla.

El gobierno eclesiástico

42. Es indudable que en esta área, donde confluían regulaciones provenientes de los derechos canónico y real, la costumbre alcanzó mucha importancia. Los concilios y sínodos americanos, la actividad de los cabildos eclesiásticos y las disposiciones episcopales constituyen ricos filones para indagaciones en esta materia. Por su significado general es de destacar, en la Recopilación de 1680, entre otras disposiciones particulares de análoga orientación, la ley –originada en dos cédulas de fines del quinientos– que mandaba a las audiencias indianas, cuando interviniesen en asuntos eclesiásticos, tener siempre cuidado de "proveer y guardar justicia, sin exceder de lo que se debiese hacer, y de lo que acerca de esto está dispuesto por los Sagrados Cánones y leyes de estos Reinos de Castilla, y *costumbre* guardada y observada en ellos"[94]. Esta mención de la costumbre asume todo su valor al ser colocada, junto a la ley, como fuente general del derecho en esta área particular.

En este sentido, se destacan las *consuetas*, que eran cuerpos normativos destinados a organizar la vida pastoral de la Iglesia en torno a su catedral. Estaban técnicamente dentro del Derecho consuetudinario. Recogían reglas de este carácter, aunque no de modo exclusivo. Contenían un ordenamiento de los oficios y obligaciones de los canónigos, del culto de la catedral y de la vida del clero en la ciudad episcopal[95].

43. De un examen de la *Política Indiana* de Solórzano y de la Recopilación de 1680 surgen elementos consuetudinarios, con mayor o menor gravitación, en las siguientes materias: poderes y atribuciones de los obispos; lugar de celebración de los cabildos eclesiásticos; facultades de éstos en sede vacante; nombramiento de vicarios, provisores y comisarios generales de Indias; envío de vicarios o visitadores a las provincias indianas; integración de los racioneros al cabildo; posesión de las canongías; nombramiento de adjuntos del obispo para juzgar determinados delitos; derechos de las parroquias por entierros y sufragios; cobranza y administración de la cuarta funeral; admisión al sacerdocio de los indios, negros y mestizos ilegítimos; beneficios o doctrinas de indios; requisitos para la propuesta de religiosos para las doctrinas; concursos y oposiciones para prebendas eclesiásticas. Tenía fundamento consuetudinario la preferencia que se alegaba en favor de los nacidos en el Nuevo Mundo para ocupar, en igualdad de méritos con otros, las iglesias y beneficios indianos. También se estableció que la costumbre de la iglesia metropolitana se aplicaba a las inferiores en todo aquello que en éstas no se encontrase bien establecido.

44. La costumbre jugaba papel protagónico en distintos aspectos relativos a las relaciones entre la jurisdicción eclesiástica y secular. Acudía a aquélla, por ejemplo, Juan Luis López, en sus *Observaciones theo-políticas*, obra elaborada en el último cuarto del siglo XVII[96].

45. A lo expuesto, debe agregarse la constante presencia de la costumbre en el orden canónico indiano, inspirada por cierto en el modelo que le ofrecía la literatura y legislación canónica general, y estimulada por la peculiaridad americana. Acudamos sólo a un ejemplo: la costumbre introducida en las Indias de comer lacticinios, huevos y manteca de puerco durante la Cuaresma, contrariando una ley canónica general. Esta cuestión dio lugar a que el obispo Gaspar de Villarroel, en defensa de esa costumbre, elaborara una sólida construcción partiendo del valor de la costumbre y su fuerza para derogar la ley general cuando concurrían –como en esta ocasión– todos los requisitos exigidos por los doctores. Esta doctrina, desenvuelta en abundantes y eruditas páginas, trascendía, sin duda, el marco de la cuestión abordada[97].

La administración de justicia

46. La real cédula del 24 de julio de 1715 dirigida a la Audiencia de Lima y demás audiencias del Perú es, a mi juicio, bien expresiva de la amplitud con que la costumbre regulaba el procedimiento judicial[98]. Dentro de una cierta imprecisión de contenido, pueden extraerse de su lectura algunas consideraciones que ayudan a comprender esa significación. La idea central de la misma reposaba en la creencia de que hasta entonces la costumbre, la práctica y el estilo –se usaban en el texto las tres palabras– habían ejercido influjo en la regulación de los negocios jurisdiccionales, siendo decisión del rey, en cambio, establecer en adelante reglas fijas para "su régimen y observancia". Este criterio diferenciador estaba en perfecta concordancia con los ideales de la época. Campeaba en el texto una clara mentalidad racional, ordenadora, destinada a –como se expresa– evitar "los daños y malas consecuencias que hasta aquí se han experimentado", pero también se evidenciaba un puntual respeto hacia la normativa consuetudinaria, ya que el objeto principal de la cédula era requerir la correspondiente información sobre su existencia y modalidades. Esta cédula es, desde luego, más interesante por lo que aporta como testimonio revelador de una nueva mentalidad que por las consecuencias prácticas que pudo tener.

47. La acogida que Hevia Bolaños daba a la costumbre en su *Curia Filípica*, obra clave para la práctica general en Castilla e Indias durante esta época, es un síntoma de la importancia que alcanzó en este ramo[99]. A su vez, resulta muy sugestivo, por lo que ofrece y por la orientación que marca, el reciente y breve estudio de Antonio Dougnac Rodríguuez sobre la presencia de normas consuetudinarias –aun contra ley expresa– en el procedimiento del juicio ejecutivo en Chile[100]. Con un carácter más general puede señalarse, a modo de ejemplo, la presencia de normas consuetudinarias en aspectos tales como el procedimiento de la recepción de abogados; el cobro de derechos por ministros judiciales; la sustanciación de apelaciones, tanto en su forma como ante el magistrado o tribunal ante quien se llevaban; la distribución por turno de los negocios audienciales entre los receptores de número; la asistencia de los oidores a las almonedas de la real hacienda; la comunicación entre las jurisdicciones secular y eclesiástica; la provisión de autos acordados por las audiencias. Según afirmaba Castillo de Bobadilla, en casos de jurisdicción "puede mucho la costumbre"; ella tanto la otorgaba como la quitaba[101]. De

modo más general, este mismo autor marcaba la importancia del estilo y costumbre del Tribunal en la expedición de los negocios[102].

Cabría también extender el abanico consuetudinario a los tribunales de la Inquisición. Del muestreo que ofrece Enrique Gacto con relación al Tribunal español se desprende la importancia que el fenómeno tuvo en este campo[103]. Falta indagar lo ocurrido con los jueces del Santo Oficio en América.

Ceremonial y tratamiento

48. Lo relativo a la asistencia de las autoridades a las iglesias, procesiones, acompañamientos, actos, acuerdos y audiencias públicas, así como el tratamiento y honores que correspondía a cada una era materia que entonces merecía mucha atención. Si bien había leyes que la regulaban, al ofrecer una extraordinaria complejidad en sus detalles, infinitas modalidades locales, y constantes conflictos, todas ellas eran insuficientes, dando lugar a que la costumbre se desarrollara con amplitud. La materia no era baladí, pues detrás de estas cuestiones protocolares anidaba el meollo de la jerarquía del oficio que se desempeñaba o de la ciudad que representaba el cuerpo capitular. Estaba presente además, la permanente tensión entre las autoridades de diversa jurisdicción, reales, capitulares y eclesiásticas.

49. La legislación había sido muy detallista en la materia, como lo revelan las 109 leyes que registraba la Recopilación de 1680[104], en las que se recogían un número mayor de disposiciones particulares. Esas leyes reconocían la importancia que, en este campo, tenía la norma consuetudinaria al punto que en 29 de ellas se mandaba, en distintos tonos y matices, que se guardase la costumbre. De manera general, Castillo de Bobadilla puntualizaba que en "los asientos y precedencias" debía guardarse la costumbre[105].

He observado también que el Consejo de Indias, en la decisión de asuntos conflictivos de ceremonial, observaba una actitud valorativa de la costumbre. Así puntualizaba en 1753 que era una materia en la que "es el *estilo* la norma y regla principal para la Decisión"[106]. Tengo registrado más de una docena de casos entre 1627 y 1805 en los que mandaba guardar la costumbre[107]. Incluso admitía en dos casos la costumbre en contra de la propia ley recopilada[108]. Esto no impedía que en algún caso el propio rey, luego de verificar la existencia de "una *práctica* introducida inveterada", resolviese que en adelante se observase un principio contrario[109]. O en otro, al decidir, con carácter general, la preeminencia del oficio de alférez real sobre el de alcalde provincial, derogase estilos o costumbres contrarias[110].

Es significativa la relevancia que se le otorgaba a la costumbre en asuntos tales como: el dar la paz en la iglesia[111]; la asistencia a los oficios religiosos en determinadas festividades[112]; los acompañamientos de autoridades civiles en procesiones y otras ocasiones[113]; los asientos a ocupar en fiestas religiosas[114], en los estrados de la audiencia[115] o en general en funciones públicas[116]; la entrega de las llaves de los sagrarios a los capitulares el jueves santo[117]. Son sólo algunas muestras de lo que ofrece una revisión de los cedularios, especialmente del siglo XVII, en punto a la observancia de la costumbre en el tratamiento, ceremonial y estilo de la burocracia[118].

Análoga postura valorativa puede observarse en las autoridades locales. En una quejosa presentación al rey en 1620, la Audiencia de México se apoyaba en la costumbre peruana y en la propia, para hacer valer el derecho de los oidores a llevar los cojines en los actos públicos[119]. Y años más tarde, hacia 1655, el propio virrey del Perú, Conde de Alba de Aliste, se vio obligado a ajustarse a la costumbre vigente sobre la forma de recibir los inquisidores, según él mismo lo confesaba[120]. En el Río de la Plata

se aprecia una análoga actitud, como ponen de manifiesto algunos escritos del fiscal Genaro de Villota[121].

He tenido oportunidad de examinar en detalle la relevancia que esta materia tenía en los cabildos. Así vemos cómo la norma consuetudinaria aparecía cuando se trataba del lugar, asiento, voz y voto; de la asistencia y participación en actos religiosos y civiles; de la ceremonia de entrega del estandarte real y su paseo por la ciudad; y de la recepción del nuevo gobernador y demás actos protocolares con éste, con el virrey, el obispo y la audiencia[122].

50. Por último, en cuanto al "tratamiento de palabra", una ley general de la Recopilación disponía que los virreyes, presidentes y gobernadores guardasen "las leyes y honren y comuniquen a cada uno conforme a su calidad, estado y persona, sin alterar la *costumbre* observada por sus antecesores"[123]. Esta ley procedía de una disposición de Felipe III de 1619, pero ya tres años antes el criterio parecía impuesto cuando se planteó entre la audiencia de Lima y el virrey marqués de Montesclaros un conflicto de esta naturaleza. El trato que recíprocamente se dispensaban una y otra autoridad era el de "señoría" –"según *costumbre usada y asentada"*–, pero Montesclaros se excusó de llamarla así a la audiencia por no estar su presidente y a su vez exigió que se le diese trato de "excelencia". El Consejo de Indias puso las cosas en su lugar, disponiendo que se guardase "el mismo *estilo y orden*"[124]. En el mismo sentido, en 1791 una real orden establecía con relación al tratamiento que debía darse en los escritos a los ministros de la Real Hacienda que los demás tribunales y jefes "guarden la *práctica* que sobre este último punto estuviese en observancia"[125].

La vida urbana y rural

51. Rasgo distintivo de la colonización en América fue el establecimiento de cientos de núcleos urbanos, a la manera de una siembra de ciudades, villas y pueblos. La explotación rural, a su vez, tuvo lugar para proveer a las necesidades urbanas y estuvo pues en dependencia de aquéllas. Las actividades sociales y económicas que esa vida requería contaron con un franco apoyo jurídico en la costumbre, según veremos en este epígrafe. La mayor parte de las noticias reunidas proceden de las urbes rioplatenses[126], dada la carencia de indagaciones análogas en otras áreas americanas, pero de todos modos, por su extensión y variedad, juzgo que tienen un valor representativo para ser incluidas en este trabajo de índole general.

Cabe apuntar, en primer término, que era creencia generalizada aun en pleno siglo XVIII que cada ciudad o villa tenía sus prerrogativas particulares. Así, cuando por entonces se elaboró en la Corte un extenso interrogatorio para obtener una minuciosa y variada información acerca de la vida urbana americana, una de las preguntas se dirigía a averiguar las excepciones y privilegios que cada una de aquéllas "tiene por *uso* y *costumbre*"[127].

52. Con relación al abasto de la ciudad, la costumbre se invocaba en variadas cuestiones, tales como: la fijación de precios para las mercaderías; la provisión de carne vacuna; la provisión, venta y precio del vino; el precio y peso del pan; el uso del agua de las acequias; el control de los pesos y medidas; la visita capitular de las tiendas y pulperías; la provisión de agua por los aguateros; la fianza de los que abriesen pulperías; los precios del transporte de materiales y mercaderías; el precio de la molienda del trigo; el servicio de los indios para el abastecimiento urbano; etc.

También la costumbre regulaba ciertas retribuciones, como la que correspondía al correo mayor[128], los honorarios de los asesores letrados, los derechos de los oficios de justicia, el estipendio de los maestros, el salario de los oficiales y maestros de obra (carpinteros y albañiles), la hechura de los sastres, la paga y alimentación de los indios de mita que trabajaban en obra pública. Se apoyaba en ella en la Asunción de 1600, incluso, el pago en "moneda de la tierra" en vez de la plata[129].

La costumbre también aparecía en la regulación de algunas materias del régimen de la esclavitud, como la formación del apellido del esclavo, el costo del justiprecio del esclavo comprometido en venta y la obligación del amo a pedir licencia antes de alejar del lugar al esclavo casado[130].

La invocación consuetudinaria era también frecuente por parte de los cabildos con motivo de la organización de las fiestas religiosas, reales y populares. Ellas eran las de los patronos de la ciudad, el día de Corpus Christi, la jura de un nuevo rey, junto a otras celebraciones religiosas de menor significación y algunos acontecimientos extraordinarios que se consideraban dignos de festejar. De este modo, se regulaba la forma de atender los gastos, el nombramiento de diputados encargados de los preparativos, los adornos y arreglo de las calles, etc. También se hacían menciones consuetudinarias al organizarse las corridas de toros, punto máximo del esparcimiento popular.

53. En el ámbito rural, la costumbre se invocaba en la mensura de las tierras; el reparto de tierras y estancias; el aprovechamiento de los montes; la guarda del ganado en tiempos de sementeras; la marcación y matanza del ganado; la distribución del agua en las chacras; la custodia de la campaña y las fronteras; el servicio de los indios en tareas rurales; la extracción y comercio de la sal; la explotación y comercio de cueros. Sobre este último aspecto es altamente significativa la documentación conocida[131], a lo que cabe agregar un pronunciamiento del fiscal del Consejo de Indias de 1721, respetuoso de la costumbre adquirida por los accioneros a los ganados cimarrones[132]. Aun cuando en la regulación de estos aspectos convergieron tanto normas legales como consuetudinarias, estas últimas tuvieron cierta, y a veces, decisiva importancia. Así se ha podido aseverar la existencia de un Derecho consuetudinario agrario en el Río de la Plata[133].

54. De particular interés resulta la invocación consuetudinaria con respecto a la regulación del trabajo indígena. Así, por ejemplo, los mandamientos virreinales novohispanos de los siglos XVI y XVII se remitían a la misma con frecuencia cuando trataban de la forma de repartir los indios entre los vecinos, del pago de los salarios y de otros aspectos del servicio que debían prestar los aborígenes o sus pueblos[134].

55. Con relación a la presencia de la costumbre en el campo de los delitos y penas, afirma Abelardo Levaggi que, "sobre todo en sitios alejados de las ciudades cabeceras de virreinatos, gobernaciones y distritos audienciales, en la medida en que hubo en ellos un menor conocimiento del Derecho o una menor vigilancia de las autoridades superiores, la justicia criminal asumió caracteres peculiares de naturaleza consuetudinaria, que se apartaron de los textos y de las doctrinas jurídicas". A estas prácticas, algo primitivas, hay que agregar empero que "en las ciudades principales, aspectos tan importantes como eran todos los relativos a la aplicación de las penas, fueron reguladas en gran parte por la misma fuente"[135].

56. La encomienda, institución básica en las relaciones entre españoles e indígenas y por ende también en el proceso colonizador, recibió asimismo el influjo de esta fuente jurídica. Con relativa frecuencia, su principal expositor, Solórzano, recurría a elementos consuetudinarios en el extenso desarrollo que le dedicaba en su *Política Indiana*. Las principales cuestiones en las que aquéllos aparecían eran: el origen, formación y reforma de las encomiendas, con muy ricos recursos de esa procedencia; la concesión, confirmación y revocación; la individualidad de las mismas; los derechos y obligaciones de los encomenderos y las condiciones para obtenerlas en primera vida o en sucesión; la forma de tomar posesión; el usufructo de las encomiendas por los padres que las administraban; y las pensiones que podían gravarlas[136].

57. Fue también interesante la influencia que tuvo la costumbre en lo referente al cobro de gravámenes y contribuciones, determinando su procedencia, monto y objeto sobre los que recaía. En términos generales decía Castillo de Bobadilla que "en la imposición y cobranza de los tributos, gabelas e imposiciones... débese guardar *la costumbre*"[137]. Particularmente la cuestión se presentó de modo más saliente en materia de alcabalas y diezmos. Entre los indígenas, tuvo enorme influjo en el cobro de los tributos. Sobre esta materia son abundantes los testimonios que ofrecen tanto la legislación indiana, como la doctrina y práctica, cuidándose tanto de respetar la costumbre local, como de no introducir modos tributarios que pudiesen contrariarla. Constituye en sí un asunto que merece un estudio especial[138].

VI. LOS USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS

58. Los españoles, por una mera aplicación de las categorías europeas, tendieron a considerar como consuetudinario el Derecho aborigen no escrito que encontraron a su llegada al Nuevo Mundo. Sin embargo, el orden jurídico de los indígenas americanos fue mucho más complejo que el derivado de esa sencilla asimilación. En efecto, esa complejidad era resultado no sólo de su peculiar modo de vida, diversidad de creencias y organización social y política, sino también de las apreciables diferencias de nivel cultural entre las distintas comunidades que habitaban el continente americano. Aquella asimilación originaria, aunque luego matizada y hasta rectificada, siguió pesando en la consideración del tema, y desde luego cobró importancia en la vida jurídica al constituir uno de los elementos formativos del Derecho indiano[139]. Desde este último punto de vista sólo se examina aquí esta cuestión.

La incorporación de los usos y costumbres aborígenes en el nuevo Derecho fue consecuencia de la primacía alcanzada en el siglo XVI por una vigorosa, aunque heterogénea, corriente de opinión favorable a que la integración de los aborígenes en la Monarquía hispánica se hiciera conservando su antigua organización y orden jurídico, en tanto no se opusiera a los principios cristianos. Entre quienes se enrolaron en esta postura cabe mencionar a José de Acosta, Bartolomé de las Casas, Alonso de Zorita y Juan Polo de Ondegardo[140]. Desde luego, que aquellos usos y costumbres no se preservaron de modo puro sino con una fuerte tendencia hacia su hispanización y experimentaron las mutaciones propias de todo proceso histórico.

Es preciso apuntar que la actitud de los españoles no se agotaba en tolerar esas costumbres y en cierto modo impregnarlas con su propia cultura, sino que desde los inicios y hasta el siglo XVIII hubo quienes valorizaron aquellos usos, llegando en algunos casos a considerarlos como superiores a los europeos y dignos de ser imitados por los propios hispánicos[141].

59. Al examinar cómo cuaja jurídicamente aquella orientación protectora que hizo suya la Corona, asoma como documento directriz la real cédula de 6 de agosto de 1555, despachada ante la súplica de Juan Apobezt, gobernador y cacique principal de las provincias de la Vera Paz y de los otros caciques, principales vecinos y moradores de las mismas. Expresaba el rey en su parte sustancial: "Aprobamos y tenemos por buenas vuestras leyes y buenas *costumbres* que antiguamente entre vosotros habéis tenido y tenéis para vuestro buen regimiento y policía, y las que habéis hecho y ordenado de nuevo todos vosotros juntos, con tanto que Nos podamos añadir lo que fuéremos servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios Nuestro Señor, y nuestro, y a vuestra conservación y policía cristiana, no perjudicando a lo que vosotros tenéis hecho ni a las buenas *costumbres* y estatutos vuestros que fueren justos y buenos..."[142].

Esta cédula, con independencia de su ámbito reducido de aplicación originaria, bien pronto se constituyó en el eje en torno al cual giró la política legislativa de la Corona. Recogida en el *Cedulario* impreso a fines de la centuria, tuvo entonces una difusión, que se consolidó de modo definitivo al ser incluida en la Recopilación de 1680, en donde mantuvo sus partes sustanciales, pero con algunas modificaciones. Veamos este texto fundamental tal como quedó en su nueva redacción generalizada: "Ordenamos y mandamos que las leyes y *buenas costumbres que antiguamente tenían los indios* para su buen gobierno y policía, y *sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos* y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y ejecuten; y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos, con tanto, que Nos podamos añadir lo que fuéremos servido y nos pareciere que conviene al servicio de Dios Nuestro Señor, y al nuestro y a la conservación y policía cristiana de los naturales de aquellas provincias, no perjudicando a lo que tienen hecho, ni a *las buenas y justas costumbres* y estatutos suyos"[143].

Si la real cédula de 1555 efectuaba una distinción algo imprecisa entre "las buenas leyes y las buenas costumbres" antiguas y las que ordenasen de nuevo "todos vosotros juntos", en cambio el texto recopilado era bien claro al respecto. Así, por un lado, aludía a "las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios" y, por otro, a "sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos". De tal modo se recogía, en el primer caso, el pasado jurídico aborigen, anterior a la conquista territorial castellana. En el otro, se otorgaba a los indígenas un verdadero privilegio que no había sido concedido a los españoles: el de regirse por sus usos y costumbres. Naturalmente, en ambos supuestos, con las limitaciones mencionadas, propias de la doctrina consuetudinaria europea. Es por demás interesante la aprobación y confirmación del rey, con la reserva de introducir añadidos y con la auto-limitación que se imponía de no causar perjuicio a los indígenas.

Esta norma-clave, aunque la más conocida y difundida, no fue la única. Otras muchas disposiciones en sentido análogo, se dirigieron a las autoridades indianas desde 1530 en adelante, reveladoras de la continuidad de una política que abarca desde el primer tercio del siglo XVI hasta el final de la colonización. Entre ellas destaco las que encargaban a los gobernadores y corregidores que "guarden sus buenos *usos y costumbres* en los que no fuesen contra nuestra Sagrada Religión[144]; y a los gobernadores y audiencias que determinasen sumariamente los juicios entre indios o contra ellos "guardando sus *usos y costumbres* no siendo claramente injustos[145]. Ambas normas fueron recogidas en la Recopilación de 1680. El uso de la última expresión "sus usos y costumbres no siendo claramente injustos" se generalizó, encontrándose incluida en disposiciones posteriores y expuesta en alguna elaboración doctrinal[146].

60. Para hacer efectivo el reconocimiento de esos usos y costumbres era necesario en primer lugar, conocerlos, y luego examinarlos a la luz del modelo racional cristiano para determinar su aceptación o rechazo. Varios preceptos reales y actuaciones de ministros de la Corona se encaminaron hacia ese objetivo. En las particulares indagaciones que se realizaron para averiguarlos hubo diversos estímulos. Mientras el virrey Toledo buscaba determinar las relaciones de poder en el antiguo imperio incaico, años después se encargaba al virrey Enriquez establecer las normas a seguir en la justa resolución de los litigios, no faltando ya en el siglo XVIII la inquietud intelectual para escribir la historia de las Indias[147]. Con frecuencia se recurrió al testimonio de los propios indígenas, y a veces también hubo una colaboración directa de sus jueces[148].

Uno de los testimonios de mayor interés al respecto, con proyecciones que van más allá de nuestro tema, es la información levantada en el Cuzco por el corregidor don Pedro de Córdova Mejía en marzo y abril de 1582, por encargo real, para averiguar los usos y costumbres que tenían los antiguos incas en la administración de justicia civil y criminal, con el fin de guardarlos en la resolución de los pleitos entre indígenas. Esto llevó a la redacción de un sagaz interrogatorio, a través del cual se procuraba determinar, entre otros asuntos de interés, si había leyes y ordenanzas universales o particulares, escritas o no, y si los incas se ajustaban a ellas o procedían arbitrariamente en el juzgamiento de los casos.

Los testigos que declararon –entre los cuales había dos viejos incas– no fueron coincidentes en un todo, ostentando sus declaraciones distinto valor. El testigo central fue el tesorero García de Melo, vecino de la ciudad, a la que había llegado en 1538. Su testimonio fue el más extenso e informativo, representando la mentalidad española. Sostenía así que la forma de juzgar del inca era "arbitraria", y que los preceptos no estaban escritos, sino que eran costumbres que se transmitían a través de cantares. El testimonio de este antiguo vecino fue leído a los demás testigos y si hubo importantes coincidencias como la nómina de delitos y penas, en cambio hubo también otra versión en cuanto a la forma de juzgar. Así los dos "indios incas" –que superaban la edad de 70 años– como algún testigo español, señalaban la existencia de leyes registradas a través de "unas señales que tenían en quipos que son nudos de diferentes colores y por otras señales que tenían en una tabla de diferentes colores". Estos preceptos servían para determinar los pleitos y sólo aparecía el arbitrio del inca cuando se recurría a él. Dichos quipos y tablas fueron destruidos por los conquistadores españoles[149].

Esta información, más allá de las noticias que proporciona[150], patetiza, de una parte, la preocupación por averiguar los usos y costumbres indígenas para aplicarlos en cuanto no fuesen injustos, y de otra parte, parece dar esa denominación global al conjunto de preceptos indígenas, por considerar que no estaban fijados por medio de la escritura. Una nueva muestra, pues, del fenómeno de aculturación y del matiz particular que adquiere en esta situación la voz *costumbre*.

61. Teólogos, juristas, visitadores y otros funcionarios se preocuparon por determinar si esas costumbres tenían o no carácter racional y cuál debía ser la actitud a adoptar ante ellas. Se intentó condenar y desterrar aquéllas que vulneraban el orden natural, la moral cristiana, o eran perjudiciales para la salud y vida de los aborígenes, pero al mismo tiempo se abogó por la tolerancia de algunas que no aparecían tan torpes, hasta que se produjera su desaparición de modo paulatino a medida que absorbiesen la civilización cristiana. Veamos algunas de estas manifestaciones.

El jurista Juan Polo de Ondegardo, al examinar en 1571 el ordenamiento incaico, encaraba la necesidad de conocerlo y respetarlo "mayormente estando determinado por los teólogos la obligación que hay de guardar sus *fueros y costumbres* cuando no

repugnasen al derecho natural" porque de otra manera se les quitaba a los aborígenes el derecho adquirido y se les obligaba a regirse por unas leyes que no entendían "ni vendrían en conocimiento de ellas de aquí a cien años..."[151]. En sentido análogo se pronunciaba el padre José de Acosta pocos años después: "... en los puntos en que sus *costumbres* no se oponen a la religión o a la justicia, no creo conveniente cambiarlas; antes al contrario, retener todo lo paterno y gentilicio, con tal que no sea contrario a la razón, y fallar así en derecho como lo ordenan las disposiciones del Consejo de Indias". Agregaba enseguida que en esta materia muchos erraban "ya por ignorancia de los estatutos municipales, o por celo exagerado y prematuro de comunicarles nuestras cosas y *usos*"[152].

La contribución de otros juristas durante el siglo XVI es también síntoma de la importancia que la cuestión había alcanzado. Así, cuando a mediados de la centuria Gaspar Escalona y Agüero proyectaba su *Código peruano*, ubicaba a los usos y costumbres indígenas entre los "privilegios reales"[153]. La preocupación inquisitiva de la Corona, a su vez, dio lugar a que el oidor novohispano Alonso de Zorita escribiera después de 1565 un tratado sobre el ordenamiento indígena, en el que se examinaban sus leyes, usos y costumbres, con particular referencia a los señoríos y tributos indígenas[154].

El más representativo de los juristas indianos, Juan de Solórzano, exponía la cuestión a mediados del seiscientos en su *Política Indiana* luciendo todo su pragmatismo. Sus severos juicios, condenando "las antiguas y fieras *costumbres*" de los aborígenes daban paso, a medida que se profundizaba en el tema, a una actitud más abierta, que a la larga fue predominante. En el capítulo XXV del libro II, en donde se ocupaba de la enseñanza cristiana y política de los indios y de cómo debían ser conducidos a ella, los vocablos *uso* y *costumbre* aparecían frecuentemente empleados para aludir tanto a la forma de vida como a la normativa aborigen. Convencido de que el destino final de éstos era el de absorber en su totalidad la civilización cristiana, Solórzano sostenía que ello debía producirse de modo paulatino, lo que requería –decía– que "no les debemos querer quitar de una vez todas las *costumbres* que tenían y usaban en su infidelidad, aunque tengan algo de barbarismo, como no repugnen del todo a la ley natural y doctrina del Evangelio". De ahí, sostenía que sólo se debían desarraigar las costumbres "torpes", tolerando las que no lo fuesen. Recordaba entonces que la misma Iglesia había observado análoga actitud en Europa con festividades y ceremonias paganas.

Al examinar las costumbres indígenas, Solórzano estimaba que principalmente debían desterrarse las siguientes: las relaciones incestuosas de los indios con sus madres, hijas o hermanas; la sodomía; la comida de carne humana; la idolatría y otras supersticiones; la ociosidad y desnudez; la quema y entierro de mujeres y criados al morir los caciques y nobles; la borrachera y embriaguez. Con respecto a esta última, sostenía que debía perseguirse sobre todo cuando era pública y sacrílega, pero se les podía tolerar cuando ocurriese en las casas o tabernas, ya que los aborígenes "aun están semibárbaros y mal destetados de sus *costumbres* y supersticiones antiguas". Además, una análoga tolerancia se practicaba en otras naciones reputadas como de mayor capacidad política[155].

62. No hay un inventario completo de las costumbres indígenas que fueron toleradas o, más resueltamente, incorporadas al ordenamiento indiano. Tampoco es fácil separar las que, provenientes de la época prehispánica, sobrevivieron, de las que se fueron creando al calor de la nueva situación. La variedad de los tiempos y la pluralidad de comunidades indígenas constituyen, en fin, escollos insalvables para una generalización en esta materia. Algunos pocos ejemplos significativos, empero,

muestran su importancia al proyectarse sobre la regulación de la sucesión de los cacicazgos, los tributos, la mita, el aprovechamiento de las tierras y aguas, el comercio, los procedimientos judiciales y, de modo decreciente, en el régimen penal, el matrimonio y las sucesiones. Además, la costumbre prehispánica sirvió a los españoles para ocupar al aborigen en los servicios de correos –subsistió en el Perú donde se le denominaba "chasquis", pero desapareció en Nueva España–; de guía y carga en los caminos –eran los "tamemes" en México y los "apires" en el Perú–; y de albergue y hospedaje –eran los "tambos" peruanos[156].

Desde luego que estas instituciones chocaron inicialmente con la concepción castellana, llegando en algunos casos a producirse su temprana desaparición. Ya dentro de la primera mitad del siglo XVI se restablecieron algunas de ellas, reflejándose su consolidación en la Recopilación de 1680, aun cuando este texto no siempre es revelador de la persistencia de las instituciones reguladas.

63. Estas costumbres –según ya vimos– no sobrevivieron en un grado de pureza, sino que estuvieron sujetas al intenso proceso de aculturación, adaptándose a la nueva situación que exigía el sometimiento del indígena. Un ejemplo interesante de esta complejidad lo ofrece el cacicazgo en el Perú, que se nutría de elementos nuevos de procedencia castellana, tal como lo ha estudiado Díaz Rementería. La preocupación de la Corona en la materia se muestra en la real cédula del 5 de septiembre de 1598, dirigida al virrey del Perú, Luis de Velasco. Le mandaba que informase acerca de la costumbre que tenían los indios en la sucesión del cacicazgo y si para más bien suyo convenía dar otro orden y cuál[157]. Otras costumbres parecen tener una directa procedencia castellana, como la de elegir entre los mismos indígenas los alcaldes y demás oficios de la república. Con relación a la aplicación judicial de la costumbre indígena, el profesor Borah sostiene que en los tribunales superiores de Nueva España se produjo una paulatina pérdida de su fuerza y, concretamente desde fines del siglo XVI, en el Juzgado General de Indios predominaron las normas castellano-indianas, aunque en el aspecto procesal se advierte una versión simplificada de las mismas[158].

La vigencia de estas instituciones prehispánicas también estuvo determinada por las encontradas opiniones acerca de la libertad de los indios, la prestación libre del trabajo, su retribución, etc.; y condicionada por la realidad, que imponía, por ejemplo, no prescindir de los indios de carga. Ello llevó en este último caso a aceptar en el siglo XVI la situación ante la falta de caminos, puentes y bestias de carga, pero estableciendo medios protectores para evitar el abuso y estimulando la adopción de medidas para reemplazar una institución que no encontraba una valoración positiva, según lo ha estudiado González de San Segundo.

La importancia concedida por el legislador indiano a las leyes y costumbres indígenas ha llevado, en fin, al profesor Manzano a sostener que dentro del orden jurídico del Nuevo Mundo, aquéllas tenían el mismo valor que los viejos fueros en el ordenamiento de Castilla[159].

Si bien hay opiniones coincidentes en destacar la mucha entidad que tuvo la costumbre indígena, en especial en la primera época de la colonización, es aun cuestión que espera una amplia labor de investigación. Piezas de indudable valor en este sentido son los pleitos judiciales, en cuanto recogen los testimonios de los naturales sobre la existencia de determinadas costumbres, y señalan también la tendencia de los jueces españoles a admitir, modificar o desechar esas costumbres[160].

VII. LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

64. Los teólogos y juristas se encargaron de establecer minuciosamente los elementos constitutivos de la costumbre, exigibles para que tuviera fuerza en Derecho. Como es de suponer, esos requisitos variaron de acuerdo al tiempo y a las distintas opiniones. La evolución de los mismos fue la que produjo el auge y la declinación de esta fuente jurídica. Además, no siempre fueron valorados de igual forma, teniendo en cuenta las modalidades del caso en que se aplicaba.

Una primera distinción nos lleva a separar, al igual que en la ley, los requisitos externos de los intrínsecos. Entre los primeros se exigía la pluralidad de actos, una determinada antigüedad, la publicidad y ánimo de inducir costumbres y el consentimiento o tolerancia del legislador. Los requisitos intrínsecos exigían que fuese racional, no contraria a Dios, al rey, al derecho natural ni a la utilidad común. Algunos civilistas y canonistas resumían todo ello bajo la exigencia de que la costumbre fuese racional y legítimamente prescrita, englobando así en estos dos requisitos todos los restantes. Otros agregaban el del consentimiento del legislador.

65. En cuanto a la pluralidad de actos, los criterios diferían. Algunos consideraban suficiente un solo acto si éste creaba una situación permanente, otros exigían dos, y había quienes preferían dejar la cuestión al arbitrio judicial. Las Partidas, a su vez, requería que en favor de la costumbre se hubiesen pronunciado dos sentencias, pero Gregorio López consideraba que este requisito era tan duro que difícilmente podría establecerse costumbre con tal exigencia y, por lo tanto, sostenía que el mismo no era excluyente. Suárez, a su vez, consideraba que el requisito alfonsino era contra razón y derecho. Sin embargo, se admitía la sentencia como medio probatorio que ayudaba a exteriorizar, y aun a introducir, la costumbre. La pluralidad no aparecía, en fin, como una mera cuestión aritmética. Si bien eran necesarios a lo menos dos actos, algunos exigían muchos más –como por ejemplo, la recordada ley indiana sobre concesión de mercedes reales. Según algunas opiniones autorizadas el prudente arbitrio era quien mejor podía dilucidar la cuestión. Así se pronunciaba, por ejemplo, el moralista indiano Casimiro Díaz.

66. La repetición de los actos consuetudinarios debía prolongarse, sin contradicción, durante determinado tiempo para que una costumbre alcanzara a considerarse legítima. Siguiendo la opinión de los civilistas, las Partidas estableció ese lapso en diez años entre presentes y veinte entre ausentes, lo que llevó a algunos autores a sostener que el derecho a introducir la costumbre se ganaba por prescripción. Entre ellos, Gregorio López, Castillo de Bobadilla, Carrasco del Saz y Suárez se inclinaban a sostener que eran suficientes diez años y el último de los nombrados consideraba que aún podía reducirse ese término si el príncipe la conocía y consentía. En esta materia, las distinciones abundaban, especialmente con respecto a si la costumbre era canónica –en cuyo caso el tiempo exigido se extendía a cuarenta años– o civil, si era contraria o a favor de la ley. También se invocaba la costumbre inmemorial, considerándose como tal a la que tenía más de cien años.

En la praxis indiana encontramos que –en vez de la precisa determinación temporal– era frecuente el uso de expresiones algo ambiguas como “antigua costumbre” o “costumbre inmemorial”. También era punto de referencia para determinar su antigüedad el que existiera “desde la fundación de la ciudad”. De igual modo Solórzano hacía muy frecuente hincapié en la antigüedad de la costumbre, pero la mención no solía contener mayores precisiones. Téngase en cuenta la fuerza y fundamento que por entonces rodeaba a la *antigüedad* en la creencia social. Así un colegio limeño, en defensa

de su preeminencia, decía en 1578 que "el honor que concede la antigüedad es regla de Derecho, sentencia de doctores y práctica común, así eclesiástica como seglar"[161].

Ya vimos (§ 30) cómo a fines del XVIII la "antigua costumbre" era defendida en la Junta del Nuevo Código y en esta oportunidad se hacía una referencia precisa a su sentido, basándose en una norma de la Recopilación que la invocaba.

67. Los actos consuetudinarios debían hacerse públicamente y con "ánimo de inducir costumbre" para que así se alcanzara el consentimiento del pueblo, o de su mayor parte, e inclusive llegara a conocimiento del legislador. Los actos clandestinos u ocultos no eran susceptibles de formar costumbre. Este elemento fue el meollo de la discusión que se planteó en el Buenos Aires de fines del siglo XVIII entre la Audiencia y el Cabildo, acerca de una ceremonia protocolar, en la que mientras el Cabildo consideraba a los actos practicados como "una condescendencia amistosa", sin ánimo de inducir la costumbre, el regente de la Audiencia le otorgaba toda la fuerza jurídica que de ésta se desprendía[162].

68. El consentimiento o la tolerancia del príncipe, o más modernamente, de los Consejos o Chancillerías, era un requisito que muchos exigían para que la costumbre adquiriese plena fuerza, aunque algunos sostenían que ello no era imprescindible. La cuestión constituía una natural derivación de un planteo que se desarrollaba en un plano superior: la potestad legislativa. Si ésta pertenecía por entero a la comunidad, no había necesidad alguna de obtener ese consentimiento. Pero como en el siglo XVI predominaba entre los teólogos la idea de una coparticipación legislativa entre pueblo y rey, el requisito del consentimiento del príncipe –o al menos la tolerancia– aparecía dominante. Este requisito no era más que la contrapartida de ese mismo consentimiento por parte del pueblo que se exigía en la ley para que tuviera fuerza de tal.

Ese elemento se afirmó pues en una época en la que el poder del rey empezó a sobresalir notoriamente. Consagrado el mismo en las Partidas, aceptado por civilistas y canonistas –éstos con relación al Pontífice– fue, no obstante, objeto de prolijas distinciones, como las realizadas por Francisco Suárez, para quien se diferenciaban unos pueblos de otros, según hubieran o no transferido la potestad suprema de hacer leyes. Otros autores las hacían acerca de las distintas clases de costumbres. Este criterio se extendía al Derecho canónico, con las peculiaridades propias de la organización de la Iglesia. Durante el siglo XVIII la literatura jurídica acentuó aún más la presencia de este elemento, llegando algunos a sostener que el consentimiento del rey debía ser expreso, y no pasivo como hasta entonces muchos lo habían admitido.

En el Derecho indiano la exigencia de este requisito aparece de modo más tenue. Solórzano no lo señalaba frecuentemente como condición de validez de la costumbre. En la praxis dieciochesca, algunos testimonios hacen suponer la existencia de ese consentimiento por la sola presencia en estas provincias de audiencias o gobernadores, que representaban al rey.

Sin embargo, pueden invocarse aisladas muestras de un criterio más restrictivo en la materia, que resulta peligroso generalizar dado el carácter casuista del Derecho indiano. Con todo, no parece que hayan marcado rumbos inmediatos. Veamos. En los mismos años que escribía Solórzano, nos encontramos una resolución del rey, ante una consulta del Consejo de Indias sobre cierta merced, en la cual aquél afirmaba que "lo que se *acostumbra* sin orden mía, no es *costumbre*, no debe correr como tal, sino abuso"[163]. Esta expresión, pese a ser tan rotunda, debe ser enmarcada dentro de un contexto limitado. En la misma dirección apunta un dictamen fiscal en 1676 –con el cual se conformó el Consejo– negando una costumbre invocada por los secretarios de la Audiencia de Lima

para despachar sentados en el acuerdo, por cuanto no se le concedía ese beneficio en el título de su cargo y afirmando que "si acaso se les ha tolerado, este es abuso o corruptela, con exceso de lo que S.M. les concedió"[164]. Ya en el siglo XVIII, registramos una impugnación del Conde de Tepa, ministro de la Junta del Nuevo Código, a cierta costumbre eclesiástica en el Perú porque "no consta autorizada, ni aprobada por el Rey como vicepatrono[165], y en 1789, la exigencia del obispo Azamor y Ramírez de la expresa aceptación real para la costumbre *contra legem*.

69. Estos requisitos extrínsecos no podían sustentar la costumbre, si ésta carecía de fuerza intrínseca. Las Partidas prescribieron que "debe ser con derecha razón, e no contra ley de Dios, ni contra señorío, ni contra derecho natural, ni contra pro comunal de toda la tierra del lugar do fasce..." y no debía haberse formado por yerro ni por antojo ni originarse en la violencia. Gregorio López, siguiendo la común opinión de los doctores, decía que la costumbre que introdujere "maldad, pecados o absurdos" no se debía guardar, y la determinación de ello era facultad judicial. En cambio, la costumbre podía ser razonable aun cuando se introdujera contra ley que también lo fuera. Todo ello llevaba a Solórzano a expresar que "lo que en sí es totalmente injusto, falto de razón, improbable o pecaminoso, no se puede defender por ninguna *costumbre* o prescripción, por antigua y continuada que sea, porque no se ha de mirar lo que se ha hecho, sino lo que se ha debido hacer, como está dispuesto en derecho"[166].

Cuando los canonistas aludían a la racionalidad de la costumbre entendían por tal que no podía ser contraria a los derechos natural o divino. Para algunos tampoco podía prevalecer contra ley humana, secular o eclesiástica, que la condenara[167].

Ello llevaba a una distinción entre *buenas* y *malas* costumbres[168], que se hizo más evidente en las Indias, en atención a la novedad del fenómeno. En un plano teórico, la distinción no ofrecía dificultades, desde que eran consideradas malas costumbres aquellas contrarias a la razón, justicia y utilidad común. Pero en la praxis esta valoración tendía a perder nitidez. Así lo comprobamos, por ejemplo, en la *Política Indiana* de Solórzano. La calificación de costumbres *malas, depravadas, diabólicas*, aparecía en su pluma, sin mayores explicaciones que fundamentasen su juicio. También la valoración se hacía difícil en algunos casos, como en los contratos usurarios de los mercaderes indianos, ante los cuales vacilaba Solórzano y prefería dejar la solución casuista al cuidado del moralista.

La *mala* costumbre era difícil de enmendar o extirpar. De ahí el conocido refrán de procedencia medieval: "A la mala costumbre / quebrarle el pie", en el sentido de evitar que se entronice[169]. Esta idea asomaba en la *Política Indiana* como un hecho derivado de la naturaleza de las cosas –no en balde aquel antiguo adagio "costumbre buena o costumbre mala, el villano quiere que valga"– y como fruto de la experiencia indiana del autor. La extirpación era dolorosa y cuando no se podía quitar del todo sin peligro, decía, "es sano y prudente consejo el tolerar y disimular, mejorando las cosas en lo que el estado de ellas buenamente lo permitiere"[170].

70. Por último, cabe señalar que según opinión arraigada entre los autores, no tenía valor la costumbre contra "la soberanía del rey y del reino o contra la suprema jurisdicción", según palabras de Gregorio López.

VIII. INTRODUCCIÓN, VIGENCIA Y EXTINCIÓN

71. Es tarea difícil, acaso imposible, reconstruir la trama de la costumbre a través de su lenta y, a veces, insondable gestación, desarrollo y extinción. Mientras el proceso de

formación y sanción de una ley puede ser fácilmente reconstruido porque se dispone de un texto o constancia escrita, fecha y autoridad que la sancionó, en cambio, ese mismo proceso de gestación de la costumbre se torna menos preciso y a veces imposible de fijar. Determinar cuándo ha nacido una costumbre es problema que no tenemos sólo los historiadores, sino que tuvieron los contemporáneos que pretendían utilizarla.

No resulta imposible, pues, determinar exactamente el origen de la mayoría de las costumbres indianas, que generalmente se nos presentan como anónimas, sin fecha fija y sin que autoridad o documento alguno la haya recogido. Debe señalarse en este sentido la falta de libros o índices, en donde aparecieran las normas consuetudinarias indianas.

Sin embargo, no debe darse demasiado crédito a una corriente de opinión que considera a la costumbre como una mera creación espontánea de la comunidad. Como dice Diez-Picazo, cabe pensar que en el origen de una costumbre "existe siempre la acción de muy concretos grupos sociales: aquellos que mediante sus negocios jurídicos la imponen o aquellos en los que nacen las decisiones", principalmente los juristas. La popularidad es sólo un fenómeno de adhesión[171]. Al estudiar el tema, Altamira ha destacado el valor de la creación individual –personas, autoridades, órganos de gobierno, etc.– en la formación de la norma consuetudinaria indiana, en contraposición a quienes, bajo el influjo de ideas románticas, supusieron que la calidad de obra anónima con que ella se difundía y repetía era producto –al igual que la literatura y la música populares– de una espontánea creación colectiva. De tal modo, Altamira ha detectado, a través de las leyes de la Recopilación, el origen cierto o probable de muchas costumbres. También, por ejemplo, Solórzano en su *Política Indiana* deja al descubierto algunas interesantes muestras de esta creación individual de prácticas y costumbres. No faltaba el caso de que el origen de una costumbre se apoyara en una disposición dictada por el rey para otra provincia o reino[172].

Por mi parte, he tenido ocasión de examinar en trabajos anteriores la introducción de la norma consuetudinaria a través de los cabildos, base política y jurídica de las ciudades y villas indianas. Aun cuando sus atribuciones e importancia estuvieron sujetas a los avatares políticos, los autores coincidían en otorgar al cabildo la representación de todo el pueblo y Castillo de Bobadilla –siguiendo a Gregorio López– sostenía que los regidores, en el ejercicio de la potestad legislativa del pueblo "pueden introducir costumbre" en su nombre[173].

La potestad legislativa de los cabildos se ejercía a través de ordenanzas y costumbres. No asoman en las actas capitulares que he tenido oportunidad de examinar detalles que permitan trazar una racional distinción entre unas y otras. No hay tampoco discusiones o expresiones doctrinarias, con alcance general, que permitan enfrentar, en el plano teórico, a ley y costumbre. Se daba por supuesta su coexistencia. Unas mismas materias eran resueltas, según las ocasiones, por vía legal o consuetudinaria.

Había casos en que el cabildo resolvía derechamente introducir un nuevo precepto, bajo la denominación de costumbre. A veces, se adoptaba la costumbre de otra ciudad o reino. Es evidente que tanto los capitulares, como los funcionarios reales, observaban atentamente las costumbres de otros lugares. No sólo para hacer efectiva su introducción, sino para apoyar una norma consuetudinaria propia. Para ello era frecuente citar las de la ciudad cabeza del virreinato o gobernación, o de las ciudades o villas cercanas, sin perjuicio de aludir a las de otros reinos de Indias o de España. En alguna materia específica, como la mercantil, prevalecía la costumbre de las ciudades principales con las que se mantenía giro comercial. Este fenómeno de la expansión de la norma consuetudinaria era admitido por la literatura jurídica[174].

72. Acerca de la formación de la costumbre, fray Casimiro Díaz expuso en la primera mitad del XVIII la tesis de los "tres estados". Lo hizo desde el punto de vista de la moral, a propósito de si era pecado seguir la costumbre en contra de la ley. Pero resulta ilustrativa no sólo por la preocupación que denota para disipar las dudas que se planteaban, sino también por la distinción que establecía en el desarrollo de la norma consuetudinaria. Denominaba así estado de *incepción* al momento inicial cuando pecan todos los que usan de dicha costumbre contra ley. El segundo estado, *progressus*, comprende "la prosecución de la costumbre" y en ésta no pecan los que se valen de la misma contra la ley. Por último, la costumbre alcanza la *prescriptionis*, es decir cobra fuerza de ley. En este último estado, ella obliga de tal suerte que pecan quienes no la observan.

En base a esta elaboración, el autor acercaba algunas soluciones para esclarecer las dudas morales que podían suscitarse en el conflicto entre ley y costumbre durante los distintos estados[175].

73. La costumbre tenía indudablemente una raigambre local. Se partía del concepto de que cada ciudad, provincia o diócesis tenía sus peculiaridades físicas y morales y se debía gobernar por leyes y costumbres particulares que se ajustasen a ella. A tal punto que la ley general no alteraba la costumbre particular en contrario[176].

Con mayor razón que en otras partes, esta concepción ganó terreno en el Nuevo Mundo, caracterizado por su vastedad y dispersión geográfica y humana. Así se fue paulatinamente formando y consolidando –esto último ya en el siglo XVIII– el regionalismo. De tal modo que lo apropiado en una provincia no lo era necesariamente en la otra, sin que ello obstase para que, a veces, se invocaran costumbres generales, ya de Indias, de España, o de toda la cristiandad.

Esta concepción fue estimulada por la idea de *variedad* que el Barroco profundizó en el seiscientos. Esto mismo he comprobado en la *Política Indiana* de Solórzano, pero más allá de ello era una creencia generalizada, con tanta fuerza popular que el conocido refrán castellano "en cada tierra su uso y en cada caso su costumbre" si no fue entonces ciertamente acuñado, resulta al menos aplicable a esta realidad.

74. Durante el siglo XVII fue notoria la presencia de una actitud conservadora que aconsejó mantener las costumbres antiguas de cada ciudad o provincia. Pero junto a ella no dejó de obrar la creencia en la mutabilidad de las situaciones indianas –denunciada con frecuencia por escritores y juristas– por lo que no cesaron de admitirse nuevas prácticas o suprimirse costumbres existentes. Haciéndose eco de aquella postura decía un autor en el último tercio del seiscientos que "se tiene por cosa cierta e indubitable, que hallándose introducida una *costumbre* pública en una ciudad, se debe tener por justa y buena, y se debe presumir, que se introdujo con título justo, y segura conciencia, si con claridad no consta, que contenga desigualdad, o injusticia u otra deformidad[177].

La costumbre, lejos de una postura inmovilista, tiene un dinamismo interno, que provoca su modificación o transformación. El refranero popular mismo lo recoge: "A nuevos tiempos, usos nuevos"; "A otros tiempos, otras costumbres"[178].

La cuestión de la vigencia de la norma consuetudinaria me ha llevado a comprobar –y dar a conocer en trabajos anteriores– casos de ratificación, suspensión y reivindicación de costumbres[179].

75. Por último, cabe añadir dos palabras sobre el no menos espinoso tema de la extinción de la costumbre. No es fácil hallar rastros de ello. Si la costumbre es reemplazada por otra, la misma o mayor dificultad para conocer el origen de la nueva se

traslada a la extinción de la anterior. Si la costumbre cesa por imperio de la ley o de una sentencia judicial, no es fácil tener la seguridad que ello ocurra sólo por las palabras del legislador o del juez.

La costumbre era abolida por disposición real, o por decisión capitular. En la segunda mitad del siglo XVIII, en consonancia con el incremento de la potestad de las autoridades reales, en Buenos Aires y Montevideo el virrey o el gobernador aparecían con facultades para extinguir una costumbre.

IX. LOS INSTRUMENTOS PROBATORIOS

76. La imprecisión que caracterizaba a la formación de la costumbre determinaba que, cuando la misma carecía de notoriedad o se impugnaba su existencia, debía acudirse a la pertinente prueba, ya sea en el orden administrativo o en el judicial. También se lo hacía cuando se pretendía introducir una costumbre de otra ciudad o se trataba de dar mayor fuerza a cierta petición. En estos últimos casos, la prueba tenía el carácter de preconstituida.

En cuanto a los medios idóneos practicados con esa finalidad, hay que tener en cuenta que en el Derecho castellano-indiano, por su peculiaridad, no tuvieron acogida procedimientos conocidos en los países europeos de Derecho consuetudinario, aun cuando pudieron existir algunas huellas o elementos de esas instituciones, difícilmente atribuibles a influjos directos y específicos. Sin intentar hacer una rígida clasificación en esta materia, y admitiendo la posibilidad de encontrar puntos de contacto entre unos y otros, cabe enunciar los siguientes medios probatorios.

77. *Libros capitulares*. Los libros de actas capitulares fueron a menudo un útil instrumento para averiguar la antigüedad y vigencia de determinadas prácticas. Cuando este medio de prueba debía hacerse valer fuera del cabildo o de la ciudad se otorgaban los pertinentes testimonios.

78. *Certificaciones*. Denomino de esta manera a las certificaciones expedidas especialmente por alcaldes o regidores, generalmente para ser utilizadas fuera de la ciudad, y que se distinguen de la anterior por no originarse necesariamente en las constancias de los libros capitulares. En un trabajo anterior me he ocupado de una curiosa "certificación de costumbre" hallada en los libros del Cabildo de Santa Fe en 1655. En dicho documento un antiguo funcionario real dejaba constancia de la "costumbre inmemorial", que remontaba a la fundación de la ciudad, relativa a la ceremonia del paseo del estandarte real en la festividad del patrono de la ciudad y a la preeminencia que alcanzaba en ese día el alférez real. Agregaba que hacía esa certificación para que "no se intenten nuevas costumbres". Los alcaldes y regidores no hicieron otra cosa que avalar esta atestación. La certificación quedó agregada en los libros capitulares[180].

79. *Información o encuesta*. Otra modalidad probatoria se daba cuando el rey o el Consejo eran quienes solicitaban a audiencias, cabildos, etc., información o relación de determinada costumbre. También solían hacerlo las autoridades superiores residentes en suelo americano. Dentro de este medio, cabe incluir –y destacar por la significación que alcanzaron– la averiguación de los usos y costumbres indígenas, tal como lo hemos visto en el respectivo capítulo.

Bajo esta modalidad, cabe mencionar una información solicitada a los obispos americanos con relación a la existencia de determinada costumbre canónica. En efecto,

en 1763, a pedido del confesor regio y con la aprobación del monarca, se requirió a los prelados que informasen sobre "la *costumbre*, cierta, racional y legítimamente prescripta de comer lacticinios en los días prohibidos, sin tomar los eclesiásticos ni los seglares las respectivas bulas que lo conceden". De los 23 informes recibidos, 19 coincidieron en dar testimonio de la existencia de dicha costumbre. En vista de lo cual, el Consejo de Indias la aceptó, disponiendo que en cada diócesis se hiciera la declaración y publicación consiguiente[181].

80. *Literatura jurídica*. Era también éste un instrumento utilizado para documentar la existencia de costumbres propias o ajenas. Así, por ejemplo, Solórzano en su *Política Indiana* invocaba a un nutrido elenco de autores antiguos y modernos para probar determinadas costumbres, prácticas o estilos. A veces, cuando se trataba de alguna relativa a las Indias o al Perú, su misma aseveración surgía con valor probatorio. Gustaba utilizar en estos casos el vocablo *testificar* para referirse a esos autores, y también lo hacía en el caso propio. El mismo legislador al derogar y adoptar una "*práctica* existente", lo hacía valiéndose de la afirmación de un conocido autor[182].

81. *Testimonial*. Si tomamos el vocablo *testificar* en sentido amplio podemos involucrar dentro del mismo a algunas de las modalidades probatorias ya descriptas. Sin embargo, ahora nos ocupamos de dicha voz en sentido estricto, es decir, cuando para probar la existencia o no de determinada costumbre se citaba a un número de testigos a fin de que contestasen a las preguntas asentadas en un interrogatorio preparado con anterioridad. Se abría así una "información sumaria", que revestía ya forma judicial y se promovía ante el alcalde o el gobernador. No tenía en sí carácter contencioso, aunque en algún caso se pretendió hacerlo con citación de la parte afectada.

Se convocaba generalmente a antiguos vecinos, que hubiesen desempeñado oficios públicos, prelados de órdenes religiosas, u otros testigos calificados que por su situación o actuación estuviesen en condiciones de conocer la existencia o no de la cuestionada costumbre. En un caso he comprobado que se trataba de personas que residían en la ciudad desde más de veinte años atrás, llegando uno a los cincuenta y cinco años de residencia[183]. En otro caso, en un cabildo chileno de mediados del siglo XVI, fue suficiente el testimonio de tres personas para implantar una pena contra los negros que se practicaba en Lima[184].

82. *Consulta a vecinos*. Otra vía, emparentada con la anterior, pero que ofrece alguna diferencia pronunciada que permite considerarla en forma independiente, era la convocatoria hecha por el cabildo a vecinos para consultarlos sobre determinada costumbre. El caso más preciso que conozco ocurrió en 1637 cuando el cabildo de Buenos Aires llamó al procurador general de la ciudad y doce "vecinos antiguos" para determinar lo que era costumbre dar, en concepto de *primicias*, a la autoridad eclesiástica[185]. Otro caso, el suscitado en el cabildo de Montevideo en 1744, sobre el pago del diezmo, tiene menos definido el perfil "probatorio" de la convocatoria[186]. Aun cuando esta forma consultiva puede encontrar precedentes en el Derecho consuetudinario europeo, no parece oportuno deducir posibles influencias, por lo menos hasta tanto no se pueda detectar un conjunto de casos significativos.

NOTAS

[1] LEVENE, *Historia*, I, 96-101; BASADRE, *Los fundamentos*, 69-74; ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia*, I, 230-244; EYZAGUIRRE, 150-152; Levaggi, *Manual*, I, 155-157 y 242-243.

Aunque está referido al Derecho español en general, es en parte aplicable a las Indias el resumen de GARCÍA-GALLO, *Manual*, I, 182-185.

[2] GARCÍA-GALLO, "Problemas metodológicos", 50-51.

[3] LEVENE, "El derecho consuetudinario", 144-151.

[4] ALTAMIRA, "Estudios".

[5] Ibidem.

[6] Véanse mis trabajos "La costumbre s. XVI y XVII" (IV) y "La costumbre s. XVIII" (V), incluidos en este mismo volumen.

[7] DÍAZ REMENTERÍA, "La costumbre indígena", 189-215; MANZANO MANZANO, "Las leyes y costumbres indígenas", 65-71. Un balance acerca del estado actual de la cuestión en: GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, "El elemento indígena", 401-453.

[8] DOUGNAC RODRÍGUEZ, "Variaciones", 107-112; e idem, "El derecho consuetudinario".

[9] LEVENE, El derecho consuetudinario"; mis trabajos "La costumbre... S. XVIII" (V), 1ª Parte, II y "Elementos consuetudinarios" (VI), en este volumen. Aunque con otra orientación cabe mencionar también a MARTÍNEZ DIEZ, 53-79.

[10] ALTAMIRA, "Estudios", núm. 40, 246-247.

[11] Sobre esto, idem, 31, 147-157. Véase también el prólogo del mismo ALTAMIRA a su *Diccionario*. Asimismo, el empleo de los vocablos en la *Política Indiana* en mi trabajo "Elementos consuetudinarios" (VI), III.

[12] Sobre las acepciones indicadas, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de autoridades*.

[13] Consultas del Consejo de Indias: Madrid, 26 de septiembre de 1592 (AGI–. Indiferente General, 742, 53); y Valladolid, 18 de julio de 1603 (AGI, Lima 1). El examen de la documentación mencionada en esta nota y en la siguiente ha sido facilitado por la obra de HEREDIA HERRERA, *Catálogo*.

[14] Consultas del Consejo de Indias: Madrid, 24 de diciembre de 1591 (AGI, Lima 1, 99-100); y Valladolid, 11 de noviembre de 1604 (AGI, Charcas 1, 189).

[15] Consulta del Consejo de Indias, de 18 de setiembre de 1600 (HEREDIA HERRERA, *Catálogo*, III, núm. 244); Consultas de la Cámara de Indias, Valladolid, 7 y 16 de abril de 1604 (Idem, III, núm. 1702 y 1717).

[16] Consulta de la Cámara de Indias. Valladolid, 8 de febrero de 1605 (AGI, Charcas, 1).

[17] Así lo comprueba ALTAMIRA, "Estudios", núm. 33, 233.

[18] En cuanto al orden canónico, cabe preguntarse si algunas redacciones –como las *consuetas catedralicias*, en cuanto recogían usos de la diócesis– pueden ostentar o no ese carácter. Sobre esta materia véase el trabajo de CARLOS OVIEDO CAVADA.

[19] Véase "Elementos consuetudinarios", (VI).

[20] Véase "La costumbre... S. XVIII", (V), 1ª Parte, III, 1. También se usa "Derecho y costumbre", o en casos particulares que se guarde "el Concilio de Trento y la costumbre" o el "Derecho, Concilios y prácticas del Arzobispado".

[21] ALONSO, I, 1253.

[22] GILISSEN, 59-65.

[23] Idem, 66-68.

[24] Según LALINDE ABADÍA, en los últimos cinco siglos de su existencia, el español "nuclear" ha desconocido a la costumbre casi por completo. El gobierno de los territorios americanos "tampoco es un ensayo que pueda favorecer la costumbre". En contraposición, dicho autor marca la exaltación de la costumbre como base normativa en la España "periférica", es decir Aragón, Cataluña, Navarra, Valencia e Islas Baleares ("La creación del Derecho", 321-322 y 355-358). Sobre la doctrina de las Partidas y de Gregorio López, su glosador principal, véase el reciente aporte de GIBERT, 35-67.

[25] GILISSEN, 82-87.

[26] Véase O'KANE, 92.

[27] SÁNCHEZ AGESTA, *El concepto del Estado*, 34-36 y 135-143.

[28] BOBBIO, 439.

[29] GARCÍA-GALLO, "El Derecho Común", 147-166; Idem, "Problemas metodológicos". También TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes*, 27-39..

[30] En GÓNGORA, 230, pueden verse algunas consideraciones sobre este asunto.

[31] HANKE (editor), *Los virreyes. México*, II, 21-22 y 55 y 58.

[32] Los examino con mayor amplitud en "La costumbre, s. XVIII" (V), 1ª Parte I, de donde he extraído párrafos sustanciales.

[33] Ejemplo de esto lo constituye el alegato del fiscal del Consejo de Castilla don José Ledesma. (Véase PUY MUÑÓZ, 45-47).

[34] CORONA GONZÁLEZ, 191.

[35] Se trata de una cuestión suscitada en 1651 en México acerca del lugar que debían tener los pajes del Virrey, alumbrando con sus hachas, en la procesión del Corpus Christi (AGI, México, 36).

[36] Sobre el modo de hacerse el remate del oficio de Fiel de Moneda de la Real Casa de Moneda de Lima, 1759-1760 (AGI, Lima, 807).

[37] Sobre esto último, GARCÍA-GALLO, *Manual*, 185-186.

[38] Sobre la sensibilidad de la nueva ciencia jurídica medieval hacia el fenómeno consuetudinario, véase GROSSI, 187.

[39] CASTILLO DE BOBADILLA, I, V, 9; II, X, 35 y 39; III, VIII, 194-197; y V, III, 51. Al respecto, véase GIBERT, 48-53.

[40] 1ª parte, VIII, núm. 18.
[41] ALTAMIRA, "Estudio", 31, 162-163.
[42] MATIENZO, 201.
[43] MARGADANT, "La *consuetudo*...".
[44] Me ocupo de ello con mayor extensión en "Elementos consuetudinarios", (VI).
[45] *Política Indiana*, III, XXIII, 18-19; IV, III, 6; V, XIV, 18.
[46] MACHADO DE CHAVES, I, 545.
[47] TORRECILLA, t. I, 209.
[48] FERNÁNDEZ DE MESA, 138-147. Recuerda estas opiniones de Torrecilla y Mesa, PUY MUÑOZ, 43-45.
[49] ALVAREZ DE ABREU, *Víctima*.
[50] DÍAZ, *Espejo* 80-83.
[51] DOMÍNGUEZ VICENTE, I, 1ª, 38.
[52] Véase "La costumbre, s. XVIII", (V), 1ª Parte, II, 3, 4 y 5, donde me ocupo de otros autores españoles. También ver GIBERT, 53-56; y RAMOS NUÑEZ, 288-292.
[53] Me he ocupado con más extensión en el trabajo citado en la nota anterior y especialmente sobre este jurista, en "El pensamiento español", 375-395.
[54] Ejemplo de ello son los escritos del obispo rioplatense Azamor y Ramírez, cuyos puntos de vista sobre el tema han sido analizados por RÍPODAS ARDANAZ, 184-186.
[55] *Part.*, I, II, introducción y leyes 4 y 6.
[56] ALTAMIRA, "Estudio", núm. 35-36, 316-334.
[57] Especialmente a través de MURO OREJÓN, *Cedulario* y MATRAYA Y RICCI.
[58] AGI, Buenos Aires, 13.
[59] Esta afirmación se apoya en el examen de documentación del AGI, relativa especialmente a las secciones Indiferente General, Charcas y Buenos Aires.
[60] La reunión mencionada se celebró el 4 de febrero de 1782, con asistencia de los ministros Casafonda, Domínguez, Huerta, Tepa, Bustillo y Porlier (AGI, Indiferente General, 1653, Libro de actas, fs. 84-87).
[61] Su texto en MARTÍN GONZÁLEZ *SDB*, 133.
[62] Véase "La costumbre. S. XVIII", (V), 1ª Parte, I.
[63] AGI, Charcas, 200.
[64] *RI*, II, II, 21.
[65] HANKE (editor), *Los virreyes españoles, Perú*, II, 250.
[66] Véase "La costumbre. S. XVIII", (V), 1ª Parte, III, 2.
[67] *Política*, V, I, 246 y III, 51. El humanista PEDRO SIMÓN ABRIL decía en 1589 que debía mandarse que los abogados en el alegar no saliesen de "los tres límites que los sabios antiguos dieron al derecho, alegando solamente ley escrita, o *costumbre* no mala, usada y recibida o razón que muestre ser cosa justa la que él dice...", pero debía cesar –según el autor– la alegación a los doctores, (299).
[68] Acuerdo de la Audiencia de Buenos Aires de 9 de julio de 1670 (Archivo Nacional de Bolivia, Colonia. Audiencia de Charcas. Libro de Acuerdos de la Real Audiencia de Buenos Aires, p. 66). Agradezco este dato al doctor Abelardo Levaggi.
[69] AGI, Charcas, 212.
[70] AGI, Buenos Aires, 294.
[71] Véase "Consideraciones", 368-370 y 385-393.
[72] ANTÚNEZ, Compendio histórico.
[73] LEVAGGI, "El concepto del Derecho...", 253-255.
[74] LEVAGGi, *Los escritos del Fiscal*, 256-262.
[75] *Autos, acuerdos y decretos*, 21.
[76] SCHÄFER, 238. Otros ejemplos de invocación de la costumbre por el rey en su relación con el Consejo son: una resolución de 1589 en el sentido de guardar la costumbre de que el Consejo remitiese al rey junto con la consulta los despachos para su firma sólo cuando fuesen de precisa necesidad (HEREDIA HERRERA, I, núm. 1749); y otra, de 1622, en el mismo sentido de guardar la costumbre, alterada por el Consejo, de consultar al propio rey las esperas que se peticionasen por algunas condenaciones resultantes de visitas, residencias, etc. (*Autos, acuerdos y decretos*, fs. 9).
[77] El texto del documento en GARCÍA-GALLO, "El Consejo...", 351-353.
[78] *RI*, II, II, al final sin numeración (ed. 1681, t. I, 149).
[79] Ejemplos: reales cédulas de 23 de agosto de 1725 y 21 de diciembre de 1733 (MATRAYA, núm. 503 y 561).
[80] Algunos ejemplos en mis trabajos "La costumbre. S. XVI y XVII" (IV), (2ª Parte, I, *in fine*, y "La costumbre. S. XVIII" (V), 1ª Parte, III, 2.

El Virrey del Perú, príncipe de Esquilache, en 1619 se apoyaba en la costumbre para sostener su presencia en los acuerdos de la Audiencia cuando se votaba alguna causa apelada del gobierno; y sobre su atribución de proveer los oficios de la Audiencia (AGI, Lima, 38, lib. IV, f. 371-372).

Solórzano y Pereira sostenía que la atribución de los virreyes para nombrar oidor que visitase la tierra en Lima y Charcas se fundaba en la costumbre, desarrollada a partir de una real cédula de 1576 dirigida al Presidente de Guatemala y contraria a las ordenanzas de las audiencias y otras cédulas, en donde se establecía que un oidor por su turno, hiciese las visitas (Dictamen de 1º de setiembre de 1653 en AGI, Lima, 55).

[81] HEREDIA HERRERA, III, núm. 1605.
[82] R.C. de 15 de mayo 1679 (AGI, Lima, 575, De oficio Perú, libro 29, fs. 150v.-151). También AGI, Charcas, 10.
[83] R.C. del 8 de septiembre de 1710 (SALINAS ARANEDA, 168).

[84] RC de 19 de julio de 1802 en MATRAYA, núm. 2217; y RC de 28 de septiembre de 1652 (AGI, Charcas 416, libro 4). Dictamen del Fiscal de 23 de octubre de 1700 aprobado por el Consejo (AGI, Charcas, 25).

[85] AGI, Indiferente General, 885.

[86] HANKE, *Los virreyes... Perú*, II, 123; y Archivo y Biblioteca Históricos de Salta, legajo 1784, exp. 64.

[87] Los ya citados "La costumbre. S. XVI y XVII" (IV), 2ª Parte, I y II y "La costumbre. S. XVIII" (V), 2ª Parte, I y II. Véanse, por ejemplo, referencias consuetudinarias en torno a la elección de alcaldes y cargos concejiles, en BAYLE, 111-153; SEOANE, 355-375.

[88] III, VII y VIII.

[89] "La costumbre. S. XVIII" (V), 2ª Parte, I, *in fine.*

[90] *NRC*, I, IV, 1; VILLARROEL, II, XIX, 1, 9-13. Véase SOLÓRZANO, *Política indiana*, IV, II.

[91] PARRAS, 289v.

[92] PUY MUÑOZ, 45.

[93] ALVAREZ DE ABREU, núms. 252, 256, 278, 280, 281, 283 y 660-664.

[94] *RI*, I, X, 9.

[95] CARLOS OVIEDO CAVADA ha realizado un estudio de las *consuetas* de las catedrales de Santiago de 1689 y de Concepción de 1744 en el Reino de Chile, destacando la importancia que tuvieron en el orden y funcionamiento de la comunidad eclesial.

[96] MURO OREJÓN, "El doctor Juan Luis López", 807-818.

[97] VILLARROEL, I, III, II. Me ocupo con extensión de este tema en el Estudio II del presente volumen. Un análisis de algunas fuentes eclesiásticas con examen de casos en el reino de Chile, véase en la comunicación de AVILA MARTEL y BRAVO LIRA, 45-50. La clasificación que hace SILVIO LUIS HARO en un antiguo trabajo, de costumbres patronales –que surgían de las delegaciones pontificias a la Corona–; costumbres disciplinares no patronales –administración de las diócesis y de los oficios de catedrales y cabildos–; y costumbres litúrgicas –fiestas y ceremonias– de origen peninsular o americano, es demostrativa de la mucha entidad alcanzada por este modo de crear el Derecho (40-55).

[98] MURO OREJÓN, *Cedulario*, II, 442.

[99] HEVIA BOLAÑOS, *Curia Filípica.*

[100] DOUGNAC RODRÍGUEZ, "Variaciones".

[101] *Política*, II, XVII, 126, 161 y 170; III, VIII, 194-197; y V, X, 23.

[102] Idem, II, X, 49 y V, III, 51.

[103] GACTO, "La costumbre...".

[104] RI, III, XV.

[105] *Política*, II, X, 49 y III, II, 23. Seguía esta senda el jurista rioplatense Francisco Bruno de Rivarola en 1786, al ocuparse de la precedencia de los ministros de la real hacienda, pero la costumbre, para él, sólo aparecía nítidamente "cuando no hubiesen expresísimas reales decisiones, ni bastasen los destellos de aquella luz que ilumina a todo hombre, ni cuando fuesen suficientes todo aquel cúmulo de razones por donde se descubre la mayoría, excelencia y dignidad de una persona respecto de otra". Resultan sugestivas estas palabras que colocaban por encima de la norma consuetudinaria al criterio de razón (*Memorial*, f. 1047).

[106] AGI, Lima, 418. En el mismo sentido se había pronunciado una centuria atrás, en 1652, el fiscal del Consejo al abordar un conflicto de ceremonial en México, dando como una de las razones para la decisión el que "en estas materias se debiera deferir a la costumbre" (AGI, México, 36).

[107] En la imposibilidad de ofrecer un detalle completo de estos asuntos, indico el lugar donde se encuentran: AGI, Indiferente General, 1464 y 1496; Charcas, 12, 20, 136, 74 y 221; y Buenos Aires, 15; AYALA (M.J.), Consultas y pareceres, IV, 206; V, 41; y VIII, 332 (los dos primeros volúmenes en AHN y el último en BP); AGN, IX, 21.1.1; MATRAYA, *Catálogo*, núm. 566; y HEREDIA HERRERA, II, núm. 2440. También cédulas de 30 de diciembre de 1690 al Virrey de Nueva España, y de 20 de junio de 1699 a la Universidad de México. (Véase textos, en KONETZKE, II, 842-843 y III, 77). También SALINAS ARANEDA, 176-178.

[108] Véase mi trabajo "Consideraciones", 369-370.

[109] AYALA, Consultas y Pareceres, VI, f. 175.

[110] MURO OREJÓN, *Cedulario*, III, 211.

[111] R.C. de 21 de septiembre de 1622 y de 10 de febrero de 1693, ambas a la audiencia de Charcas (*CCh* IV, 4088 y V, 5278).

[112] R.C. de 2 de junio de 1642 a la audiencia de Charcas y R.C. de 25 de noviembre del mismo año al arzobispo de Charcas (*CCh*, IV, 4544 y 4552).

[113] RR.CC. de 21 de septiembre de 1622 al corregidor de Potosí, de 23 de enero de 1627 al virrey del Perú, del 2 de mayo de 1627 a la audiencia de Charcas y de 28 de agosto de 1648 a la audiencia de Charcas y de 22 de noviembre de 1666 al corregidor de la Plata (*CCh*, IV, 4089, 4184, 4185, 4186, 4222 y V, 4979). También ver AGI, Lima, 583, lib. 17, 69v.-70.

[114] RR.CC. del 20 de noviembre de 1624 a la audiencia de Charcas y del 25 de noviembre de 1642 al arzobispo de Charcas (*CCh*, IV, 4140 y 4552); de 29 de agosto de 1684 (AGI, Lima. De partes Perú, lib. 29, 103v. 104v.); y del 4 de septiembre de 1705 a la audiencia de Charcas (*CCh*, V, 5359).

[115] RR.CC. de 10 de julio de 1623 y de 13 de mayo de 1651 a la audiencia de Charcas (*CCh*, IV, 4102 y 4744).

[116] R.C. de 31 de marzo de 1632 al virrey del Perú (*CCh*, IV, 4353).

[117] RR.CC. de 9 de febrero de 1642 a la audiencia de Charcas y de 7 de abril de 1643 al arzobispo de Charcas (*CCh*, IV, 4537 y 4560).

[118] He podido verificar esta cuestión sobre todo en cedularios peruanos de mediados del siglo XVII del AGI.

[119] HANKE, *Los virreyes... México*, III, 80. En otra representación de 1683, la Sala de Alcaldes del Crimen de la Audiencia de México suplicaba al rey que se guardase la costumbre en la precedencia de los alcaldes sobre el fiscal, a lo que se hizo lugar con reprimenda para el fiscal, que la había alterado (AGI, Indiferente General, 1496).

[120] Idem, *Perú*, IV, 133.

[121] LEVAGGI, *Los escritos*, 327 y 471.

[122] Véase "La costumbre. S. XVI y XVII" (IV), 2ª Parte, II, 1. y "La costumbre. S. XVIII" (V), 2ª Parte, II, 1.

[123] *RI*, III, XV, 108. Esta misma idea –"no es bien alterar la costumbre generalmente observada", aun cuando existiesen algunos ejemplares contrarios– llevó al Virrey del Perú, conde de Alba de Aliste, a rechazar al empezar la segunda mitad del XVII la pretensión del Tribunal de Cruzada y del Cabildo Eclesiástico de recibir tratamiento de "señoría" (HANKE, *Los virreyes... Perú*, IV, 133-134).

[124] R.C. de 8 de octubre de 1616 (AGI, Lima, 571, lib. 17, f. 230).

[125] MATRAYA, núm. 1674. La real cédula de 19 de julio de 1704 al gobernador de La Habana mandaba "guardar la costumbre" anterior en el tratamiento con los oficiales reales (KONETZKE, II, 97).

[126] Véase "La costumbre. S. XVI y XVII" (IV), 2ª Parte, III. y "La costumbre. S. XVIII" (V), 2ª Parte, III.

[127] Interrogatorio para adquirir con facilidad una exacta noticia de todas las Ciudades, Villas y lugares de los Reynos e Islas de América... s/f en BP, (MA), núm. 2834, t. XX, f. 274.

[128] El Consejo de Indias, en consulta al rey del 15 de diciembre de 1719, decía que el auto del Presidente de la Audiencia de Guatemala en ese sentido "le parece justo y arreglado". El Rey se conformó con ello (AYALA [M.J.], Consultas y pareceres, XI, fs. 246-247).

[129] ZAVALA, *Orígenes*, 480-481. También "La costumbre. S. XVI y XVII" (IV), 2ª Parte, III, 3.

[130] LEVAGGI, "La condición jurídica...", 93.

[131] Utilizada en "La costumbre. S. XVI y XVII" (IV), 2ª Parte, III, 2.

[132] AGI, Charcas, 220.

[133] MARILUZ URQUIJO, *El virreinato*, 321 y STORNI, "Notas", 499 ss.

[134] Véase sobre esto ZAVALA Y CASTELO, *Fuentes*. A modo de ejemplo me remito a alguno de los mandamientos reproducidos en la obra: t. III, pp. 6-10 y 155; IV, 254, 444-445; V, 148, 182; VI, 294-295; y VII, 92-94, 344 y 507-508.

[135] LEVAGGI, *Historia*, 19-20.

[136] Véase mi trabajo "Elementos consuetudinarios" (VI).

[137] *Política*, II, X, 49.

[138] Desde una perspectiva muy limitada véanse algunos ejemplos en "La costumbre. S. XVI y XVII" (IV), 2ª Parte, III, 3. y "La costumbre. S. XVIII" (V), 2ª Parte, III, 4. Un interesante ejemplo de tratamiento doctrinario con relación al diezmo de los indígenas en el cap. XXIII del libro II de la *Política Indiana* de Solórzano.

DUBROWSKY sostiene que los estatutos particulares de cada diócesis y la costumbre son constantemente invocados en la legislación sobre diezmos y en las súplicas y alegatos presentados por los afectados por este gravamen.

[139] GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, "El elemento indígena".

[140] Véase al respecto GÓNGORA, 198-216.

[141] MARILUZ URQUIJO, *El derecho prehispánico*, 102-109.

En este sentido es ilustrativo el ejemplo ofrecido por la costumbre indígena en materia de regadío, que por las Ordenanzas de Pizarro en 1534 fue extendida a los propios españoles, quienes debían consultar a los indígenas que anteriormente velaban por aquel orden (GÓNGORA, 230).

[142] Su texto en *CI*, IV, 355.

[143] *RI*, II, I, 4. He colocado en bastardilla algunas palabras salientes de este texto.

[144] PUGA, 54. En base a ésta se formó la ley incluida en *RI*, V, II, 22.

[145] *Leyes Nuevas* de 20 de noviembre de 1542, reproducida en las ordenanzas de audiencias de 1563 y siguientes. Luego recogida en *RI*, II, XV, 83. En este sentido, es importante la Real Cédula de 23 de septiembre de 1580 dirigida al Virrey del Perú, también enviada a gobernadores y audiencias (AGI, Indiferente 417). El texto de la dirigida a la Audiencia de la Plata está publicada en PACHECO, CÁRDENAS y otros, *Colección de documentos*, XVIII, 528-529.

[146] Como en el manuscrito incluido en el t. VII de los documentos de Juan Luis López (BUS, est. 330, núm. 134, p. 565 y ss); MATIENZO, 228. Sobre esta preservación de los usos y costumbres, véase ZORRAQUÍN BECÚ, "Los derechos...", 431-436.

[147] Instrucción real dada a la Real Academia de la Historia en 1762 para escribir la Historia de las Indias.

[148] Como ocurría en la Audiencia de Nueva España hacia 1555, según lo refiere el oidor Vasco de Quiroga (CASTAÑEDA DELGADO, 134).

[149] Véase el texto de esta información en LEVILLIER , *Gobernantes*, IX, 268-288.

[150] Sobre estos aspectos ha trabajado DÍAZ REMENTERÍA, "La costumbre indígena", 14 y ss.

[151] POLO DE ONDEGARDO, 47.

[152] ACOSTA, *De procuranda*, 502.

[153] GARCÍA-GALLO, "El proyecto", 915. También el manuscrito de la BUS, citado en nota 146, pp. 568 y ss.

[154] ZORITA, *Breve y sumaria relación*.

[155] *Política Indiana*, II, XXV, 22 y ss.

[156] Para conocer el desarrollo de estas instituciones indígenas hasta la Recopilación de 1680, véase GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, *Derecho prehispano*.

[157] AGI, Lima, 570, lib. 16, 17v.-18.

[158] DÍAZ REMENTERÍA, *El cacique*, 212; ROI, 10; y BORAH, *El Juzgado General*, 54-58 y 261-263.

[159] MANZANO, "Las leyes". Sobre este y otros aspectos tratados en este apartado, remito al trabajo de ZORRAQUÍN BECÚ, "Los derechos indígenas".

[160] Sobre ésto, véase MENEGUS BORNEMANN, "La costumbre...".

[161] *El derecho de antigüedad*, fs. 3.

[162] Me ocupo de la cuestión en "La costumbre. S. XVIII" (V), 2ª Parte, IV, 1.

[163] Consulta del Consejo de Indias de 30 de marzo de 1640 (*Autos, acuerdos y decretos*, fs. 27).

[164] AGI, Lima, 26.

[165] Voto singular en la Junta del Nuevo Código el 20 de octubre de 1784. (Libro de los acuerdos, fs. 375 en AGI, Indiferente General, 1653).

[166] *Política Indiana*, II, VI, 12.

[167] Véanse algunas obras de instrucción canónica como: APOLINAR, 265; ALMOGUERA, 347-349. También PAZ, *Consultas*, 477-478; DÍAZ, Espejo de Parrochos..., 81.

[168] Proverbios y adagios frecuentemente aludían a la cuestión (GELLA ITURRIAGA, 92-95).

[169] Lo menciona O'KANE, *Refranes*, 92. Se ocupa también del mismo, glosándolo en el sentido indicado, HOROZCO, *Libro de proverbios*, p. 123.

[170] *Política Indiana*, III, I, 19-20.

[171] DIEZ-PICAZO, 151.

[172] Sobre ésto, véase el dictamen de Solórzano, de 1653, citado en la nota 80.

[173] *Política*, III, VIII, 18 y 42. Sin embargo, un poco más adelante (núm. 166) planteaba la duda si el Concejo podía introducir costumbre y luego de mencionar autores que se pronunciaban por la afirmativa como por la negativa, eludía dar una respuesta concreta.

[174] HEVIA BOLAÑOS, en su *Curia Filípica* afirmaba que no habiendo costumbre en el lugar "se ha de guardar la de la tierra más cercana", generalizando para ello una ley de Partida (I, XIX, 4 *in fine*), que trataba sólo de las primicias que debían darse. A su vez, FRANCISCO XAVIER DE GAMBOA, inspirándose en un texto del Cardenal de Luca, decía que era "muy ajustado a razón, que en los puntos omisos se atienda a la ley o costumbre de la Provincia más cercana", lo que llevaba a admitir en Nueva España la aplicación subsidiaria de las Ordenanzas mineras del Virrey Toledo (cap. II, núm. 7).

[175] DÍAZ, 83.

[176] CASTILLO DE BOBADILLA, II, VII, 12 y V, X, 13.

[177] PAZ, *Consultas*, fs. 476, núm. 105.

[178] GELLA ITURRIAGA, 92. Sobre la costumbre y sus variaciones en la memoria de los hombres, véase GURIÉVICH, 211-212.

[179] "La costumbre. S. XVIII" (V), 2ª Parte, IV, 3.

[180] "La costumbre. S. XVI y XVII" (IV), 2ª Parte, IV.

[181] AGI, Indiferente General, 2994. Agradezco al profesor Ismael Sánchez Bella por haberme proporcionado el dato.

[182] Véase MURO OREJÓN, *Cedulario*, III, 154.

[183] Véase "La costumbre. S. XVI y XVII" (IV), 2ª Parte, IV, *in fine*.

[184] CORVALÁN ALLENDEZ y CASTILLO FERNÁNDEZ, 54.

[185] *ABA*, 1ª, VIII, 116-121 y 141.

[186] *AM-RAGA*, II, 149-152, 171-172 y 180-185.

IV

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

Publicado en: *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Madrid, 17-23 de enero de 1972, Actas y Estudios*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1973, pp. 115-191

Sumario: *Preliminares.* PRIMERA PARTE: I. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO CASTELLANO. Factores que la debilitaron a partir de la Recepción. El Ordenamiento de Alcalá y su preferencia por las fuentes legislativas. El pensamiento de teólogos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII. Los libros de instrucción política. II. LA COSTUMBRE EN INDIAS. Sus particularidades. La actitud del legislador indiano ante la costumbre. Los usos y costumbres indígenas. Manifestaciones consuetudinarias en las leyes. La literatura jurídica. III. LOS REQUISITOS DE LA COSTUMBRE. Requisito extrínsecos e intrínsecos. –SEGUNDA PARTE: I. LA POTESTAD LEGISLATIVA DE LOS CABILDOS INDIANOS. La representación del pueblo y la introducción de costumbres. La autoridad del cabildo y los funcionarios reales. Coexistencia entre ley y costumbre. II. LA COSTUMBRE REGULADORA DEL FUNCIONAMIENTO DEL CABILDO. I. Las formas y el ceremonial: a) los acuerdos; b) asiento, voz y voto de los funcionarios; c) asistencia y participación en actos públicos; d) el estandarte real, y e) el protocolo con el gobernador. 2. La elección de oficios: a) alcaldes ordinarios y regidores; b) alcaldes de hermandad; c) procurador general de la ciudad, mayordomos y otros oficios. 3. El ejercicio de los oficios: a) facultades y uso de atributos; b) reemplazo del alcalde; c) el turno del fiel ejecutor; d) ajuste de cuentas con el mayordomo del hospital. 4. Las funciones del cabildo. 5. Los cabildos abiertos. III. LA COSTUMBRE, REGULADORA DE LA VIDA URBANA. 1. El abasto de la ciudad. 2. Derechos de los vecinos. 3. Cargas y obligaciones de los vecinos. 4. Las fiestas religiosas y populares. IV. INTRODUCCIÓN, PRUEBA Y EXTINCIÓN DE LA COSTUMBRE.

PRELIMINARES

En un tema tan complejo, enmarañado e inagotable –aunque apasionante– como es el de la costumbre jurídica indiana debemos introducirnos con suma cautela. A ello responden estas páginas preliminares, que pretenden explicar la razón del intento y, sobre todo, señalar las limitaciones de todo tipo que condicionan la presente contribución. No desconozco que los mayores riesgos que ofrece el tema son, por un lado, la estéril y ahistórica generalización sociológica y, por otro, la acumulación aplastante de datos, difíciles de hilvanar, para mostrar un conjunto coherente.

Estos peligros son aún mayores cuando el investigador no está orientado por una bibliografía básica, o por una previa exploración del terreno, como ocurre en este caso. En efecto, salvo dos aportes de los maestros Levene y Altamira[1], no hay estudio específico alguno sobre la costumbre jurídica indiana. Tampoco conozco después de los ensayos de Joaquín Costa[2] modernas monografías en lengua española que se hayan ocupado de la costumbre en general como fuente del Derecho, y sólo las páginas que le dedican las obras generales[3], algunas muy orientadoras, como las del *Manual* de Alfonso García-Gallo[4], u otros estudios[5], permiten acercarnos al tema. En cambio, y debido a circunstancias explicable, en otros países europeos, el Derecho consuetudinario ha sido objeto de estudios históricos más frecuentes y completos y sus conclusiones pueden utilizarse para conocer las grandes líneas de su evolución en el ámbito del Derecho común[6].

Una de las dificultades mayores del tema es la gran pluralidad de fuentes. No hay índices temáticos, ni carátulas de pleitos ni clase de actos jurídicos o administrativos que permitan al investigador localizar su búsqueda en algún sector de la documentación. Para encontrar la costumbre hay que revisarlo todo, prolija y pausadamente. Tenía razón Altamira cuando, al propugnar la elaboración de un inventario de las costumbres

jurídicas indianas, decía que había que revisar la legislación local desde la dictada por los virreyes hasta por funcionarios menores, la actividad de las audiencias y cabildos, las leyes generales no recopiladas, los instrumentos notariales, los contratos privados, los pleitos civiles, las memorias y avisos virreinales y de otros funcionarios, los informes y cartas enviados al Consejo de Indias, los relatos de viajes, las crónicas oficiales, las obras de los juristas indianos, etc., y agregaba que esta ingente tarea no podía ser realizada por un hombre si no requería la colaboración internacional[7]. En esta larga lista, Altamira no mencionaba a la Recopilación de leyes de 1680, pues sobre la misma había realizado casi exclusivamente su trabajo. Trabajo este que es valioso, aunque se limita al examen de una sola fuente.

Una análoga limitación presenta mi trabajo: he utilizado básicamente las actas y papeles de los cabildos. No obstante, este unilateral enfoque heurístico, considero que esta fuente tiene un valor notable –casi único, me atrevo a decir– para el conocimiento de un sector del Derecho consuetudinario; y permite observar el fenómeno vivo del Derecho a través de dos fuerzas que, si no antagónicas, por lo menos se recelaban: el poder local de la ciudad y el poder real. Ello nos permitirá no hacer simplemente un catálogo o colección de costumbres, sino advertir el tenso paralelismo entre ley y costumbre, la defensa de ésta hasta hacerla triunfar o su claudicación ante la fuerza irresistible de la ley. Claro está, a través de esta documentación sólo es posible advertir los actos jurídicos que se desarrollan en la órbita capitular, pero, como veremos, no es tan estrecha, como a primera vista parece.

La investigación se ha realizado con documentación capitular édita, que aunque suma muchos volúmenes, no es toda la que actualmente puede ser objeto de consulta[8]. Si bien hay muchos libros capitulares extraviados presumiblemente en forma definitiva, otros se guardan en los archivos provinciales, dispersos por todo el país, esperando su edición. No obstante, considero que las actas éditas y demás papeles capitulares permiten, en atención a los casos encontrados, fundar sólidamente el estudio que me propongo realizar[9].

Otra importante limitación reconoce esta monografía: el período elegido. Se desarrolla en dos diferentes siglos, pero el lapso total apenas sobrepasa la centuria. Ello se explica si tenemos en cuenta que la fundación de las ciudades en el Tucumán, Cuyo y Río de la Plata se llevó a cabo en el último tercio del siglo XVI. Esta circunstancia nos impide contemplar un período que supongo muy rico en manifestaciones jurídicas consuetudinarias, como debieron ser los primeros dos tercios de la décimosexta centuria, época de creación del Derecho indiano. A su vez, me he detenido en la investigación a fines del siglo XVII. No sólo razones de tiempo en la elaboración del trabajo han determinado esta detención. A fines de esa centuria llegaba a las ciudades del Plata la Recopilación de leyes de 1680 que venía a solucionar los problemas del desconocimiento del Derecho –en muchos casos origen de las normas consuetudinarias–, empezaba también a desvanecerse poco a poco la otrora libertad de los cabildos y corrían nuevos vientos en favor de la exaltación del poder real, sin olvidar más adelante –a mediados del siglo XVIII– las influencias del racionalismo jurídico. No puedo, naturalmente, anticipar cómo estos factores obraron sobre la costumbre jurídica, pero, al menos, justifican o explican que el nuevo período pueda ser objeto de estudio separado.

Algo análogo se puede decir del ámbito territorial en el cual se ha desarrollado la investigación. Las ciudades, materia de este estudio, no ocuparon precisamente durante esos siglos un lugar preeminente en el conjunto de los reinos indianos. Por el contrario, formaron parte de las regiones más relegadas por el propio proceso de la conquista, por su lejana ubicación geográfica y por la inexistencia de las estimulantes riquezas mineras. La repercusión que todo ello tenga en el tema en estudio sólo podrá ser

apreciada cuando otras investigaciones se ocupen de arrojar luz sobre lo que ocurría, por ejemplo, en México o en el Perú.

He dividido el trabajo en dos partes. La primera está dedicada a la costumbre como fuente del Derecho en general durante los siglos XVI y XVII, es decir, durante el momento histórico que comprende mi investigación. Estas páginas no pretenden dar un conocimiento acabado de la cuestión, sino simplemente esbozar el problema jurídico de la costumbre en esa época para enmarcar el desarrollo de la investigación propiamente dicha. En la segunda parte, luego de un capítulo introductorio sobre la potestad legislativa de los cabildos, me ocupo de la costumbre jurídica como reguladora del funcionamiento del cabildo, de esa costumbre como norma de la vida urbana y, en un último capítulo, expongo algunos problemas en torno a la génesis y el desarrollo del Derecho consuetudinario.

PRIMERA PARTE

I. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO CASTELLANO

A partir del siglo XVI en los reinos europeos cristianos se hizo más pronunciado el desplazamiento de la costumbre como fuente del Derecho, movimiento que ya se había iniciado hacia el siglo XII. Fue así resignando paulatinamente, y ante la ley, el primer lugar entre las fuentes jurídicas que había ostentado en las seis centurias anteriores al siglo XII. Este cambio fue provocado por varios factores, coadyuvantes algunos: la recepción del Derecho romano; el desarrollo científico del Derecho canónico; el incremento de los estudios jurídicos; la concentración y afirmación del poder político en reyes, duques, condes, en el orden temporal, y en el Papa en el orden espiritual; y la creación y desarrollo de fuertes centros urbanos[10].

Durante el siglo XIII se registró una intensa actividad legislativa, tanto por parte de reyes y papas, como de los grandes señores y de las mismas ciudades que gozaban de autonomía política. Al mismo tiempo, las costumbres se redactaron por escrito, pasándose así en esta centuria del Derecho no escrito al escrito[11].

Pese a que todas estas circunstancias históricas debilitaron la fuerza de la costumbre, aún durante mucho tiempo, como veremos, fue considerada como equivalente a la ley y, a veces, superior a ella. Esa fuerza provenía de la misma ley y de la elaboración que realizaron los romanistas y canonistas en la Baja Edad Media. La costumbre quedó recortada en su espontaneidad, encasillada dentro de una doctrina jurídica que la definió, caracterizó y estableció sus requisitos. Cumplidas estas exigencias, era obligación del rey guardarla y hacerla respetar a los vasallos, pero sólo debían guardarse las buenas costumbres, pues el Papa y los príncipes se arrogaban el derecho de derogar las que eran malas[12]. Así las Leyes del Estilo decían que lo primero que embargaba el Derecho escrito era "la costumbre usada... si es razonable"[13] y las Decretales exigían, además de la racionalidad, que aquélla hubiese prescrito[14].

Se percibe ya en el siglo XIII una tendencia favorable, al menos teórica, a reconocer en el rey la plenitud de la facultad legislativa. En el Espéculo, por ejemplo, se buscaba fundamentar el poder del rey Alfonso y sus herederos para hacer leyes y modificarlas[15]. Esta posición se afirmó en el Derecho castellano, con el Ordenamiento de Alcalá en 1348, al imponerse un sistema de fuentes legislativas. Con este Ordenamiento se inició una nueva y larga etapa en el orden jurídico castellano[16], no sólo por la prelación de leyes consagrada en el mismo, sino también porque marcó una decidida preferencia por la fuente legislativa, y un desplazamiento del Derecho consuetudinario. En efecto, la ley de prelación (ley única, tít.. XXVIII), no aludía en ningún momento a la costumbre

como fuente general. Tan sólo se refería a la misma indirectamente al exigir el uso para la vigencia de los fueros locales, o al prescribir que se guardase la costumbre en los rieptos. Finalmente, la mencionada ley declaraba enfáticamente que pertenecía al rey el poder de hacer fueros y leyes, interpretarlos y enmendarlos, por lo que ni siquiera la costumbre asumía papel suplementario alguno[17].

La ley de prelación de Alcalá "no se guarda ni ejecuta enteramente", según expresó tiempo después, en 1505, la propia Ley I de Toro. Razón, pues, se encuentra para insistir en el cumplimiento de aquella prelación de fuentes, con algunos retoques, dirigidos a reafirmar la autoridad del rey, y a minorar aún más a la costumbre, disponiendo expresamente su exclusión cuando era contraria a la ley[18].

Este desplazamiento de la costumbre como fuente general del Derecho no implicó su total relegamiento dentro del orden legislativo. Así es como en el mismo Ordenamiento de Alcalá o en las Leyes de Toro, se admitía la costumbre para regular situaciones especiales, o se reconocía de manera indirecta, al dar sanción legal a las Partidas que contenían precisamente una sustanciosa doctrina al respecto. Pero de todas maneras al peso de aquellas leyes de prelación significaba una decidida orientación legislativa, que no había de hacer mayores concesiones en el futuro.

Si ya el siglo XVI despuntaba con la preferencia de las fuentes legislativas, que surgía de la Ley I de Toro, bien pronto las tendencias políticas dominantes en los reinos europeos de la época se encargaron de exaltar la figura del rey y de afirmar su poder, lo que significaba tender hacia la unificación política y jurídica mediante el predominio de la ley, buscando borrar las particularidades locales o regionales, cogollo preferido de la costumbre. Los únicos límites al poder real lo constituyeron entonces el respeto a los derechos divinos y natural y a las leyes fundamentales del reino[19].

Junto a ello se observaba un natural movimiento hacia un mayor conocimiento de la cada vez más frecuente actividad legislativa de los reyes. A las *Ordenanzas* de Alonso Díaz de Montalbo, en el siglo XV, le sucedió en 1567 la primera gran Recopilación oficial de leyes castellanas. Las ventajas innegables que daba la difusión de la letra impresa, permitieron en ese siglo un mayor desarrollo de la ciencia jurídica que, recogiendo el aporte doctrinario del Derecho común romano-canónico, dedicó esfuerzos a glosar e interpretar las propias leyes reales como lo hicieron Gregorio López con las Partidas y Antonio Gómez con las Leyes de Toro.

Los nuevos cuerpos de derecho o colecciones de leyes, que ahora podían ser más difundidos, el cada vez más minucioso trabajo de los juristas sobre las leyes, la constante actividad legislativa del rey y de su Consejo Real, significaba en Castilla, como en otros reinos europeos, estrechar el ámbito de vigencia de la costumbre.

No obstante, tan terminante negación legislativa de la costumbre como fuente general del Derecho, ésta persistió dentro del orden jurídico de la época. No sería improbable que cuando la Ley I de Toro aludiera al incumplimiento de la ley análoga de Alcalá, en alguna parte se entendiera a la vigencia de la costumbre, superior en fuerza a la propia ley. Por lo menos esta idea se adquiere cuando se recurre a otras fuentes de conocimiento, especialmente las obras doctrinarias. Tanto desde la formulación que realizan los teólogos como de la literatura jurídica y de los libros de instrucción política fluían en los siglos XVI y XVII doctrinas y pensamientos en favor del Derecho consuetudinario, que permiten advertir la importancia que aún se le daba como fuente general del Derecho.

Los teólogos españoles del siglo XVI, se inclinaban a sostener que la potestad estaba constituida por Derecho natural en la comunidad y era ejercida como un "oficio", en bien de ésta, por el príncipe. La comunidad política aparecía así como un orden

jerárquico destinado al bien común temporal, cuya cabeza necesaria era el príncipe, quien era, al mismo tiempo, miembro de la misma[20].

Mientras algunos reforzaban la potestad legislativa del príncipe, había teólogos, como Alfonso de Castro, que subrayaban la coparticipación entre rey y pueblo en el ejercicio de aquella potestad, y llevaba a otros a conclusiones sugestivas como las de Vásquez de Menchaca, quien sostenía el derecho del pueblo a revocar o moderar la concesión de la juridicción y, en consecuencia, hacer nuevas leyes o introducir costumbres[21]. Dentro, pues, de esta riquísima veta de sabiduría y experiencia, la décimosexta centuria iluminaba el problema de la costumbre desde un más alto pedestal, como lo era la esencia misma de la potestad legislativa y el fundamento de la sociedad política, que resulta, sin duda, esclarecedor y sin el cual no puede explicarse el desarrollo de esta fuente del Derecho en esos siglos.

Como culminación de esta vertiente ideológica, llegamos en los inicios de la centuria siguiente a la magna obra del Padre Francisco Suárez, *Tratado de las leyes y de Dios legislador,* el que, aparte de sus otros aportes doctrinarios, tuvo en el tema en estudio una significación propia[22]. Dedicada nada menos que un libro –el séptimo–, de los diez que integran la obra, a la costumbre. Constituye el más completo y amplio estudio que de la misma se realizó por entonces, y el más claro reconocimiento de la importancia que aun tenía en el orden jurídico, pese a las limitaciones que la habían cercado y que el propio Suárez admitía y aún prescribía.

Los juristas encontraban su fuente de consulta diaria, más que en el texto suareciano, en las pocas pero sustanciosas leyes de las Partidas que se referían al uso, a la costumbre y al fuero. El texto originario provenía de una época en que la costumbre gozaba de una situación preferente, pero estas leyes se incorporaron en el siglo XIV al orden legislativo castellano y en la décimosexta centuria fueron glosadas por la pluma de Gregorio López. De ahí, en más frecuentemente, fueron utilizadas por los juristas.

El código alfonsino, luego de enseñar que el poder y la fuerza de las leyes sólo podía ser vencido por el uso, la costumbre o el fuero[23], definía a la costumbre como Derecho no escrito usado por los hombres durante largo tiempo "ayudándose de él en las cosas y en las razones sobre que la usaron"[24]. Dábale categoría de Derecho natural[25] y afirmaba que tenía "fuerza muy grande" si era "puesta con razón", para suplir la falta de leyes, como para interpretarlas cuando surgieran dudas, y aún podía derogarlas si la costumbre se usase durante determinado lapso con el consentimiento del príncipe. Admitía, además, que la costumbre local derogaba la ley general[26].

También los juristas abrevaban en la difundida obra del licenciado Jerónimo Castillo de Bobadilla, *Política para corregidores y señores de vasallos*..., donde se sostenía que las costumbres no tenía menos autoridad que las leyes romanas y reales y que era obligación del corregidor guardarlas. Siguiendo a Baldo y a otros doctores, decía que a la costumbre se le debía reverencia "como a madre, porque se equipara al Derecho Natural, y la mayor parte del mundo se gobierna por *costumbres*, y aún fueron primero introducidas en el mundo, que fuesen recibidas las leyes...". De ahí que los jueces estaban obligados a conocer, además de las leyes, "las *costumbres* públicas y notorias de la ciudad y provincia, que gobiernan y juzgan por ellas", pues de sentenciar en contra de lo prescrito por las mismas podían ser demandados en residencia y obligados a satisfacer los daños[27]. Enseñaban en otro pasaje, al plantearse el plazo que tenían los regidores para fallar las causas en apelación, que "la *costumbre* tiene autoridad y potestad de Príncipe y fuerza de ley" y la "municipal y de la patria se reputa por ley y hace callar las leyes y Rescriptos de los Príncipes"[28]. Tanta importancia daba Castillo de Bobadilla a la costumbre que recomendaba a los corregidores informarse de "los buenos *usos* y fueros de su provincia" y no ir "contra las buenas *costumbres* de su lugar sin causa

de utilidad muy evidente... Y, cuando la hubiese, comuníquela con los Regidores y Sabios del Pueblo”[29].

Si nos asomamos a la literatura política, a aquellos tratados o libros redactados para ayudar al buen gobierno de los príncipes, por aparte de prevenir constantemente contra las peligrosas innovaciones y tentaciones de las leyes nuevas y contra el fárrago de la multiplicación legislativa, algunas calaban hondo en el tema de la costumbre, poniendo al descubierto sus ventajas y dando al príncipe la autorización para moderarlas y modificarlas en caso necesario. Entre esa verdadera biblioteca de autores, veamos dos, que ya son del siglo XVII. Fray Juan Márquez decía en 1612, en *El gobernador cristiano*, que las costumbres son “mejores y de más eficacia que las leyes escritas porque éstas jamás se hicieron por el parecer de todos los Consejeros, que de ordinario se dividen en opiniones... Y aquéllas siempre tienen de la suya el consentimiento de todo el pueblo. La ley escrita usa de amenazas y vence a fuerza de miedo, más la *costumbre* persuade blandamente”. Encontraba también que “es más fácil de abrogar la ley escrita que la *costumbre* porque aquélla se revoca con medio pliego de papel y ésta ha menester largo tiempo para desacostumbrar al pueblo de lo que *usó* muchos años”. También le parecían superiores las ventajas que ofrecía la costumbre al momento de su interpretación: “Las leyes escritas –decía– no todas tienen claro el sentido y están sujetas a las calumnias de los abogados pero en la *costumbre* no puede haber cosa oscura ni capciosa de que pueda asir la malicia o sutileza del orador...”. La conclusión no se hacía esperar: “La ley escrita parece hecha para esclavos y la *costumbre* para hijos”. Terminaba aconsejando al gobernador cristiano que procurarse reducir las costumbres “a breve número extirpando las que tuviesen algo de superticiosas o poca utilidad o decencia”[30].

Años después, en 1640, Diego Saavedra Fajardo, en su *Idea de un príncipe político cristiano representada en cien empresas*, decía: “Las *costumbres* son leyes, no escritas en el papel, sino en el ánimo y memoria de todos, y tanto más amadas, cuanto no son mandato, sino arbitrio y una cierta especie de libertad; y así, el mismo consentimiento común que las introdujo y prescribió las retiene con tenacidad, sin dejarse convencer el pueblo, cuando son malas, que conviene mudarlas, porque en él es más poderosa la fe de que, pues las aprobaron sus antepasados, serán razonables y justas, que los argumentos, y aún que los mismos inconvenientes que halla en ellas”. De ahí que Saavedra Fajardo consideraba “más sano consejo tolerarlas que quitarlas”, y agregaba que “el príncipe prudente gobierna sus Estados sin innovar las *costumbres*”. Sólo si fuesen contra la virtud o la religión debía corregirlas, pero “con gran tiento y poco a poco, haciendo capaz de la razón al pueblo”[31].

Tanto de los párrafos de fray Márquez y de Saavedra Fajardo, como de la mayor parte de las obras del mismo tenor, surge una corriente ya de franca defensa, o al menos de prudente respeto, hacia la costumbre jurídica, que va más allá de las frias disposiciones legales. Pero siempre tras ella, la figura del príncipe, autorizada para encarrilarla cuando fuesen inconvenientes.

II. LA COSTUMBRE EN INDIAS

El descubrimiento de las islas y tierra firme del mar océano –que pronto constituiría un vasto continente– provocó la expansión del Derecho castellano a los nuevos territorios, apoyándose en la doctrina medieval que consideraba que “las tierras nuevamente conquistadas e acrecentadas al señorío antiguo se han de regir por las leyes del reino a quien se acrecienta”[32]. Pero, junto a esta expansión, la realidad americana impuso que se fueran dictando normas que constituyeron paulatinamente un derecho especial, conocido como Derecho indiano. Conviene, pues, analizar los problemas que

en torno a la costumbre se suscitaron en este nuevo derecho, partiendo de la base castellana ya conocida.

El Derecho indiano surgió en un siglo crítico para la evolución general de la costumbre, cuando en Europa empezaba su rápida decadencia[33]. No obstante, las especiales circunstancias históricas del Nuevo Mundo dieron, posiblemente, a ese Derecho cierta particularidad[34]. En efecto, el siglo XVI –especialmente la primera mitad– fue una etapa de creación del orden jurídico indiano. La creación implica búsqueda de soluciones a problemas jurídicos planteados a raíz de situaciones o hechos nuevos y no previstos en el ordenamiento castellano, o simplemente la necesidad de adaptar éste a la realidad americana[35]. Como las distancias eran enormes, lo que explica la falta de comunicaciones con las autoridades superiores, la costumbre surgió, a veces, sobre todo en una primera época, como expresión rudimentaria de la vida jurídica, para dar solución a esos problemas.

También la costumbre ganó terreno ante el desconocimiento de las leyes indianas y aún de las castellanas. Este desconocimiento es originado por el embrionario desarrollo de muchas comunidades españolas en el Nuevo Mundo, en donde no había letrados ni ejemplares de los cuerpos legislativos; y por la dispersión de las propias leyes indianas antes de la Recopilación de 1680. Muchas costumbres introducidas hasta entonces tuvieron, al parecer, estas causas.

Pero también, a veces, la costumbre se plantaba frente a la ley conocida y entonces debe buscarse otra explicación. En tal sentido cabe prestar atención a un factor, aún no estudiado como merece: el poder que manifestaron, especialmente en el siglo XVI, algunas ciudades americanas, que encontraban en la costumbre el instrumento apto para oponerse al autoritarismo del rey y de sus funcionarios. Los cabildos, como órganos representativos de las ciudades, asumieron muchas veces esa posición.

No hay duda, por último, que el dilatado escenario geográfico, con una realidad tan varia, facilitó la introducción y arraigo de innumerables costumbres refugiadas en el estrecho ámbito local, que, como veremos, el legislador no excluyó del orden jurídico, y hasta en ocasiones las estimuló.

El terreno, pues, estaba preparado para un desarrollo de la costumbre en mayor medida que en los reinos europeos de la época. Falta comprobar si efectivamente ello ocurrió y en qué ramas del Derecho alcanzó mayor incremento. Como los estudios particulares están por hacerse, lo prudente es aún postergar el juicio definitivo, aunque la opinión generalizada de quienes han cultivado el Derecho indiano es en favor de la importancia que la misma alcanzó[36], especialmente en el orden del llamado Derecho privado[37].

Una primera aproximación al tema nos lleva a observar la actitud del legislador indiano ante la costumbre jurídica. En principio, el criterio no parece diferir con el seguido en el orden legislativo castellano, desde el Ordenamiento de Alcalá en adelante. En efecto, las principales disposiciones que establecieron las fuentes de Derecho en el Nuevo Mundo no incluyeron a la costumbre, por lo que ésta aparecía desplazada del orden de prelación[38]. Pero un análisis más detenido del orden legislativo nos presenta una excepción a ese principio y diversas manifestaciones específicas en que el legislador admitió y reconoció la vigencia de la costumbre.

La excepción aludida es muy significativa y fue consagrada por el legislador con relación a los usos y costumbres de los indígenas, ahora súbditos del rey de Castilla[39]. Se trata de la real cédula de 6 de agosto de 1555, incorporada luego a la Recopilación de 1680 y que alcanzó con ello una generalización que no tuvo en el momento de ser dictada. Esta disposición ha sido estudiada por el profesor Manzano, planteando

inteligentemente su ubicación en el orden de prelación indiana[40], pero no desde el punto de vista de los usos y costumbres indígenas, como lo haré ahora.

La real cédula de 1555 fue despachada ante la súplica de Juan Apobazt, gobernador y cacique principal de las provincias de la Vera Paz y de los otros caciques, principales vecinos y moradores de las mismas. Expresaba el rey en su parte sustancial: "Aprobamos y tenemos por buenas vuestras buenas leyes y *buenas costumbres* que antiguamente entre vosotros habéis tenido y tenéis para vuestro regimiento y policía, y las que habéis hecho y ordenado de nuevo todos vosotros juntos, con tanto que Nos podamos añadir lo que fuésemos servido, y nos pareciera que conviene al servicio de Dios Nuestro Señor, y nuestro, y a vuestra conservación y policía cristiana, no perjudicando a lo que vosotros tenéis hecho ni a las *buenas costumbres* y estatutos vuestros que fuesen justos y buenos..."[41].

Cuando el recopilador indiano extractó esta real cédula para incluirla en el cuerpo de leyes de 1680, mantuvo sus partes sustanciales, pero en algo la modificó. Veamos su texto: "Ordenamos y mandamos que *las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los indios* para su buen gobierno y policía, *y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos* y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y ejecuten; y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos, con tanto, que Nos podamos añadir lo que fuéremos servido y nos pareciere que conviene al servicio de Dios Nuestro Señor, y al nuestro y a la conservación y policía cristiana de los naturales de aquellas provincias, no perjudicando a lo que tienen hecho, ni a las *buenas y justas costumbres* y estatutos suyos"[42].

Si la real cédula de 1555 efectuaba una distinción algo imprecisa entre "las buenas leyes y las buenas costumbres" antiguas y las que ordenasen de nuevo "todos vosotros juntos"; en cambio, el texto recopilado en esta parte se preocupaba de aclararlo bien. Así, por un lado, aludía a "las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios..." y, por otro, a "sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos". Es sugestiva –no me atrevo a ir más allá– la precisión del recopilador en este punto. "Leyes y buenas costumbres" para la época de la infidelidad, "usos y costumbres" –no ya leyes–, para el período en que, cristianizados, eran vasallos del rey. En el primer caso, se recogía, tamizado, un pasado jurídico, anterior a la conquista territorial por parte de los reyes castellanos. En el otro caso, se concedía a los indígenas un verdadero privilegio que no había sido otorgado expresamente a los españoles: el de regirse por sus usos y costumbres. Privilegio éste que no era un desliz del recopilador, como lo demuestran otras disposiciones de sentido análogo. Así, la que ordenaba a los gobernadores y justicia, con respecto a los indios, que "guarden sus *buenos usos y costumbres* en lo que no fuesen contra nuestra Sagrada Religión"[43], o la que disponía que los juicios entre indios o que se sostuviera con ellos, fuesen sumariamente determinados "guardando sus *usos y costumbres*, no siendo claramente injustos, y que tengan las Audiencias cuidado, que así se guarde por los otros jueces inferiores"[44]. No deja, por último, de ser sugestiva la repetida preocupación del legislador por averiguar, con distintos fines, los usos y costumbres de los indígenas en tiempos de su gentilidad[45].

De aceptarse la tesis de Manzano, en cuanto a la destacada ubicación de aquella ley recopilada dentro del orden de prelación[46], se desprende la importancia que alcanzó, o pudo alcanzar, el Derecho consuetudinario indígena dentro del ámbito jurídico indiano[47] y el ancho campo que se abre para investigaciones en este punto.

Si bien no aparecía la costumbre enunciada por el legislador entre las fuentes de Derecho indiano –salvo el caso ya referido de los indígenas–, en cambio, es frecuente observar cómo las leyes aludían constantemente a la misma. En haber exhumado este

perfil consiste el principal mérito del paciente trabajo realizado hace más de dos décadas por el maestro Rafael Altamira. Teniendo casi como único instrumento de trabajo la Recopilación de 1680 elaboró su estudio sobre la costumbre jurídica, extrayendo del conjunto de leyes las referencias consuetudinarias. Sus conclusiones son verdaderamente ilustrativas, sin perjuicio de las observaciones que pueda merecer el método utilizado.

Considera Altamira que hubo de parte del legislador una general actitud de condescendencia hacia el hecho consuetudinario, y así refiere distintas manifestaciones legales en las que se reconocía la necesidad, valor y fuerza de la costumbre aún contra la propia ley. Ello explica que frecuentemente el legislador permitiera la coexistencia de leyes y de costumbres divergentes en un mismo asunto en aspectos no sustanciales; que consintiera en costumbres contrarias a la ley o que hicieran a ésta innecesaria; que extendiera costumbres de un lugar a otro; que fuese cauteloso en la derogación de costumbres arraigadas; que defendiese las costumbres antiguas, acechadas por nuevas prácticas o usos; y que inclusive llegase a someterse a posibles costumbres de cuya existencia no tenía certeza[48]. De estas conclusiones de Altamira se infiere la vastedad del Derecho consuetudinario, enfocado exclusivamente desde una fuente legislativa que recoge el material de casi dos siglos de vida americana.

Para completar este enfoque he elegido, casi al azar, algunos pocos ejemplos de las leyes recopiladas, en las que el legislador echaba mano a la costumbre para dar soluciones jurídicas. No son necesariamente los más significativos, pero, con todo, suficientemente ilustrativos.

La enumeración debe empezar por aquella invocación que hacía en su favor el propio rey para fundamentar el derecho de Patronato –"nos pertenece por derecho y *costumbre*"[49]–, o ´por las que, en casos particulares, mencionaban a la costumbre como fuente de Derecho junto a leyes reales y canónicas[50]. También se recurría a ella para regular distintas cuestiones, como la administración de la cuarta episcopal en sede vacante[51], los derechos que debían percibir los alguaciles mayores[52], la determinación de precedencias y ceremonias[53], las diferencias en algunas de las atribuciones de audiencias y presidentes[54], los nombramientos que estaban a cargo de los virreyes[55] y también la propia jurisdicción de los alcaldes[56].

El legislador respetaba el particularismo o localismo de la costumbre cuando disponía que, habiendo variedad entre las distintas provincias acerca de la cantidad y cosas sobre las que los indios debían pagar diezmos, "se guarde y observe lo que en cada provincia estuviese en *costumbre*"[57]. Lo mismo ocurría cuando se presumía que la nueva ley podía alterar la costumbre de algún lugar. Así, cuando se estableció la obligación de los dueños de ingenios de azúcar de pagar diezmos se dejó a salvo que la misma no regiría en los lugares donde hubiese "*costumbre* en contrario"[58].

Esta prolijidad legislativa también se exteriorizaba cuando la ley se proponía derogar toda costumbre que se le opusiera. En este caso la declaración era categórica, como en la disposición que estableció que los encomenderos debían pagar diezmos sobre los tributos que recibieran de los indios, expresándose que esa obligación debía extenderse aun a aquellas provincias donde "se practicase actualmente *costumbre* en contrario"[59].

Pese a las abundantes referencias consuetudinarias, no se trataban en las leyes indianas los principios generales que regían la costumbre como fuente del Derecho. Esta aparente omisión se explica, no sólo por la reticencia observada con relación al orden de prelación, sino especialmente porque siendo el indiano un derecho especial se integraba en el orden jurídico castellano y no necesitaba regular lo ya contenido en el Derecho materno. De ahí que las pocas y sustanciosas leyes de Partidas sobre el concepto y los

requisitos eran de inexcusable y aplicación para los americanos. Una sola ley, incluida en la Recopilación, rozaba el tema, pues al referirse a la concesión de mercedes expresaba que la costumbre "no se ha de entender en dos o tres actos solos, sino en muchos continuados, sin interrupción ni orden en contrario"[60].

Tampoco la literatura jurídica indiana elaboró doctrinariamente el tema. Altamira considera que ello constituye una omisión de los grandes juristas, pues estima que las particularidades de la costumbre indiana obligaban a que, por ejemplo, un Solórzano o un León Pinelo expusieran ajustadamente sus principios generales, lo que no hicieron[61]. Lo cierto es que después de las glosas de Gregorio López, del *Tratado* de Suárez, o la moderna actualización de Castillo de Bobadilla, los juristas indianos se limitaron a recibir esos principios, muchos de los cuales provenían del Derecho común, y a aplicarlos a las nuevas modalidades jurídicas de las Indias. Así lo hacía Solórzano, quien se empeñaba en reiterar las ventajas de la antigua costumbre que juzgaba "por más justificada y segura, cuanto más antigua y practicada se considera"[62]. León Pinelo, a su vez, más parco en apoyarse en la costumbre, sin embargo fundaba en ella la importante facultad de los gobernadores para encomendar indios, aún cuando no se les hubiere concedido al designarlos, pero siempre que el primero de los antecesores hubiese tenido aquella atribución[63].

Queda aún mucho por investigar en esta materia, no sólo en los campos mencionados, sino especialmente en el terreno de las decisiones judiciales, que si ha sido todavía inexplorado para toda investigación histórico-jurídica, con mucha más razón para este complejo asunto de la costumbre. La investigación que ofrezco, desarrollada pues dentro de este marco, sólo puede arrojar resultados muy parciales en atención a la pluralidad de fuentes que es preciso consultar, pero con todo está centrada en un terreno que permite apreciar un sector muy apreciable del Derecho vivo.

III. Los Requisitos de la Costumbre

Hay coincidencia, a partir de la Recepción, en considerar a la costumbre como "derecho no escrito" o como cada norma concreta inducida de la repetición de actos[64]. No obstante, es difícil establecer, a veces, el alcance con que se utilizaba aquel vocablo, y mucho más comprender bajo el mismo a todo acto consuetudinario.

El primer problema es distinguir cuándo "costumbre" está utilizada en sentido jurídico o sólo como referida a un hábito social. La dificultad no es pequeña, dada la íntima relación entre ese hábito y su regulación en el proceso de formación de la costumbre[65].

Las Partidas distinguían entre el uso, nacido del tiempo, y la costumbre, originada en el uso. Su autorizado comentador, Gregorio López, anotaba que la diferencia entre uso y costumbre era la misma que separaba al hecho del Derecho[66]. Para Castillo de Bobadilla el uso "es acto antecedente a la costumbre y la causa de ella, y la costumbre es el afecto y lo causado del uso"[67].

No obstante esta clara diferencia doctrinaria, eran frecuentemente utilizados en la época los dos vocablos juntos –"uso y costumbre"–, tal vez como una afirmación del hecho consuetudinario, tanto en su origen y en su persistencia y no como una simple redundancia[68].

Los juristas se encargaron de establecer prolijamente los elementos constitutivos de la costumbre, exigidos para que tuviera fuerza en Derecho. Como es de suponer, esos requisitos variaron de acuerdo al tiempo y a las distintas opiniones. Una evolución de los mismos es la que produjo el auge y la declinación de esta fuente jurídica. Me

limitaré, pues, a señalar los rasgos salientes de esta doctrina vigente en los siglos XVI y XVII.

Una primera distinción nos lleva a separar, al igual que en la ley, los requisitos externos de los intrínsecos. Entre los primeros se exigía la pluralidad de actos, una determinada antigüedad, la posibilidad y ánimo de inducir costumbres y el consentimiento o tolerancia del legislador. Los requisitos intrínsecos exigían que fuera racional, no contraria a Dios, al rey, al Derecho natural ni a la utilidad común[69].

En cuanto a la pluralidad de actos, los criterios de romanistas y canonistas diferían. Algunos consideraban suficiente un solo acto si éste creaba una situación permanente, otros exigían dos, y había quienes preferían dejar la cuestión al arbitrio judicial. Las Partidas, a su vez, requería que en favor de la costumbre se hubiesen pronunciado dos sentencias[70], pero Gregorio López consideraba que este requisito era tan duro que difícilmente podría establecerse costumbre con tal exigencia, y por lo tanto, sostenía que el mismo no era excluyente[71]. Suárez, a su vez, consideraba que el requisito alfonsino era contra toda razón y derecho[72]. Sin embargo, se admitía la sentencia como medio probatorio que ayudaba a exteriorizar, y aun introducir, la costumbre[73]. Para los siglos XVI y XVII, pues, cabe concluir que la pluralidad no era una cuestión meramente aritmética, y si bien son necesarios a lo menos dos actos[74], o muchos más[75], el prudente arbitrio era quien mejor podía dilucidar la cuestión[76].

Los actos consuetudinarios debían repetirse, sin contradicción, durante determinado tiempo para que alcanzaran a considerarse como costumbre legítima. Siguiendo la opinión de los romanistas, las Partidas estableció ese lapso en diez años entre presente y veinte entre ausentes, lo que llevó a algunos autores a sostener que el derecho a introducir costumbre se ganaba por prescripción[77]. Tanto Gregorio López como Castillo de Bobadilla y Suárez se inclinaban a sostener que eran suficiente diez años, y el último de los nombrados consideraba que aún podía reducirse ese término si el príncipe la conocía y consentía[78]. En esta materia, las distinciones abundaban, especialmente con respecto a si la costumbre era canónica –en cuyo caso el tiempo exigido se extendía a cuarenta años– o civil, si era contraria o a favor de la ley[79]. También se hablaba de la costumbre inmemorial, considerándose tal, en principio, a la que tenía más de cien años.

Los actos consuetudinarios debían hacerse públicamente y con "ánimo de inducir costumbre", para que así se alcanzara el consentimiento del pueblo, o de su mayor parte, e inclusive llegara a conocimiento del legislador[80]. La costumbre, aunque podía ser general, tenía esencialmente raigambre local, y su fuerza llegaba a abrogar la ley general[81]. Repetidas muestras de este carácter local de la costumbre se advirtieron en el Derecho indiano, y el legislador parecía hacerse eco del mismo.

Se impuso también en la época la doctrina de que la costumbre debía contar con el consentimiento o la tolerancia del príncipe o, más modernamente, de los Consejos o Chancillerías[82], aunque algunos sostenían que ello no era imprescindible. La cuestión constituía una natural derivación de un planteo que se desarrollaba en un plano superior: la potestad legislativa. Si ésta pertenecía por entero a la comunidad, no había necesidad alguna de obtener ese consentimiento. Pero como en el siglo XVI, predominaba entre los teólogos la idea de una coparticipación legislativa entre pueblo y rey, el requisito del consentimiento del príncipe –o al menos la tolerancia– aparecía dominante. Este requisito no era más que la contrapartida de ese mismo consentimiento por parte del pueblo que se exigía en la ley para que tuviera fuerza de tal.

La exigencia del consentimiento del legislador se afirmó, pues, en una época en que el poder del rey empezaba a sobresalir claramente. Consagrado el mismo en las Partidas[83], aceptado por romanistas y canonistas –éstos con relación al Pontífice–, fue, no obstante, objeto de prolijas distinciones, como las realizadas por Francisco Suárez,

según las cuales se diferenciaban unos pueblos de otros, según hubieran o no transferido la potestad suprema de hacer leyes[84], o como las que hacían otros autores acerca de las distintas clases de costumbres[85].

La costumbre debía también satisfacer, al igual que la ley, determinados requisitos intrínsecos. Ya la ley 238 del Estilo prescribía que la costumbre, para abrogar la ley, debía ser razonable. Las Partidas, a su vez, decían que "debe ser con derecha razón, e no contra ley de Dios, ni contra señorío, ni contra derecho natural, ni contra pro comunal de toda la tierra del lugar do face..."[86], y no debía haberse formado por yerro ni por antojo, ni originarse en la violencia[87]. Gregorio López, siguiendo la común opinión de los doctores, decía que la costumbre que introdujese "maldad, pecado o absurdos" no se debía guardar, y la determinación de ello era facultad judicial[88]. En cambio, la costumbre podía ser razonable aun cuando se introdujera contra ley que también lo fuera. No tenía valor la costumbre contra "la soberanía del rey y del reino o contra la suprema jurisdicción"[89], ni tampoco aquélla cuya introducción se había producido por un error, como cuando se formaba una costumbre en la creencia de que estaba admitida por la ley, si en realidad ocurría lo contrario[90].

Esta doctrina medieval de la racionalidad de la costumbre fue especialmente aplicada en el campo del Derecho indígena. Es posible que una investigación al respecto esclarezca el alcance de esta exigencia consuetudinaria. Es evidente que a través de disposiciones reales –algunas ya citadas– memoriales, prolijas informaciones, etc., se buscaba determinar cuáles eran esos usos y costumbres y sus fundamentos, merced a interrogatorios precisos, para determinar a la postre si eran o no contrarios a la religión, al rey o la justicia.

SEGUNDA PARTE

I. LA POTESTAD LEGISLATIVA DE LOS CABILDOS INDIANOS

La conquista y población de América por parte de los españoles reposó fundamentalmente en la fundación de centros urbanos. La ciudad, por su jerarquía, se constituyó en la principal reunión de pobladores. De las ciudades se expandía la actividad a las zonas rurales inmediatas. Junto con la ciudad nacía el cabildo. Mientras la población era la base humana, el cabildo era su base jurídica[91].

No puede extrañar, entonces, que los cabildos tuvieran un gran significado en la vida inicial de esos pueblos, muchos de existencia pobre y aislados de los inmediatos centros urbanos. En torno de esos cabildos se desarrolló la vida jurídica de los pueblos, a veces en forma rudimentaria, pero a veces también con la intervención e influencia letrada. El cabildo tenía a su cargo el gobierno de la ciudad y del distrito rural dependiente de ésta. Sus atribuciones variaban según fuera la importancia que tenía la ciudad –si era o no cabeza de provincia– y la época, pues no siempre gozaron de la misma autonomía.

En 1674 el propio cabildo de Buenos Aires aludía de esta manera a las funciones que le estaban encomendadas:..."a los Cabildos y Magistrados de todas las ciudades, villas y lugares de S. M. les está concedido, por sus reales leyes y derecho común, el conocimiento y dominio de la ciudad en gobernarla por menor atendiendo al reparo de sus frutos, sementeras, sustento de ellas y de sus vecinos, su quietud, precio y repartimiento en el mayor útil, que reconociesen convenir en cualquier tiempo acordando lo que les pareciere conveniente..."[92].

A esta enumeración inorgánica, pero viva, cabía agregar que también en las casas capitulares se administraba la justicia ordinaria, y que a menudo era portavoz de los

intereses de la ciudad ante las autoridades superiores. También pasaba por los atentos ojos de los capitulares toda disposición real, cuya ejecución debía llevarse a cabo o publicarse en la ciudad. Este era el momento preciso en que los capitulares, obedeciendo en todo caso la misma, disponían su cumplimiento, o en caso contrario la suplicaban. De esta forma, en el seno del cabildo, se condensaba el Derecho vivo de la ciudad.

Aunque nuestros cabildos no hayan tenido un origen y desenvolvimiento estrictamente popular, en cuanto a la elección de sus integrantes[93], nadie dudaba que ejercían la representación de la ciudad. Así, en el último cuarto del siglo XVII, los capitulares de Buenos Aires expresaban que en ellos residía "la potestad de todo el pueblo"[94], y una ilustrativa comparación de la misma época y lugar consideraba que "dos partes componen este cuerpo de la república, el Cabildo, que es como la cabeza; los moradores que son como sus miembros"[95].

No les faltaban sólidos argumentos doctrinarios a los expositores de esta tesis, y aunque no los invocaban, seguramente las lecturas de Castillo de Bobadilla y de Hevia Bolaños –muy difundidos en América– les habían servido de guía segura en sus andares por tópicos tan espinosos. Bobadilla –como se le citaba frecuentemente– sostenía que "es tanta la calidad de los regidores, que representan al pueblo, y son toda la Ciudad y Cabeza de ella" y que los ayuntamientos solos "pueden todo lo que el pueblo junto"[96]. Hevia Bolaños, no hacía más que recoger lo antedicho al sostener que "el Cabildo es y representa todo el Pueblo, y tiene la potestad suya como su cabeza" y, en consecuencia, podía hacer "lo que el pueblo junto"[97].

Pero tampoco, como veremos en este trabajo, los hombres de cabildo desconocían que el mismo Castillo de Bobadilla –siguiendo a Gregorio López– sostenía que los regidores, en el ejercicio de la potestad legislativa del pueblo "pueden introducir *costumbre*" en su nombre. En tal sentido, agregaba que "los actos para inducir *costumbre* no han de ser hechos por personas particulares, sino por todo el pueblo, o la mayor parte de él, y aún por el Regimiento..."[98]. Esta costumbre introducida por el cabildo, referida al gobierno comunal, si bien debía reunir los consabidos requisitos intrínsecos y extrínsecos, ofrecía la particularidad según Gregorio López, que no requería el consentimiento del legislador, pues era materia en la cual el pueblo podía "estatuir sin el Príncipe"[99].

Las referencias doctrinarias de estos juristas o de las actas capitulares no permiten avanzar otras hipótesis en torno del asunto. Lo cierto es que las tendencias del siglo XVI parecían, junto con el surgimiento de una concepción absoluta del poder real, empeñarse en otorgar a los cabildos una función representativa tan absorbente que les permitía arrogarse la realización de actos de indiscutible origen popular, como la introducción de costumbres.

Pero mientras por este lado la función capitular aparecía exaltada, por otro los gobernadores o tenientes que presidían esos cuerpos como funcionarios reales –a la manera de los corregidores castellanos– trataron de cercenar sus atribuciones en una lucha lenta y a veces imperceptible, que paulatinamente se fue definiendo en favor de la autoridad real. Los derechos y prerrogativas de las ciudades y de los cabildos fueron a veces desconocidos por la prepotencia de esos gobernantes, pero la debilidad de los capitulares y el incremento cada vez mayor del poder real convirtieron a esos iniciales atropellos en una regular manera de vinculación entre ambas fuerzas. Dentro de esa lucha, la costumbre jugó también su papel.

A mediados del siglo XVII ya es posible encontrar diversos testimonios de la amenaza que se cernía sobre los cabildos. En 1644 los alcaldes regidores cordobeses se quejaban del gobierno de la provincia y de sus tenientes por haber "padecido muchos

malos tratamientos de palabra y de presiones y otras vejaciones" y consideraban que todo ello era "en defraude de la libertad que Su Majestad... tiene concedida a los cabildos justicias y regimientos de estos reinos y en especial a esta dicha ciudad". Encomendaba así al procurador general que denunciara al juez residenciador tales excesos "porque no se haga costumbre y consecuencias tan perjudiciales que puedan redundar en mayores daños y contra la autoridad del Cabildo..."[100]. Años después, en 1675, el autor de un memorial porteño se quejaba amargamente de que día a día se pertubaba y disminuía la autoridad del cabildo, y agregaba que "si se hace reparo y relación de la forma y modo con que este Cabildo se gobierna y la autoridad y jurisdicción con que se gobernó en su antigüedad y por muchos años que consta de los libros de Cabildo se hallará no goza ni interviene al presente en la cuarta parte de lo que entonces, sin haber precedido nuevas leyes ni cédulas que les prive de ello y siendo así que los antiguos que la fundaron y gobernaron no excedieron de la forma de derecho..."[101].

Este notorio languidecimiento de la vida capitular a mediados del siglo XVII[102] debió, sin duda, reducir considerablemente el ejercicio de esa potestad legislativa de la cual era depositario. No es posible realizar afirmaciones definitivas con respecto a nuestro tema –sobre cuándo faltan actas capitulares éditas, del último tercio del siglo XVI–, pero es sugestivo que, por ejemplo, en Córdoba, en el período 1663-1671, se advierta una pronunciada declinación en la invocación de la costumbre, no sólo en el encabezamiento de las actas capitulares, sino en otros actos en que era común hacerlo, y no es tan frecuente encontrar fundamentos jurídicos sustentados en esa fuente de Derecho.

La potestad legislativa de los cabildos se ejercía a través de la ley y la costumbre. La legislación de origen capitular, según Salvat Monguillot, se expresaba en diversas formas: por ordenanzas, por su actividad colegisladora con la autoridad real y por los mandatos sueltos que constituían "la forma ordinaria de legislación". Esta actividad estaba sometida a reglas especiales[103]. Junto a ella se desenvolvía, en la forma amplia y variada que se verá, la creación del Derecho por vía de la costumbre. No asoman en las actas capitulares detalles que permitan trazar una racional distinción entre una y otra. No hay tampoco discusiones o exposiciones doctrinarias que permitan enfrentarla, en el plano teórico, con la ley. Se daba por supuesta la coexistencia entre ambas. Unas mismas materias eran a veces resueltas por vía de la ley o de la costumbre. Tanto el cabildo recogía o invocaba una costumbre existente en la ciudad para fundar una solicitud o una decisión, como disponía la introducción de una nueva costumbre. Como lo expresaba el cabildo bonaerense en 1625, "esta ciudad quiere siempre cumplir con su obligación guardando las leyes de Su Majestad *uso y costumbre*..."[104].

Esta coexistencia entre ley y costumbre, que se reflejaba en la práctica, no aparecía consagrada en los documentos de origen real en que se aludía, en general, a las fuentes de Derecho. No debe extrañar que ello ocurriera si el propio ordenamiento legislativo castellano, desde el siglo XVI, no la reconocía. En los títulos de nombramiento de altos funcionarios de gobierno se incluía una cláusula disponiendo que el designado debía guardar en todo las leyes y ordenanzas de Su Majestad, sus cédulas y provisiones, y algunos agregaban, según los casos, las que dictasen virreyes y audiencias pero no hacían referencia alguna a la observancia de la costumbre[105]. Cuando el funcionario prestaba juramento ante el cabildo, al asumir el cargo, prometía guardar las órdenes de Su Majestad y las reales provisiones y cédulas en favor de la ciudad, pero no juraba observar la costumbre[106]. Sin embargo, esta exclusión de la costumbre no significaba su desplazamiento, ni mucho menos.

El afán por proteger y aumentar la juridicción real llevó, a veces, a invocar la costumbre en favor de la misma, y así en títulos de nombramiento de tenientes de gobernador, por ejemplo, se disponía que usasen del cargo de la manera que "lo *han usado,* podido y debido usar los demás tenientes vuestros antecesores"[107] o, según "se debe usar y *acostumbran*"[108]. En otro título se ordenaba al cabildo de Córdoba, en 1619, que guardara al teniente de gobernador todas las honras, prerrogativas e inmunidades del cargo "sin que le falte cosa alguna y le acudan y hagan acudir con los derechos y aprovechamientos que por razón del por derecho, *costumbre* o buen título le pertenecen..."[109].

No quedaba ello en las largas fórmulas de los títulos, sino que, a veces, se exteriorizaba en la solución de casos concretos. En 1606 el alguacil mayor de la ciudad y el cabildo cordobés reclamaban ante el gobernador porque éste había designado a un alguacil mayor de gobernación con voz y voto en cabildo. El gobernador desechó la queja en razón de que desde la fundación de la ciudad todos los gobernadores "han estado en el *uso y costumbre* de nombrar tal funcionario" y "en conformidad de la dicha *costumbre* declaraba y declaro deber y poder nombrar alguacil mayor de gobierno"[110].

Otro gobernador, en 1643, también recurrió a la costumbre para amparar a la jurisdicción real ante una decisión capitular. En efecto, el cabildo de Córdoba había acordado que se desocupara el aposento que ocupaba en las casas capitulares el escribano de hacienda y público don Pedro Salas, o que en su defecto se le abonara un alquiler. Como se guardaban allí papeles hacendísticos, los jueces oficiales de la Real Hacienda solicitaron al gobernador la revocación del auto capitular "guardando la *costumbre* que hasta hoy se ha tenido". El gobernador hizo lugar al reclamo fundándolo en que "sería indecencia que los jueces oficiales reales y otras justicias despacharen en diferentes partes, demás de la *costumbre* que siempre ha habido y que consta jamás haya pagado intereses ninguno por el aposento...". Y así don Pedro Salas y los papeles de hacienda, bajo el manto protector de la costumbre, continuaron en el mismo lugar sin abonar alquiler alguno[111].

II. La Costumbre Reguladora del Funcionamiento de los Cabildos

Son muy copiosas las referencias consuetudinarias que se encuentran en la documentación capitular con relación a la actividad del cabildo, tanto en lo que hace a las formas y al ceremonial como a la elección de los oficios, a su ejercicio y a las funciones que le correspondían. He reunido pues, bajo diferentes títulos y apartados, las principales cuestiones en que se efectuaron invocaciones a la costumbre jurídica.

1. Las formas y el ceremonial

a) *Los acuerdos*

Era frecuente encabezar las actas capitulares con una referencia consuetudinaria. La expresión empleada ofrecía numerosas variantes, aún dentro de un mismo cabildo y en un sólo año, pero las más utilizadas aludían a que la reunión se llevaba a cabo "como lo han de *uso y costumbre*", "según lo han de *uso y costumbre*", "como lo han de *costumbre*" u otras maneras análogas[112]. Bajo estas expresiones se comprendían todos los aspectos de forma y ceremonial: día, hora y lugar de los acuerdos, traje con que debía concurrirse, orden de precedencia en la ubicación, etc.

A veces la referencia era sólo al lugar de reunión, y se decía que se juntaban "donde *acostumbran*" o "en la sala donde tenemos de *costumbre* hacer nuestros Cabildos" o "en

las casas *acostumbradas*"[113]. Las reuniones debían celebrarse en la sede del ayuntamiento, y estaba terminantemente prohibido realizarlas en la casa del gobernador[114]. Sin embargo, muchos acuerdos se hacían en la residencia de éste, por no existir casas del cabildo o encontrarse éstas en reparación, y también en ello se invocaba la costumbre. Así un acta capitular porteña de principios del siglo XVII decía que "se juntaron a cabildo según lo han de *costumbre* en casa de la Justicia Mayor de esta ciudad"[115], y otra santafecina de fines de la centuria anterior expresaba que las reuniones se llevaban a cabo en la casa del Teniente Gobernador "como es *costumbre* en el inter que hay casas de... cabildo..."[116].

Los cabildos, según antigua costumbre, debían reunirse una vez a la semana[117]. En 1661 un auto del gobernador, llegado a Corrientes, ordenaba que de "conformidad con reales cédulas, leyes y ordenanzas, se hagan dos cabildos cada semana". Los capitulares encontraron la fórmula para no quebrar la costumbre y cumplir también con el mandato gubernativo, acordando que "por cuanto desde que se fundó la ciudad su *costumbre antigua* ha sido el hacer los lunes de cada semana Cabildo que siempre se ha ejecutado, y en obedecimiento de lo por su señoría ordenado dijeron y acordaron que de hoy en adelante se hagan los dichos dos cabildos los lunes y jueves de cada semana..."[118]. Esta transigencia dio mal resultado, pues los negocios eran pocos y en muchas reuniones no había asuntos que tratar. A principios de 1674 el Cabildo abogaba por volver a la única reunión de los lunes, sosteniendo que esa fue la costumbre desde la fundación de la ciudad hasta tres años atrás, y en tal sentido se dispuso peticionar al gobernador y despachar un procurador para que "se guarde y ejecutase la *costumbre antigua*", resolviendo, mientras tanto, suspender el postizo cabildo de los jueves[119]. Finalmente, no sin retrocesos, se obtuvo autorización real para hacer un sólo acuerdo semanal[120].

A medida que transcurría el siglo XVII, si bien no se advierte con carácter general la desaparición de las consabidas fórmulas en las actas capitulares, empezó a mezclarse la referencia a la costumbre con la invocación legal. Hacia el último cuarto de esa centuria no era extraño que un teniente general de la gobernación de Buenos aires expresara que los cabildos debían reunirse los lunes de cada semana "conforme a ordenanzas y a lo que se ha *acostumbrado*..."[121]. Tampoco lo era que ante la queja del cabildo de Buenos Aires por las repetidas inasistencias de sus capitulares el gobernador dispusiera que ellos "observen, guarden y cumplan lo dispuesto por leyes y reales ordenanzas conforme a la Política y Práctica de Bobadilla y la *costumbre* que tuviese este Cabildo en orden a su mejor cumplimiento..."[122]. Hasta el propio cabildo correntino, recogiendo este oleaje legalista, cambiaba sus tradicionales invocaciones consuetudinarias en las actas por otras más acordes con los nuevos tiempos, y así la reunión se hacía "según *costumbre* y ordenanzas de S. M." o como "lo hemos de *uso y costumbre* según reales ordenanzas de S. M.", expresiones que en todo caso significaban una considerable merma de la costumbre como fuente del Derecho[123].

El aviso a los regidores para concurrir al cabildo se efectuaba, según costumbre, por medio de la campana[124]. En 1666 se propuso con éxito al cabildo de Buenos Aires la compra de una campana, pues no la había para "llamar a los regidores a Cabildo como es *costumbre* en todas las demás ciudades del reino"[125].

b) *Asiento, voz y voto de los funcionarios*

Dentro de la solemnidad característica de los acuerdos capitulares, el orden de los asientos de alcaldes, regidores y demás funcionarios constituía un aspecto nada trivial. Ya Bobadilla recomendaba que el mejor orden era el de la antigüedad, y a propósito de ello aconsejaba al corregidor que no quebrantara la costumbre "si no fuese por mandado

del Rey o consentimiento de todo el Regimiento"[126]. En Mendoza, en el primer tercio del siglo XVII, se expresaba que "todos han de guardar su antigüedad como es de *uso y costumbre*"[127]. Veamos algunos casos que se plantearon, cómo se invocó la costumbre, y cuál fue la suerte final del asunto.

En 1609 don Bernardo de León, comprador del cargo de depositario general, presentó al cabildo de Buenos Aires una real provisión de la audiencia de Charcas en la que se disponía que no habiendo regidores perpetuos, debía dársele preeminencia a aquél en el lugar, asiento, voz y voto. Los capitulares suplicaron dicha provisión "por cuanto –decían– en el Cabildo es *costumbre antigua* que el regidor que se elige de primer voto sea alférez real" y como tal le correspondía el primer voto y asiento[128], posición ésta que finalmente triunfó[129], aunque en este caso contaba con el inestimable apoyo de otra disposición real[130].

También la costumbre fue invocada para resolver si los alguaciles mayores gozaban de voz y voto en los cabildos[131] y para decidir su preferencia en el lugar con respecto al alférez real[132] u otros funcionarios y regidores. Un caso ilustrativo fue el ocurrido en 1663 en el cabildo de Buenos Aires, al presentarse el título de un alguacil mayor interino, en el que se establecía que debía ocupar en el Cabildo un lugar inmediato a los oficiales reales y con preferencia a los regidores. El Cabildo observó el título y el gobernador y presidente de la Audiencia dispuso que "se guarde la *costumbre* que ha habido con los alguaciles mayores interinos". Entonces el Cabildo le asignó el lugar después del procurador general "que es lo que se ha *acostumbrado* hasta aquí..."[133]. No obstante, poco después la Audiencia modificaba las cosas, y en una nueva prueba del cambio de los tiempos, dio preferencia al título sobre la costumbre, ordenando atenerse a lo dispuesto en aquél[134].

También la costumbre regulaba la no menos complicada solemnidad del asiento de los alcaldes ordinarios en los cabildos. En 1621, el ayuntamiento bonaerense dispuso, de acuerdo con la costumbre imperante en "todos los Cabildos de estos reinos", que los alcaldes se sentasen a ambos lados del justicia mayor. El Teniente Gobernador aprobó esta resolución fundándola en que "está en *costumbre* sentarse en los actos públicos en un escaño las Justicia mayor y Ordinaria por su orden y teniendo el primer lugar del escaño la Justicia Mayor sin haber cosa en contrario y haber visto en el reino del Perú y de Chile guardar esta *costumbre*"[135].

En 1645 se planteó en el cabildo de Córdoba la cuestión de si los alcaldes debían sentarse en sillas o en escaño. El gobernador, al llegar a la ciudad, advirtió que los alcaldes cordobeses lo hacían en sillas, contrariando el uso y costumbre de la ciudad de Santiago del Estero, cabeza de la provincia, y dispuso que de no exhibir los alcaldes, dentro de determinado plazo, el privilegio real para gozar de dicha inmunidad, debían seguir la costumbre santiagueña de sentarse en escaño. Los alcaldes apelaron del auto gubernativo ante la Audiencia, sosteniendo que "están en *costumbre* de sentarse en sillas... y en *costumbre* a tolerancia de los señores gobernadores antecesores..."[136]. Según surge de actuaciones posteriores, los alcaldes hicieron en este caso prevalecer la costumbre cordobesa[137].

c) *Asistencia y participación en actos públicos*

Durante los oficios religiosos de la Semana Santa era costumbre que las llaves de los sagrarios de las principales iglesias de la ciudad se repartieran el Jueves Santo entre la autoridad real y el cabildo[138]. Algunas autoridades eclesiásticas resistieron tal costumbre. En 1654 el cabildo de Buenos Aires exhortaba al Obispo que dejara sin efecto la suspensión –que había decretado– de "*costumbre* tan antigua", que hacía

remontar hasta la fundación de la ciudad[139]. En 1674 se suscitó un nuevo conflicto, esta vez con los conventos de Santo Domingo y La Merced, cuyos superiores se mostraban reacios a guardar tan antigua costumbre. A pedido del cuerpo capitular, el gobernador dictó un auto rogando y encargando se dieran las llaves de los sagrarios al Cabildo como "se le han dado de tiempo inmemorial hasta el presente...". El deán de la catedral, provisor y vicario general del Obispado, contestó, admitiendo que en ejercicio del Real Patronato correspondía entregar al gobernador las llaves del sagrario de la Iglesia Catedral, pero que en cuanto a la de los sagrarios de los demás conventos "no sólo no es de derecho, sino que antes lo prohibe el Santo Concilio de Trento". Reconocía que había existido en la ciudad no una costumbre, sino "una permisión continuada" sin que "por ella se pueda pretender derecho por razón de *costumbre*, pues en lo sagrado y contra los cánones no vale la *costumbre*". No obstante, finalmente admitía que se continuara con "la permisión tan antigua de esta ciudad"[140]. Un nuevo conflicto en 1687, esta vez porque la llave del sagrario de la iglesia de Santo Domingo se pretendía entregar al patrón del convento volvió a ser ocasión para que el cabildo invocase la costumbre inmemorial al respecto[141].

Otro pequeño incidente de fines del siglo XVII nos muestra cómo la costumbre se constituía en un medio apto para la lucha en retirada que libraba el cabildo ante la autoridad real. En el acuerdo del 1 de febrero de 1687 el procurador general pidió que se desagraviase al cabildo en razón de que al celebrarse la misa de la festividad de San Pedro Nolasco el día anterior, con la asistencia de los capitulares, "al tiempo que se acostumbra el dar la paz a dicho Cabildo como es de *costumbre* y político" se faltó a esta obligación. En efecto, el padre comendador y los religiosos pasaron delante del Cabildo a dar la paz al patrón de dicho convento, capitán Julio Báez de Alpoin, desairando al ayuntamiento en pleno, pues en presencia de éste sólo correspondía dar la paz al mismo y no a otra persona. Se consideró que el capitán Baéz había incurrido en desacato, y además de apercibirlo se le multó. El asunto tomó un giro inesperado cuando, ante la apelación del perjudicado, la audiencia de Charcas no sólo ordenó dejar sin efecto la multa, sino que dio traslado al Cabildo y al capitán Baéz del pedido de condena del fiscal para ambos por haber usado un privilegio que no les correspondía, pues sólo estaba reservado –además de audiencias y virreyes– a los cabildos de Lima y México. Aunque no es posible conocer cuál fue el final del asunto, lo cierto es que el Cabildo, al recibir tan ingrata noticia, sostuvo que ejercería sus derechos para gozar de tal privilegio que lo tenía por la "posesión continuada de más de cien años, sin que por ningún tribunal hasta el día de hoy se haya perturbado...". Sostenía que si se le quitaba este honor constituiría un nuevo ataque a su estimación y "no habrá persona que admita puesto ninguno en grave perjuicio de la República y de la Real Hacienda"[142].

En un nuevo incidente con el deán provisor y vicario general del Obispado volvió el Cabildo a alegar la costumbre. El prelado exigió al Cabildo, en 1676, que para llevar las varas del palio en el día de Corpus Christi, los capitulares usaran museta, pero el ayuntamiento resistió tal pretensión por considerar que por "*costumbre inmemorial*" se hallaba en posesión de ese derecho y dispuso exhortar al Deán para que acatase esta posesión "de tiempo inmemorial"[143].

d) *El estandarte real*

Aparecían regulados por el uso y la costumbre la elección y juramento del alférez real, la ceremonia de entrega del estandarte, el paseo que con el mismo se hacía por las calles de la ciudad con motivo de la festividad del Santo Patrono y hasta el reemplazo

de aquel funcionario por el alcalde ordinario, en caso de ausencia o imposibilidad de ejercer el oficio[144].

Una minuciosa descripción de la ceremonia que se efectuaba en Santa Fe en 1665, con repetidas menciones a la costumbre, puede encontrarse en el acta del Cabildo del 14 de julio de aquel año. En tal ocasión el alférez real Francisco Moreira Calderón propuso "los honores y privilegios que son de *costumbre inmemorial* y fue que se confiera y vea la forma que tiene y ha tenido de que hayan de ir los del Cabildo, vecinos y moradores a las casas del dicho alférez real a acompañar el estandarte los días diputados de cada año para que salga en público". Respondiósele que "así por la dicha *costumbre* como por ser estandarte de Su Majestad se debe hacer y se haga...". Asimismo, "propuso y dijo ser *costumbre* víspera y día del Patrón del Señor San Gerónimo cuando sale el estandarte que el regidor más antiguo haya de dar el estandarte al alcalde de primer voto y por justo impedimento al de segundo voto quien se lo ha de dar por su mano al dicho alférez real y aquellos días que prefiera a cualquiera ministro de justicia por preeminencia del dicho oficio y honor del dicho estandarte aunque concurra el Cabildo Justicia y Regimiento con la Justicia Mayor en un cuerpo o desmembrados como quiera que suceda, poniendo en todos actos públicos semejantes días sillas, alfombras y cojín, según *costumbre* desde la población y fundación de la ciudad de Santa fe la vieja...". El Cabildo dispuso se "cumpla y guarde la *costumbre* dicha en la forma propuesta"[145].

e) *Protocolo con el gobernador*

Era de "uso y costumbre" en Buenos Aires al menos, hacer un recibimiento especial al nuevo gobernador que llegaba a la ciudad[146]. Cuando en 1624 el gobernador expresaba al Cabildo que "si no estaba en *costumbre* el pagarse los dichos gastos de los propios del Cabildo, que no quería que se pagasen de ellos", los capitulares respondieron que este gasto se efectuaba en atención a que "ha estado en *costumbre* que esta ciudad reciba a los Señores Gobernadores que vienen a ella"[147].

También lo era que el Cabildo concurriera a "dar las gracias" al gobernador una vez que éste había confirmado las elecciones capitulares. Al no llevarse a cabo esta visita el 1 de enero de 1678, el gobernador expresaba que el cuerpo capitular había faltado al "*uso y costumbre* y obligación que se ha observado siempre". El Cabildo contestó que "ha acostumbrado y acostumbra no faltar en cosa ninguna a la *costumbre* que se ha tenido en las urbanidades políticas y atenciones corteses que se deben tener con los señores gobernadores..." y se excusaba de su inasistencia por la gran lluvia caída en la mañana de ese día[148].

2. La elección de oficios

a) *Alcaldes ordinarios y regidores*

Una real cédula de 1537 establecía que "para el buen regimiento, gobierno y administración de justicia de las ciudades, sean elegidos cada año, en la forma que hasta ahora se ha hecho, y fuese *costumbre*, dos alcaldes ordinarios"[149].

Bajo esta disposición y las respectivas ordenanzas dictadas por los fundadores de ciudades, se desarollaron normas consuetudinarias, que si no han dejado huellas demasiado sustanciales, nos ofrecen sí una repetidísima invocación a "la costumbre" y "al uso y costumbre", al punto que pocas veces faltaba la referencia consuetudinaria en el acta capitular de las elecciones de alcaldes y regidores. Mientras que la mayoría de las veces la invocación era exclusivamente a la costumbre, en otras se la acompañaba

con la referencia a las leyes del reino o a las ordenanzas del fundador[150]. Bajo reglas consuetudinarias caían: la reunión previa –uno o varios días antes– para que se planteara cualquier problema concerniente a la elección, sin obstaculizar el desarrollo de ésta[151]; el día fijado para la elección[152]; la forma de votación; la calidad de las personas que podían ser elegidas; la regulación de los votos, y la confirmación de la elección.

Sobre las personas a elegir se suscitaron dos casos que conviene señalar. El primero de ellos en Santiago del Estero, en 1608. Ante una provisión de la Audiencia, basada en una ordenanza del virrey Toledo, disponiendo que la elección de alcaldes se hiciera por mitad en vecinos encomenderos y soldados moradores, el teniente gobernador, el alcalde y el tesorero observaron su cumplimiento y suplicaron de la misma. Sostuvieron entonces que la disposición virreinal se había dictado en Lima, donde había soldados que tenían casas, estaban arraigados y poseían estancias y haciendas, lo que ciertamente no ocurría en Santiago del Estero, donde el número de soldados era escaso y no estaban interesados en los problemas de la ciudad. Agregábase que a los soldados "no se les debe encargar la república por no ser interesados ni tener parte en ello, pues los cabildos se ordenaron y criaron para defensa del bien público y derecho común, y no lo harán como convenga los que no tienen parte en él más que ser tratantes viandantes y que no tienen raíces ni lugar permanente...". Además, argumentaban los quejosos que el fundador de la ciudad había dispuesto que para regidores y alcaldes se eligieran vecinos encomenderos y no otras personas, y "así –decían– se ha observado y guardado de tiempo inmemorial que tiene fuerza de ley hasta hoy como parecerá por los libros de este Cabildo". Concluían expresando "que hasta ahora no consta qué daño resulta de que la tengan los feudatarios en conformidad de la ordenanza del dicho fundador y poblador y de la *costumbre inmemorial* referida ni tampoco consta la utilidad que se les seguirá de meter soldados en los Cabildos habiendo tan pocos y de las condiciones referidas...".

Esta petición contó con la adhesión del otro alcalde, quien sostenía en apoyo de la tesis que el rey "quiere y manda que no se pervierta al antiguo [orden] que se tiene en los Cabildos de sus ciudades como ésta se ha guardado desde su fundación y esto como si fuese ley expresa emanada de su real mandado demás de que la *costumbre* tan antigua de derecho es ley inviolable y Su Majestad no es servido que se derogue especialmente habiendo bastantes consideraciones y causas para ello..."[153].

Aunque no conozco cómo concluyó este pleito –pues el procurador general, en su contestación, sostenía que la costumbre alegada era en favor de los soldados–, lo cierto es que resultan muy sustanciosas las argumentaciones expuestas. Adviértase la fuerza con que entonces aparecía la costumbre, sobre todo cuando era inmemorial, pero también puede notarse que quienes la invocaban no se quedaban con su hueca mención, sino que procuraban mostrar la utilidad sustancial de su conservación y los inconvenientes que se seguirían con su supresión.

El mismo problema de encomenderos y soldados se presentó en Córdoba, aunque el planteo no tuvo el relieve que alcanzó en Santiago del Estero. En la elección del 1 de enero de 1645 dos encomenderos obtuvieron el mayor número de votos para los oficios de alcaldes ordinarios. El gobernador aprobó, en principio, la elección "no habiendo ley, ordenanza o *costumbre* que impida ser alcalde ordinarios dos encomenderos...". Pero al presentarse meses después una real provisión de la Audiencia donde se expresaba que las elecciones de alcaldes se realizaran por mitad entre encomenderos y soldados, el gobernador separó de su cargo a uno de los alcaldes encomenderos, el capitán Esteban de Loyola. Este apeló ante la audiencia alegando que ha estado "*en costumbre* en Córdoba elegir por alcaldes ordinarios dos encomenderos, dos soldados o por mitad" "a común tolerancia de aquella república". Sostenía que el gobernador no pudo "alterar la

dicha *costumbre* torciéndola para sólo el efecto de su pasión porque las tales elecciones han sido conformes a la conveniencia pública tal vez en dos vecinos feudatarios y tal en dos soldados sin que los unos ni los otros se hayan agraviado ni menos el procurador general de aquel Cabildo...". La Audiencia falló en favor de Loyola, ordenando su restitución al oficio de alcalde, pero no invocó la costumbre ni se pronunció sobre el fondo del asunto, ya que el procedimiento irregular en este caso había sido el de despojarlo a aquél después de haber ejercido el cargo durante varios meses[154].

Finalmente, el uso y la costumbre también se invocaron con respecto a la confirmación de las elecciones de alcaldes y regidores[155] y en el acto de juramento de los nuevos capitulares[156].

b) *Alcaldes de Hermandad*

La elección de alcaldes de la santa hermandad fue otro tópico en que se exteriorizó la tensión entre la autoridad real y el cabildo. Dicha elección, considerada como un derecho capitular, fue varias veces cuestionada por gobernadores y tenientes. Para presentar el desarrollo de este problema, antes que la mención de casos aislados, es más ilustrativo observar el proceso a través de lo ocurrido en el cabildo de Córdoba, en el primer siglo de vida urbana.

En 1575 el ayuntamiento aceptó, por mayoría de votos, a un alcalde de la hermandad nombrado por el gobernador, no sin que los alcaldes ordinarios y el oficial real se opusieran por considerar que tal forma de designación "no se ha *usado* ni su señoría lo ha proveído en las demás ciudades ni en la de Santiago, que es cabeza de esta gobernación..."[157]. Pero en 1577 y 1580 el cuerpo capitular eligió sendos alcaldes de la hermandad, invocando para ello el "*uso y costumbre* en todas las villas, ciudades y lugares de Su Majestad" y "las ordenanzas reales que sobre este acto disponen"[158]. En los años siguientes no volvió a practicarse elección de estos alcaldes, por considerarlo innecesario el cabildo en atención a que la autoridad real de la ciudad castigaba con rigor y cuidado los delitos que se cometían.

Al producirse un recrudecimiento de la delincuencia, en 1587, el cabildo recordó su derecho y se propuso ejercerlo, pero estimó oportuno tantear previamente el terreno, para lo cual envió un procurador ante el gobernador, residente en Santiago del Estero. El emisario hizo entonces relación de "cómo en dicha ciudad es *uso y costumbre* elegir el Cabildo de ella un alcalde de hermandad cada año como parece por dos elecciones que están en el dicho libro del Cabildo, lo que han hecho en conformidad de las leyes de S. M.". Exponía luego las razones que habían originado la suspensión de estas elecciones y las que ahora sustentaban nuevamente el ejercicio de tal atribución, y concluía solicitando que "en conformidad de las dichas leyes de S. M. y de la *costumbre y uso* que la dicha ciudad tiene de elegir los tales alcaldes de la hermandad" hiciera merced de elegirlos libremente. Como se advierte a través de esta retorcida gestión, lo que se pretendía era una merced gubernativa, fundada híbridamente entre las invocaciones a la ley y a la costumbre. De esta tibia petición no podía esperarse mejor suerte que la que tuvo. El gobernador, que lo era Juan Ramírez de Velazco, no desaprovechó la oportunidad y soslayando el fondo del asunto nombró un alcalde de hermandad para ese año y dispuso que en los siguientes lo fueran los alcaldes ordinarios salientes. De esta manera, el Cabildo quedaba privado totalmente de su derecho de elección. El procurador solicitó la revocación del auto, anunciando su intención de llevar el recurso, si fuera necesario, hasta las autoridades superiores[159].

El panorama, con todo, no se aclaró. Mientras en 1591 el Cabildo volvió a aceptar a un alcalde de hermandad designado por el teniente[160], en los años siguientes los eligió el

ayuntamiento sin protesta de aquél[161]. En 1636, y luego de un largo paréntesis en la elección de estos funcionarios, el teniente de gobernador, invocando las ordenanzas del visitador Alfaro, designó para esos cargos a los alcaldes ordinarios salientes. Ante la oposición del Cabildo, donde uno de los alcaldes sostuvo que tal proceder "nunca se ha tenido en *costumbre*"[162], el teniente revocó su decisión, aunque sin invocar la costumbre alegada, y se sometió a la elección capitular[163].

La cuestión, empero, no quedó definida, pues la aparición del oficio vendible de alcalde provincial de la hermandad dio lugar a que por algún tiempo se considerara que el nuevo funcionario reemplazaba a los anteriores alcaldes. Cuando una real cédula de 1643 declaró que no había incompatibilidad entre ambos oficios, el Cabildo volvió a elegirlos, pese a la oposición del alcalde provincial. Así, a partir de 1660 y hasta 1671 –año en que terminan las actas éditas– se practicó la elección anual de los alcaldes de hermandad, aunque en los últimos tiempos no apareció explícitamente la invocación consuetudinaria[164].

c) *Procurador general de la ciudad, mayordomos y otros oficios*

Anualmente los cabildos, invocando frecuentemente el "uso y costumbre", elegían procurador general de la ciudad. La elección se solía hacer en el acuerdo siguiente al de la elección de alcaldes y regidores, como lo decía un acta capitular correntina de 1665: "...por cuanto según derecho y *costumbre antigua* de esta ciudad se usa en el primer Cabildo que se siga al de la elección..."[165], o en esta otra del cabildo porteño: "...según la *costumbre* y constitución de las ordenanzas se hace la elección de procurador general de la ciudad en el primer Cabildo después del día de año nuevo..."[166].

También bajo la invocación de la costumbre se elegían ese día otras personas para desempeñar distintos oficios, los que variaban según los cabildos y época: mayordomos de la Iglesia, del Hospital, de los propios o de la ciudad; defensor general de menores; juez de bienes de difuntos, y fiel ejecutor[167].

3. El ejercicio de los oficios

a) *Facultades y uso de atributos*

En muchas oportunidades se invocaba la costumbre como fuente de las atribuciones y jurisdicción de los funcionarios capitulares. Así, un título de depositario general expedido por la audiencia de Charcas en 1606 decía que los jueces y justicias "usen con el dicho oficio como lo han *usado* y lo han *acostumbrado* usar con todos los demás depositarios nombrados por nuestra real persona en todas las ciudades, villas y lugares de nuestro Reinos y Señoríos..."[168]. En otro de alguacil mayor se expresaba que ejercería su oficio "como lo *usaron* sus antecesores"[169]. Al entregarse las varas de justicia a los alcaldes ordinarios y de hermandad se decía que desempeñarían los cargos "con la jurisdicción *acostumbrada*"[170], y cuando se le hacía entrega de aquélla al fiel ejecutor era "para que use el dicho oficio y cargo como es *costumbre*"[171]. Al recibirse el alférez real se expresaba que usaría del oficio "como es *costumbre*"[172].

Sobre el uso de los atributos del oficio se produjo en 1649 en Córdoba un incidente durante el cual el Cabildo alegó la costumbre para defender el uso de la vara de justicia por parte de los alcaldes ordinarios, aun fuera de la ciudad. El 2 de enero de ese año el gobernador de la provincia, encontrándose en la ciudad de Córdoba, dictó una providencia por la que disponía que ante algunos abusos cometidos en perjuicio de los indios, los alcaldes ordinarios no salieran de la ciudad con la vara alta, salvo que fueran

a realizar una diligencia propia de su oficio. El Cabildo apeló. El alcalde ordinario de primer voto pidió al gobernador la revocación del mismo en razón de que "está asentado por *costumbre inmemorial* hasta ahora de salir los alcaldes ordinarios en las ausencias que hacen y salidas para el campo con sus varas". Decía que el cuidado de sus haciendas exigía que las ausencias de la ciudad fueran de por lo menos quince días y de no salir con la vara, además de "quedar desautorizado el oficio siempre se ofrecen casos que ejercitar el dicho oficio y sería dar ocasión a que alguno le perdiese el respeto y desobedeciese...". Por ello solicitaba al gobernador "se sirva de no innovar la *costumbre* de la posesión de que goza el dicho oficio". Otros capitulares fundaron la apelación en que "le es perjudicial y *contra la costumbre* y contra lo dispuesto por provisión real" [173].

Como ya lo observamos en otros casos, la invocación de la costumbre iba acompañada de argumentos destinados a probar que su subsistencia era conveniente y útil, y en cambio perjudicial su derogación.

b) *Reemplazo del alcalde*

La importante función de administrar justicia que desempeñaban los alcaldes ordinarios obligaba, ante la ausencia o imposibilidad temporaria de uno de ellos o de los dos, a reemplazarlos inmediatamente por personas de suficiente calidad. Ya en 1535 el rey, preocupado por algunos "escándalos y alborotos", disponía que cuando quedase en funciones uno de los alcaldes, el otro, durante su ausencia, no podía designar por si al reemplazante y recomendaba asimismo la conveniencia de elegir siempre para esos importantes oficios a personas idóneas[174].

Otras disposiciones peninsulares del siglo XVI[175] y una provisión de la audiencia de Charcas de 1598[176] ya establecían que en ausencia o muerte del alcalde lo reemplazara el regidor más antiguo. No obstante estas disposiciones, desde fines del siglo XVI, en nuestros cabildos, aun adoptando la misma solución legal, se hizo frecuente invocar en tal ocasión la costumbre, a veces sola, y a veces acompañada de una mención no precisa de leyes reales.

Cabe señalar que tanto en Córdoba como en Santa Fe, sin atender a la disposición de 1535, se decía que eran precisos los dos alcaldes "como es de *uso y costumbre*, en las demás ciudades que están pobladas en nombre de Su Majestad..."[177].

En las primeras décadas del siglo XVI los cabildos solían fundamentar en la costumbre el reemplazo del alcalde por el regidor más antiguo, desconociendo, por lo general, la existencia de leyes expresas[178]. Hasta un oidor de la audiencia de Charcas, en 1624, obligado a resolver una cuestión de incompatibilidad de oficios planteada en el cabildo de Buenos Aires, lo hacía disponiendo que "se guardase la orden y *costumbre*" de entregar la vara al regidor más antiguo[179]. En casos análogos, los gobernadores adoptaban igual solución "como lo disponen las reales ordenanzas y *costumbre*" o disponiendo que ocupase el oficio "la persona que por derecho le toca y por *costumbre*"[180]. Sin embargo, en Buenos Aires, después de 1643[181] y en Córdoba algo antes, se había diluido la invocación consuetudinaria. Así, en aquella ciudad, el reemplazo del alcalde aparecía efectuándose "conforme a leyes y ordenanzas".

Este pequeño recodo de la investigación, intranscendente en si, permite apreciar un nuevo ángulo del problema de la costumbre, en la que dos factores aparecían aquí sobresalientes: el desconocimiento de la ley y la exaltación de la costumbre por parte de los cabildos. Y hasta es sugestivo –por lo menos en los casos citados– que al acercarnos a la mitad de la decimoséptima centuria se abandonara tan expresa y a veces exclusiva mención de la costumbre, reemplazándola con una invocación legal.

c) *El turno del fiel ejecutor*

El fiel ejecutor, otro de los oficios capitulares, era desempeñado regularmente entre los regidores por turnos bimestrales o cuatrimestrales, no faltando los nombramientos anuales. Sólo excepcionalmente, hubo fieles ejecutores perpetuos por compra del oficio. El cabildo de Buenos Aires se resistió a admitirlos, por considerar que la designación le correspondía al cuerpo por antigua concesión real. El fiel ejecutor se encargaba principalmente de los problemas relativos al abasto de la ciudad y del control de precios, aranceles, pesos y medidas, usando para el desempeño de su cargo vara de justicia, y ejerciendo las funciones judiciales necesarias para el cumplimiento de su comisión[182].

La designación, turno, duración del mismo y el uso de la vara se regulaban conforme "al uso y costumbre"[183]. En 1679, en el cabildo de Buenos Aires un regidor sostuvo que el oficio debía turnarse entre los ocho regidores, con exclusión del depositario general. Citó, en apoyo de su tesis, la existencia de una real cédula de merced concedida desde la época de la fundación al Río de la Plata y al Paraguay, y si bien reconoció que en otras oportunidades se le dio turno al depositario general, lo fue en alguna ocasión por falta de regidores, y en otras por ignorancia de aquel privilegio real. El depositario contradijo al solicitante alegando que sus derechos eran el de "usar y gozar de todos los privilegios que *usaron* sus antecesores", y entre ellos estaba precisamente el de ejercer el oficio de fiel ejecutor. Llevado el caso a resolución del gobernador, éste se pronunció porque "se guarde y cumpla la *costumbre* que hasta hoy se ha tenido en la forma en que ha pasado por sus turnos la dicha vara y en su conformidad y dicha *costumbre* ampara al dicho depositario en la posesión en que está"[184]. El Cabildo aceptó el fallo, que es muy sugestivo, pues entre una antigua merced real, en aparente desuso, y una costumbre vigente el gobernador se inclinó por la última. Un triunfo de la norma viva.

d) *Ajuste de cuentas con el mayordomo del Hospital*

Un interesante planteo formulado por el mayordomo del hospital– funcionario anual de nombramiento capitular– en 1697 ante el cabildo de Buenos Aires, permite cerrar este punto consagrado al ejercicio de los oficios capitulares. La petición de don Pedro de Vera y Aragón se produjo a raíz de habérsele notificado su nuevo nombramiento, pero con el agregado de que las cuentas se le tomarían cuando se terminase la fábrica y obra del hospital, en vez de hacerlo anualmente. Esta última parte motivaba su queja por los perjuicios que le ocasionaba el adelantar los gastos de su peculio, sin la posibilidad de su inmediato reintegro. Dicha petición se halla vertida dentro del acta capitular, pero el contenido trasunta la mano y mente de un letrado. Aunque, como en otras oportunidades vimos, se expresaban razones fácticas de mucho peso, como el estado de las obras y la falta de dinero, la argumentación giraba esencialmente en torno al derecho que le correspondía por costumbre.

Decía el mayordomo que con esta disposición capitular se alteraba el ajuste de cuentas anuales que hacía desde 1692, "siguiendo el estilo y práctica que la señoria de este Cabildo ha tenido en este particular de tiempo inmemorial a esta parte". Consideraba la resolución "como opuesta a dicha *costumbre* que tiene fuerza de ley municipal por continuada desde el principio de la fundación de dicho hospital y practicada conmigo desde el año de noventa y dos que entré al cuidado de dicha Mayordomía". Luego de exponer las razones que hacían gravosa la nueva medida, pedía que "se continúe con el *estilo y costumbre inmemorial* que se ha tenido en el ajuste de

estas cuentas todos los años...", y ante una advertencia que se le formuló en el momento, en el sentido de que el Cabildo había adoptado idéntica solución el año anterior, agregó que "habiendo sido contra estilo y *costumbre inmemorial* y sin citación ni noticia mía, no puede tener lugar su ejecución ni perjudicarme el no haberlo reclamado entonces como lo hago ahora". El pedido de reconsideración de Vera y Aragón fue atendido finalmente por el Cabildo en razón de los hechos alegados, pero sin invocar la costumbre, y en consecuencia resolvió tomarle las cuentas y abonarle los excedentes que resultasen con los réditos de los censos y del Hospital[185].

4. Las funciones del cabildo

Reúno en este punto algunas de las funciones capitulares, en cuyo ejercicio se hacía frecuente invocación de la costumbre. Como ya se ha visto, no quiere significar que no hubiera sobre la materia leyes reales u ordenanzas del propio cabildo, pero la costumbre surgía no sólo como una frase rutinaria, sino que, a veces, también se invocaba alegando derechos originados en ella. Como en puntos anteriores, se mostrarán aquí también algunos casos ilustrativos.

Una de las importantes atribuciones de los ayuntamientos era la de que todos los funcionarios de gobierno, justicia y hacienda –con excepción de virreyes, oidores y funcionarios de la Audiencia– debían presentar ante el cabildo de la ciudad donde ejercieran su cargo, sus títulos de nombramiento. Una vez admitidos, prestaban juramento y ofrecían fianza en garantía del desempeño de sus funciones[186].

El juramento y la fianza se regían por normas consuetudinarias. Los mismos títulos de nombramiento señalaban que el nuevo funcionario debía dar el juramento y fianza "que han *acostumbrado*" o que "de derecho y *costumbre* se requiere"[187]. Los cabildos, a su vez, al admitirlo le exigían ante todo –como decía un acta mendocina– que "haga el juramento *acostumbrado* y dé la fianza que en tal caso es *uso y costumbre*"[188].

Dentro de las rutinarias referencias contenidas en las actas capitulares con relación a esta materia, destaco dos casos sobre fianza, en que se alegaba la costumbre, y que tienen resultados diversos en cuanto a la restricción o ampliación de este requisito. El primero ocurrió en el cabildo cordobés, en 1575, cuando se presentó un título de oficial de real hacienda en el que se eximía al designado de prestar fianzas, bastando sólo el juramento. El Cabildo, por mayoría, lo admitió, pero no sin que dos regidores se opusieran alegando que "no es *uso y costumbre* dejar de dar fianza y en esta ciudad no se ha usado y los demás pasados las han dado"[189]. El otro caso se debatió en el cabildo de Buenos Aires, en 1624, con motivo de haber solicitado un regidor que se exigiera fianzas a los alguaciles de la ciudad que designase el alguacil mayor. Este se opuso aduciendo que "nunca ha estado en *costumbre* que los dichos alguaciles den fianzas" ni tampoco había orden real en ese sentido. El Cabildo, finalmente, dispuso exigir la fianza tanto a los alguaciles como a los alcaldes de la cárcel, guardándose así –decía– "la *costumbre* que en esta razón se ha tenido con los alguaciles mayores de esta ciudad..."[190].

El Cabildo, a fin de asegurar el abasto de la ciudad y evitar fraudes y abusos, tenía dispuesta la realización de visitas periódicas a tiendas y pulperías de la ciudad y a chacras y estancias fuera de ella. Se solía invocar la costumbre, tanto en la determinación de los capitulares que la hacían como en los desechos que correspondía percibir[191]. Este derecho capitular fue turbado en algunas ocasiones por los funcionarios gubernativos, que pretendían designar a las personas que llevasen a cabo tales visitas. En 1619, el gobernador Diego de Góngora comisionó al capitán Mateo Leal de Ayala la visita de chacras y estancias para verificar si se le había pagado a los indios. El alcalde Francisco García Romero se opuso sosteniendo que "está introducido y *en costumbre* de

que la Señoría de este Cabildo nombre persona que vaya a la dicha visita". Planteado el conflicto, estado el gobernador presente, se acordó de "común consentimiento", que por esta vez haga la visita el capitán Leal de Ayala en razón de estar muy ocupados los capitulares[192]. El caso, breve y sencillo, no deja de tener interés. La costumbre invocada por el Cabildo en respaldo de su petición, fue reconocida por el gobernador, pero se buscó tal vez una elegante excusa para admitir que el candidato del gobernador hiciera la visita.

También se invocaba la costumbre en ocasión de las visitas de cárcel a fin de reconocer "las prisiones, cadenas, grillos, calabozos y demás recaudos de ella y asimismo los presos que hay en ella para que los que estuviesen por las causas civiles y deudas ordinarias sean sueltos a honra y reverencia de la dicha Santa Pascua, conforme es *estilo y acostumbrado*"[193]. Esta liberación de presos decretada en vísperas de la Navidad de 1695 volvía a repetirse en la Semana Santa de 1700, en la que invocando el uso y costumbre de la ciudad y de todas las de la Corona, ordenaba la visita de cárcel y la soltura de presos "que no tuviesen delito de muerte debajo de la fianza de la hoz"[194].

La costumbre era finalmente invocada para suspender los trámites judiciales durante la Semana Santa y desde vísperas de Navidad hasta después de la festividad de Reyes[195].

5. Los cabildos abiertos

Es frecuente que al hablar de la costumbre jurídica en Indias se mencione como ejemplo típico de ello a los cabildos abiertos[196]. En efecto, las reglas jurídicas que presidieron la celebración de estas reuniones (convocatoria, autorización, lugar, forma, asistentes, asuntos tratados, etc.) no aparecieron en leyes reales y ordenanzas locales.

Es, por otra parte, evidente que estos cabildos, aunque de origen eminentemente casuístico, se celebraron para tratar materias específicas con la concurrencia de distintas clases de vecinos[197]. Desde este punto de vista, por no aparecer regulación legislativa, puede sostenerse, si, el carácter consuetudinario de sus normas[198].

Frente a lo expuesto, es sin embargo llamativo el silencio casi total que se observa en las actas capitulares en punto a la invocación del "uso y costumbre", tan rutinaria y sustancialmente reiterada a lo largo de otras materias y tan sugestivamente silenciada cuando se trata de estos cabildos. Ni en su convocatoria ni en las actas de esas reuniones abiertas se aludía a la costumbre[199], en épocas en que las actas de los cabildos ordinarios usaban la consabida fórmula consuetudinaria. Es decir, que la fórmula aparecía en estos casos especialmente suprimida.

El tema merece análisis especial. Sólo me he limitado a llamar la atención sobre este aspecto, para mí sorprendente, de la investigación.

III. La Costumbre Reguladora de la Vida Urbana

La costumbre jurídica no sólo sirvió para regular el funcionamiento de los cabildos, sino que también se recurrió a ella, introduciéndola o simplemente invocándola a fin de atender los variados aspectos de la vida urbana que caían bajo la órbita de acción del ayuntamiento. Este aspecto cobra más importancia si se tiene en cuenta que el cabildo ejercía la representación del pueblo, podía, en su nombre, introducir costumbres, y en su seno actuaba un funcionario, el procurador general, que era el portavoz de la ciudad[200].

Las invocaciones a la costumbre en las actas capitulares son abundantes, y así como he reunido bajo cuatro rubros algunas de las cuestiones en que, por lo fundamental o frecuente, aparece la invocación a la costumbre, quedan otros muchos perfiles sobre los cuales no he hallado aún referencias copiosas o sustanciales que permitan ocuparse de

las mismas en particular. Ejemplos de ello son lo relativo a las obligaciones militares de los vecinos y de los capitulares[201], la correduría y sus derechos[202], el beneficio de repartir entre los vecinos al costo el tercio de las mercaderías subastadas[203], el amojonamiento de solares[204], la guarda del ganado[205] y los derechos en las tierras otorgadas en merced[206]. Ejemplo aparte, el relativo a la publicación de las leyes u otras disposiciones de gobierno, ya que en esta materia las referencias consuetudinarias son muy abundantes en cuanto hace a la forma, tiempo y lugar de la misma[207].

1. El abasto de la ciudad

Una de las principales funciones de los cabildos fue la de atender los problemas del abastecimiento de las ciudades[208]. Necesidad vital de toda urbe, durante los siglo XVI y XVII, esta regulación adquirió crecida transcendencia por la manifiesta intervención del ayuntamiento en todos los detalles del abasto, ocupándose tanto de la provisión necesaria como de la elaboración, calidad y buen estado de los artículos alimenticios, así como de la fijación de precios y otros aranceles por la prestación de servicios. Se encargaba, además de autorizar el funcionamiento de tiendas y pulperías, de verificar los pesos y medidas y de controlar el margen de lucro de los comerciantes minoristas para que no sobrepasara determinado límite –el 20%–, considerado razonable y justo desde el punto de vista moral y jurídico.

Al estar volcadas hacia esta tarea muchas preocupaciones del gobierno, fueron muy numerosas las disposiciones adoptadas en la materia, no sólo por los cabildos, sino también por gobernadores o tenientes. Inclusive se aplicaban, al menos parcialmente, las prolijas ordenanzas del virrey Toledo, que regulaban en detalle aspectos del abasto urbano[209]. Junto a estas fuentes legislativas, la costumbre tuvo también su papel, ya sea coexistiendo con la ley o suplantándola. Papel éste que aparece tal vez con menos brillo que en otros temas.

La costumbre se invocaba al fijar precios generales para las mercaderías[210], al arrendar la provisión de carne vacuna –el remate de carnicerías, como se llamaba entonces[211]–, al ocuparse de la provisión, precio y venta del vino[212], al señalar el precio y el peso del pan, al regular el uso de agua de las acequías[213], al controlar las pesas y medidas[214], al requerir el servicio de indios para el abasto urbano y las tareas agrícolas[215], etc. Algunos casos significativos permiten comprender el alcance de esta invocación del Derecho consuetudinario.

Hacia fines del siglo XVII se produjo en Buenos Aires una cierta resistencia de los pulperos a vender el vino en pipas selladas por el fiel ejecutor, como se había efectuado hasta entonces, prefiriendo hacerlo en “botijas o frascos”, seguramente con el propósito de obtener mayor lucro. El Cabildo reiteradamente combatió tal pretensión. En 1695 se presentaron ante el ayuntamiento los administradores de pulperías solicitando autorización para adoptar el nuevo sistema en la venta de vino y en su defecto, para que se les eximiese del “riesgo de avinagrarse” en las pipas. A ambas peticiones el Cabildo contestó negativamente y dispuso que “se guarde la *costumbre* establecida en estos particulares de tiempo *inmemorial* a esta parte”[216]. Al año siguiente el problema subsistía, y en 1697 el Cabildo, tenaz en su determinación, ratificaba que era “*uso y costumbre en esta ciudad de tiempo inmemorial* a esta parte y aún desde la fundación de ella vender el vino en las pipas y no en otra forma”[217].

En febrero de 1619 el cabildo de Córdoba, ante la escasez de trigo y pan, adoptó diversas medidas de emergencia, entre ellas que la fanega de trigo se vendiera a no más de cuatro pesos corrientes y que se hiciera pan cocido para vender en la plaza, autorizando una reducción de cuatro onzas en el peso habitual de cada unidad, con lo

que indirectamente se aumentaba su precio. El procurador general se quejó de esta medida y después de ratificar que "siempre ha estado esta ciudad y República en *costumbre*..." de venderse 24 panes de a libra –y no de 12 onzas– por un peso, solicitó la revocatoria del decreto capitular. Alegaba también, en defensa de la costumbre establecida, que de admitirse la rebaja del peso, la ganancia de los panaderos sería excesiva, superando el máximo permitido "en conciencia y de justicia y de derecho", que era el quinto. Ante estas consideraciones, el Cabildo revocó el auto anterior y restableció el precio y peso hasta entonces vigentes[218].

Una interesante petición del procurador general de la ciudad de Córdoba, en 1628, con relación a los pesos y medidas, aunque no tuvo éxito final, resulta, no obstante, altamente significativa. En efecto, en el cabildo del 5 de mayo de ese año se presentó el procurador general en nombre de los vecinos y moradores de la ciudad, pidiendo se revocara un auto dictado por el gobernador de la provincia en el que disponía que Córdoba se rigiera por los pesos y medidas de Santiago del Estero, cabeza de la provincia, bajo severas penas. El procurador fundamentaba así su queja: "lo primero, porque esta ciudad *está en uso y costumbre y posesión desde su fundación* del peso y medida que hoy usa. Lo otro porque en el peso no hay diferencia ni más ni menos del que esta ciudad tiene al que tiene la de Santiago y toda la provincia y caso que la medida diferencie y sea mayor que de la dicha ciudad *está en uso y costumbre y posesión desde su fundación* como está dicho y es en pro y utilidad del común y religiones de cuatro conventos de frailes y dos de monjas y hospital y muchos pobres y el minorarla en gran daño y perjuicio suyo y sólo bien particular de algunas personas ricas y que tienen grangería con las sementeras por tener muchas tierras de riego y vino...". Agregaba que "bien es que la ciudad use de la medida que *ha usado y tiene en costumbre* pues del ser mayor que la de Santiago no viene daño al común ni a los particulares", y en cambio el perjuicio se ocasionaría al reducir la medida y mantenerse los mismos precios. Sostenía, por último, que "no hay ley que obligue a que esta ciudad tenga medidas por la de Santiago por decir que es cabeza cuando en los mantenimientos no hay tasa como está dicho sino que haya de usar de las que *tienen costumbre desde su fundación*...". Aunque no conozco si se sustanció la anunciada apelación ante la Audiencia, lo cierto fue que al poco tiempo llegaron a la ciudad los padrones para los nuevos pesos y medidas y fueron recibidos por el Cabildo, no volviéndose a hablar sobre el asunto en las actas capitulares[219].

Adviértase cómo el procurador giraba su argumentación en torno a la costumbre vigente desde la fundación de la ciudad, remarcando que a la misma debía ajustarse, pero también –al igual que en otros casos ya visto– señalaba las ventajas del actual sistema y los daños que se ocasionarían al pueblo con la modificación de las pesos y medidas, dando así solidez sustancial a su petición y no quedándose simplemente en la defensa de una formalidad jurídica.

En 1664 se invocaba en Corrientes "*la costumbre antigua* de la república" para traer de "todas las reducciones indios de los jubilados para el abasto de esta república y el común de los pobres" a fin de que con sus canoas y pertrechos se dedicaran a la pesca durante la cuaresma, con cargo de abonarles su trabajo. Se expresaba en el acta capitular que ésta "*es costumbre muy usada desde la fundación de esta ciudad*", pero que se había abandonado en los últimos años, causando gran inconveniente "para el servicio de Dios y bien del común de esta república y en el de los pobres por cuya ocasión y falta no haber abasto de pescado ocasiona a que los más coman carne y en particular este año que por la gran seca que ha habido se ha perdido las chacras...". Por estas razones, y ante el pedido del procurador general, se requirió al Corregidor ordenase tener los indios y repartirlos entre los vecinos y moradores, lo que así se hizo[220].

Como se aprecia, se invocaba una costumbre antigua, interrumpida durante algún tiempo, pero que era preciso restablecer para posibilitar a los vecinos y moradores el cumplimiento de los deberes religiosos de no comer, durante el tiempo de cuaresma, la carne de vaca, y muy especialmente en ese año, en que la falta de lluvias habían arruinado las plantaciones alimenticias de las chacras. Es decir, como siempre, la costumbre invocada iba apoyada por las razones que sustentaban su conveniencia o utilidad.

2. Derechos de los vecinos

Bajo este título he reunido invocaciones consuetudinarias referidas a algunos derechos o privilegios de los vecinos de las ciudades en materias reguladas por el órgano capitular. Entre otros destaco, por la mención especial que se hacía de la costumbre, los derechos a la matanza y recogida de ganado vacuno, la venta de la corambre, el tráfico comercial con otras ciudades o lugares y la mita de los indios. Voy a referirme, especialmente, a los primeros, con casos ilustrativos en los que se invocaba y admitía, la costumbre.

En Buenos Aires la explotación del ganado se regía por normas particulares, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XVII. Según expresaba el propio Cabildo, este régimen especial se había originado en que a raíz de la peste ocurrida en 1652 los ganados con dueño y reducidos a rodeo en sus estancias se alejaron hacia la campaña, reproduciéndose copiosamente. Estos ganados fueron considerados desde entonces como "retirados", de dueños conocidos y no cimarrones ni comunes, y el Cabildo se atribuyó la potestad de otorgar licencias para su matanza y recogida en determinada cantidad a los que probaran ser vecinos accionarios de dicho ganado.

Este régimen, nacido de las circunstancias explicadas, producía confusión y se prestaba al abuso. Como es de suponer, continuamente se recibían quejas por matanzas y robos llevados a cabo por forasteros o por vecinos sin acción al ganado[221]. Con motivo de una de estas frecuentes quejas, en 1673, el Cabildo ratificó su derecho de dar esas licencias fundándolo en la "*costumbre inmemorial*" y pidió al gobernador que adoptara medidas para impedir las continuas depredaciones. La cuestión tomó un giro imprevisto al dictar el gobernador un auto declarando de su competencia el otorgamiento de las licencias y disponiendo que el Cabildo se abstuviera en adelante de hacerlo. El ayuntamiento, sorprendido, apeló ante la Audiencia y el Consejo de Indias, alegando amargamente que aunque "se halla destituido del conocimiento de algunos particulares derechos que poseía en su antigüedad le ha tenido hasta hoy de tiempo inmemorial en dar licencias y calificar los accioneros para los ganados vacunos retirados en la jurisdicción de esta ciudad". Disponía asimismo que, a los efectos del trámite de los recursos interpuestos, se sacara testimonio de "los Cabildos que se han hecho y en que ha usado su derecho este Cabildo desde su fundación en el número que basta a hacer privanza". El gobernador, ante la actitud capitular, ratificó su posición, pero buscando tal vez la conciliación dispuso dar intervención al Cabildo en los trámites de licencia, temperamento que el cuerpo no aceptó y volvió a apelar[222]. No conozco cuál fue el resultado concreto de este pleito, pero por el posterior desarrollo de los acontecimientos parece que, en la práctica, triunfó el ayuntamiento[223].

Mucho más significativo fue el caso ocurrido con la venta de la corambre, episodio que se desarrolló también en Buenos Aires en el último cuarto del siglo XVII. El principal fruto que llevaban de retorno los navíos de registro que arribaban al puerto bonaerense era, precisamente, los cueros. La importancia del negocio, la peculiaridad de la explotación ganadera en esta jurisdicción y los abusos que se cometían hizo que el

Cabildo interviniera activamente en defensa de los derechos de los vecinos accioneros y determinara las personas a quienes los dueños de los navíos debían comprarlos, así como el precio a abonar. Al establecer esta suerte de monopolio se evitaba que los vecinos sin acción hicieran vaquerías por su cuenta, y los que la tenían se excedieran en su matanza, perjudicando a los otros. Además, se evitaba la maniobra de los dueños de navíos que, especulando con una excesiva oferta, compraban los cueros a precios inferiores a su valor[224].

Uno de los dueños de esos navíos de registro, el capitán Miguel de Bergara, vecino de Sevilla, gestionó y obtuvo la real cédula de 2 de octubre de 1676 autorizándole a comprar libremente la corambre en Buenos Aires[225]. Presentó la cédula ante el gobernador bonaerense y éste ordenó su ejecución, pero el Cabildo se opuso categóricamente y la suplicó, solicitando se suspendiera su ejecución hasta tanto fuera informado el rey para que "no se innove del estilo forma posesión y dominio que por este Cabildo se ha observado de tiempo inmemorial a esta parte". Sostenía el Cabildo que la cédula había sido obtenida "con siniestra relación", al informar maliciosamente a la Corona que en Buenos Aires se le obligaba a comprar la corambre a personas y precios determinados, sin aludir a la situación muy particular en que se hallaba el ganado en esta jurisdicción y a la forma en que se explotaba.

Expresaba el Cabildo con respecto a su facultad para esa explotación que en su "posesión y *costumbre* y dominio ha estado y está de muchos años a esta parte" para la mayor utilidad y conservación de la república y que intervenía en el repartimiento de la corambre ante los abusos y maniobras de los capitanes de navíos de registro.

Luego fundaba la suplicación de la real cédula –y la suspensión de la ejecución– en las leyes que ordenaban no cumplir las cartas o cédulas contra derecho, bien común o utilidad pública y decía que de ejecutarse sin más dilación se destruiría la regulación establecida por los capitulares "de tiempo inmemorial a esta parte", y nadie –agregaba– podía ser desposeído sin ser oído y vencido en derecho. A mayor abundamiento agregaba que la real cédula suplicada no mencionaba los "fueros, leyes, *usos y costumbre* de esta ciudad y su Cabildo", y por lo tanto, tratándose de una "carta provisional incitativa", no podía derogar "sin conocimiento de causa, estilos, ley, estatutos y *costumbre* tan introducidas y establecidas como para este caso tiene y ha tenido este Cabildo y ayuntamiento que por derecho civil y real y Canónico tienen fuerza de ley por haber sido legítimamente introducidas usadas y prescritas por más tiempo de veinte años y determinados no sólo con dos actos como se dispone en la *Curia Filípica*... sino con innumerables como constara de los testimonios mandados poner". Este alegato capitular revela la presencia de una pluma letrada por la argumentación expuesta y las citas efectuadas.

Además del cabildo, también suplicó de la real cédula el procurador general "en nombre de sus moradores y vecinos, así accioneros a ganados vacunos como los que no lo son...", agregando que había recibido en tal sentido súplicas de sesenta vecinos conocidos y principales.

Pese a la resistencia que había originado la medida, el gobernador no admitió la suspensión en la ejecución de la real cédula, y dispuso que se hiciera repartimiento de 24.000 cueros para cargar los navíos de Bergara, temperamento que volvió a objetar el Cabildo, apelando ante la Audiencia. El conflicto entre el gobernador y el ayuntamiento se agudizó enseguida a raíz de que aquél dificultó la tramitación de los recursos interpuestos, al punto que los capitulares se propusieron demandarlo en el juicio de residencia[226].

El planteo capitular quedó latente, y diez años después volvió a plantearlo el procurador general, aunque por entonces el negocio de la corambre estaba suspendido

ante la falta de navíos de registro en el puerto[227]. En los años siguientes se volvió a considerar el asunto[228], y ante nuevas cédulas, análogas a las concedidas al capitán Bergara, otorgadas a otros dueños de navíos de registro que llegaban a Buenos Aires, se acordó formular la súplica ante el rey por medio del procurador Gabriel de Aldunate y Rada. Este, en dos presentaciones sucesivas ante el Consejo de Indias (1695 y 1696), luego de exponer las circunstancias en que se desenvolvía la explotación del ganado vacuno y la venta de los cueros, pidió que "se observe y guarde la *costumbre* que ha tenido la ciudad de Buenos Aires desde el año 1609 hasta el de 77 de capitular por medio de dos diputados con los dueños y administradores de los navíos de registro el número de cueros que necesitan y su precio como el de mercaderías, frutos y géneros que llevasen", y que el repartimiento de la corambre se hiciera entre los vecinos que tiene acción a los ganados, en forma proporcional a los animales que se hubiesen alzado.

El fiscal del Consejo de Indias, que ya en otro dictamen anterior se pronunciara en favor del repartimiento de cueros, aconsejó "dar el despacho que se pide ateniéndose *al derecho que tienen adquirido los accioneros por costumbre y estilo anticuado*, sin que les obstine las cédulas que han adquirido los capitanes de registro, por ser ganadas en perjuicio de dichos accioneros y sin haberlos oído". El Consejo, si bien reconoció ese derecho, al tiempo de resolver tomó el rábano por las hojas y proveyó lo que en realidad no había sido objeto central y concreto de la petición: que se respetase el derecho de los accioneros, procediéndose contra los vecinos que sin tener tal calidad se apropiaban del ganado. Así salió la real cédula[229].

Tan larga relación del caso, necesaria para comprender el planteo y desenlace de la cuestión, debe ser recapitulada en sus partes esenciales. Nos encontramos ante una situación singular en la explotación ganadera indiana, creada en utilidad de los vecinos y fundada jurídicamente en la costumbre. Este derecho resultaba alterado por reales cédulas, expedidas sin conocimiento de esa costumbre local y sin aludir a ella. El conflicto entre ley y costumbre era así llanamente planteado, y, como en todos estos casos, los recurrentes trataban de demostrar los inconvenientes de una y las ventajas de otra. El fiscal del Consejo acogió el derecho de los vecinos accioneros de Buenos Aires adquirido "por costumbre y estilo anticuado", y expresaba que las reales cédulas expedidas no podían ir contra ella. El año de este dictamen –1696– y la autoridad que lo emitía es altamente sugestivo. Los tiempos no eran ya propicios para la vigencia de la costumbre, pero todavía ella obtenía triunfos tan importantes como éste.

Por último, me ocuparé de un incidente ocurrido a principios del siglo XVII, que alarmó con razón al cabildo de Córdoba. Según se expresaba en el acta capitular del 7 de mayo de 1603, el gobernador Hernandarias de Saavedra había dispuesto, bajo graves penas, que no fuesen al puerto de Buenos Aires carretas ni harinas procedente de la ciudad de Córdoba. Esta medida, decían los capitulares cordobeses, era "en gran daño y perjuicio de esta ciudad y contra *la costumbre* que se ha tenido desde que esta tierra se pobló y como cosa *no usada* en estos reinos ni en los de España porque jamás se ha visto que a los vasallos de un mismo rey se les prohiba el entrar a tratar y contratar unos con otros...".

Ante la gravedad del caso, que significaba –decían– "la total destrucción de esta tierra", resolvieron escribir al gobernador de Córdoba del Tucumán para que éste gestionara ante el gobernador Hernandarias y ante la Audiencia el remedio de la situación planteada. Días después, en otro acuerdo capitular se insistía en señalar que ese tráfico "ha estado en *costumbre* desde que se pobló el dicho puerto...". Finalmente, la Audiencia se pronunció en favor de los cordobeses, ya que no sólo ordenó la reanudación del cuestionado tráfico, sino que mandó al gobernador Hernandarias que

devolviera las carretas, bueyes y harinas cordobesas que había tomado en actitud francamente agresiva[230].

Lo interesante de este caso radica en que todo el planteo jurídico triunfante reposaba sobre la costumbre, tanto en lo referente a la existencia del tráfico como al ataque que la medida significaba a los derechos de los vasallos, y estaba apuntalada por la necesidad vital que para Córdoba representaba tal actividad comercial.

Un último caso nos lleva a Mendoza, también a principios del siglo XVII. En el cabildo de esa ciudad se presentó, el 15 de junio de 1604, un mandamiento del gobernador y capitán general del Reino de Chile, aprobando y confirmando la fundación de la ciudad de San Luis de Loyola, estableciendo sus términos y jurisdicción, concediendo tierras y solares, etc. En uno de sus capítulos prescribía que los indios encomendados que se hallasen en la nueva jurisdicción –separada de la ciudad de Mendoza por el río Desaguadero– no estarían obligados a acudir a Mendoza por servicios ni tributos, en razón de la distancia y el peligro que significaba el cruce del mencionado río. En el Cabildo se acordó suplicar de esta última disposición por considerar que perjudicaba a los vecinos encomenderos en el goce de su derecho a las mitas y servicios indígenas que les pertenecía "por haberse poblado la dicha ciudad de San Luis en términos de esta dicha ciudad y los vecinos de ésta haber más tiempo de *cuarenta años* desde que se pobló esta dicha ciudad que han gozado y tenido de *costumbre* el venirse en mita los dichos indios..."[231].

Aunque desconozco la suerte corrida por esta suplicación, lo cierto es que resulta interesante el planteo fundado en una costumbre que se ha gozado durante más de cuarenta años y de la que ahora se les pretendía despojar.

3. Cargas y obligaciones de los vecinos

También la costumbre fue invocada en distintas oportunidades, ya sea para imponer o para eximir de cargas y obligaciones a los vecinos. La mayoría de los casos que he reunido se refieren a gravaménes y derechos eclesiásticos, como los diezmos, las primicias, el estipendio de los curas doctrineros y los derechos parroquiales[232]. Con carácter más general, aunque también vinculado a esos gravaménes, cabe destacar la modalidad de pagar ciertas contribuciones en "moneda de la tierra". En otras obligaciones, como la de contribuir a la construcción de las casas del cabildo[233] o al arreglo de las calles[234], en ciertas oportunidades, se echó mano de la costumbre. Como en puntos anteriores, voy, pues, a exponer algunos casos principales sobre las mencionadas materias.

En lo relativo a diezmos, los juristas solían conceder un amplio margen a la costumbre[235]. En 1622, a raíz de un auto del obispo de Buenos Aires, imponiendo diezmos sobre la cal, teja, ladrillo, madera, cueros y sebo del ganado cimarrón y "otras cosas silvestres que *no están en uso*", se acordó en el Cabildo suplicar de dicha resolución porque "es en perjuicio de esta república y de sus vecinos y moradores y *no estar en costumbre* pagar de las dichas cosas diezmo...". En consecuencia, se encomendó al procurador general de la ciudad formular la petición al obispo "declarando no deberse pagar de las dichas cosas que no están *en costumbre* diezmos ni veintena ni otra cosa", y, de no tener éxito, se apelaría ante quien correspondiese[236]. El asunto se llevó ante la Audiencia de Charcas –nos refiere Solórzano–, la que se pronunció en favor del obispo, desechándose la argumentación capitular fundada en la costumbre de no pagar, por no ser ésta cuadragenaria, y, además, por necesitar la Iglesia de esos ingresos para su sostenimiento[237].

Tres años después un nuevo auto del obispo imponiendo diezmos sobre el carbón, la madera, el ganado vacuno, las yeguas y –como decía el cabildo– "otras cosas que hasta hoy no se ha *acostumbrado*", volvió a conmover al cuerpo capitular. Se acordó solicitar al obispo la revocación del auto hasta tanto se realizara el próximo sínodo para tratar la materia, porque –agregaba– "conforme a las leyes reales y real provisión y sobrecarta no se pueden pedir ni imponer diezmos de lo que *no es costumbre*..."[238]. Las gestiones lograron, según parece, suspender la ejecución de la medida, pero ya al año siguiente hubo quejas de vecinos que eran apremiados a pagar los nuevos diezmos y, finalmente, la cuestión derivó en un pleito, del que se encuentran algunas menciones en las actas capitulares[239], pero sin que nos permitan conocer su desenlace.

También se suscitó, un año después, en Buenos Aires un entredicho con relación a las primicias. En el cabildo del 3 de agosto de 1637, el gobernador dio cuenta de haber recibido quejas de vecinos, en razón de que el obispo les había notificado, bajo pena de descomunión, el pago de primicias de "ganado, aves y otras cosas que nunca han *acostumbrado* a dar". Se acordó, ante ello, que en el próximo cabildo compareciera el procurador general de la ciudad con algunos vecinos antiguos para tratar "lo que se debe sobre la *costumbre* que hay en el pagar las premisas de ganado, aves y demás cosas que el señor Obispo pide".

El 19 de agosto, junto con el procurador, concurrieron doce "vecinos antiguos". El Cabildo expuso las razones de esta convocatoria, que eran las de consultar a los vecinos sobre "lo que se *acostumbra* a dar de premisas y qué cosas" a fin de resolver si era justa la pretensión del Obispo. Todos los vecinos declararon que, hasta el momento, sólo habían pagado primicias de trigo, cebada y maíz. Uno de ellos agregó que "nunca ha habido más *costumbre* que la dicha". Otro agregaba que la costumbre en el reino de Chile era la misma. La mayoría de los vecinos residían en la ciudad desde veinte años atrás, aunque había quienes vivían en la misma desde cincuenta y cinco, cuarenta o treinta y ocho años atrás. Ante estos testimonios, el Cabildo, considerando que "es causa que debe seguir la ciudad", encomendó las gestiones al procurador general. Este, días después, dio cuenta al ayuntamiento de haberse presentado ante el Obispo pidiendo la revocación de la imposición establecida "fuera de *costumbre usada*", pero aquél había ordenado que se guardase lo proveído. El Cabildo consideró que el asunto debía encomendarse al letrado a fin de que entablara las acciones que correspondiera[240]. No me ha sido posible conocer el resultado final, si lo hubo, de este caso.

Otro pequeño incidente, de fines del siglo XVI, en Córdoba, presenta una nueva invocación consuetudinaria, esta vez con respecto al paso del estipendio de los curas doctrineros. En 1598, el procurador de la ciudad se quejaba al Cabildo que el Vicario había ordenado que los vecinos encomenderos, bajo pena de excomunión, pagasen a los curas doctrineros seis reales por cada indio, lo que significaba un real y medio "más de lo que se *acostumbra*". Los vecinos consideraron que ese estipendio era excesivo y estaban dispuestos a abonar todo lo que "deben conforme lo *acostumbran* a pagar...". Ante esta denuncia, el Cabildo acordó que el mismo procurador hiciera los requerimientos necesarios ante el cura y vicario de la ciudad "para que guarde la orden que está *en costumbre* en esta ciudad y la paga que se ha *acostumbrado* hacer por cada indio a cuatro tomines y medio y alze la dicha fuerza y absuelva los descomulgados...". El planteo fue exitoso, el prelado concurrió al Cabildo y aceptó la paga establecida[241].

La extrema pobreza de algunas ciudades dio origen a la costumbre de abonar, al menos ciertos derechos o gravaménes, en lo que se denominó "moneda de la tierra", es decir, frutos de la misma, que recibían, de parte del cabildo, un valor equivalente a la moneda corriente. En 1595, el cura vicario de la ciudad de Córdoba pretendió cobrar los derechos de su oficio en reales o en monedas de la tierra, pero recibiendo ésta a muy

baja cotización. El procurador denunció al Cabildo tal situación y pidió se le citara a aquél para establecer moneda y precios "según lo han hecho los demás curas y vicarios antecesores suyos y según está en *uso y costumbre* desde el principio de la fundación de esta ciudad y cómo debe ser hecho según el posible de esta ciudad". El cura concurrió al Cabildo y se halló la solución[242]. Mientras tanto, en 1594, el cabildo santafecino expresaba a la Audiencia la dificultad de abonar en pesos las mandas graciosas para la Corona, pues en esa ciudad circulaba la "moneda de la tierra" y la paga se hacía "en bueyes y en caballos a los precios que varían al tiempo que lo mandaron según el [*uso*] *y costumbre* de esta tierra"[243]. A su vez, el cabildo correntino, en 1636, se refería a la paga de la limosna de la bula de la Santa Cruzada en "moneda de la tierra" como ha sido costumbre[244].

4. Las fiestas religiosas y populares

Con motivo de la celebración de la festividad de los patronos de la ciudad, del día del Corpus Christi, de la Semana Santa o de la jura del nuevo rey, o alguna otra, el cabildo solía organizar fiestas religiosas y populares, cuyos preparativos aparecen, a veces prolíjamente, mencionados en las actas capitulares. En tales oportunidades, la invocación a la costumbre era frecuente. Algunos ejemplos: "es menester prevenir las cosas que es *costumbre* que hace esta ciudad..."[245]; "se acuda a celebrar la fiesta como es *costumbre*"[246]; se haga en dicho día "todo aquello que es *uso y costumbre*"[247]; "conforme a la *costumbre* se deben hacer fiestas"[248], etcétera.

En algunas ocasiones, la invocación superaba a la de una simple y rutinaria fórmula. Así, en el cabildo de Buenos Aires, con motivo de la fiesta del Corpus Christi, se expresaba que "tiene obligación nuestra ciudad por *costumbre* de dar cera al clero y Cabildo y religiones que asisten a la procesión de aquel día..."[249], y no existiendo propios "está en *costumbre*" que los gastos de cera y danzas se repartan entre los pulperos, mercaderes y artesanos[250]. Otras veces se recurría a la costumbre para determinar si los gastos debían ser soportados por el alférez real o por los propios del cabildo[251]; y si aquél debía rendir cuentas o no[252]. También para establecer el programa de dichas fiestas[253].

Con motivo de aproximarse, en 1651, la fiesta de San Martín, patrono de Buenos Aires, el gobernador preguntaba a los capitulares "si es *uso y costumbre* el juntarse en las casas de su ayuntamiento para tratar sobre las fiestas de toros y cañas que se *acostumbran* hacer..., los cuales respondieron *acostumbrarse* así"[254]. En 1694, en medio de una peste que azotaba la ciudad, el Cabildo decidió suspender la celebración de la fiesta del patrono, pero los capitulares consideraron que de la suspensión de la corrida de toros se diera noticia al gobernador para que éste decidiera, "como es *costumbre* respecto de ser introducción *antigua* y puesta en estilo". El gobernador fue entonces quien dispuso la suspensión[255]. En otra oportunidad, el procurador de la ciudad pidió testimonios de los libros capitulares sobre "*la costumbre* observada" en la celebración de las fiestas públicas y en el pago de los gastos[256].

IV. INTRODUCCIÓN, PRUEBA Y EXTINCIÓN DE LA COSTUMBRE

Es tarea muy difícil, acaso imposible, reconstruir la trama de la costumbre a través de su lenta y, a veces, insondable gestación, desarrollo y extinción. Es decir, intentar fijar algo que por espontáneo, por huidizo, no se ha consolidado nunca. Antes que reconstruir un esqueleto de dudosa autenticidad, he preferido exhibir algunos trozos de

manera ordenada para mostrar perfiles de la costumbre en las distintas etapas del proceso que va desde su aparición hasta su extinción[257].

Mientras el proceso de formación y sanción de una ley puede ser fácilmente reconstruido porque se dispone de texto, fecha y autoridad que la sancionó, en cambio, ese mismo proceso de gestación y sanción de la costumbre se torna nebuloso y a veces imposible de fijar. Determinar cuándo ha nacido una costumbre es problema que no tenemos sólo los historiadores, sino que tuvieron los contemporáneos que pretendían utilizarla. Generalmente, no se alcanzaba a precisar en detalle el momento en que había surgido, sino que, más propiamente, se conformaban con que los testimonios probatorios evidenciaran que se trataba, según los casos, de una costumbre inmemorial o superior, al menos, al tiempo regularmente exigido para que tuviese fuerza legítima. No fue infrecuente en nuestros cabildos hasta el siglo XVII retrotraer la costumbre hasta la fecha de la fundación de la ciudad, y ello indiscutiblemente se vio favorecido por la existencia de los libros capitulares, documentos vivos a los cuales más de una vez se recurrió en busca de prueba del derecho consuetudinario. Pero con todo, esa invocación a la fecha fundacional no creo que tuviera en muchos casos verdadero asidero documental, sino que fue un recurso para dar mayor fuerza a la argumentación, sin que sus sostenedores supieran a ciencia cierta cuándo se introdujo la costumbre, aunque tuvieran conciencia de su antigua data.

Por lo expuesto, puede deducirse que no resulta posible determinar en forma precisa el origen de la mayoría de las costumbres, nacidas espontáneamente, sin fecha fija y sin que autoridad o documento alguno la haya registrado. Pero, en cambio, hay otros tipos de costumbres en las cuales este proceso de indagación resulta posible. Es cuando expresamente se establecía la costumbre, ya sea por si, o se resolvía recibir la costumbre de otra ciudad, provincia o reino. Se puede alegar que estos tipos de costumbre no son propiamente tales, porque les faltaría reunir el requisito, al parecer imprescindible, del uso previo. Sin embargo, aún admitiendo que estos tipos de costumbre no tienen la fuerza conceptual de aquella que nace espontáneamente, lo cierto es que en la época estudiada se utilizaba por igual, para una y otra, la misma denominación.

Muy contados son los casos que he encontrado de introducción de costumbre. Los dos que citaré son del siglo XVI. El 9 de abril de 1575, los capitulares mendocinos, en atención a que no había cofradía de la Vera Cruz, para sacar el crucifijo en la procesión de la noche del Jueves Santo, acordaron que convenía asignar la persona que lo llevara "para que quede por constitución y *costumbre*...", recayendo la elección en el alférez real[258]. El otro caso se desarrolló en el cabildo santafecino. Después de la elección de los alcaldes y regidores, el 1 de enero de 1585, los capitulares consideraron que debían elegir alférez real "para que de hoy en adelante se tome y tenga esta *costumbre*". En los años siguientes se hicieron algunas elecciones de alférez invocando la costumbre. Particularmente interesante es un acta de 1593, en la que se disponía volver "al *uso y costumbre* antiguo" en la elección de alférez, al parecer olvidado por los capitulares. Tuvo entonces el ayuntamiento santafesino algunas dificultades en razón de existir un alférez designado por el adelantado y gobernador Juan Torres de Vera y Aragón, quien se opuso a la práctica de tal costumbre y, finalmente, logró el apoyo del gobernador Hernando de Zárate[259].

El hallazgo de estos casos son apenas dos pequeñísimos aportes para advertir un perfil de la costumbre. En cambio, es algo más satisfactorio el número y la calidad de los casos que pueden citarse de otra modalidad de su introducción: la recepción de costumbres de otros lugares.

El 1 de enero de 1616, el gobernador expresó en el cabildo de Buenos Aires que en el modo de votar en la elección de alcaldes, regidores y demás oficios, para el futuro "se

guardase la *costumbre* que se tiene en la ciudad de la Asunción, cabeza de esta provincia por orden de Su Majestad, y mandaba se traiga y ponga en los libros del"[260].

En 1637, el cabildo cordobés dispuso, con relación a la festividad del Patrono San Jerónimo, que por cuanto en Santiago del Estero, cabeza de la provincia, "se *acostumbra* que el regidor más antiguo y el alguacil mayor lleven y traen el estandarte real al altar mayor las veces que lo recibe el alférez real y al apearse y subir al caballo *en esta ciudad se guarde lo mismo*". El alguacil aceptó por el momento esta determinación "sin perjuicio –dijo– del derecho que tiene que se guarde lo que se guarda en Chuquisaca y Potosí". Al año siguiente se ratificó aquella decisión, pero se dispuso traer constancias de lo que se observaba en Santiago del Estero, por una parte, y en Chuquisaca y Potosí, por otra[261]. En este caso, no sólo se aprecia la introducción de una costumbre vigente en la ciudad cabeza de la provincia, sino que la misma era impugnada por quien pretendía traer la costumbre vigente en otros lugares, no desvinculados de la jurisdicción de Córdoba. No he podido encontrar otras huellas de ese planteo y tampoco más abundantes explicaciones sobre estos criterios encontrados, pero el planteo es, sin duda, sugerente.

Es probable que alguien se pregunte, al leer el caso anterior, con que derecho el alguacil pretendía traer una costumbre de la rica villa altoperuana ya que la de Chuquisaca se explicaba por residir allí la Audiencia que ejercía jurisdicción en estas tierras. Algo de ello se puede aclarar al conocer un auto del gobernador del Tucumán dado en 1645, encontrándose en la ciudad de Córdoba, a raíz de una cuestión suscitada en el Cabildo acerca de una exhortación de los jueces reales sobre la administración de la Unión del 2 % de las armas. Dicho auto decía que "se guarden las órdenes del señor Virrey y la *costumbre* con que se usa en la villa de Potosí que es la villa más cercana a esta provincia para que en esa conformidad en esta ciudad se cobre la dicha imposición..."[262].

En el acuerdo del ayuntamiento mendocino, del 16 de septiembre de 1645, los cabildantes expresaron: "...recibimos y votamos y damos por recibido un testimonio traído de la ciudad de Santiago de Chile de lo que se *usa* en el Cabildo de ella en que los hijos de los vecinos encomenderos del Reino gocen en esta ciudad lo que gozan en la dicha de Santiago de Chile...". Se trataba de probar que vecinos encomenderos de Mendoza habían sido elegidos regidores en el cabildo santiaguino[263]. Aunque en el testimonio no se utiliza la voz "costumbre", sino simplemente la de "uso", no resulta despreciable tan patente caso de trasplante de uso o costumbre.

Enojoso asunto era, según se recordará, el de los asientos capitulares. También allí es posible rastrear algunos casos de adopción de costumbres de otras ciudades. Así, sobre la forma de sentarse los alcaldes ordinarios al lado de las justicias mayores, en 1621 se admitía la costumbre de "todos los Cabildos de estos reinos", y que el gobernador había visto "guardar esta *costumbre*" en el Perú y Chile[264]. En 1645, el gobernador decía en el cabildo de Córdoba que los alcaldes debían sentarse en escaños y no en sillas, siguiendo la costumbre de Santiago del Estero, la ciudad cabeza, a lo que se opusieron los alcaldes en defensa de la costumbre local[265]. Similar cuestión se planteó años después, en 1661, en el cabildo de Santa Fe. Mientras el teniente de gobernador pretendía introducir la costumbre de Buenos Aires, algunos cabildantes santafecinos defendían la suya[266].

Es evidente que tanto los funcionarios reales como los capitulares observaban atentamente las costumbre de otros lugares. Así, para resolver algunas cuestiones o para introducir costumbres, se citaban las de la ciudad cabeza de la respectiva gobernación (como Buenos Aires, Santiago del Estero, Santiago de Chile), o de otras provincias (como el Paraguay), o de las ciudades o villas cercanas (como la de Asunción y la de Potosí), o la de otros reinos de Indias (como el de Chile) y aún de Castilla o España. No

faltaban tampoco algunas invocaciones más generales, que a veces eran vagas, como cuando se decía que era costumbre de las ciudades y villas de estos reinos, o vigente "en todas las demás partes de las Indias" o "en todas partes"[267].

La imprecisión característica del proceso formativo de la costumbre exigía, en determinadas circunstancias, que se acudiera a su prueba. Dos medios idóneos principales había para ello: la documental o la testifical. La primera se obtenía mediante la revisión de los libros capitulares y, en su caso, por la expedición de testimonios de los documentos pertinentes[268], y también por medio de certificados o constancias, que sirvieron en alguna ocasión para introducir usos y costumbres de otras ciudades.

La más curiosa certificación de costumbres que he tenido a la vista es la que se halla en los libros del cabildo de Santa Fe. En efecto, el alférez real propietario, don Francisco Moreira Calderón, indudablemente interesado en mantener la preeminencia de su oficio, obtuvo, en 1665, un documento emanado del corregidor teniente de gobernador, don Diego Torres de Santucho, en el que éste certificaba "en cuanto de derecho debe y pueda, como en esta dicha ciudad desde el año de mil seiscientos veintiocho que fue electo por alcalde ordinario y que lo he sido otras veces y he usado otros oficios de república en diferentes regimientos, lo que desde entonces acá se ha guardado, por *costumbre inmemorial* desde la fundación de esta dicha ciudad ha sido y es que...", pasando a referir prolíjamente la ceremonia con el estandarte real en la víspera y festividad de San Jerónimo, así como la preeminencia que alcanza en ese día el alférez real. Luego de esta descripción, agregaba: "...que esto que así va referido lo tengo experimentado, desde el año citado de veintiocho por *costumbre inmemorial* desde la fundación de esta dicha ciudad y para que contra ella no se intenten nuevas *costumbres* que siempre redunda en discordia de partes lo certifico y firmo en este libro de Cabildo y mando se noticie en cuerpo del a los alcaldes ordinarios y capitulares, para que si sintiesen lo contrario que no es posible se confiera la dificultad o dificultades que sienten o se ajuste la *costumbre* referida para evitar novedades que se pueden ofrecer...". Los alcaldes y regidores no hacen otra cosa que avalar tan autorizada certificación al expresar que "nos consta, en general y en particular lo contenido en ella es *costumbre inmemorial* entendida y sabida de nuestros antepasados, y que siempre se ha observado lo que dicha certificación contiene, y así lo certificamos y firmamos..."[269].

Adviértase que en la redacción del encabezamiento y pie de este singular certificado se han cuidado estos detalles: la autoridad de quienes cetifican; la existencia de una costumbre inmemorial, que arrancaba con la fundación de la ciudad y que tenía ya esa calidad en 1628, fecha en la cual el corregidor Santucho empezó a ocupar importantes oficios capitulares; la prevención contra nuevas costumbres, y, para rematar todo ello, la ratificación de alcaldes y regidores. Obsérvese, por último, que este documento al redactar y certificar la costumbre, se aproximaba en sustancia a una ley o resolución capitular, pero es evidente que había interés en mantener la separación. Es costumbre y no precepto legal. ¿Se concebiría que en esas condiciones tenía más fuerza jurídica?

En cuanto a la prueba de la costumbre por medio de testigos el caso más saliente que he hallado es el ocurrido en Buenos Aires, en 1637, en oportunidad de cuestionarse la imposición de primicias que el Obispo pretendía sobre frutos no acostumbrados. El Cabildo hizo comparecer entonces a doce "vecinos antiguos" para que declarasen sobre "lo que se acostumbrada a dar de premisas y de que cosas". Las declaraciones de estos testigos calificados se insertaron en el libro capitular y, aparte de las preguntas sobre la materia indicada, se les interrogó sobre el tiempo que residían en la ciudad. La mayoría lo hacía desde más de veinte años, y uno llegaba a los cincuenta y cinco[270].

Por último, el no menos espinoso tema de la extinción de la costumbre. No es fácil hallar rastros de ello. Si la costumbre es reemplazada por otra, la misma o mayor

dificultad para conocer el origen de la nueva se traslada a la sustituida. Si la costumbre cesa por imperio de la ley o de una sentencia judicial, no es fácil tener la seguridad que ello ocurra por sólo las palabras del texto legal o judicial. Algunos casos ilustrativos voy a exponer.

El cabildo de Mendoza, en 1646, dispuso que "cese la *costumbre* que ha habido hasta hoy de dar cuadras y solares por vía de merced sin interés alguno sino dándolas a censo o por venta real para los propios de este cabildo..."[271]. En este caso, la costumbre se abrogaba por el mismo órgano capitular que la había establecido y, al parecer, no era reemplazada por otra costumbre, sino por un liso y llano decreto capitular.

En 1616, por disposición del gobernador, se sustituía en el cabildo de Buenos Aires el modo de votar "como es *costumbre* en esta tierra" por la costumbre que se observaba en Asunción[272]. Lo mismo ocurría en Córdoba en 1628, cuando se suprimía la costumbre local de los pesos y medidas y se la sustituía por el sistema usado en la ciudad de Santiago del Estero[273].

Un último caso nos enfrenta al conflicto con la ley. En 1639, el teniente general de la gobernación proponía al cabildo bonaerense que, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 21, tít. VI, lib. VII de la Recopilación de Indias, sobre cárceles y carceleros, los indios no debían abonar los doce reales "que han tenido de *costumbre* pedirles los alguaciles, ministros y carceleros". El Cabildo, luego de estudiar lo propuesto, dispuso guardar y ejecutar dicha ley[274]. La costumbre había sido sustituida particularmente por una ley recopilada.

NOTAS

[1] LEVENE, "El derecho consuetudinario" y ALTAMIRA, "Estudios"

[2] COSTA, *La vida del derecho; Teoría del hecho jurídico;* "Requisitos", entre otros. Para caracterización del pensamiento de Costa en esta materia, véase ALTAMIRA, "La costumbre", 82-84.

[3] ALTAMIRA, "La ley y la costumbre" y "La costumbre"; Levene, *Introducción* 31-36, e *Historia del Derecho*, t. I, 96-101; Basadre, *Los fundamentos* 69-74; ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia*, I, 230-233.

[4] GARCÍA-GALLO, *Manual* 177-185.

[5] GÓNGORA, 21-22, 85-86, 230, etc. GARCÍA-GALLO, "Problemas metodológicos", . 50-52. En el derecho canónico, véase MIER VÉLEZ, 135-218.

[6] GILISSEN, "La loi".

[7] ALTAMIRA, "Estudio", 40, 246-247.

[8] Las actas de cabildos de ciudades argentinas son las de Buenos Aires, (*ABA*) Córdoba (*AC*), Corrientes (*ACo*), Mendoza (*AMen*), Santa Fe (*ASF*), Santiago del Estero(*ASE*), y Tucumán (*AT*).

[9] Así también se expresaba ZORRAQUÍN BECÚ al realizar su excelente estudio sobre los cabildos argentinos (*La organización política*, 315).

[10] GILISSEN, 59-65.

[11] GILISSEN, 66-68.

[12] Ibidem.

[13] *Leyes del Estilo*, 238.

[14] *Decretales* 1, 4, 11.

[15] *Espéculo* 1, 13.

[16] GARCÍA-GALLO, *Manual* 1, 386, 394 y 399.

[17] Otra ley del mismo Ordenamiento (ley 2, tít. XXVII) al abordar el espinoso asunto de si era posible adquirir por costumbre contra el rey la jurisdicción y justicia local, daba una solución moderada, pero se advertía la misma tónica favorable al predominio de la autoridad real.

[18] GARCÍA-GALLO, *Manual*, I, 399.

[19] Véase GILISSEN, 82-87.

[20] SÁNCHEZ AGESTA, *El concepto*, 34-46.

[21] Idem, 135-143.

[22] Véase el juicio al respecto de Costa, "Requisitos", 136. Un estudio de las ideas de Suárez sobre la costumbre en CASTRO PRIETO.

[23] *Part.* I, II.

[24] Idem. I, II, 4.

[25] Idem. I, II.

[26] Idem. I, II, 6.

[27] CASTILLO DE BOBADILLA, II, X, 25 y 39; y V, III, 51.

[28] Idem, III, VIII, 194-195.
[29] Idem, I, V, 9-10.
[30] Lib. I, cap. 17.
[31] Empresa XXI (I, 269-270).
[32] MANZANO MANZANO, *Historia de la Recopilaciones*, I, 6.
[33] GILISSEN, 82.
[34] Dice MARIO GÓNGORA que "se forma en Indias un Derecho consuetudinario nacido desde la misma época de conquista y asentamiento en cada provincia, y que debe haberse consolidado especialmente en aquellos países en que la justicia fue ejercida por más largo tiempo por gobernadores, alcaldes ordinarios y demás justicias vecinales" (230).
[35] GARCÍA-GALLO, "Problemas metodológicos". 23-24.
[36] LEVENE decía ya en 1924 que el Derecho consuetudinario en la América hispánica "constituye todo un cuerpo de derecho positivo, formado natural y espontáneamente a espaldas de la legislación que se dictaba" (*Introducción* 32). ALTAMIRA afirma, a su vez, que el área de materias cubierta por la costumbre jurídica en la colonización española se extiende a todas las ramas de la vida jurídica ("Estudio", 30-40, 239). Véase también GÓNGORA, 230.
[37] GARCÍA-GALLO dice que "la costumbre y el estilo judicial se extienden sobre todo por el campo del derecho privado, menos regulado por las leyes de Indias, y en el que el sistema vigente en Castilla ha de aplicarse en un medio radicalmente distinto". Con todo, considera que el derecho consuetudinario no ofrece diferencias esenciales con el legislado ("Problemas metodológicos" 51-52); ZORRAQUÍN BECÚ, a su vez, sostiene que aunque faltan estudios precisos, "en derecho privado la costumbre tuvo un vasto campo de aplicación..." (*Historia*, I, 230-232).
[38] *RI*, II, I, 1-3.
[39] Un planteo del problema desde el punto de vista jurídico, en GÓNGORA, 198-221. Especialmente sobre las ideas de Polo de Ondegardo, ver ídem., 213-216.
[40] MANZANO MANZANO, "Las leyes y costumbres", 65-71.
[41] *CI*, IV, 355. En el texto transcripto se ha utilizado la letra bastardilla para destacar algunas palabras. Lo mismo ocurre con las demás transcripciones del presente trabajo, salvo indicación en contrario.
[42] *RI*, II, I, 4.
[43] Idem, V, II, 22.
[44] Idem, II, XV, 83, que extracta varias disposiciones del siglo XVI.
[45] Así sobre la tributación al cacique (cédula de 18 de enero de 1552, estudiada por GÓNGORA, 217-218): sobre el modo de gobernarse y seguir sus pleitos (cédula dirigida al Perú el 23 de septiembre de 1580, (AGI, Indiferente, 417). La menciona RUBIO Y MORENO, 177.
[46] Expresa MANZANO que "las antiguas y justas leyes y costumbres indígenas se aplican, a falta de normas especiales recopiladas, antes que las leyes comunes castellanas de la Recopilación y las Partidas" ("Las leyes y costumbres...", 70).
[47] Una apreciación general de las costumbres indígenas en ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia*, I, 232-233. Ver también GÓNGORA, 230.
[48] ALTAMIRA, "Estudio"num. 35-36, 316-334.
[49] *R I*, I, IX, 1.
[50] *RI*, I, X, 9; III, II, 10.
[51] *RI*, I, VII, 50.
[52] *RI*, V, XIV, 10.
[53] *RI*, III, XV, 13, 22, 28, 43 y 53.
[54] *RI*, II, XV, 37. Véase también II, XVI, 34, en donde se disponía que los oídores por turno semestrales concurriesen a las almonedas de la Real Hacienda, salvo que hubiese "*costumbre* de que asista el oídor más moderno, que ésta se ha de guardar".
[55] *RI*. III, III, 5.
[56] *RI*. V, III, 19.
[57] *RI*. I, XVI, 13.
[58] *RI*. 1, XVI, 3. La misma orientación doctrinaria se advierte en V, VIII, 33.
[59] *RI*. I, XVI, 12.
[60] *RI*. II, II, 21.
[61] ALTAMIRA, "Estudio", 31, 162-163.
[62] SOLÓRZANO, *Política*, II, XV, 35, y VI, 14.
[63] LEÓN, Part. I, cap. 6, 19 y 20. Véase también Parte II cap. 11, 13 y 14. Es frecuente en LEÓN PINELO el empleo de la palabra "estilo", que alude a la manifestación consuetudinaria.
[64] GARCÍA-GALLO, *Manual*, I, 182.
[65] Véase ALTAMIRA, "La ley y la costumbre", 60.
[66] *Part.* I, II, 4; II, pr. y glosa. Sobre esto véase SUÁREZ, *Tratado*, lib. 7, cap. 1.
[67] CASTILLO DE BOBADILLA, II, X, 37.
[68] Sobre esto, ALTAMIRA, "Estudio", 33, 233-234, quien insinúa las dos hipótesis. Advierte que si bien en la legislación indiana se empleó con frecuencia la voz "costumbre", para designar al hecho consuetudinario, a veces bajo otras voces, como uso, usanza, estilo, forma, práctica, orden, manera, etc., se aludía al mismo (*idem*, 31, 144-147).
[69] Sobre estos requisitos, véase especialmente COSTA, "Requisitos", 133-210; y CASTRO PRIETO, 75-119. Un buen resumen en GARCÍA-GALLO, *Manual*, I, 183-184.
[70] *Part.* I, II, 5.
[71] Glosa a dicha ley.

[72] SUÁREZ, *Tratado*, lib. 7, cap. 11, núm. 2.
[73] LÓPEZ, glosa cit.; CASTILLO DE BOBADILLA, II, X, 40.
[74] HEVIA BOLAÑOS, *Curia Filípica* parte 1ª, § 8, núm. 18.
[75] *RI*. II, II, 21.
[76] LÓPEZ, glosa a *Part.* I, II, 5; SUÁREZ, *Tratado* lib. 8, cap. 10, número 3; CASTILLO DE BOBADILLA, II, X, 40.
[77] Véase esta cuestión en COSTA, "Requisitos". 163-164.
[78] LÓPEZ, glosa a *Part.* V, II, 1; SUÁREZ, *Tratado* lib. 7, cap. 15, número 1 a 8; CASTILLO DE BOBADILLA, considera mejor el "alvedrío de juez"; HEVIA BOLAÑOS insistía en los 10 y 20 años de las *Partidas*.
[79] COSTA, "Requisitos", 169-171.
[80] Véase *Part.* I, II, 2 y 5; glosa de LÓPEZ a la ley 2; SUÁREZ, *Tratado*, lib. 8, cap. 9, núm. 10; CASTILLO DE BOBADILLA, II, X, 42.
[81] *Part.* I, II, 6. También así lo entiende repetidas veces el legislador indiano.
[82] CASTILLO DE BOBADILLA, II, X, 34.
[83] *Part.* I, I, 12.
[84] Un estudio sobre estas ideas en CASTRO PRIETO, 75-84.
[85] Véase COSTA, "Requisitos" 140-161.
[86] *Part.* I, II, 5.
[87] LÓPEZ, glosa a *Part.* I, II, 1.
[88] LÓPEZ, glosa a P*art.* II, I, 3.
[89] LÓPEZ, glosa a *Part.* I, II, 5; *NRC*, IV, XV, 1; CASTILLO DE BOBADILLA, II, X, 43.
[90] LÓPEZ, glosa a *Part.* I, II, 3. Ver sobre este aspecto Costa, "Requisitos" 189-194.
[91] ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, 309-311. El capítulo cuarto de esta obra contiene un excelente estudio general sobre los cabildos argentinos, que utilizo en este punto. Sobre privilegios y costumbres de las ciudades castellanas, véase N R C, VII, IV, 1.
[92] *ABA*, 1ª, XIV, 92.
[93] ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, 313-314 y 319-326.
[94] *ABA*, 1ª, XV, 84.
[95] Memorial de don Bernardo Gayoso, Buenos Aires, 18 de octubre de 1675 (*ABA*, 1ª, XIV, 270).
[96] CASTILLO DE BOBADILLA, III, VIII, 18. En 1675 parecía ser bien conocida en Buenos Aires la obra de este autor (véase *ABA*, 1ª, XIV, 224-225).
[97] HEVIA BOLAÑOS, 1ª parte, § 1, núm. 7.
[98] CASTILLO DE BOBADILLA, III, VIII, 18 y 42. LÓPEZ, en la glosa a *Part.* I, II, 5 ya decía que "cuando una ciudad se gobierna por un cuerpo de municipales (decuriones), éstos representan al pueblo y pueden introducir *costumbre*...".
[99] Glosa a *Part.* I, II, 3.
[100] *AC*, IX, 148-149. En 1653 el cabildo de Buenos Aires se quejaba de los estorbos y presiones que le había provocado el gobernador Jacinto de Lariz "quitándole su libertad y amenazándolos" (*ABA*, 1ª, X 245-246).
[101] Memorial de GAYOSO, citado (*ABA*, 1ª, XIV, 277-278). El Cabildo en análogo sentido (*ib*. 92).
[102] ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, 331, 351, 355, 358.
[103] SALVAT MONGUILLOT, 104-106.
[104] *ABA*, 1ª, VI, 150.
[105] Véase, entre otros, *ABA*, 1ª, II, 261; *AMen*. I, 243, 431, 435; II, 45, 115, 210 y 225.
[106]. Véase entre otros, *AMen*. I, 433; II 120.
[107] *ABA*. 1ª, II, 261.
[108] *AC*, I, 304.
[109] Idem. VI, 82.
[110] Idem. IV 189-194. Otras invocaciones análogas en Idem. IV, 293; VI, 207-208; X, 249; *ABA*, 1ª, IX, 472; *ACo*, II, 398.
[111] *AC*, IX, 5-6.
[112] De un prolijo estudio de las fórmulas utilizadas he seleccionado las indicadas en el texto como las más representativas, pero cabe aclarar que las variantes utilizadas son numerosas. En algunos años y cabildos, escasean y aún faltan estas invocaciones, pero no he advertido en ello una generalidad que permita extraer conclusiones. Es frecuente que abandonada la fórmula en algún momento o año, luego se retoma en los siguientes cabildos.
[113] Ejemplos típicos en: *ABA* 1ª, IV, 336; V, 1, 11, 47, 54 y 70; *AMen*, II 343 y actas siguientes hasta p. 382; *ACo*, II 7, 460, 482, 487; III, 9 y ss., 196, 232 y 321.
[114] Véanse numerosas disposiciones de los siglos XVI y XVII, reunidas en la *RI*, IV, IX, 1 y 2.
[115] *ABA*, 1ª, I, 150. Otra referencia análoga en 45-46.
[116] *ASF*, 1.ª serie, II, 118; *ACo*, I, 455.
[117] *ABA*, 1ª, VIII, 271; XV, 89; *ACo*, II, 43 y 473; *ASF*, 2ª serie, I, 87-88.
[118] *ACo*, III, 85-86 y 95-102. En Santa Fe se planteó análoga cuestión y también se suplicó al gobernador, pero no se invocó la costumbre (*ASF*, 2ª serie, I, 16 y ss. y 87-88).
[119] *ACo*, III, 204-205 y 350-351.
[120] Idem, III, 431; IV, 15 y 20.
[121] *ABA*, 1ª XV, 89.
[122] *ABA*, 1ª XIV, 224-225.
[123] *ACo*, IV, 452, 453, 489, 514, 575, 584, 587, 588, 617, 620, 622, entre otras.
[124] CASTILLO DE BOBADILLA, III, VII, 14-15.
[125] *ABA*, 1ª, XII 285.

[126] CASTILLO DE BOBADILLA, III, VII, 27-28.

[127] *AMen*. II, 36-102 y 148. También X, 186, 229, 262 y 372.

[128] *ABA*, 1ª, II 160.

[129] Véase el desarrollo posterior de la cuestión en *ABA*, 1ª, II, 175, 310-311, 367; IV, 5-6.

[130] Véase *RI*, IV, X, 4. La disposición recopilada es de 1591.

[131] *AC*, I, 525-529 y 531; II, 326-337; IV, 189, 193, 195; VI, 77-80, 84-86; *ACo*, I, 371 y 450-451, y *ASF* 1ª serie, II, 128.

[132] *AC*, X, 156.

[133] *ABA*, 1ª, XI, 435-442. Otro caso sobre el lugar en el cabildo, esta vez del procurador general, resuelto según la costumbre en XII, 103.

[134] *ABA*, 1ª, XI, 456.

[135] *ABA*, 1ª, V, 40.

[136] *AC*, IX, 175.

[137] Véase *AC*, X, 315-316. Otra defensa de esta costumbre en *ASF*, 2ª serie, I, 59-60.

[138] Además de Buenos Aires (*ABA*, 1ª, V, 201; VI 265, 314, 430; IX, 275), también la costumbre en esta materia se invocaba en el cabildo santafesino (*ASF*, 2ª, serie, I, 255 y 296-297).

[139] *ABA*, 1ª, X, 345-346.

[140] *ABA*, 1ª, XIV, 110-114.

[141] *ABA*, 1ª, XVII, 48-52.

[142] *ABA*, 1ª, XVII, 23-26, 75-81 y 83-84.

[145] *ABA*, 1ª, XIV, 341-343.

[144] Véase *ABA*, 1ª, I, 155; VI, 142 y 338-341; VII, 279; IX 227; *AC*, I, 399, 524; II, 56; VI, 61-68, 219 y 228; VII, 43 y 44; IX, 231; X 618, 620; *AMen*, I, 91, 149, 150, 189-190, 231, 247, 264, 294-295, 409, 464 y 482; II, 19, 131, 181, 244, 329 y 370; *ACo*, I, 218, 231, 257, 266, 280, 322, 350-351, 383, 429, 488 y 515; II, 65, 172, 293, 479; III, 69; IV, 130; *ASF*, 1ª, serie, II, 37 y 202.

[145] *ASF*, 2ª, serie, I, 257-258.

[146] *ABA*, 1ª, II, 203; XVIII, 475.

[147] *ABA*, 1ª, VI, 91.

[148] *ABA*, 1ª, XV, 168-170.

[149] *CI*, II, 271. Incorporada a *RI*, V, III, 1. Véase sobre el punto *NRC*, VII, II, 2.

[150] Aunque, con motivo de la labor de investigación, he efectuado prolijas anotaciones sobre las repetidas invocaciones a la costumbre con sus variantes, no parece apropiado, dada su extensión, citarlas aquí. Sólo, pues, me limito a mencionar algunas típicas: *ABA*, 1ª, VII, 6 y 10; VIII, 154; X, 160; XI, 304; XV, 373; *AC*, I, 466, 550; II, 330; IV, 110; IX, 56; *AMen*, I, 64, 167, 183; II, 241; *ACo*, 381; II, 119; IV, 7; *ASF*, 1ª serie, I, 13; II, 149; 2ª serie, I, 199.

[151] *AC*, IX, 166; XI, 342-343; *ABA*, 1ª, XV, 249.

[152] Algunos ejemplos: *ABA*, 1ª V, 2; X 372; XI 68; XIII 218; *AC*, I, 534, 550; VI, 95; VII, 3 y 190; IX, 561, 452, 586, 686; X 50; XI 199 y 415. *AMen*, I, 183, 227, 369 y 477; *ASF*, 1ª serie, I, 199, 241 y 277. En Corrientes la disposición de realizar la elección, como en otras ciudades, el 1 de enero, se encuentra en el acta de fundación, de manera que en los primeros tiempos no se invoca la costumbre cuando de ello se trata. Pero la invocación aparece a partir de 1637 (*ACo*, I, 347, 391, 427). En 1588 el gobernador Juan Ramírez de Velazco pretendió alterar la costumbre de elegir los alcaldes y regidores el día de año nuevo, anticipando la fecha. El Cabildo de Córdoba lo consideró contrario a las ordenanzas y constituciones de la ciudad y al uso y costumbre y envió un procurador para que gestione la reposición del mandamiento "dado en contrario del dicho *uso y costumbre*..." (*AC*, II, 69-71) y realizó la elección en la fecha acostumbrada (idem.90).

[153] *AC*, X, 472, 473, 477 y 480.

[154] *AC*, IX, 168-169, 198 y ss.; X, 489-498. En 1656 se volvió a presentar la cuestión nuevamente en Córdoba, y tampoco tuvo dilucidación definitiva el aspecto sustancial. En esta oportunidad no apareció invocada la costumbre (idem., X, 458-459, 494, 512-513).

[155] La confirmación de las elecciones de alcaldes y regidores estaba a cargo de la autoridad real de la ciudad, ya fuera gobernador o teniente de gobernador. En 1589 se suscitó una cuestión en Córdoba, a raíz de que una vez efectuada la elección el teniente dijo que no podía regular los votos y confirmar la elección, pues al habérsele quitado esa atribución, las actuación debían remitirse al gobernador. El Cabildo insistió y le requirió al Teniente que "no innove el *uso y costumbre* que hasta ahora se ha tenido"; pero el Teniente, prefiriendo las buenas relaciones con su superior, le envió los votos y ya el 5 de enero –con una celeridad extraordinaria– obraba en Córdoba la confirmación del Gobernador, zanjándose así la controversia originada (*AC*, II, 91-93). En las elecciones sucesivas triunfó la posición asumida por el Cabildo: idem, II, 158 y 160, 332; VII, 67, 79, 111, 169; VIII, 4, 5, 43-44 y 66-70; X, 119.

[156] El uso y la costumbre se invocaba también en el acto de juramento de los nuevos alcaldes y regidores, no sólo en la forma de hacerlo, sino también en cuanto a su contenido, como los alcaldes y regidores mendocinos de 1609 que juraron "como de derecho le compete guardar sus antigüedades en el dar sus votos como es *uso y costumbre* en este Cabildo..." (*AMen*, X, 479-480).

[157] *AC*, I, 210-212.

[158] Idem., I, 256-361.

[159] Idem., I, 609-611. No conozco, si los hubo, los trámites y resoluciones posteriores.

[160] Idem., II, 259-262.

[161] Idem., II, 300. En 1613 se suspendió la designación de estos funcionarios (V, 284-285).

[162] Años después, en 1682, en el Cabildo de Tucumán se decía que era "*uso y costumbre* en todas las provincias y las más de las ciudades de ella que los alcaldes ordinarios que acaban de serlo son relectos a alcaldes de la santa hermandad". Tal costumbre, se agregaba, provenía de Castilla y se apoyaba en los abusos y agravios que cometían los que eran designados sin antes haberse desempeñado como alcaldes ordinarios (*AT*, I 172).

[163] *AC*, VIII, 43-44 y 46-47.

[164] Idem, IX, 452-460, 586-593; X, 556-558, 628-630 y 677-679; XI, 143, 200-201, 222-224, 295-297, 343-346, 377 y 416-418. Sobre la cuestión suscitada entre el alcalde provincial y los de hermandad véase también *ABA*, 1ª, X, 118 y 134-140, donde se transcribe la citada real cédula de 3 de octubre de 1643. También *ASF*, I, 81, 158-159, 200 y 277.

[165] *ACo*, XII, 427.

[166] *ABA*, 1ª V, 155. Ejemplos típicos de la invocación del uso y la costumbre en *ACo*, I, 300; II 122; III 242; IV, 587; *AMen*, I, 110, 188; II, 329; *AC*, IV, 166; *ABA*, 1ª, X, 122; XI, 71; XIV, 71

[167] Algunos ejemplos, además de la nota anterior: *AMen*, I, 111-112, 232, 240 y 346; *AC*, IX, 472 y 599; X, 233 y 499; *ABA*, 1ª, VII 477; XI, 71 y 309; XVII 339; *AT*, I, 301.

[168] *ABA*, 1ª, I, 302-311.

[169] Idem., I, 347.

[170] *AC*, VI, 97.

[171] *ABA*, 1ª, VII, 348.

[172] *ASF*, 1ª serie, II, 11. Las citas del texto son simplemente ejemplificativas.

[173] *AC*, IX, 606-607.

[174] *CI*, 3, 30.

[175] Incorporados, junto con la de 1535, a la *Recopilación* de 1680 y fundidas en la ley 13, tít. III, lib. IV. En esta ley, se disponía que el regidor más antiguo reemplazaba al alcalde donde no hubiere alférez real, "que deba gozar por su título precedencia de regidor más antiguo". No parece que esta situación se halla dado durante esta época en nuestros cabildos. Según ZORRAQUÍN BECÚ, "durante el siglo XVI y principios del XVII, los cabildos designaban anualmente al alférez, otorgando ese título a uno de los alcaldes y con mayor frecuencia al regidor de primer voto". (*La organización política*, 338). No parece muy difundida en estos cabildos, en el siglo XVII, la práctica de la venta de este oficio, por lo que continuó su elección a cargo de los cuerpos capitulares. En consecuencia no debió ser de aplicación la hipótesis prevista en la ley recopilada.

[176] Ver texto de la provisión en *ABA*, 1ª, VII 29-30.

[177] *AC*, I, 442-443; IV 171-179, y *ASF*, 1ª serie, I 144.

[178] Véase *ABA*, 1ª, VI, 328; *AC*, VI, 61-66, 324; VII, 146; *ACo*, I, 216-217; *ASF*, 1ª serie, I, 144.

[179] *ABA*, 1ª, VI, 104.

[180] Idem., VI, 456; VII, 204-205.

[181] Idem, IX, 364-365; X, 210.

[182] Véase ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, 340; y del mismo autor, *La organización judicial* 75-76.

[183] *ABA*, 1ª IX, 292; XIII, 429 y 460; *AC*, I, 559; VI, 125 y 176-177; IX, 10; *AMen*, I, 142, 189, 231, 263; II, 26, 94, 128 y 244; *ACo*, I, 165, 175, 182, 185, 201, 206, 212, 214, 215, 219, 228, 230, 239, 249, 271, 272, 352, 355, 356, 362, 385, 429; II, 396; IV, 135.

[184] *ABA*, 1ª XV, 297-299.

[185] Idem, XVIII, 390-393 y 395-398.

[186] ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, 350.

[187] Estas expresiones u otras análogas aparecen frecuentemente en los títulos de nombramiento. Véase como ejemplo, *ABA*, 1ª, I, 40 y 46; *AC*, VII, 29.

[188] *AMen*, II, 209, 224. Otros ejemplos en *ACo*, I, 343, 369, 397; II, 13, 307; III, 168; *ABA*, 1ª, I, 320.

[189] *AC*, I, 207-209. Véase también otros nombramientos de oficiales reales admitidos por el cabildo, uno eximiendo de fianza y otro exigiéndola (idem., I, 290-292 y 399-402).

[190] *ABA*, 1ª, VI, 35-36 y 39-40.

[191] Idem., VI, 432; I 231 y 257; *AC*, XI, 356, 358-360; *ASF*, 2ª serie, I, 86, 243 y 281.

[192] *ABA*, 1ª, IV, 232. Sobre lo ocurrido en años siguientes véase VI, 292, y VII 45. Otro caso de ingerencia gubernativa en XVI, 13.

[193] Idem., 1ª, XVIII 317; *ACo*, II, 289.

[194] Idem. 1ª, XVIII, 615.

[195] Idem., 1ª, XVI, 49; XVII 298; XVIII 26, 282, 449 y 615; *ACo*, II, 312, 449; III, 145, 237, 436-437 y 564: *ASF*, 2ª serie, I, 255.

[196] ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia*, I, 231; GARCÍA-GALLO, "Problemas metodológicos", 51.

[197] Véase ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, 362-366.

[198] TAPIA, 83.

[199] Una excepción es el cabildo abierto realizado en Santiago del Estero en 1579, donde los vecinos y moradores "se juntaron donde es *costumbre*" (*ASE*, I, 53).

[200] ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, 341.

[201] La Audiencia de Charcas, a pedido del Cabildo de Buenos aires, dispuso en 1640 que "el gobernador de Buenos Aires guarde la *costumbre* que se ha observado sin hacer molestia a los vecinos y en cuanto a la guarda de su casa no le tenga sino en el tiempo que haya enemigos" (véase *ABA*, 1ª, IX, 193-194).

[202] El Cabildo de Santa Fe, en 1595, dispuso arrendar la correduría "atento que no hay corredor en esta ciudad como es *uso y costumbre* en las demás..." (*ASF*, 1ª serie, II, 199-200). Sobre los derechos, *ABA*, 1ª, VII, 243.

[203] Se invocó la costumbre en 1671 en el cabildo bonaerense para sacar el tercio del remate de una partida de arroz y unos cajones de losa y repartirla entre los vecinos al costo. La Audiencia de Buenos Aires revocó la disposición capitular (*ABA*, 1ª, XIII, 296-298).

[204] Véase *AC*, I, 163-164.

[205] *ABA*, 1ª, I, 35.

[206] Se pedía y concedía la merced de tierras "con sus aguas, *usos y costumbres* cuantas tienen y le pertenecen y pudieran pertenecerle" (*AMen*, II, 347 y 351).

[207] Ejemplos típicos: *ABA*, 1ª, XI, 152 y 288; *ACo*, III, 97, 100, 101, 388; IV, 156; *AT*, I, 49.

[208] Véase MEDRANO, 119-130.

[209] Idem, 120-126.

[210] *ACo*, IV, 461; *AT*, I, 42-43.

[211] Ejemplos típicos: *ABA*, 1ª, IV, 368; V, 48; X, 402; XI, 14; XIII, 160, 447; *AC*, IX, 410; XI, 306. *ASF*, 2ª serie, I, 5, 103, 167 y 210; *AT*, I, 219-221.

[212] *AC*, XI, 97-98 y 370.

[213] Idem., XI, 352, y *AMen*, II, 77-78 y 95.

[214] Idem., IX, 412-414, 516 y 703; *ABA*,1ª, IX, 257.

[215] *ACo*, III, 67, 233, 376 y 414-416.

[216] *ABA*, 1ª, XVIII, 277.

[217] Idem., XVIII, 342 y 407.

[218] *AC*, VI, 19, 21-22.

[219] Idem., VII, 19-21, 45 y 54-57.

[220] *ACo*, III, 255, 371 y 372-373. Igual pedido en 1668 (IV, 86).

[221] Véase por ejemplo *ABA*, 1ª, XI, 248 y 331; XIII, 392, 395, 471-473; XIV, 37.

[222] Idem., 1ª, XIV, 58, 87-90, 92, 94 y 105.

[223] Sobre la invocación del uso y costumbre con relación a los ganados en Corrientes, véase *ACo*, I, 358 y 387 y ss; III, 19 y 285.

[224] Ya en 1665 el cabildo de Corrientes, ante análoga situación, había dispuesto la prohibición de vender el ganado a menos de cuatro reales "conforme a la *costumbre antigua*", estableciendo que quien quebrantase el precio perdería el ganado en beneficio de las obras públicas y además, sufriría un castigo ejemplar según arbitrio del juez (*ACo*, III, 438).

[225] La documentación sobre esta gestión en AGI, Charcas, 126.

El capitán Bergara, que ya en 1669 había viajado a Buenos Aires, solicita en 1675 nueva licencia, con una cláusula especial. Dado que "los gobernadores y otros ministros suelen obligar a comprar la corambre y frutos a las personas y precios que les parece" pedía que se despachase cédula "para que se puedan comprar las dichas corambres y frutos libremente de las personas y vecinos y a los precios que con las partes se concertase como es corriente en todos los Puertos de las Indias con los Navíos de registro". La Cámara de Indias concedió el 9 de septiembre la licencia con la cláusula solicitada.

[226] *ABA*, 1ª, XV, 66-73, 75-76, 91-92 y 94-96. El conflicto con el gobernador en 104-117 y 468; XVI, 17, y XVIII, 44-45.

[227] Idem, XVII, 165, 168 y 294.

[228] Idem, XVII, 372-373.

[22]. LEVILLIER, *Correspondencia*, III, 445-452. También 343-369.

[230] *AC*, IV, 12-17, 43 y 120. Otro caso en que se invoca la costumbre en el tráfico comercial, en II, 48.

[231] *AMen*, I, 293-294.

[232] Sobre derechos parroquiales, véase *ASF*, 1ª serie, II, 114, 139-141 y 198.

[233] Véase el caso planteado en Córdoba en 1589 (*AC*, II, 124-125).

[234] *ACo*, II, 385.

[235] Por ejemplo LÓPEZ, glosa a *Part.* I, XX, 1, y SOLÓRZANO, *Política*, IV, XXI, 2.

[236] *ABA*, 1ª, V, 222-223.

[237] SOLÓRZANO, *Política*, IV, XXI, 13.

[238] *ABA*, 1ª, VI 215-216. Un antecedente santafesino que se cita, *idem*, 218-224.

[239] *ABA*, 1ª, 308, 438, 429, 438; VII, 44.

[240] *ABA*, 1ª, VIII, 116-121 y 141.

[241] *AC*, II, 98-101. Sobre este mismo aspecto, véase las instrucciones dadas por el Cabildo al procurador enviado al Concilio en Santiago del Estero y al apoderado ante la Audiencia de Charcas (Idem., III, 34-36 y 110).

[242] Idem, II, 402-403.

[243] *ASF*, 1ª serie, II, 134.

[244] *ACo*, I, 338. Otras referencias en II, 321-322 y 514.

[245] *ABA*, 1ª, IV 437.

[246] Idem, 1ª, VI, 32.

[247] Idem, 1ª, VII, 151.

[248] *AC*, IX, 566.

[249] *ABA*, 1ª, IX, 283-284. Otras en IX, 350-351; X, 349.

[250] Idem, 1ª, VII, 121-122.

[251] Idem, 1ª, XI, 120; XV, 174-176; *AC*, VIII, 151 y 218; X, 86, 619; XI, 218.

[252] *AC*, VIII, 165-166.

[253] *ABA*, 1ª, XV, 130; XVIII, 289, 349, 461; *ACo*, II, 218; IV, 36.

[254] *ABA*, 1ª, X, 214.
[255] Idem., 1ª, XVIII, 251-252.
[256] Idem., 1ª, XV, 174-176.
[257] Remito para ampliar la cuestión a mi estudio "La costumbre jurídica" (III), VIII y IX.
[258] *AMen*, I, 144-145.
[259] *ASF*, 1ª serie, I 164-165; II, 11, 73-74, 105, 112-113 y 117-122.
[260] *ABA*, 1ª, III, 292.
[261] *AC*, VIII, 151 y 217-218.
[262] Idem, IX, 179.
[263] *AMen*, II, 304-306.
[264] *ABA*, 1ª, V, 40.
[265] *AC*, IX, 176; X, 315-316.
[266] *ASF*, 2ª serie, I, 59-60.
[267] Ejemplos típicos: *ABA*, 1ª, VIII, 117-120; X, 157; *AC*, III, 263; *AMen*, II, 219 y 335; *ACo*, III, 443-445.
[268] Véase, por ejemplo, *ABA*, XIV, 94.
[269] *ASF*, 2ª serie, I, 263-265. Otra certificación de costumbre en *AT*, I, 172.
[270] *ABA*, 1ª, VIII, 117-120.
[271] *AMen*, II, 351.
[272] *ABA*, 1ª, III, 292.
[273] *AC*, VII, 19-21 y 54-57.
[274] *ABA*, 1ª, XVIII, 147-149.

V

LA COSTUMBRE EN EL SIGLO XVIII
Doctrina Jurídica y Praxis Rioplatense a través de los Cabildos

Publicado en *Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1976, pp. 671-725.

Sumario: PRIMERA PARTE. I. FACTORES QUE INFLUYEN SOBRE LA COSTUMBRE DURANTE EL SIGLO XVIII. 1. La exaltación del poder real. 2. El centralismo político frente al particularismo indiano. 3. El racionalismo jurídico. 4. La difusión de cuerpos y textos legales. 5. La mentalidad de la naciente burocracia. 6. El crecimiento de las ciudades y la declinación de los cabildos. II. LA COSTUMBRE A TRAVÉS DE LA LITERATURA JURÍDICA. 1. Generalidades. 2. La exposición de Fernández de Mesa. 3. La crítica de Juan Francisco de Castro. 4. Otros autores y prácticos de la segunda mitad de la centuria. 5. Los comentaristas indianos. III. LA COSTUMBRE EN LA REALIDAD JURÍDICA INDIANA. 1. La fuerza de la costumbre. 2. La actitud del legislador y del funcionamiento real ante la costumbre. SEGUNDA PARTE. I. PODER POLÍTICO Y POTESTAD LEGISLATIVA DE LOS CABILDOS RIOPLATENSES. II. LA COSTUMBRE, REGULADORA DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS CABILDOS. 1. Las formas y el ceremonial: a) los acuerdos; b) asiento, voz y voto de los funcionarios; c) asistencia y participación en actos públicos; d) el estandarte real; e) protocolo con el virrey, el gobernador, el obispo y la audiencia. 2. La elección de los oficios. 3. El ejercicio de los oficios: a) facultades y uso de atributos; b) reemplazo del alcalde; c) el turno del fiel ejecutor. 4. Las funciones del cabildo. 5. Los cabildos abiertos. III. LA COSTUMBRE, REGULADORA DE LA VIDA URBANA Y RURAL. 1. El abasto de la ciudad. 2. Retribución del trabajo. 3. Tierras, ganados y fronteras. 4. Alcabalas y diezmos. Otras contribuciones y cargas. 5. Las fiestas religiosas, reales y populares. 6. La publicidad de las normas. IV. INTRODUCCIÓN, PRUEBA Y EXTINCIÓN DE LA COSTUMBRE. 1. Introducción y requisitos. 2. La prueba. 3. Vigencia, suspensión y extinción.

El presente trabajo ha sido concebido como una prolongación en el tiempo de otro anterior, expuesto en el III Congreso Internacional, reunido en Madrid en 1972, en el que abordé el tema con relación a los siglos XVI y XVIII[1]. Señalé entonces las características del asunto, la orientación bibliográfica básica, los problemas que encontraba el investigador, las limitaciones del enfoque, las fuentes consultadas y la forma de concebir mi propia tarea. Nada sustancial tengo que agregar a lo dicho entonces y me remito a esas páginas en cuanto resultan aplicables al período ahora estudiado. Sólo debo referirme brevemente a lo que es peculiar del nuevo siglo y de esta contribución.

Aunque la investigación, como la anterior, se hizo principalmente sobre las actas editadas de los cabildos que funcionaron en las regiones del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo, no se trata en rigor de una exacta continuación sobre las mismas fuentes capitulares, pues los cabildos examinados, salvo los de Buenos Aires y Santiago del Estero, no son los mismos que entonces[2]. La continuidad sustancial del tema sólo puede aplicarse pues a través del de Buenos Aires, sin duda el principal de todos y que a partir de la creación del Virreinato adquirió todavía mayor jerarquía. Pero es también interesante observar el funcionamiento de nuevos cabildos en ciudades y villas surgidas en el mismo siglo XVIII. El ejemplo más saliente es Montevideo.

El lapso que abarca este estudio se extiende hasta 1810, es decir hasta el fin del período hispánico en el Río de la Plata. Hay, sin duda, razones para señalar a ese año como límite del siglo anterior y mucho más para considerarlo como punto de partida de una profunda transformación de la organización política de los territorios americanos.

Pero también es necesario prevenir contra los cortes abruptos que no siempre son adecuados para la observación de fenómenos de más lenta concreción, como es en general todo lo jurídico, y en particular el tema en consideración. A veces se procura resaltar mas la discontinuidad que la continuidad y ello lleva a peligrosas deformaciones.

Análoga reflexión merece la separación que, por razones de estudio, he efectuado entre uno y otro trabajo. Si bien el siglo XVIII ofrece sus propias características, el sólo paso del umbral de la centuria no asegura la presencia de esos nuevos tonos. Estos mas bien se incubaron lentamente y cuando hablamos de los rasgos dominantes no queremos decir que necesariamente se extendieran a toda la centuria.

El esquema del trabajo sigue al anterior, aunque adaptado a los resultados de la nueva investigación. De ahí provienen los pocos cambios que se observarán. En la primera parte, introductoria propiamente dicha, aporto los elementos indispensables para la comprensión del tema. Se inicia con el análisis de los factores que influyeron sobre el desarrollo de la costumbre, continúa con el estudio de la doctrina jurídica del siglo acerca del tema, y concluye con un intento demostrar la realidad jurídica indiana a través de la fuerza que se le asignaba a la costumbre y la actitud del legislador y del funcionario ante ella. La segunda parte empieza con el estudio del poder político y la potestad legislativa de los cabildos. Sigue con el análisis de la norma consuetudinaria como reguladora del funcionamiento del cabildo y de la vida urbana y rural. Por último, vuelvo a tratar el tema del origen, vigencia y extinción de la costumbre.

PRIMERA PARTE

I. FACTORES QUE INFLUYEN SOBRE LA COSTUMBRE DURANTE EL SIGLO XVIII.

La decadencia que rápidamente experimentó la costumbre en el Derecho europeo entre los siglos XVI y XVIII[3], cobró en esta última centuria particular intensidad ante la acumulación de un conjunto de factores. Este esquema no es absolutamente válido para todos los territorios regidos por el Derecho de tradición romana, y en especial debe ser cautelosamente aplicado cuando se trata de las regiones en donde rigió el Derecho castellano-indiano. En efecto, mientras en el Viejo Mundo es posible advertir un largo período de decadencia de la costumbre, en las Indias, en cambio, durante igual período aquella se introdujo, tuvo su peculiar desarrollo y finalmente declinó. Se reproduce así en el campo del Derecho un fenómeno que también ha sido registrado en otras manifestaciones culturales, como las artes plásticas o la arquitectura[4], y que significa en suma un singular proceso de aceleración en la recepción y decaimiento de los rancios estilos europeos.

En otra oportunidad destaqué las especiales circunstancias que promovieron el desarrollo de la costumbre en el Nuevo Mundo durante los siglos XVI y XVII, tanto de parte del legislador como de las comunidades recién constituidas[5]. Ahora trataré de presentar los nuevos elementos que en el setecientos modificaron lentamente esa situación. En parte, aquellos eran los mismos que en Europa estrechaban el círculo de la costumbre, pero también se aprecia la influencia de otros factores propios del territorio americano. La conjunción de esos elementos se dio particularmente durante la segunda mitad de la centuria y no parece, por las conclusiones a que he llegado en este estudio, que hayan logrado obtener una completa victoria antes de la finalización del período analizado. La misma sólo se alcanzó en el siglo XIX.

1. La exaltación del poder real

La exaltación del poder real fue, como es sabido, el tema dominante en los escritos políticos de la segunda mitad del siglo. Para los ilustrados el incremento de las prerrogativas del rey era un instrumento destinado a llevar adelante el plan de reformas en que se hallaban empeñados. Todos o casi todos convenían, tanto por fundamentos históricos como racionales, en que el poder del rey provenía directamente de Dios y sólo a éste debía dar cuenta de sus actos, con prescindencia de la comunidad[6].

El ejercicio de la potestad legislativa –primera y antigua regalía de los príncipes– fue también objeto de preferente estudio por juristas y políticos. No es extraño que en un ambiente cargado de concesiones y halagos hacia el poder real, se sostuvieran doctrinas favorables al predominio absoluto de su voluntad, expresada en la ley, y contrarias a la participación de la comunidad, tanto en la elaboración de aquella como en la formación de la costumbre. Vamos algunas de ellas.

Ya en la primera mitad de la centuria, un jurista moderado como Tomás Fernández de Mesa se encargaba de demostrar históricamente que "la ley es un precepto del Príncipe", que sólo éste podía dictar, ya que el pueblo había aceptado con la larga sujeción y obediencia la transferencia de su originaria potestad legislativa a los reyes[7]. Y Alejandro Aguado, matizando la cuestión, sostenía que los vasallos enajenaron su potestad, aunque no la libertad personal[8].

Más explícita y categórica era la opinión de Juan Antonio Mujál y de Gibert en 1774, en pleno apogeo de la doctrina absolutista. Decía que en España, "reside en sus Reyes toda la potestad civil y legislativa, que la transfirieron los mismos pueblos". No obstante, más adelante afirmaba que aquellos recibían su potestad inmediatamente de Dios. De tal manera, venía a aceptar dos explicaciones diferentes acerca del origen del poder real, aunque ambas se encargaban de reforzar doctrinariamente al absolutismo. Ello lo llevaba a sostener que se debía obedecer pronto y ciegamente los preceptos sin buscar las razones ni preparar excusas para no hacerlo y agregaba estas sugestivas líneas: "La verdadera obediencia raciocina de este modo: El superior aquí y ahora lo manda así: luego aunque me parezca probable lo contrario, y que puede obedecerse, debo prácticamente así presumir del superior, que por reservados motivos, que yo no alcanzo o no llego a conocer, no sólo probable, sino evidentemente manda, y por consiguiente no ha de haber en mi tardanza ni duda, sino propensión y presteza en obedecer"[9].

Otras opiniones de juristas finiseculares muestran una misma dirección. Antonio Xavier Pérez y López subrayaba que el primer derecho del rey era "la potestad legislativa" y la principal obligación del vasallo la de "obedecer las leyes". Si bien éstas no podían ser opuestas a las leyes divina y natural, sugería Pérez y López que aun en este caso el súbdito tenía el deber de tolerancia "hasta perder la vida"[10]. No menos enérgica era la defensa del omnímodo poder real que realizaba el Conde de la Cañada. "Las leyes –decía– reciben todo su valor de la boca del soberano... Ningún influjo tiene en la ley por su esencia y por sus efectos la aceptación del pueblo". Agregaba que "la potestad de establecer leyes reside privativamente en el príncipe" y "los vasallos son notoriamente inferiores, y sólo les toca obedecer al soberano, mas no enmendar ni reformar sus establecimientos"[11].

Estas opiniones del último cuarto del XVIII estaban, por cierto, muy distantes de aquellas cautelosas tesis del XVI, de los sobrios consejos políticos a los príncipes del XVII y aun del moderado aumento de la potestad regia producido durante la primera mitad de la centuria.

2. El centralismo político frente al particularismo indiano

Es notorio que en las últimas décadas del XVIII, como resultado directo de las nuevas concepciones absolutistas y de la necesidad de aplicar las reformas preconizadas por la Ilustración, la Monarquía española marchó hacia el centralismo político. La nueva estructura en la Península –con el gabinete– y en las Indias –con las intendencias– persiguió esa finalidad. En la práctica gubernativa, los efectos, si bien favorecieron el progreso material de algunas ciudades y mejoraron la hacienda real, contribuyeron a preparar la crisis que condujo a su desintegración[12].

El deseo de uniformar el gobierno fue paralelo con el de uniformar la legislación, propósito que aunque no alcanzó a concretarse, conformó una actitud mental opuesta al particularismo jurídico indiano, dentro del cual había crecido la costumbre. No logró, sin embargo, sofocarlo y así ese particularismo, sensiblemente disminuido con relación al existente dos siglos atrás, aun seguía vigente en la Monarquía indiana a fines del período hispánico. La diversidad en los hombres, territorios e intereses, así como la dificultad de las comunicaciones obraron como recursos naturales para aminorar aquella tendencia centralizadora. Tal vez en la persistencia de este particularismo haya que buscar uno de los motivos por los que la costumbre mantuvo en buena medida su fuerza, pese a otros factores adversos.

3. El racionalismo jurídico

Durante la segunda mitad del siglo se manifestó la fuerza de un movimiento que consideraba al Derecho como una creación racional y generalizadora –por opuesto a lo tradicional y particular–, postulando la adopción de leyes orgánicas, precisas y claras. Abría de esta manera la senda que conduciría a la elaboración y sanción de los códigos modernos. Se pronunciaba contra la costumbre, considerándola propia de un momento superado de la evolución jurídica. Esta manera de pensar encontró rápido apoyo en los círculos de la Ilustración, a cuyos fines sirvió circunstancialmente[13].

El racionalismo ejerció una profunda y prolongada influencia sobre los juristas del sistema de tradición romana. Ese influjo fue más duradero que el de cualquier otra doctrina, pues sirvió para conformar una nueva actitud mental ante el Derecho. Llevó a los juristas a acentuar la idea de que la costumbre, antes que un elemento importante en la formación y desarrollo del Derecho, constituía un estorbo, y a lo sumo cabía tolerarlo. La costumbre, que no se enseñaba en las universidades, dejó también de ser tema especial de estudio entre los juristas, salvo cuando se la enjuiciaba, como lo hizo Juan Francisco de Castro[14]. De esta manera, al crecer la importancia del letrado como asesor y partícipe en las tareas de gobierno y justicia –lo que entre nosotros se produjo en las últimas décadas del XVIII– las soluciones fundadas en la costumbre fueron dejando paso a las basadas en preceptos legales.

4. La difusión de cuerpos y textos legales

El particularismo jurídico indiano se enfrentó desde fines del siglo XVII con la tendencia generalizadora que, en la teoría y en la práctica, representaba la Recopilación de 1680. En efecto, la sanción de este cuerpo legal significó dar alcance general para las Indias a normas que en su origen habían sido tan sólo expresión de un Derecho casuístico y local[15]. La Recopilación, así entendida y difundida en el nuevo clima dieciochesco, se convirtió, para letrados y funcionarios, en una guía segura para solucionar los problemas jurídicos que se planteaban. Corrigió a veces soluciones

anteriores que no se habían ajustado a esas pautas legales. Fue también utilizada como una manera de hallar cómoda y precisa respuesta a los interrogantes que se sucedían, en vez de recurrir a la búsqueda sutil de los precedentes consuetudinarios. Fue, en fin, la forma de obtener un criterio oficial, más fácil de invocar y hacer triunfar en un medio cada vez más renuente a recibir otras normas que las emanadas del poder real.

No hay que olvidar, empero, que las propias leyes recopiladas otorgaban amplio margen de desarrollo a la costumbre, como lo demostró Rafael Altamira en su recordado estudio sobre la materia[16]. Esta consagración legislativa sirvió indudablemente de apoyo a la norma consuetudinaria, tanto en determinadas materias como en su invocación general. De ahí que, al analizar este factor, haya que medir el influjo de la Recopilación de 1680 tanto en lo que representó como demostración de la fuerza legal como en el amparo que muchas veces concedió a la costumbre.

Los mandatos del rey durante el siglo XVIII fueron más frecuentes y de más fácil difusión a través de textos impresos que llegaban, en las últimas décadas de la centuria, a las más apartadas ciudades de la Monarquía. También la planificación ilustrada se preocupó por dictar disposiciones orgánicas, como la Ordenanza de Intendentes de 1782, que tuvo significativa influencia en el nuevo orden político-administrativo. Aunque en menor escala que la Recopilación, los textos legales dieciochescos no excluyeron del todo el recurso a la costumbre jurídica.

La Recopilación de 1680 no fue sólo el cuerpo legal más frecuentemente invocado en las actas capitulares examinadas, sino que durante buena parte del siglo fue el único existente en el archivo de algunos cabildos. A partir de 1784 empezó también a citarse repetidamente a la Real Ordenanza de Intendentes. Sensiblemente menor, en cambio, fue la mención de la Recopilación de Castilla y las Partidas[17].

5. La mentalidad de la naciente burocracia

Aunque tuvo un lento proceso de formación, la burocracia oficinesca se manifestó casi súbitamente en el Río de la Plata con la creación del Virreinato[18]. Se empezó a mostrar preocupación por el ordenamiento y clasificación de los papeles, por la plantilla de funcionarios y empleados, por la división de tareas administrativas, etc., configurándose desde entonces un estilo particular. Esta misma inquietud se exteriorizó en otros órdenes. Los cabildos empezaron a advertir la importancia que tenía para su buen funcionamiento el respaldo de una burocracia propia y un bien ordenado archivo. En el cabildo de Buenos Aires se fueron pergeñando entre 1771 y 1808 las bases de esta organización burocrática[19].

Sin embargo, la nueva mentalidad burocrática no demostró la preocupación por proteger las normas consuetudinarias. Una prueba de ello lo tenemos cuando en 1781 se proyectó minuciosamente la organización del archivo capitular bonaerense[20]. La tarea consistía en el ordenamiento de los papeles y leyes; la elaboración de índices de los decretos de la primera audiencia y de los acuerdos extraordinarios; lo relativo a la constitución e integración del cabildo; y, finalmente, una nómina de los gobernadores, tenientes generales, alcaldes y regidores que se habían sucedido. No había en este proyecto mención alguna a la necesidad de reunir las costumbres o formar índices de la misma, no obstante la importancia que esta fuente del Derecho aun tenía en la vida capitular. La flamante burocracia o quienes la promovían parecían así desdeñar todo aquello que no respondiera a las nuevas pautas de ordenación racional que a todos fascinaba. Este desacuerdo entre un mundo nutrido de tradiciones y otro atento a los dictados de la “suprema razón” es, como se sabe, uno de los signos distintivos de la época.

6. El crecimiento de las ciudades y la declinación de los cabildos

Un moderado crecimiento urbano durante la segunda mitad del XVIII –en algunas ciudades, como Buenos Aires, el aumento fue mayor– preparaba la explosión demográfica y la concentración urbana del XIX. Este factor fue adverso para el tipo de costumbre conocido entonces y que encontraba su base más sólida en la pequeña comunidad.

A su vez, los cabildos en representación de la ciudad, como hemos visto, se habían convertido durante los siglos anteriores en los órganos donde se introducía, exponía y defendía la costumbre[21]. No conozco que esta formulación doctrinaria haya sido modificada en la nueva centuria ni que hubiera disposición alguna que suprimiera, su antigua prerrogativa de crear costumbre en nombre del pueblo. Pero al disminuir durante este siglo su poder político y concretamente algunas de sus funciones –como lo veremos luego– la norma consuetudinaria sufrió también análogo menoscabo.

II. La Costumbre a Través de la Literatura Jurídica

1. Generalidades

La literatura jurídica dieciochesca ofreció interesantes aportes en el tema examinado. Se mantuvo sin variantes sustanciales la doctrina clásica, en cuanto a la mayoría de los requisitos exigidos[22]. No obstante, los autores del siglo profundizaron y revisaron algunos aspectos, y sobre todo muchos de ellos adoptaron una posición crítica frente a esta fuente del Derecho.

El ataque contra la costumbre apareció sólo con fuerza en la segunda mitad del XVIII. Mientras en la primera parte nos encontramos con quienes la exponían favorablemente, como Torrecilla y Fernández de Mesa, en cambio en la segunda mitad aparecieron los críticos encarnizados, como Juan Francisco de Castro, o al menos quienes se referían a la misma en términos desfavorables o restrictivos, tales como Berni, Manuel S. Martínez, Mujál, Elizondo, el Conde de la Cañada, Asso y de Manuel y Palacio y Hurtado. Unos y otros partían a veces de los mismos textos legales, pero por vía de interpretación llegaban a conclusiones diferentes.

El ataque se efectuaba, como veremos, desde diversos ángulos. Unos lo hacían exaltando el valor de la ley y atribuyendo al rey la plenitud de la potestad legislativa. Otros preferían penetrar en la propia naturaleza de la costumbre y demostrar que era irracional e incierta. Como resultado, en estas páginas doctrinarias quedaba sensiblemente disminuido el campo de vigencia de la costumbre. La sólida doctrina clásica, elaborada y mantenida durante varios siglos, empezó a desdibujarse.

Esta actitud de los juristas de la segunda mitad se explica ante los categóricos pronunciamientos doctrinarios y prácticos en favor del absolutismo político, propios de la Ilustración dominante en esos días. Sin embargo, esta fuerte presión tardó algún tiempo en llegar a los infinitos recodos de un orden jurídico tan antiguo como sólidamente construido. Sus efectos apenas se advirtieron al final del período estudiado y posiblemente con mayor claridad en una etapa histórica posterior.

Si nos atenemos a las citas que figuran en las actas capitulares rioplatenses, vemos que durante todo el siglo continuaron en vigencia las opiniones de consagrados juristas de anteriores centurias, como Bobadilla, Solórzano, Gregorio López, Azevedo, Paz, Molina, o la de difundidos prácticos, como Hevia Bolaños. Ello no sólo se revela por la mención de sus nombres u obras, sino que incluso está patente en la expresión ocasional de un regidor porteño, que en 1745 para dar término a una discusión capitular urgió a

buscar la ley en cuestión "en la de Indias, Curia Philipica, o Bobadilla o donde se hallase...", dando así la evidencia de la difusión y popularidad alcanzada por esas obras. En cambio, de los autores de la segunda mitad sólo he encontrado mencionada en la misma fuente, a la *Librería de Jueces* de Manuel Silvestre Martínez[23]. Es muy probable que no se trate de un fenómeno exclusivamente local, sino que sea general en el Nuevo Mundo.

De manera que nos encontramos, al menos en el área examinada, ante una evidente supervivencia de la doctrina clásica en materia de costumbre jurídica. Ello no es extraño si tenemos en cuenta que las influencias doctrinarias necesitan de un prudencial lapso de difusión y penetración, sobre todo cuando, como en este caso, el ataque se dirigía contra una sólida elaboración tradicional. Con esta salvedad, recorreremos las principales posturas sustentadas a lo largo del siglo.

2. La exposición de Fernández de Mesa

En las primeras décadas encontramos en Martín de Torrecilla a un singular defensor y expositor de la costumbre, al decirnos que ella "es la más viva ley que puede atenderse y la que debe prevalecer". Agregaba que su fuerza era tanta que "equivale a la verdad", hace de lo no lícito, lícito, deroga todo Derecho que no fuera natural o divino[24].

Pero, sin duda, quien expuso con más autoridad y profundidad el tema durante la primera mitad del siglo fue Tomás Manuel Fernández de Mesa. Partiendo de los textos legales vigentes y de la doctrina más caracterizada, realizó una interesante revisión de algunos puntos de vista anteriores. Distinguió así entre el uso y la costumbre, otorgando al primero una esfera propia de acción, haciendo notar sus diferencias con la norma consuetudinaria y señalando como sus dos principales especies a los "estilos" y las "observancias"[25].

Fernández de Mesa consideraba a la costumbre en igualdad frente a la ley. No sólo podía derogarla, sino que la proclamaba como "el modo más seguro de lograr su verdadera enmienda"[26].

En cuanto al requisito del consentimiento regio, exigido por la ley y doctrina clásica, Fernández de Mesa admitía por suficiente el tácito consenso, producido por el mero transcurso del plazo de la prescripción, es decir, diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Al no producirse en esos lapsos contradicción del príncipe, debía presumirse su voluntad favorable a la norma consuetudinaria[27].

Era ésta, en fin, la exposición doctrinaria más profunda y favorable al desarrollo de la costumbre que conozco en todo el siglo. Aunque no la he visto citada en nuestros cabildos, ofrece una conformidad esencial con los principios aplicados en el Río de la Plata a través de la centuria. Ello posiblemente se deba al común influjo de la doctrina clásica.

3. La crítica de Juan Francisco de Castro

Aunque no fue el primero en hacerlo, indudablemente merece tratamiento separado la extensa y severa censura que Juan Francisco de Castro hizo a la costumbre en sus *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes...*, obra publicada en 1765.

El autor, haciendo gala de una vigorosa concepción racionalista, partía de la necesidad de desterrar del campo de la jurisprudencia todo lo que provocase incertidumbre. Por cierto, uno de los blancos preferidos de su ataque era la costumbre. Consideraba que todos sus requisitos esenciales estaban plagados de incertidumbre, especialmente por la dificultad de la materia y por la multitud de opiniones y

controversias. Esta apreciación negativa la extendía también a la prueba e interpretación de la norma consuetudinaria, llevándolo a la siguiente conclusión: "No creo necesitemos pasar adelante para demostrar la tenebrosa incertidumbre en materia de *costumbre*, en la que tan lejos de hallar consuelo los litigantes experimentan frecuentemente mayores fatigas, siendo más útil a la república ceñirse a las leyes, frutos de los desvelos de nuestros sabios legisladores, que el vacilar por un derecho tan incierto y lleno de tantas variedades, como es el que se demuestra por *costumbre*. Por lo que, y prescindiendo de los usos inmemoriales que ya están aprobados por leyes del reino, parece que no obstante que apenas pueda pasar un gobierno sin razonables costumbres, y lo que en su favor cumuló el político Bobadilla, sería conveniente al sosiego público el desterrar absolutamente toda *costumbre* derogatoria de la ley"[28].

El segundo y último de sus *Discursos* en contra de la costumbre lo dedicó Castro a exponer cuatro ejemplos que "prácticamente –decía– demuestran las irracionalidades que con motivo de costumbre se introducen y se pretenden observar como leyes mezcladas entre espesas tinieblas de perplejidades"[29].

Como se advierte a través de esta breve exposición, estamos ante un enemigo decidido que luchaba formalmente contra la costumbre. Era un prototipo de jurista racionalista, que intentaba apartar del terreno de la elaboración jurídica todo aquello que no ofreciera la precisión y claridad de un perfecto texto legal, racionalmente dispuesto. Esto sólo lo encontraba en el supremo legislador ilustrado, tutor de la comunidad y monopolizador de la razón. De ahí que afirmara que al introducir costumbre el pueblo procedía o de mala fe, o por error, o por causas urgentes o que no se tuvieron en cuenta al darse la ley, pero aun en este último caso –sostenía– "es más conveniente al sosiego público consultar la suprema potestad para la determinación de lo que fuese más puesto en razón..."[30].

4. Otros autores y prácticos de la segunda mitad de la centuria

José Berni decía ya en 1759 que "la *costumbre* contra ley es abuso y en especial en este Reino por estar derogados usos, costumbres y fueros", apoyándose para ello en las antiguas normas de prelación legal de Alcalá y Toro. Sólo cuando la costumbre era inmemorial, vencía a la ley, agregaba citando la autoridad de Bobadilla. Con todo, aunque limitando el efecto de la costumbre *contra legem*, Berni daba lugar a la costumbre no opuesta a la ley del reino[31].

Un práctico muy difundido en la época, Manuel Silvestre Martínez, al definir el contenido de su *Librería de Jueces*... publicada en 1764, colocaba a la ley en lugar superior. Decía que era "la que ordena al hombre lo que debe hacer, o de lo que se debe privar, arreglándose a lo bueno, y separándose de lo malo, en toda clase de causas...". Sólo podía hacerla el rey o el Consejo en su nombre. La costumbre, en cambio, tenía vigencia únicamente cuando no fuera contra ley regia[32]. Pero aparte de establecer esta evidente desnivelación entre una y otra fuente del Derecho, Martínez introdujo una novedad en el ya mencionado requisito del consentimiento real. Según su interpretación, el mismo "no puede saberse sino es por posterior real resolución en que se declare". Es decir, que la costumbre necesitaba expresa confirmación legislativa para tener vigencia. Esta renovada manera de ver el tema se apoyaba sobre los mismos textos legales, principalmente los alfonsinos, que habían permitido durante siglos establecer pautas diferentes. Ahora, en cambio, al ser leídos esos textos por juristas propensos a exaltar el poder real, la menor concesión o giro favorable a sus nuevos puntos de vista era prontamente aprovechada. Así Martínez, por ejemplo, podía dar por equivalentes los

términos “no teniendo contradicción del Señor” con “no teniendo ley que se le oponga”, o como hemos visto, exigir el consentimiento del rey por medio de ley expresa[33].

Juan Antonio Mujál y de Gibert publicó en 1774 una obrita en la que definía categóricamente su posición al respecto: “Es mi intento hacer evidente que debemos pronta y ciega obediencia a las Leyes y Reales Decretos, sin depender de nosotros su aceptación, ni poder introducir *costumbre* en contrario, si el Príncipe no lo consiente, ni a nuestro arbitrio interpretar”. Es difícil encontrar otro párrafo, tan breve y terminante como éste, en que se resuma el estado de opinión de una época, dando por tierra con sólidas doctrinas de la potestad legislativa, las fuentes del Derecho y la interpretación jurídica. Hasta el empleo de mayúsculas en determinadas palabras tiene un indudable valor expresivo.

Ya conocemos la concluyente opinión de Mujál sobre la concentración de la potestad legislativa en el rey. El pueblo carecía de ella. Fuera justa o injusta la ley “nunca pende su aceptación del pueblo”. Agregaba: “Ni este es juez de la justicia o injusticia de las leyes, porque debe estar sujeto al Príncipe, y en su consecuencia no puede tener conocimiento sobre lo que él dispone. Al pueblo toca obedecer, lo demás a Dios, que es el único Superior del Emperador o Rey”. Demás está insistir, dentro de esta concepción, acerca del lugar reservado a la costumbre. Tampoco el autor abundaba en ello y sólo se limitaba a reiterar que “no pueden los súbditos sin consentimiento del Príncipe introducir *costumbre* contraria a la ley”[34]. Pero lo que sí interesa subrayar es el fuerte ataque dirigido precisamente a los fundamentos filosófico y jurídico de la norma consuetudinaria.

En esta actitud le acompañó dos décadas después el Conde de la Cañada: “Las leyes reciben todo su valor de la boca del soberano, y con la publicación llegan a los vasallos con la más eficaz obligación de ser obedecidas, guardadas y cumplidas. Ningún influjo tiene en la ley por su esencia y por sus efectos la aceptación del pueblo; pues ni la puede resistir, ni dejar de obedecer”.

Cuando se refería a nuestro tema, llegaba aún más lejos: “El *uso* del pueblo, aunque sea contrario a la disposición de la ley, no llega por sí a formar lo que se llama *costumbre*, ni ésta adquiere el valor de la ley por efecto del uso precedente por más largo que fuese, sino que necesita como de la parte más esencial y primitiva del consentimiento y voluntad del rey”. Agregaba que sólo servía “el *uso y costumbre* de los pueblos de un testimonio que llegando a noticia del soberano califica no ser útil ni conveniente la precedente ley que había establecido, y que faltándole el primitivo objeto del beneficio público se inclina y determina por su nativa voluntad y autoridad a derogar la ley, y a disponer que se observe y guarde como tal lo que por experiencia y uso de largo tiempo se considerara de mayor utilidad y conveniencia”[35]. Tan concluyentes afirmaciones eximen de todo comentario.

Joaquín María de Palacios y Hurtado seguía en 1803 al Conde de la Cañada en sus concluyentes juicios. Al ocuparse de los requisitos de la costumbre, sostenía la necesidad del consentimiento tácito o expreso del legislador, pero en caso que fuera tácita debía ser “igualmente cierta y notoria”. Y agregaba enseguida –con palabras calcadas de su guía– que los requisitos antes mencionados “no son más que un testimonio que llegando a noticia del Rey, lo inclina a disponer por su nativa voluntad y autoridad, que se observe lo que por experiencia y uso de largo tiempo se considera de mayor utilidad y conveniencia al pueblo”[36].

En fin, aunque en otros autores no se hallan juicios tan severos contra la costumbre, dominaba en ellos la idea del predominio de la ley y del poder regio, como lo revelaba la difundida *Práctica universal forense* de Elizondo[37], o las tan conocidas *Instituciones* de

Asso y de Manuel[38]. No obstante, aun la fuerza de la costumbre era reconocida en obras prácticas finiseculares, como el *Teatro de la Legislación* de Pérez y López[39].

5. Los comentaristas indianos

Al igual que los peninsulares, los comentaristas indianos de la segunda mitad del XVIII parecían más seguros guiándose por los carriles establecidos por las leyes. Para Lebrón y Cuervo "la ley es la fuente indiscutida del Derecho y la práctica judicial o la costumbre sólo tienen un valor muy limitado, de tal forma que teme apartarse de aquella"[40]. Lebrón cavilaba cuando se encontraba ante algún sustancioso caso de aplicación de la ley. Así al referirse a la ley recopilada que prohibía a los oidores, alcaldes y fiscales tener casas, chacras, estancias, huertas y tierras, acotaba: "están derogadas por la costumbre, porque muchos señores las tienen; si es por cédula particular, no se sabe; como tampoco alcanzo si valdrá esa *costumbre* contra la ley, contra las cédulas que mandan se observen las Leyes y contra el juramento que dan de guardarlas. Si algún señor Ministro tuviere escrúpulo, estudiará el punto; como también si podrá tener las estancias con respecto de su mujer, herencias o donaciones, por estar esto prohibido..."[41]. La perplejidad que lo dominaba y el abandono de la tarea de lograr la solución del caso es probablemente un síntoma del desinterés o temor por ahondar en estos conflictos entre ambas fuentes jurídicas.

Las notas de otros comentaristas Manuel José de Ayala, no parecen apartarse de este criterio de respeto a las leyes y de cercenamiento de la fuerza de la costumbre. En una de sus referencias al tema, al ocuparse de la posibilidad que la práctica derogase "alguna forma o solemnidad introducida por el derecho" decía que estaba permitido –y no aprobado– siempre que el príncipe tuviera de ello "ciencia y paciencia con actos positivos y notorios"[42].

III. La Costumbre en la Realidad Jurídica Indiana

La reunión de numerosos testimonios, extraídos de la realidad indiana, permiten formular algunas consideraciones generales sobre la fuerza de la costumbre y la actitud que ante ella observó tanto el legislador como el funcionario real. Ellas carecen de valor absoluto o mérito doctrinario, pues han sido pronunciadas en disímiles ocasiones, y en rigor no pueden ser sometidas a una confrontación sin tener en cuenta las modalidades que encierran cada uno de los casos. Pero aun reunidas no dejan de ser ilustrativas para acercarnos a la comprensión de tan dificultoso tema. Esto es, por supuesto, lo único que me propongo.

1. La fuerza de la costumbre

En primer lugar, veamos a través de algunos singulares expresiones el lugar alcanzado por la costumbre y la fuerza que se le atribuía. En 1773 el cabildo de Buenos Aires se quejaba al rey aludiendo a la "mal entendida máxima de que la *costumbre* prevalece a toda ley"[43]; en 1790, el gobernador intendente de Potosí afirmaba, en torno a cuestiones mineras, que "se creía generalmente de mayor valor el *uso* que el Derecho"[44]; y por esos mismos años, en otro confín del continente, el obispo de Panamá admitía que se gobernaba casi todo en su esfera por costumbre[45].

La costumbre, mencionada entre las fuentes probables de donde emanaba el Derecho[46], era considerada como la ley misma. La costumbre de la ciudad era "ley inviolable"[47], estaba por encima de la ley general[48], y se procuraba mantenerla con

independencia de la de otras ciudades[49]. Aún a principios del ochocientos unos comerciantes porteños que peticionaban al rey decían que aquella era "tan sagrada, tan digna de respeto y observancia como lo es la misma voluntad del legislador"[50].

Prevalecía la costumbre contraria a una ley, recopilada o no[51]. Con más razón, si la ley era de la Recopilación castellana[52], o si la costumbre fuera antigua[53] o inmemorial[54], o "en beneficio de pueblo y común utilidad de la república"[55], o resolviese una cuestión de diezmos[56], precedencia[57] o ceremonial[58]. Sin embargo, no faltaba quien sostuviera que la costumbre carecía de fuerza si la ley la prohibía, convirtiéndose entonces en corruptela[59]. También se recordaba que el propio legislador indiano recomendaba repetidamente el respeto de la costumbre de los pueblos[60]. Es más, se sostenía que el no uso o la inobservancia de la ley le hacía perder sus efectos[61].

Era también frecuente mencionar la costumbre en comunión con la ley. A veces aparecía como "*costumbre* de observancia", "*costumbre* encargada por ley", o arreglada a la misma[62]. Muchas veces se indicaba que determinada situación era regulada por ley y costumbre[63]. Esta dualidad fue hábilmente expuesta por un funcionario capitular en 1767 al decir que en "nada se quiere separar de lo que es *costumbre*, y está establecido por leyes y ordenanzas"[64].

2. La actitud del legislador y del funcionario real ante la costumbre

El legislador indiano del ochocientos se mantuvo renuente a ubicar la costumbre entre las fuentes del Derecho, cuando hacía referencia general al ordenamiento jurídico[65]. A su vez, los funcionarios reales al entrar en posesión de sus empleos, no juraban expresamente respetar ni defender la costumbre[66]. Hubo además algunas disposiciones reales tendientes a acentuar la primacía de la ley, como la real cédula del 13 de diciembre de 1721 dirigida a la audiencia de México en la que ordenaba observar literalmente las leyes[67], o como la advertencia del Consejo de Indias al Virrey novohispano en 1742 para que "se observen inviolablemente las leyes del Reino sin embargo de cualquier *práctica*, *uso* o *costumbre* que se haya introducido o intentado introducir por los Virreyes u otros Ministros"[68].

Pese a ello y a que el Derecho indiano dieciochesco se nos presenta básicamente como un ordenamiento legislativo, se percibe en el legislador una actitud complaciente hacia la costumbre, aceptándola en la práctica como fuente del Derecho, con carácter principal o secundario, según los casos y materias. De esta manera se aplicaba un criterio que estaba consagrada en la propia Recopilación de 1680[69]. Veamos ahora distintos perfiles en donde la costumbre aparecía reconocida como tal.

La norma consuetudinaria fue utilizada muchas veces como fundamento de una decisión gubernativa o de la audiencia. Así el alto tribunal de Charcas en 1727 sustentaba en la misma algunas normas del arancel de costas en los oficios de justicia[70]. Los gobernadores lo hacían a su vez, frecuentemente para resolver cuestiones que se les planteaban sobre diversas materias, como las elecciones capitulares[71], la confirmación de los electos[72], las prerrogativas del alguacil mayor[73], el orden de los asientos capitulares[74], el paseo del estandarte real[75], el asiento de los funcionarios en la iglesia[76], y la determinación de quien debía desempeñar un oficio[77].

Es más, también se daba el caso de gobernadores que defendían la vigencia de una costumbre frente al propio cabildo. En 1771 el gobernador de Montevideo anulaba un acuerdo capitular por no haberse respetado "la anticuada *costumbre*" de hacer a caballo el paseo del estandarte real[78]; y en la misma ciudad en 1795 el gobernador Olaguer Feliu rechazó el pedido del Cabildo de abolir la práctica de dejar las varas antes de entrar en

la Sala del Fuerte, diciendo que "de ningún modo podía variar una *costumbre no interrumpida en la práctica* de esta ceremonia..."[79].

En determinadas oportunidades el funcionario real se apoyaba en la costumbre para defender sus prerrogativas o atribuciones. Así en lo relativo al uso de la vara de justicia y jurisdicción por el teniente general de Montevideo[80], al asiento del gobernador y oficiales reales en la iglesia[81] o a la atribución del gobernador de armas de Montevideo para otorgar licencias para abrir pulperías[82]. Servía asimismo para impugnar la pretensión de la diputación capitular de llevar escribano en la entrevista con el gobernador[83]. El caso más ilustrativo fue el ocurrido en Buenos Aires en 1792, cuando el virrey Arredondo, en el momento en que la diputación del ayuntamiento le presentaba el libro de acuerdos para obtener la confirmación de las elecciones concejiles, se quejó que "estando en *costumbre* que antes de las elecciones pasase el Cabildo a verbo y preguntarle que quienes quería que se eligiesen de alcaldes y regidores no se había hecho este año faltándosele en esto a la atención y respeto que le corresponde". El regidor Martín de Alzaga contestó que "estaba mal informado, que tal *costumbre* no la había", a lo que replicó Arredondo que "la *costumbre* era cierta y que lo mismo se observaba en Cuba, aunque no había ley que lo dispusiese"[84]. No se trataba, como a primera vista puede suponerse, de una mera cuestión de cortesía, sino propiamente del ejercicio de una prerrogativa que el Virrey consideraba pertenecerle por costumbre.

En otros casos, y siguiendo las ya referidas pautas de la Recopilación de 1680, el legislador indiano en todos sus niveles y el funcionario real dispusieron que la costumbre regulase determinadas situaciones. Sirvan de ejemplo las disposiciones regias acerca de estos asuntos: el tratamiento que debía darse a determinados funcionarios[85], la fianza a prestar por el gobernador ante el cabildo[86], la facultad del gobernador para designar lugarteniente[87], la presidencia de los cabildos en ausencia de los intendentes, corregidores y tenientes[88], el ceremonial de funciones religiosas[89], la sucesión de los cacicazgos indígenas[90], la elección de alcaldes y demás oficios capitulares en los pueblos cabeceras de indios[91]. A su vez, por disposición gubernativa se dejaba a la costumbre la regulación de las prerrogativas de un funcionario al momento de nombrarlo[92], la determinación de las funciones públicas a las que debían concurrir los capitulares[93], o la misma posibilidad de elegir alcaldes de agua[94]. Por último, cabe señalar que la audiencia de Charcas en 1727, al sancionar el arancel de costas, dejaba a la costumbre de la ciudad o provincia la regulación de algunos derechos[95]; y la de Buenos Aires, en fallo judicial, aceptaba que la costumbre del lugar determinara la obligación o no de otorgar dote[96].

Puédese, por último, señalar en el mismo sentido la preocupación que evidenciaban el legislador o el funcionario por conocer una determinada costumbre. Fueron varios los casos en los que el rey, el gobernador o la audiencia pedían al cabildo les informara sobre la misma antes de adoptar una decisión[97].

En suma, la impresión que se recoge a través de lo expuesto es que la costumbre en Indias seguía constituyendo para el legislador o el funcionario real un necesario elemento formativo del Derecho, al menos desde el área estudiada.

SEGUNDA PARTE

I. PODER POLÍTICO Y POTESTAD LEGISLATIVA DE LOS CABILDOS RIOPLATENSES

El poder político de los cabildos, y también su potestad legislativa, empezó a ser menoscabada ya en el siglo XVII e incluso hay testimonios que reflejan la declinación de aquellos en las últimas décadas de esa centuria[98]. Pero fue en el XVIII cuando se

profundizaron los ataques, que afectaron su poder y llegaron a desconocer o minimizar su tradicional potestad legislativa.

Buen ejemplo de ello lo encontramos en la evolución del cabildo de Buenos Aires, el más importante de los rioplatenses, que a partir del último cuarto del siglo alcanzó mayor jerarquía con la creación del Virreinato. Desde entonces se debatió en permanente lucha con los nuevos órganos superiores de la burocracia: virrey, intendente y audiencia. Es cierto que esta evolución tuvo sus altibajos y también que otros cabildos no sufrieron tan de cerca la presión de la nueva burocracia virreinal, pero los gobernadores, intendentes y sus delegados asumieron, por instrucciones expresas o por iniciativa propia, una actitud superior ante los ayuntamientos. Si muchas veces hubo una estrecha y respetuosa vinculación entre ambas autoridades, lo cierto es que también hubo amargas quejas contra el despotismo de los gobernadores. Ello tanto ocurrió en la época de éstos, como luego bajo el régimen de las intendencias.

Ya desde principios de la centuria vemos cómo se imponía la autoridad del gobernador frente al cabildo bonaerense. Esa impresión se hacía, a veces, sometiendo a los capitulares a humillaciones y desaires, que dejaban al descubierto una lucha cruel por el poder político. Uno de los más autoritarios gobernadores rioplatenses fue por entonces Alonso Juan de Valdés, quien impuso resoluciones al Cabildo, anuló acuerdos y pretendió que las actas originales y los libros capitulares fueran llevados a su despacho, desconociendo leyes que lo prohibían. Haciendo uso discrecional del poder, Valdés apelaba ante la Audiencia las resoluciones que le eran desfavorables, pero impedía hacerlo al Cabildo cuando éste se sentía afectado[99]. Otro de los gobernadores del Río de la Plata que se destacó por su prepotencia frente al cabildo de Buenos Aires fue Francisco de Bucareli, llegando a tanto que en 1770, en su pertinaz deseo de imponer su pretensión, se negó a recibir del Cabildo testimonio ni diputación hasta que aquella no fuese satisfecha[100].

El gobernador paulatinamente fue abandonando no sólo la presidencia efectiva del Cabildo, sino que hasta parecía sentirse disminuido en concurrir a sus acuerdos. El Cabildo era así un organismo subalterno, que no merecía la atención del gobernador, ocupando en otras tareas más importantes, revestidas de cierto misterio. Este distanciamiento entre una y otra autoridad constituía el efecto local de una separación cada vez más pronunciada entre el Monarca, “el Amo”, y la comunidad, “sus obedientes Vasallos”.

La creación de las intendencias significó un nuevo y rudo golpe, dicho esto sin juzgar las bondades del nuevo sistema, que no es lo que aquí interesa destacar[101]. Las finanzas de los ayuntamientos –en verdad, algunas muy magras– quedaron a merced de los nuevos funcionarios. Los cabildos debían consultar todo con el intendente. Inclusive, se les quitaron atribuciones que le eran tan privativas como la relativa a “la traza y composición de la ciudad[102]. El progreso material de los centros urbanos, preconizado por la Ilustración, tenía nuevos ejecutores.

Es cierto que en muchos casos los cabildos no sólo aceptaron la nueva situación sino que colaboraron estrechamente con el intendente y gracias a ello se incrementó su actividad algo disminuida, crecieron sus ingresos, y contribuyeron al progreso material de la ciudad[103]. Pero ello se alcanzó no por propia gravitación de su poder político sino como resultado de las nuevas condiciones que se vieron obligados a aceptar.

Algunas veces los capitulares reaccionaron al advertir que eran cercenadas las atribuciones del cabildo. Lo hicieron, por ejemplo, los de Buenos Aires en 1790 cuando el nuevo virrey les manifestaba que “no había necesidad” de que él prestase ante el ayuntamiento el juramento que habían hecho sus antecesores y que constituía una de las más antiguas y preciadas prerrogativas del cuerpo. Bastaba, a juicio del Virrey, el que

ya había prestado ante la Audiencia[104]. Si esto afectaba a la función y al carácter mismo del ayuntamiento, otras actitudes atañían al decoro, como el desaire público que dos años después tuvo el Virrey con el Cabildo al darle vuelta la cara al concurrir los capitulares a cumplimentarlo en el tradicional "besamanos". Ante ello, la queja era amarga. Decía el cuerpo que sus miembros "no cuentan con otro premio, ni recompensa que los bochornos y públicos desaires que frecuentemente experimentan, negándosele a este cuerpo en los actos más serios las exenciones y prerrogativas con que le ha decorado la Real Piedad"[105].

Junto a esta tendencia despótica de la autoridad real se había desarrollado a lo largo del siglo entre los capitulares bonaerenses una actitud complaciente, mezcla de temor y resignación, que dejaba obrar a ese supremo poder, aceptaba en silencio sus decisiones e incluso le sometía a su consideración asuntos privativos del cuerpo. Ya en 1723 el alférez real José González Marín decía que los capitulares estaban obligados "como tales leales vasallos de S.M. darle cumplimiento a sus reales leyes en cualquier tiempo, estado o coyuntura sin arbitrar sobre ellas pues no son Legisladores sino Vasallos obedientes..."[106].

En la segunda mitad del siglo esta sumisión se acentuó, a tono con los días que corrían. En 1778 el procurador general, con la aprobación del cabildo bonaerense, decía que el ayuntamiento promovería el más puntual cumplimiento de las reales determinaciones "empeñando por prenda de su fidelidad las vidas, haciendas, riquezas y cuantos bienes posee que desde luego considera propios de S.M. por la traslación que en él hicieron los pueblos al mismo tiempo de la división de los reinos de aquel dominio radical que antiguamente residía en la universidad de las gentes"[107]. Dos años después el Cabildo claudicante sometía a decisión del Virrey un asunto privativo del cuerpo, el orden de los asientos de los regidores. Le pedía que determinase lo que "tenga por más conveniente sobre el particular, mediante a que todos los individuos que componen este Cabildo no desean otra cosa que obedecer su Superior Decreto..."[108].

En la primera década del XIX los cabildos recobraron algo de su valor y sobre todo cundió el ejemplo que el de Buenos Aires dio en los duros años 1806 y 1807, al producirse las invasiones británicas[109]. Sin embargo, desde el punto de vista del ejercicio de la potestad legislativa esa reacción no fue firme ni prolongada. Así poco después de aquellos sucesos, el cabildo de Buenos Aires expresaba al Virrey que nunca "tendrá mayor gloria y satisfacción que cuando vea en su exacta rigurosa observancia el Código legislativo, y que cuente por seguro que como siempre no discrepará un ápice en guardar y cumplir las leyes que nos rigen y gobiernan..."[110]. Al año siguiente, 1809, un nuevo episodio permite conocer el estado de la cuestión al final del período estudiado. Esta vez era el Virrey quien hacía saber al recién constituido ayuntamiento que la celebración de los acuerdos debía hacerse conforme con lo dispuesto en "las Leyes y Ordenanzas de la materia", que luego se le debía presentar las actas originales y que "de ningún modo proceda a la ejecución de lo que acordase sin precedente aprobación del gobierno". El Cabildo anonadado por esta determinación que redondamente lo sometía, solicitó la suspensión de la resolución "hasta que con mejores conocimientos se pueda representar lo conducente a los derechos, prerrogativas, *usos y costumbres* de este Cabildo". La tajante respuesta del Virrey no se hizo esperar: que se cumpliese lo dispuesto "sin embargo de cualesquiera *usos y costumbres* que hayan en contrario". El Cabildo acordó diferir el delicado asunto para otra sesión, pero no he hallado constancias posteriores de su tratamiento[111]. El terminante mandato virreinal, la balbuceante respuesta capitular, y luego el silencio observado, expresan con elocuencia el fin de un pleito secular: el triunfo de la autoridad real y la ley sobre el Cabildo y la norma consuetudinaria.

Ya en la primera década del nuevo siglo se apreciaba en el cabildo de Buenos Aires –no en otros ayuntamientos– una rápida declinación de la invocación de la costumbre, al punto que en el segundo lustro resultaba muy escasa su mención en las actas capitulares. También fueron desapareciendo aquellas expresiones, antiguamente acuñadas, como "forma acostumbrada" o "juramento acostumbrado". La redacción de los acuerdos apareció modernizada y en pocos años el viejo estilo, tan propenso a las remisiones consuetudinarias, experimentó un apreciable cambio.

Se observa pues en este momento –concretamente la primera década del XIX– una situación sumamente desfavorable para la vigencia de la costumbre. Si a todos los factores que en forma creciente habían obrado durante la centuria que terminaba, se sumaba el abatimiento mismo que experimentó la potestad legislativa de los cabildos y dentro de ella la fuerza de la costumbre, tenemos dadas las condiciones que explican la crisis de esta fuente del derecho durante el siglo XIX[112].

II. La Costumbre Reguladora del Funcionamiento de los Cabildos

1. Las formas y el ceremonial

a) Los acuerdos

Durante el siglo XVIII se mantuvo en los cabildos la práctica de encabezar las actas con una invocación consuetudinaria, que hacía referencia genérica a la forma y ceremonial que rodeaba la celebración de cada reunión[112]. Aunque existieron múltiples formas para expresar tal regulación, pueden señalarse como más representativas las que aludían a la citación diciendo que se congregaban "como lo hemos [o habemos] de *uso y costumbre"*, "como lo habemos de *costumbre* o "según *uso y costumbre*". Pero en realidad, eran tantas las variantes existentes para expresar lo mismo que en el cabildo de Montevideo, por ejemplo, he registrado en 1781 el empleo de nueve fórmulas distintas, y en 1809, hasta quince.

En el cabildo de Buenos Aires, durante la primera mitad de la centuria predominó una fórmula que invocaba el "*uso y estilo*". En la segunda parte del siglo empezó a esfumarse ésta y otras invocaciones y ya desde 1771 se suprimió toda mención consuetudinaria en el encabezamiento de las actas. Pese a que en los restantes cabildos estudiados la invocación continuaba aun al fin del período hispánico, es muy significativo que la misma se abandonase definitivamente en el más importante de los ayuntamientos.

Es probable que el sentido de la fórmula se extendiera al modo de proponer, conferir y resolver en los acuerdos. Así decía el cabildo bonaerense en 1707 que en esta materia había observado "*el estilo, método y forma* que ha seguido desde tiempo inmemorial"[113].

Los cabildos se mostraban celosos en mantener el lugar de reunión en su propia sede. Cuando en 1740 el Comandante de la Plaza de Montevideo pretendía congregar en su despacho oficial al casi flamante Cabildo de la ciudad para proponerle un asunto, recibió como respuesta de los capitulares que juntos lo esperaban "en la sala que habían *acostumbrado* y elegido para todo el año", y cuando aquel insistió en su pretensión se le replicó que no era "*costumbre* celebrarse Cabildo en el Fuerte"[114].

La mención consuetudinaria aparecía también en lo relativo a la convocatoria del cuerpo capitular. Tanto para determinar a quien correspondía hacerlo[115], como a la forma de notificar a regidores[116] y gobernadores la realización de la reunión[117]. Asimismo se invocaba la costumbre en ocasión de la lectura anual de las Ordenanzas del cabildo[118].

b) Asiento, voz y voto de los funcionarios

La costumbre fue invocada en varios casos que se suscitaron respecto al derecho y ubicación de los asientos capitulares. Así en lo referente al orden de sentarse los regidores[119], el alguacil mayor[120], y el alcalde mayor provincial de la Santa Hermandad, como también sobre el derecho del protector de naturales a ocupar un asiento en el ayuntamiento[121].

El problema más interesante se planteó en 1741 al recibir el cabildo de Santiago del Estero al alcalde mayor provincial de la Santa Hermandad, ya que en el título se le daba "el asiento y lugar que según *costumbre* por razón de dicho empleo le pertenece, sin innovación alguna...". El nuevo funcionario pretendía un tratamiento preferente sobre los regidores propietarios más antiguos, presentando para apoyar su petición una provisión de la audiencia de Charcas relacionada con un asunto análogo planteado en Salta. Los regidores se opusieron alegando que esa provisión había sido dictada de acuerdo con la "*inmemorial costumbre*" salteña "cuyo fundamento –agregaba– no corre ni se practica en esta, pues consta en todos los libros de este ayuntamiento haberse guardado siempre desde la fundación *la costumbre inmemorial* de que en todos los oficios sólo ha preferido la antigüedad de ellos, y no otro privilegio alguno para cuyo efecto hacen manifestación de todos los dichos libros así corriente como antiguos". Aunque el Cabildo dispuso que "se guardase *la costumbre practicada* sin innovación alguna", lo que se acomodaba a la doctrina imperante en la época, el funcionario afectado apeló ante el gobernador y éste dictó un auto transaccional que no satisfizo a los regidores[122].

c) Asistencia y participación en actos públicos

La costumbre regulaba la asistencia y participación del cabildo en cuerpo o de algunos de sus integrantes en determinadas funciones religiosas o civiles. Así se determinaba cuáles eran esas funciones[123], la forma de vestir[124] y el ceremonial que debía observarse[125]. Tratándose de funciones religiosas merece recordarse la importancia que alcanzaba la norma consuetudinaria en lo referente a la recepción del cabildo a su llegada a la iglesia[126], su ubicación o asiento en el interior del templo[127], la ceremonia de arrodillarse al rezarse y cantarse el *incarnatus* del Credo[128], y el acto de recibir la paz.

Hay entre ellas dos cuestiones que merecen tratamiento especial por la significación que alcanzaron y por haber girado todo el problema en torno de la costumbre. Me refiero a la ceremonia de publicación de la bula de la Santa Cruzada y al acto de recibir la paz.

El primero de estos asuntos suscitó en varias ocasiones pequeños roces con el comisario de la Santa Cruzada y el cabildo manifestó siempre su propósito de ajustarse a la costumbre existente[129]. Pero el episodio que ahora veremos ofrece características singulares dada la posición asumida por el cabildo de Buenos Aires. Se trata, es cierto, de una pequeña disputa acerca del ceremonial que abarcó el último medio siglo del período hispánico. Sin embargo, en la oportunidad estaban en juego las prerrogativas y poder de las partes en disputa.

En efecto, el comisario subdelegado general de la Santa Cruzada pretendía que el ayuntamiento asistiera no sólo el día de la publicación de la bula, sino también a los actos de la víspera, llamando para ello en su favor a la costumbre de la ciudad. El Cabildo en cambio, declaraba atenerse literalmente al texto de la ley –Recopilación de Indias, I, XX, 8–, que ordenaba asistir sólo el día de la publicación[130].

Planteada de esta manera la cuestión entre una costumbre local y una ley general, era preciso conocer la existencia cierta de aquella. El Comisario –tiempo después– la describía así: "Hacemos saber que en esta Ciudad ha sido *inmemorial costumbre* en el

recibimiento y acompañamiento de la Santa Bula de Cruzada, cuando su paseo se hacía a caballo, que ese Ilustre Ayuntamiento fuese a casa del tesorero diocesano (de donde salía la Bula) y la acompañasen la víspera de la publicación hasta la Iglesia del Seráfico Padre San Francisco en que quedaba depositada, y allí se despedía el acompañamiento hasta el día siguiente que volvían todos a la misma Iglesia para adorarla y traerla procesionalmente a la Catedral que es el lugar diputado de su publicación". Después agregaba, por la poca concurrencia a caballo, el paseo se hizo a pie, y más tarde ante nuevos inconvenientes se disimuló la concurrencia del Cabildo a la víspera, quedando sólo su asistencia a la publicación "como últimamente se ha *practicado*"[131].

En cambio, el Cabildo después de negar lacónicamente tal costumbre y de alegar que el Comisario se hallaba "muy mal informado", se aferraba tercamente a la mencionada disposición real. Es indudable que los capitulares preferían soslayar el tema, seguramente porque tenían conciencia de la debilidad de su posición[132]. Así cuando en 1764 el rey solicitó una información justificativa de la costumbre que en su auxilio había traído el Comisario, los capitulares, luego de examinar los antecedentes que poseían, instruyeron al apoderado en Madrid para que no moviera el asunto hasta nuevo aviso, con el evidente propósito de hacer dormir el expediente[133].

En los años siguientes, al celebrarse nuevas ceremonias, ambas partes reiteraban sus posiciones: el Comisario pretendiendo que el Cabildo cumpliese la costumbre alegada y el ayuntamiento rechazando el requerimiento, negando tal costumbre y ajustándose a la ley. Sólo concurría al acto de publicación de la bula[134]. Pero en 1778 el Cabildo cambió de estrategia y empezó a alegar en esta contienda no sólo a las leyes reales –la citada y otras cédulas posteriores– sino también a la costumbre del último decenio, para lo cual dispuso hacer una información[135]. Es extraña ciertamente la conducta del Cabildo al intentar introducir en su apoyo en calidad de costumbre, a la práctica observada durante el lapso en que el asunto estaba en litigio. Aunque esta pertinaz actitud del Cabildo se mantuvo algún tiempo más[136], fue finalmente derrotado. Ante disposiciones reales[137] –en las que intervinieron sucesivamente el rey, el virrey y la audiencia– se vio obligado a asistir también al recibimiento de la bula, lo que aún en 1810 hacia "bajo las protestas anteriormente hechas y que ahora se reiteran"[138].

El interés del caso reside en advertir el papel central que desempeñaba la costumbre en este conflicto, en las posibilidades de vencer que tenía frente a la ley general, en cómo el mismo Cabildo apercibido de su débil situación jurídica procuraba primero silenciar el asunto y luego introducir una seudo costumbre a su favor, incubada durante esos años litigiosos, y finalmente en cómo se resolvió el pleito.

El segundo de los casos anunciados se refiere al acto de dar la paz al cabildo por parte del oficiante de la ceremonia religiosa. Sobre este particular se produjeron en Buenos Aires durante el último tercio de la centuria largas y enojosas rencillas entre el ayuntamiento y la autoridad eclesiástica, en las que la costumbre afloraba continuamente como el fundamento jurídico básico.

En 1795 el Cabildo se quejó porque en las últimas funciones religiosas a las que había asistido en cuerpo, en concurrencia con el Obispo y el Cabildo Eclesiástico, se había faltado en su perjuicio al "*común estilo y anticuadísima práctica* de dar la paz a un propio tiempo a uno y otro cuerpo..." Se trataba –decía– de una "pacífica, honrosa y plausible *costumbre*", observada en todas las ciudades del Reino. La cuestión provocó una seria discrepancia con el Obispo –a quien se le culpaba de haber alterado la costumbre–. Al aunarse criterios para arribar a un entendimiento, la norma consuetudinaria aparecía como reguladora natural del ceremonial propuesto[139]. Finalmente, el asunto fue sometido al rey y resuelto por real cédula de 8 de agosto de

1770, en la que se aprecia un interesante pronunciamiento sobre la costumbre en distintos puntos del ceremonial, mandando observar unas y modificando otras[140].

La solución dada por el rey no satisfizo al Cabildo, por haber quedado disminuido en su figuración, al disponerse que la paz le fuese dada por acólitos y no por sacerdotes. Aunque por el momento disimuló su malestar, al crearse el virreinato rioplatense, volvió a abogar por la prerrogativa perdida "así por competerle en virtud de la posesión que de ella obtuvo por tiempo inmemorial, como por que a ella le hacía acreedor la *universal costumbre* que se ha observado y observa en todos los reinos de América...". Consideraba el ayuntamiento que con la erección del virreinato, habían cesado los efectos de la real cédula de 1770 y el nuevo rango exigía otro ceremonial conforme a la elevada jerarquía alcanzada con esa creación. Apoyaba su pretensión en "la *costumbre introducida y observada*" en las demás capitales virreinales[141].

Tras algunos años de bonanza volvió a agitarse la cuestión a raíz de que en la función del santo patrono, San Martín, correspondiente a 1789, el Cabildo no recibió la paz. Los capitulares promovieron nueva instancia ante el Virrey, acogiéndose a la costumbre y proclamando su celo para que "no se le defrauden sus fueros, ni se alteren las *costumbres legítimamente introducidas*...". A pedido del Virrey, se preparó una información sobre la costumbre existente en Buenos Aires y se solicitó certificación de la que se observaba en Lima. El Virrey remitió el asunto en consulta al rey y éste por cédula de 23 de noviembre de 1790 lo resolvió de modo desfavorable para el Cabildo, suprimiéndole su prerrogativa. El Cabildo, al suplicar la ley, volvió a hacer hincapié en el derecho que tenía adquirido por "*la costumbre* de más de diez años" y por la ilegitimidad del despojo que se le había hecho al alterar la costumbre de dar la paz[142]. No parece que este recurso se haya llevado adelante: el Cabildo se resignaba con su derrota.

Transcurrió una década sin que volviera a surgir la cuestión, hasta que al empezar el nuevo siglo, en 1801, el alcalde de primer voto planteó la conveniencia de pedir al rey "por gracia y privilegio el goce de recibir la paz" en las funciones religiosas, aun con presencia del Virrey y la Audiencia, lo que precisamente había sido suprimido en 1790. Decía entonces el alcalde que la petición se hiciera "sin insistir en *la posesión* en que estuvo desde el establecimiento de la Real Audiencia, hasta el referido año de noventa sin hacer mérito de aquellas ocurrencias...". El Cabildo aprobó la idea, y poco después por real cédula de 22 de marzo de 1802 se otorgó al ayuntamiento porteño, entre otras gracias, la de recibir la paz, aun en presencia del Virrey y la Audiencia, en los mismos términos que se ejecutaba en Lima[143].

Lo que tan vigorosamente había reclamado el Cabildo, en defensa de sus prerrogativas, convenía ahora silenciar para obtener el favor del rey. Lo que no se había logrado invocando la costumbre probada, se obtenía ahora, pero por gracia del rey. Un claro síntoma de los nuevos tiempos: declinación del vigor de la costumbre y del poder capitular, aumento del favor real.

d) El estandarte real

Durante este siglo la costumbre continuó regulando la materia: el juramento que prestaba el alferez real[144], la entrega y depósito del pendón[145], el paseo que se hacía con el mismo por las calles de la ciudad en la fiesta del Patrono[146], y el reemplazo del alferez real en caso de ausencia[147]. De manera particular, la norma consuetudinaria aparecía en lo referente al paseo del estandarte, la forma de hacerlo –a caballo o a pie[148]–, el lugar desde donde se sacaba[149], el acompañamento y ceremonial correspondiente[150], las calles que recorría[151], y el pago de los gastos[152].

Es cierto que esta extensa regulación consuetudinaria se desarrolló al calor de la ley recopilada –III, XV, 56–, que recogía la costumbre y abría campo para su desenvolvimiento, pero también se advierte que a veces predominaba una solución contraria al precepto legal. Así al producirse en Montevideo en 1791 un enfrentamiento entre el cabildo y el gobernador Antonio Olaguer Feliu acerca del lugar que correspondía a éste en el acompañamiento del pendón, triunfó la posición capitular, fundada en la costumbre y opuesta a la ley[153].

e) Protocolo con el virrey, el gobernador, el obispo y la audiencia

La costumbre regulaba las cuestiones protocolares del cabildo atinentes a: recepción de nuevos virreyes, gobernadores, intendentes y obispos[154]; cumplimiento a virreyes y gobernadores en "las funciones reales de plácemes, pésames y besamanos"[155]; tratamiento con autoridades y órganos reales[156]; y ceremonial con la audiencia. De los casos registrados, dos, acaecidos en Buenos Aires, merecen especial atención. En 1792, al suscitarse un conflicto protocolar entre el virrey y el cabildo, éste desairado e invocando la costumbre planteó la cuestión al mismo virrey y al perderla, la llevó a la resolución regia, con pleno éxito[157]. El otro, ocurrido en 1790, tuvo por contrincantes a la audiencia y al cabildo. El regente Mata Linares pretendía que el cabildo acompañase a la audiencia al ir y volver de cumplimentar al virrey en los días de besamanos, y como el ayuntamiento accedió a ello en dos oportunidades, parecía deducirse de esta actitud la introducción de una costumbre, que el cabildo negó vehementemente. También en esta ocasión triunfó el cuerpo capitular[158].

2. La elección de los oficios

La costumbre era invocada en los diversos actos jurídicos que rodeaban la elección de alcaldes ordinarios, de santa hermandad y demás oficios capitulares. En primer lugar, se la mencionaba en oportunidad de los acuerdos que se solían efectuar para "la calificación de votos" de los capitulares[159] y para "conferenciar" acerca de los candidatos a ocupar los cargos concejiles[160]. Incluso, el propio virrey Arredondo –como vimos– llegó a fundar en la costumbre su pretendido derecho a sugerir los nombres de los futuros cabildantes[161].

La invocación consuetudinaria era frecuentemente utilizada para designar el día y la forma de la elección[162]. A veces aparecía sola, en otras ocasiones estaba acompañada de referencias a las leyes y ordenanzas. También se elaboraron fórmulas en las que la costumbre tenía menos relevancia, como la empleada en el cabildo de Buenos Aires a partir de 1789: las elecciones –se decía– "que por ordenanza han de *costumbre*"[163].

Estaba tan arraigada la norma consuetudinaria que cuando circunstancias especiales obligaban a cubrir los cargos vacantes con nuevas elecciones fuera de aquel día, los cabildos se mostraban reacios a ello. Así al menos ocurrió en Montevideo en 1757[164] y en Buenos Aires en 1786. En esta última ocasión el Cabildo representó al gobernador-intendente –quien había dispuesto la nueva elección–, expresándole que "la *costumbre* que se ha observado siempre, sin que se haya visto novedad" era precisamente la de no practicar la elección sino designar un reemplazante interino entre los mismos capitulares. Agregaba que aunque este criterio no estaba expresamente apoyado en las leyes del reino, no debía olvidarse que éstas recomendaban "en varios títulos y en semejantes asuntos, se esté y mire a *la costumbre de los Pueblos*"[165].

Las elecciones capitulares eran confirmadas por las autoridades políticas superiores: el gobernador y sus tenientes, y más tarde, el virrey y los intendentes[166]. A medida que

aumentó el poder de los ayuntamientos, aumentó el arbitrio de la autoridad real en esta materia y se llegó hasta desconocer el resultado de la elección capitular. El cabildo invocó la costumbre en algunas oportunidades, ya para defender el resultado de la elección[167], ya para dar posesión de sus cargos a los electores sin esperar la confirmación gubernativa[168]. o en fin para señalar la forma de tramitar la confirmación[169].

La regulación consuetudinaria también estuvo presente en lo relativo al acto de recepción[170] y posesión del cargo de los electos[171], determinando el día y la hora de su realización[172], la forma del juramento[173] y ante quién debían prestarlo[174].

Este tema permite abordar una interesante confrontación entre la ley y la costumbre, a través de la aplicación que tuvo el precepto contenido en la ley 13, tít. XI, lib. IV de la Recopilación de Indias[175]. Dicha ley establecía la prohibición de reelegir a los capitulares en sus cargos u otros oficios de cabildo hasta que no hubiera transcurrido determinado tiempo. Una vez cumplido el plazo, agregaba, podían ser nuevamente electos "conforme a *la orden y costumbre* que hubiese en cada Ciudad, Villa o Lugar". Es decir, que de acuerdo a una interpretación literal de su texto la norma prohibitiva no admitía excepción alguna, y sólo la costumbre entraba en juego cuando hubieran transcurrido los plazos que se señalaban. Veamos cómo se la aplicó e interpretó durante el siglo XVIII.

En 1716 se impugnó en el cabildo de Buenos Aires la elección de alcalde de primer voto recaída en un regidor saliente, precisamente por considerarla contraria a dicha ley. La impugnación fue rechazada por los demás capitulares aduciendo que en la provincia y en todo el reino era práctica sin contradicción que los capitulares pudieran ser elegidos alcaldes. El gobernador, presente en el acto, aprobó la elección, desechando la impugnación deducida en razón de "*la costumbre ejecutoriada* que hay de que los Cabildos así de esta Provincia, de la del Paraguay, y demás reinos elijan por Alcaldes a los capitulares, lo cual está aprobado por los antecesores de su Señoría y confirmado por los Señores Presidente y Oidores de la Real Audiencia de La Plata"[176].

Sin embargo, al suscitarse nuevamente la cuestión en 1754, 1755 y 1757, se hizo presente que esta costumbre inmemorial había quedado derogada por una provisión de la Audiencia, la que por entonces se hallaba en trámite de suplicación fundándose el recurso planteado en la existencia de aquella costumbre. Aunque en esas oportunidades se manifestó la necesidad de defender "*la anticuada posesión y costumbre*", no parece que ello se haya concretado[177].

En 1768 se planteó también, en el cabildo de Santiago del Estero, la aplicación de esta ley. Conforme a su texto, se impugnó la elección de uno de los vocales sufragantes por haber ya ejercido esa función el año anterior. Se le contestó que el hecho objeto de la impugnación había estado "en *práctica*". El justicia mayor hizo entonces traer el libro de la Recopilación y luego sostuvo que "en dicha ley halló estar dispuesto que embargante de lo arriba dicho que siendo *práctica* de las dichas ciudades, villas o lugares le parece no ser este obstáculo para privarlo de su voto, respecto que hace catorce años que estar Su Señoría avecindado y no ha sido *practicar esta ley*", agregando que no habiendo profesor de derecho, estimaba que correspondía aprobar la elección y confirmar a los vocales elegidos entre tanto la Audiencia no dispusiera otra cosa[178].

También se planteó en Buenos Aires la aplicación de esta ley con respecto a la elección del procurador general. En 1770, al ser elegido para dicho cargo uno de los regidores salientes, el alcalde de primer voto sostuvo que ello iba contra la referida ley. El de segundo voto y otros regidores desestimaron la impugnación, sosteniendo que dicha ley admitía la existencia de la costumbre local y que precisamente lo que se había observado en Buenos Aires era nombrar para procurador a los alcaldes o regidores salientes. El gobernador no confirmó la elección por contrariar la ley y los capitulares

suplicaron la providencia alegando tener "a su favor *la costumbre*". Meses después, el nuevo gobernador Vértiz admitió que el candidato elegido era hábil para desempeñar el cargo por concurrir en él las calidades exigidas por las leyes "o *la antigua costumbre de este Pueblo*"[179]. Cuando en 1779 ocurrió un caso análogo, el alcalde de primer voto dio su parecer favorable al candidato señalando que la susodicha ley mandaba respetar la costumbre de la ciudad y ésta era la de elegir para procuradores a los alcaldes o regidores salientes. El virrey confirmó esta elección[180].

En suma, a través de los casos analizados puede advertirse como esa ley indiana era aplicada de una manera que evidentemente no concordaba con su texto literal. En efecto, ya fuese en virtud de la mayor fuerza que se le asignaba a la costumbre local o a la general del reino, o en base a una interpretación más amplia, escudada en la remisión consuetudinaria indicada por la ley, lo cierto es que el precepto legislativo aparecía disminuido frente a la costumbre. Y en esto coincidían tanto el cabildo como las autoridades reales.

3. El ejercicio de los oficios

a) Facultades y uso de atributos

La costumbre era invocada para determinar facultades de los alcaldes ordinarios, como dictar el "bando de buen gobierno"[181], otorgar las licencias a pulperías[182], dirigir la obra de la cárcel y casas capitulares[183], y atender la cobranza de la alcabala[184].

Asimismo se la invocó para fundar determinadas situaciones: la atribución del fiel ejecutor para tasar los abastos de víveres y moliendas[185], las facultades y honores del abogado del cabildo[186], la ayuda de las costas al procurador general y al escribano del ayuntamiento[187], las licencias de los capitulares[188], el uso de la vara o bastón como atributo del cargo[189], la forma de designar y actuar la diputación del cabildo[190].

También la costumbre fue el eje en la controversia suscitada acerca de si los capitulares podían entrar con espada a la sala del ayuntamiento. Una ley indiana –Recopilación, III, IX, 6– decía que no lo podían hacer salvo a quien tocara por oficio o tuviera preeminencia especial. Planteada así la exigencia legal en el cabildo de Buenos Aires en 1725, se resolvió que "de ninguna manera se innove y que *se guarde la costumbre*"[191]. Cuatro años después se presentó una real provisión en aquel mismo sentido y el Cabildo dispuso suplicarla en atención a "*la inmemorial costumbre* establecida en que la ciudad ha estado y está en posesión"[192].

En cuanto a la administración de justicia se recurrió a la costumbre –a veces conjuntamente con la ley– en varias cuestiones para: distinguir la jurisdicción de los alcaldes ordinarios de la del alcalde provincial[193]; extender las atribuciones del alguacil mayor cuando saliese de la ciudad[194]; defender la justicia ordinaria frente a la pretensión de los jefes militares de la frontera de despachar por sí asuntos de justicia[195]; reivindicar el derecho del alcalde de segundo voto a conocer en las causas de menores[196]; y determinar lo relativo al oficio de defensor de menores y pobres[197].

b) Reemplazo del alcalde

La costumbre fue invocada para establecer el reemplazante del alcalde de primer voto en caso de ausencia o imposibilidad de ejercer sus funciones[198]. También cuando hubo que depositar la vara del alcalde de segundo voto[199].

c) El turno del fiel ejecutor

También se recurrió a la costumbre para determinar el turno de cuatro meses, rotativo entre los regidores, para ejercer la vara del fiel ejecutor[200]. Cuando faltaba el capitular a quien correspondía el turno, recaía en el siguiente. Sin embargo, la Audiencia dispuso que en este caso la vara se depositase en el regidor decano. Ello provocó opiniones divergentes en el cabildo de Buenos Aires, donde en 1751 se propuso que "se *guarde la costumbre* que ha habido hasta el presente por parecer más conforme a la tranquilidad de los individuos de este Cabildo". Sin embargo, la Audiencia mantuvo su anterior decisión[201].

Un interesante caso se planteó en Montevideo en 1799 cuando el regidor decano alferez real sostuvo que el turno para atender las cuestiones de abasto debía empezar por él y no por otro, de acuerdo con la preeminencia que le acordaba la ley –posiblemente la ley 4, tít. X, lib. IV de la Recopilación de Indias–. Así resolvió el Cabildo. Pero unas sesiones después se presentó el electo regidor fiel ejecutor y antes de tomar posesión del cargo pidió que se declarase nulo lo actuado pues se había alterado "*la antigua práctica y costumbre*, que ella sola tiene fuerza de expresa ley y más en materias de precedencias como la presente". Las razones expuestas impresionaron en tal grado al alcalde de primer voto que modificó su anterior dictamen "bien impuesto –decía– de la poderosa fuerza que tiene *la costumbre* mayormente cuando esta es inveterada sin justa contradicción, como sucede en el presente caso". No sólo le dio la razón al regidor fiel ejecutor, sino que sostuvo que debía tenerse al anterior acuerdo por carente de valor "como opuesto que es a *la costumbre* que debe prevalecer...". Lo mismo opinaron los demás capitulares. En consecuencia se le recibió a aquel en el ejercicio de la vara "según *la antigua costumbre*[202]. Aunque posteriormente el regidor decano afectado protestó ante lo ocurrido, sostuvo la vigencia de la ley que le daba preferencia y recurrió de la resolución, durante los años siguientes la práctica revela que prevaleció aquel criterio de raíz consuetudinaria[203].

4. Las funciones del cabildo

Reúno bajo este título algunos testimonios vinculados a esa actividad capitular, pero la consideración del tema no puede separarse totalmente de otros aspectos que, para un mejor ordenamiento, veremos en el próximo apartado.

La recepción, juramento y fianza ante el cabildo de los funcionarios reales que llegaban a la ciudad para ejercer su oficio constituía una de las principales funciones capitulares. Lo era tanto por el significado que revestía el acto de reconocimiento de la nueva autoridad, como por la publicidad del acto y el registro del despacho. En tal sentido, se encuentran frecuentes referencias consuetudinarias, expresadas en las fórmulas "el juramento *acostumbrado*" o "las fianzas *acostumbradas*", utilizadas en todo el siglo, sin apreciables diferencias[204].

La costumbre regulaba lo relativo a las visitas de tiendas y pulperías, que se practicaban periódicamente: su objeto[205], quienes la realizaban[206], la periodicidad[207], y los derechos que correspondía percibir[208]. Este último asunto dio lugar a algunos casos de interés. Así en 1775 unos comerciantes presentaron al cabildo de Santiago del Estero un despacho del virrey del Perú, expedido a solicitud de sus colegas de Moquegua (Perú) en donde se establecía que no se pagase más de un peso de derecho en las visitas de tiendas. Pretendían los comerciantes santiagueños que esa misma disposición se aplicara

en su ciudad. El Cabildo rechazó el pedido sosteniendo que el mencionado despacho virreinal no "habla ni con este Cabildo ni con ninguna Ciudad de esta Provincia", y que por lo tanto debía guardarse "*la costumbre de la ciudad como ley inviolable*", percibiéndose "los derechos *acostumbrados*"[209]. A su vez en 1788 el alferez real de Montevideo abogó por la supresión de los derechos que percibían los fieles ejecutores en las visitas particulares a las pulperías y la rebaja de los correspondientes a la visita anual. El asunto provocó un largo debate, resolviéndose requerir asesoramiento letrado a dos abogados de Buenos Aires. Estos dictaminaron que "debía seguirse *la costumbre y práctica* establecida hasta ahora en esta ciudad y su jurisdicción". Y así lo dispuso el ayuntamiento[210].

También hubo invocaciones a la costumbre en lo referente al libramiento de fondos y aprobación de cuentas de los propios[211]. En 1724 registramos otro caso de oposición a la aplicación de una ley indiana, fundado en la costumbre. En efecto, el teniente general en lo político de las provincias rioplatenses dispuso que se observase y guardase puntualmente la ley 2, tít. XII del lib. IV de la Recopilación, que prohibía hacer a los cabildos gastos extraordinarios sobre sus propios que excedieran los tres mil maravedíes, sin autorización real. El cabildo de Buenos Aires sostuvo en la ocasión que dicho auto debía enmendarse por ser contrario a "*la costumbre inmemorial* de que están llenos los libros capitulares en que ha sido y es dueño este Cabildo para librar de sus propios y rentas infinitas y mayores cantidades que las prohibidas en la ley que se cita..."[212].

El cabildo asimismo se acogía a la costumbre para repartir tierras en el éjido[213], disponer el nombramiento de ministros o porteros[214], y practicar el reconocimiento de los términos y mojones de los propios, éjidos, y dehesas de la ciudad[215].

Es también invocada para suspender el trámite de las causas judiciales durante los días de semana santa[216], y desde el 24 de diciembre hasta el 7 de enero[217]. En San Juan, hubo también receso en carnaval[218]. Esta suspensión comprendía sólo a los juicios civiles, aunque en algunos cabildos –como el de Montevideo– el receso se extendió también a las causas criminales[219]. Asimismo se mencionó la costumbre al practicar las visitas de cárcel[220].

5. Los cabildos abiertos

Cuando me ocupé de los siglos XVI y XVII efectué algunas consideraciones sobre el punto, que no cabe ahora reiterar[221]. El resultado de la investigación en esta centuria no modifica lo ya expuesto.

En los cabildos abiertos desaparecía la invocación consuetudinaria habitual de las reuniones ordinarias. Tampoco se recurría a otras normas de ese mismo origen. Así lo he podido observar en Buenos Aires, Santiago del Estero y Montevideo[222]. Hay algunas excepciones. Por ejemplo, en la mayoría de los cabildos abiertos montevideanos apareció la fórmula consuetudinaria que servía de cabeza a las actas, pero la misma estaba referida a la sesión ordinaria del ayuntamiento –dentro de la cual se insertaba la consulta a los demás vecinos– y no propiamente a la reunión abierta. En cuanto a la forma de convocarlo, aparecen en las actas santiagueñas algunas referencias consuetudinarias. Así la reunión se anunciaba tocando la campana "según *costumbre*"[223] o "con la seña *acostumbrada*"[224].

III. LA COSTUMBRE, REGULADORA DE LA VIDA URBANA Y RURAL

La regulación de la vida urbana y de su entorno rural constituye una de las funciones básicas del ayuntamiento indiano. Es posible detectar como distintas cuestiones de este orden reconocían una base jurídica consuetudinaria o al menos se recurría a la misma en algunas oportunidades. He reunido en diferentes apartados los temas más salientes, en donde la costumbre desempeñó un papel digno de análisis. Quedan algunos otros que al menos merecen ser recordados sumariamente. Así a la luz de la costumbre se resolvía: el monto de libras que, en concepto de tara, debía descontarse de cada arroba de mercadería[225]; el pago del mes entero de alquiler, aunque el inquilino no hubiera ocupado la casa en todo ese lapso[226]; la distribución de los réditos del ramo del Real Hospital entre los pobres enfermos o necesitados[227]; y la forma de nombrar a los contadores de menores en las testamentarias[228]. De origen consuetudinario era también el principio de pagar sólo las cuentas de misas cuando constasen en los testamentos[229]. Asimismo se fundó en la costumbre la oposición del cabildo de Buenos Aires a las nuevas medidas adoptadas por el obispo, que perjudicaban a los que iban a recibir las órdenes sagradas[230], o al público en general[231].

1. El abasto de la ciudad

Era esta una de las tareas fundamentales del cabildo[232]. Como en los siglos anteriores, continuó la costumbre desempeñando un importante papel en esta materia durante la centuria en estudio[233]. Así el cabildo la invocaba para: dictar y repartir el arancel de abasto[234]; exigir fianza a los que abriesen pulperías[235]; disponer el sellado de las medidas con que se expedía el vino[236]; determinar los precios del transporte de materiales y mercaderías[237], de las hechuras de los sastres[238], y de la molienda del trigo[239]; y regular la extracción de la sal, organizando la expedición, determinando la contribución de las carretas y el reparto del producto que le correspondía entre los pulperos para su venta[240].

El más interesante de los casos fue el ocurrido en Buenos Aires a partir de 1748 con respecto al precio de la molienda de trigo. El Cabildo, al advertir que los tahoneros estaban cobrando, sin motivo que lo justificara, un precio que superaba en el 50% al que se tenía por costumbre, decidió intimarlos para que lo redujeran al monto anterior. Como los afectados hicieron caso omiso a la intimación, el fiel ejecutor expidió un auto obligándolos a que "observen *la inmemorial costumbre* y establecimiento de esta ciudad". La resistencia de los dueños de las tahomas fue en aumento y adoptaron el temperamento de dejar de moler el trigo, lo que llevó al fiel ejecutor a tomar presos a los principales responsables. La cuestión se prolongó y agitó a la ciudad en los años siguientes. Las autoridades gubernativas apoyaron al Cabildo y dispusieron que se guardase la costumbre en el precio de la molienda. Los afectados llevaron el asunto ante la Audiencia y allí también el Cabildo defendió su derecho, en base a la costumbre[241]. El caso ofrece interés porque tanto la posición del Cabildo como de la autoridad gubernativa para mantener el precio de la molienda se fundaba exclusivamente en la costumbre, aunque se apoyaba en que no había razón fáctica para admitir su modificación.

2. Retribución del trabajo

Se dejaba a la costumbre la determinación de ciertas retribuciones: los honorarios de los asesores letrados[242], los derechos de los oficios de justicia[243], el estipendio del maestro[244], el salario de los oficiales y maestros de obra (carpinteros y albañiles)[245], la paga y alimentación de los indios de mita que trabajaban en obra pública[246].

Un interesante caso fue el que se suscitó a propósito del derecho de décima sobre las ejecuciones a favor del alguacil mayor. La ley 7, tít. XXI, lib. IV de la Recopilación castellana lo concedía siempre que hubiera costumbre en ello. En 1774 el alguacil mayor de Montevideo solicitó ese derecho al gobernador. Este pidió informe al cabildo. El ayuntamiento requirió a su vez el asesoramiento de un letrado, quien sostuvo que en esta materia, conforme con las leyes castellanas e indianas, se debía atender "a la *costumbre del lugar*" donde se despachaban o libraban las ejecuciones. Así decía que en Montevideo no existía esa costumbre y por lo tanto no cabía aplicar la ley invocada. Agregaba que para introducir el derecho de décima en esta circunstancia era necesaria una particular disposición del rey. El Cabildo se conformó con este dictamen y así lo hizo saber al gobernador[247]. Más que nada se advierte a través de lo expuesto el papel complementario desempeñado por la costumbre que se manifiesta en las más variadas cuestiones.

3. Tierras, ganados y fronteras

Se invocaba la costumbre para regular: la mensura de tierras; el reparto de solares, tierras y estancias[248]; la guarda del ganado en tiempo de sementeras[249]; la venta de cueros; la limosna de granos para los gastos de los novenarios de la fiesta patronal[250]; la custodia de la campaña y las fronteras[251]; y la distribución del agua de la acequia en las chacras[252].

Uno de los casos más salientes fue el ocurrido en la jurisdicción de Luján sobre la mensura de tierras. En 1744 varios vecinos se presentaron al cabildo quejándose por el procedimiento del juez comisionado para la mensura de tierras que poseían, comprendidas entre los ríos de Luján y Conchas. Dicho juez, al practicar la operación y pese a las protestas de aquellos, había incluido en las suertes de estancias el bañado que formaba el río Luján sin atender a los mojones existentes ni a "*la práctica general* que se ha observado desde que se pobló este río". De esta manera, al hacer la mensura desde la misma margen del río y no desde la barranca del bañado "según ha sido *costumbre*", les quitaba a los quejosos unas 1.700 varas de tierra por los fondos. La parte del bañado, agregaban los afectados, era absolutamente inútil para criar ganado y por ello consideraban que esta mensura era "una innovación la más perjudicial y por lo mismo arbitraria y de ningún valor", destinada a obligarlos a constituirse en arrendatarios del sargento mayor Manuel Pinazo, quien aparecía como el beneficiado por este procedimiento. El cabildo acogió la solicitud y dispuso informar al Gobernador para que se sirviese, a su vez, mandar a Pinazo "no innove en esto *la costumbre inmemorial* de mensurar las tierras desde las barrancas del bañado quedando este libre". No conozco el final de la tramitación, aunque hay indicios que permiten suponer que fue desfavorable para los intereses defendidos por el cabildo[253]. No obstante, lo que cabe destacar es el fundamento consuetudinario utilizado por los vecinos y acogido por el cabildo local.

Como en la época anterior, la costumbre apareció también en el siglo XVIII en la regulación del rubro vital del comercio bonaerense: la venta de cueros. Se invocaba

tanto en el derecho para ejercer la acción al ganado[254] como para hacer el repartimiento de los cueros entre los accioneros[255] o el ajuste del precio que el cabildo hacía con el capitán de los navíos[256].

En 1723, en oportunidad de la aprobación de uno de estos ajustes, el gobernador observó que entre los beneficiados figuraban individuos del cabildo y determinó que ellos no podían incluirse en los repartimientos mientras no obtuvieran una especial autorización del rey. El ayuntamiento consideró que el auto gubernativo era opuesto a "*la costumbre* que este Cabildo ha estilado con justificado y maduro acuerdo", con el consentimiento de los gobernadores y "la tácita aprobación de sus superiores", llegando a señalar que el mismo rey había prestado su aprobación a anteriores repartimientos análogos. Por todo ello suplicó al gobernador la reforma del auto cuestionado. Pese a que no tuvo éxito en este reclamo, volvió a insistir, representando nuevamente "la posesión inmemorial" de su derecho y señalando que lo que se había asignado en el repartimiento a cada individuo del cabildo era "la porción que es *costumbre* por ser todos accioneros y tener legitimadas sus acciones y por el continuo trabajo que tienen por razón de sus oficios...". Dispusieron el nombramiento de una diputación para que suplicara al gobernador que mantuviera al Cabildo "en la posesión en que se halla así por la *costumbre inmemorial* como por el referido real despacho que aprueba el modo de repartir que ha tenido este Cabildo". La gestión condujo a un nuevo fracaso: el gobernador resolvió que se guardasen y cumpliesen los autos anteriores[257]. El cabildo, como se advierte, hacía hincapié en la existencia de una costumbre sólidamente establecida, tanto por el tiempo de vigencia como por el consentimiento e incluso aprobación que había obtenido de la autoridad real. Todo esto, sin dejar de apuntar las razones de hecho que justificaban la conservación de este derecho.

4. Alcabalas y diezmos. Otras contribuciones y cargas

Era también importante la gravitación que la costumbre tenía en lo referente al cobro de gravámenes y contribuciones, determinando su procedencia, monto y objeto sobre los que recaía. Especialmente fue invocada en materia de alcabalas y diezmos.

El cobro de la alcabala provocó en Buenos Aires diversas dificultades, a las que pasaré revista desde la óptica capitular en aquella parte en que la costumbre aparecía como fundamento del derecho que se alegaba. En 1730 se denunciaba en el cabildo que el recaudador estaba cobrando sin derecho alguno el 4% cuando sólo correspondía el 2% "conforme –se decía– a las leyes reales y a *la antigua costumbre* de que esta ciudad ha gozado"[258]. Aunque no se la individualizaba, la ley citada era seguramente la 14, tít. XIII, lib. VIII de la Recopilación indiana. Finalmente, luego de intensas gestiones, se obtuvo por reales cédulas de 16 de septiembre de 1735 y 25 de agosto de 1743 la suspensión de la diferencia, primero, y luego la definitiva confirmación de que la alcabala sólo alcanzaba al 2%[259].

Años después, en 1756 se denunciaron nuevos excesos cometidos en la recaudación del gravamen. Esta vez se referían a los objetos sobre los cuales recaía la imposición. Era entonces cuando el Cabildo le pedía al gobernador que se atendiera a "la *costumbre* que ha habido en estos parajes de no pagar alcabala de todas aquellas especies de que hoy se cobra" y agregaba que en virtud de la "*anticuada e inmemorial posesión* en que ha estado dicho vecindario" de no satisfacerla debía considerarse que estaba en derecho librado de semejante gravamen[260].

Otra vez en 1770 resurgió el planteo, a raíz, de que el receptor de alcabala pretendía cobrar el impuesto sobre rubros de abasto, hasta entonces no comprendidos en la percepción. El Cabildo no atendió de inmediato el problema. El desorden del archivo no

le permitía –al parecer– encontrar la documentación que le sirviese de apoyo jurídico, pero al fin apareció la real cédula de 1735. Con todo, se decía que era suficiente para desvanecer aquella pretensión del recaudador "*la costumbre*... de no pagarse este derecho en las ventas de dichas especies". Esa costumbre, agregaba, no sólo era inmemorial sino que se remontaba a la fundación de la ciudad, y por lo tanto bastaba para liberar del pago de la contribución[261]. El mismo fundamento consuetudinario reiteraban comerciantes de Buenos Aires en 1808 para no pagar alcabala[262].

También el cobro de los diezmos provocó diversas cuestiones a lo largo del siglo y la costumbre ocupó lugar destacado en las diferentes controversias en razón de la importancia que se le concedía a esta materia[263].

Ante una real cédula del 24 de febrero de 1724 disponiendo que se pagase diezmo sobre cal, ladrillo, teja, cebo, grasa y cuernos de toro, el cabildo bonaerense opuso "*la costumbre legítimamente introducida* de más de cien años... de no pagar dichos diezmos". Afirmaba que ambos derechos, el civil y el canónico, convenían que en materia de diezmos "se debe estar a *la costumbre legítima introducida*". El recurso llevado al rey no tuvo resolución favorable a las pretensiones capitulares y la cédula suplicada infructuosamente tuvo que cumplirse, aunque nuevos problemas se suscitaron en su aplicación[264].

Años después, en 1744, tenemos otra vez los diezmos sobre el tapete. Ahora era un propietario de calera en Montevideo quien hacía saber al cabildo local que había recibido una intimación del juez de rentas eclesiásticas para pagar diezmo de la cal que fabricaba. El afectado sostenía que "desde la fundación de esta ciudad y erección de su Iglesia hasta el presente no se ha pagado semejante diezmo" ni hay ejemplo de que "se pague de frutos o efectos meramente industriales y personales como lo es la cal". El cabildo, recogiendo esta inquietud, solicitó al recaudador que suspendiera la cobranza hasta que hubiera resolución del obispo al respecto. Meses más tarde, antes una nueva exigencia de abonar diezmos a los que tenían hornos de cal, ladrillo y teja y fábricas de madera en los montes, el ayuntamiento, sosteniendo que no era costumbre pagar dicho diezmo, convocó a un cabildo abierto. Los vecinos reunidos acordaron entonces que "no podían ni debían obligarse a pagar más diezmos que los *acostumbrados*" y decidieron suplicar la nueva medida al obispo y gobernador. Alegaban asimismo los vecinos que ese nuevo gravamen tenía un origen y destino preciso, y había sido establecido con anterioridad a la fundación de Montevideo. No cabía decían, aplicarlo a una ciudad nueva poblada por familias europeas a quienes el rey "ha hecho libres por el tiempo de su voluntad", sino sólo a aquellas constituidas con anterioridad. Los recursos no tuvieron resultado favorable, pero entre tanto el cabildo informaba al rey sobre la situación planteada, reiterando que "nunca ha sido *costumbre*" pagar ese género de gravamen[265].

En el último cuarto del siglo, las imposiciones agobiaban al vecindario si nos atenemos a la denuncia que hacía el comercio montevideano en 1779. Al pedir un alivio de los gravámenes decía que "el mayor obstáculo que tiene el comercio contra su subsistencia es el aumento de derechos: queremos decir aquellos impuestos que siendo muchos son también repugnantes a la razón, y que aun cuando su exacción esté prevenida por ley se altera *la costumbre* y se establece un nuevo método que aniquila enteramente al vasallo y le imposibilita la carrera de su giro"[266].

La costumbre se invocaba también en otros gravámenes, como los derechos de sisa[267], anclaje[268], pulperías[269], o la misma contribución que los corraleros del abasto de carne debían hacer para los presos de la cárcel[270].

La norma consuetudinaria servía además para fundamentar otras obligaciones, como la que pesaba sobre los artesanos para el adorno de esquinas y calles en la

festividad de Corpus Christi[271], y sobre los tenderos para atender los gastos de la celebración[272]; la que exigía a los zapateros, sastres y carpinteros no españoles trabajar en la siega del trigo[273]; o la que imponía a los vecinos la limpieza del desaguadero de la ciudad[274].

5. Las fiestas religiosas, reales y populares

Como en los siglos anteriores, continuaron en el XVIII usándose las invocaciones consuetudinarias al momento de disponerse la celebración de las principales fiestas religiosas, reales y populares. Ellas eran las de los patronos de cada ciudad, el día de Corpus Christi, la jura de un nuevo rey, otras festividades religiosas de menor significación o algún acontecimiento extraordinario que se considerase digno de celebrar. Eran numerosas y constantes esas referencias cuando se trataba de festividades organizadas por el cabildo. Se regulaba de este modo la manera de atender a los gastos que implicaban, el nombramiento de diputados para que corrieran con los preparativos, los adornos y arreglos de las calles, etc.[275]. También lo referente a las corridas de toros, diversión popular que completaban las celebraciones más importantes. Se recurría a la costumbre en este caso no sólo para determinar la realización de las mismas, sino también los días de la semana en que se realizaban, así como la distribución de asientos o arcos en las casas consistoriales para presenciarlas[276].

Tanto por la forma como por el motivo y la autoridad que lo disponía, la invocación consuetudinaria no era –como pudiera tal vez creerse cuando se repara en la monótona reiteración de una fórmula– simplemente una expresión modal ajurídica, sino que era precisamente el fundamento de derecho que autorizaba al cuerpo capitular a dictar la medida y llevar a cabo la celebración. Esto se exteriorizó al producirse conflictos acerca de la autoridad encargada de organizar estas funciones. Así en 1775 a raíz de una cuestión planteada por el gobernador interino desautorizando al cabildo por haber dispuesto celebrar por su cuenta el nacimiento de la infanta Carlota, el ayuntamiento porteño pedía al rey que "en adelante, conforme a lo que siempre se ha *practicado* en esta ciudad y *es costumbre* se sirva declarar... que estas funciones corresponden a este Ilustre Cabildo disponer de su ejecución con noticia del Señor Gobernador según se ha *practicado* anteriormente"[277]. Por esos mismos años, ante un pedido de informe de la autoridad gubernativa, el cabildo bonaerense se mostraba preocupado en determinar la costumbre existente acerca de las funciones religiosas que se celebraban en acción de gracias por algún acontecimiento extraordinario y a quien correspondía disponerlas[278].

6. La publicidad de las normas

Con frecuencia a través de la centuria se invocó la costumbre en lo relativo a la publicidad de las disposiciones gubernativas y capitulares tanto las más importantes, provenientes del rey, como los meros autos o bandos de buen gobierno, o los anuncios para posturas sobre el remate de géneros de abasto o para subastar una obra pública. La mención consuetudinaria hacía también a veces especial referencia a la forma de llevarla a cabo –"los nueve pregones que se *acostumbran*", "a son de caja de guerra", "por bando", etc.–, al lugar –"en los parajes *acostumbrados*", "en las calles *acostumbradas*" o en el "lugar *acostumbrado*"–, e incluso al tiempo de duración del acto –"pregonándose hasta puesto el sol como *es costumbre*"[279].

IV. INTRODUCCIÓN, PRUEBA Y EXTINCIÓN DE LA COSTUMBRE

En el anterior trabajo[280] efectué algunas consideraciones generales y presenté testimonios acerca del proceso de introducción, prueba y extinción de la costumbre. Al volver sobre el tema nada debo agregar a aquellos conceptos ni tampoco sobre la forma y objeto en que se hace el aporte, dada la dificultad de la tarea, que debe encararse sin base alguna, ya que no existe redacción de las costumbres, ni índice de las mismas.

1. Introducción y requisitos

La indagación acerca del momento en que se introduce la costumbre es de suyo difícil, por no decir imposible, cuando la misma responde a la más genuina acepción del vocablo. En cambio, es posible constatar el origen de otros tipos de costumbre jurídica, menos ajustado a aquella acepción, pero que igualmente formaron parte del concepto reinante en la época. Ello se daba particularmente cuando la costumbre se introducía o establecía por decisión del cabildo. Veamos algunos casos.

En 1742 el cabildo de Montevideo acordó que los pulperos de la ciudad contribuyeran al pago de los gastos de la festividad de Corpus Christi, disponiendo que "se establezca esta orden todos los años por *uso y costumbre* desde este próximo año"[281]. También en Montevideo se produjeron otros casos, en los que se dispuso introducir una costumbre de Buenos Aires. En 1741, para el abasto de carne de la ciudad, se obligó a los vecinos a hacer mataderos "como es *uso y costumbre* en la Capital de Buenos Aires", determinándose que ello "se observe y guarde de hoy en adelante..."[282]. En 1773 se adoptó "el ejemplar o *práctica*" bonaerense en cuanto a los derechos de visita a las tiendas y pulperías de la ciudad[283]. En 1809 el mismo cabildo decidió lo siguiente con respecto al uso de la vara y el bastón: en atención a que "en la Capital de Buenos Aires no *usan* de vara ni bastón en las funciones en que concurre el Cabildo sino sólo los Capitulares que ejercen jurisdicción se observe aquí igual *práctica* desde ahora para lo sucesivo, ejecutándose en la primera función que ocurra, el acompañamiento de los regidores que no ejercen jurisdicción, sin vara ni bastón, para que establecido ya por esta primera demostración este nuevo y debido orden, se siga y no se altere de modo alguno, pues que será muy notable, la continuación del antiguo abuso que probablemente ha motivado durante él una grande confusión por no ser fácil en aquellos actos distinguirse los Capitulares que ejercían jurisdicción de los que no la ejercían". Y agregaba: "Por todas estas razones de unánime parecer hemos acordado establecer y establecemos la *práctica* indicada..."[284]. Como se observa, en los dos últimos casos no se utilizaba el vocablo "costumbre" sino el de "práctica". No obstante, resultaban expresivos –a falta de otros– para dar cuenta de esta modalidad consuetudinaria.

En la introducción de la costumbre –en su más genuina acepción– se cuidaba el cumplimiento de los requisitos exigidos por la doctrina clásica[285]. Sin necesidad de volver sobre los mismos desde un punto de vista doctrinario, es oportuno ahora enfrentar la realidad jurídica.

En cuanto a la exigencia de la pluralidad de actos, las únicas leyes indianas que abordaban el tema –con relación a la concesión de mercedes reales– afirmaban que la costumbre "no se ha de entender en dos o tres actos solo sino en muchos continuados, sin interrupción, ni orden en contrario"[286]. Un mismo criterio de pluralidad, aunque no tan exigente, se percibe en los pocos casos hallados. En 1765 el gobernador rioplatense decía que para que "se haga *costumbre* son necesarios no sólo uno o dos actos, sino

más”[287]; y en 1767, en el cabildo bonaerense se sostenía que un “único acto no puede inducir costumbre[288]. Como veremos enseguida, en un conflicto planteado en 1790 entre el cabildo de Buenos Aires y la audiencia se aceptaba implícitamente la posibilidad de una costumbre nacida de sólo dos actos.

En este último caso, el meollo de la discusión residía, en otro de los requisitos exigidos para la existencia de la costumbre: la intención de crearla. Se trataba de una divergencia suscitada a raíz de que el regente de la audiencia, don Benito de la Mata Linares, pretendía que en los días de besamanos el cabildo en cuerpo acompañara a la Audiencia a cumplimentar al Virrey, tanto en el trayecto de ida como de vuelta al palacio virreinal, y que sólo después de haber terminado esta ceremonia, el ayuntamiento volviera a hacer su saludo al Virrey. Como en 1788 y 1789 así se había hecho, el regente consideraba que ello era ya una obligación para el Cabildo. Este, en cambio, sostuvo que tan sólo se trataba de una “condescendencia amistosa”, practicada a solicitud del impulsivo regente, sin ánimo de inducir costumbre. La diferencia era fundamental y le permitía remarcar que este acto de cortesía hacia la Audiencia “no constituye *costumbre*... porque esta no se ha de caracterizar por la materialidad de los actos, sino por el fin e intención con que se hacen”, como que es axioma de Derecho, que los actos de los que obran no se extienden a más de su intención[289]. El planteo del Cabildo no tuvo éxito ante el Virrey, pero sí ante el rey.

En lo relativo al requisito de la repetición de los actos durante determinado tiempo, se mencionaban los conocidos lapsos de diez, cuarenta y cien años, para caracterizar los distintos tipos y modos de norma consuetudinaria. Pero era tal vez más frecuente –en vez de la precisa determinación temporal– el uso de expresiones como “*antigua costumbre*” o “*costumbre inmemorial*”. También era punto de referencia para determinar su antigüedad el que existiera “desde la fundación de la ciudad”[290]. En el Montevideo de 1774 un letrado decía que ésta era “*la inmemorial más antigua* que en lugares de nueva Población se puede apetecer pues trae su origen desde su primera instancia...”[291]. En otro caso, al alegarse por la exención del pago de alcabala, se sostenía que había en su favor una costumbre que “no sólo es cuadragenaria o inmemorial sino que no se dará ejemplar desde la fundación de esta ciudad de haberse satisfecho este derecho en tales ventas”[292].

Por último, cabe señalar que para determinadas cuestiones, la creación del Virreinato significó el momento adecuado para indicar el cómputo del tiempo exigido para la formación de la norma consuetudinaria[293].

Es también interesante observar cómo se jerarquizaba una costumbre desarrollada en ciudad donde residía audiencia. Ello se explica si tenemos en cuenta la exigencia de que la costumbre contara con el consentimiento o tolerancia del rey. Más modernamente la doctrina había admitido que se podía manifestar a través de los Consejos o Chancillerías[294]. Un caso ocurrido en Buenos Aires en la primera mitad de la centuria nos coloca frente al problema. Se trataba de la facultad del cabildo para distribuir tierras en el ejido, considerada como “uno de los privativos privilegios de las ciudades y con particularidad de esta por su *costumbre inalterada*”. El regidor Matías Solana elaboró entonces sutilmente los argumentos en que se fundaba esa posición, manifestando que, entre otras razones, se basaba en “*la inconcusa costumbre* de todo este Reino en donde apenas se hallará ciudad que ni esté circunvalada de edificios, obrajes, huertas, viñas y arboledas...”. Entre esas ciudades, mencionaba a Lima y Santiago de Chile, donde había audiencia, “con cuyo consentimiento, ciencia y paciencia se ha introducido tal *costumbre* lo que es bastante para su legítima prescripción según la comunísima opinión de los doctores citados y seguidos de dicho Bobadilla... y el doctor Azevedo...”. Solana deducía enseguida que si las audiencias debían informar obligatoriamente al rey acerca de los pastos, aguas, y cosas públicas, “es patente que S.M. no ignora la introducción de

tal *costumbre* y consiguientemente por lo inmemorial de ella no admite duda haber consentido S.M. de que las tierras concejiles se planten y edifiquen..."[295].

En otra oportunidad un gobernador afirmaba la notoriedad y continuidad de una costumbre señalando que se había practicado durante "todo el tiempo que han mandado Gobernadores y Capitanes Generales estas Provincias"[296].

Sin embargo, la práctica revela que la invocación del consentimiento de la autoridad real se hacía muchas veces difícil. Mientras la doctrina dieciochesca acentuaba por entonces la necesidad de este requisito, no aparece en la realidad una equivalente inquietud o preocupación por alcanzarlo.

La costumbre propia de cada ciudad gozaba de respeto y estabilidad. Se prefería así la conservación de una costumbre arraigada y útil, que la introducción de una norma consuetudinaria extraña[297]. Ello llevaba en todo el territorio indiano, en cada uno de sus reinos y provincias, a aceptar la existencia de una pluralidad de costumbres. Esta misma pluralidad estaba consagrada en la Recopilación de 1680 cuando en innumerables casos, se dejaba obrar a la costumbre de la ciudad frente al precepto legal, ya sea para ejecutarlo, complementarlo, o aun para contradecirlo. Esta misma interpretación hacía en 1707 un gobernador del Río de la Plata con respecto a una de las leyes indianas, al decir que la misma disponía que se observase la costumbre "introducida en cada una de las ciudades que las más difieren en sus estilos sin ser argumento el de la una para la otra..."[298].

Esta fuerza natural de la costumbre local no impedía que con frecuencia se observara con interés la costumbre practicada en otros lugares, especialmente "la de la tierra más cercana", como recomendaba un autor[299]. Ello se hacía para confrontarla con la existente en la propia ciudad o para invocarla como apoyo en determinado planteo, sobre todo cuando se trataba de una norma propia de una importante ciudad o un conjunto de ellas. También a veces servía a falta de toda norma, para cubrir el vacío del orden jurídico. Veamos algunos ejemplos típicos.

Para una ciudad virreinal nueva, como lo era Buenos Aires en el último cuarto del siglo, la costumbre de las otras ciudades de igual rango y mayor antigüedad y sobre todo la más cercana –Lima–, era ejemplo exclusivo en todas aquellas materias que tan sólo incumbían a las empinadas capitales. Así en Buenos Aires se aludía durante este período a la práctica o costumbre limeña[300].

El prestigio que tenían las capitales, fueran virreinales o no, hacía que también sus demás usos fueran apreciados e invocados. Así Montevideo, ciudad nueva de la primera mitad del XVIII, seguía con frecuencia los usos y costumbre de la capital Buenos Aires[301]. En menor medida también lo hacían otras ciudades y villas, tanto respecto a la capital virreinal como a la provincial[302].

Para apoyar determinada costumbre a veces se solía decir que una norma análoga regía en otras ciudades de la provincia, en las provincias inmediatas o aun en todo el reino[303]. Excepcionalmente, se invocaba la costumbre universal de "todos los reinos de América"[304]. En alguna materia específica, como la mercantil, prevalecía la costumbre de las ciudades con las que se mantenía giro comercial. Este último fue el criterio expuesto en Buenos Aires al adoptar en 1784 la vara de medir de Cádiz[305].

2. La prueba

Cuando la costumbre era cuestionada, dudándose de su propia existencia, se imponía acreditarla fehacientemente. Ello se hacía de tres modos principales –aunque no independientes–: a) los libros capitulares; b) las certificaciones e informes; y c) las

informaciones sumarias. No siempre apareció claramente diferenciado el aporte documental del testimonial.

Los libros capitulares fueron a veces invocados, como fuente específica, para respaldar la introducción y vigencia de una costumbre. Era el caso de los regidores santiagueños que en 1741 al acogerse a una norma consuetudinaria hacían "manifestación de todos los dichos libros así corriente como antiguos"[306]. Pero también otras veces el registro de los acuerdos capitulares y demás papeles del archivo era la tarea que imponía la contestación de un informe o la preparación de un certificado[307].

No había, al parecer, una precisa distinción entre la certificación y el informe. Este era más bien la forma en que una autoridad (rey, virrey, gobernador u otro cabildo) pedía al ayuntamiento relacionara la existencia de determinado estilo o costumbre[308]. Generalmente no se establecían las pautas a las que debía sujetarse el cabildo para evacuarlo. Excepcionalmente, se solicitaba sobre un medio de prueba concreto, como los libros capitulares[309]. El informe tanto servía para resolver una cuestión pendiente de interés para la propia ciudad, como para utilizarla de guía o apoyo en la solución de un problema de otra ciudad.

La certificación, en cambio, era la forma en que el escribano del cabildo daba la fe de la existencia de una costumbre, ya fuera en base a la documentación capitular o a lo que él mismo había observado. Este último es el que interesa destacar. A veces el escribano del ayuntamiento certificaba sobre una costumbre observada durante el tiempo que había ejercido su oficio[310]. En algún caso, certificaba tanto la costumbre existente como la falta que a ella se había cometido[311]. En otra oportunidad, el notario certificaba sobre una costumbre alegada por el virrey, expresando que no la había visto practicar desde 1773 hasta el año de la aserción, 1792[312].

Finalmente, un tercer modo probatorio era la "información sumaria". Revestía ya forma judicial y se promovía por el procurador general[313] ante el alcalde o el gobernador. No tenía carácter contencioso, aunque en algún caso se pretendió hacerlo con citación de la parte afectada[314]. Reposaba principalmente en la declaración testimonial de vecinos principales o funcionarios, según fuera el asunto a esclarecer. Cuando se trataba de una cuestión referida a un oficio capitular, se convocaba a declarar a los que habían ocupado el cargo[315]. Se dio el caso de un oficial real llamado a declarar sobre lo que había observado en otra ciudad donde había prestado servicios, aunque el asunto en cuestión era ajeno a su función específica[316].

3. Vigencia, suspensión y extinción

En primer lugar, dos casos relativos a la vigencia. El primero de ellos es una curiosa ratificación de costumbre. El cabildo de Catamarca resolvió en 1810 que la "costumbre inconcusa" de contribuir los artesanos en el adorno de las calles para la festividad de Corpus Christi se continuase "haciéndola inalterable ahora y en lo sucesivo"[317]. Era evidente la intención de dar mayor fuerza a la norma consuetudinaria y posiblemente se creyera que eso se lograría con su registro en las actas capitulares.

El segundo caso ocurrió en Buenos Aires en 1762 con motivo de la presencia del escribano en la diputación capitular que entrevistó al gobernador. Al ser objetada dicha presencia, el Cabildo se vio obligado a explicar al gobernador la razón que la justificaba y así dijo que había sido acordada "por *costumbre y uso antiguo*", pero enseguida agregaba que "esta *costumbre*, unas veces se observa, y otras se omite"[318]. Se trataba en realidad de un singular caso de costumbre potestativa, que parece contraria a la propia naturaleza de la norma consuetudinaria.

Otros dos ejemplos nos enfrentan con la suspensión de la costumbre. Ambos se refieren a una misma materia: el paseo del estandarte real. El cabildo de Buenos Aires dispuso en 1734 que dicho paseo se hiciera a pie y no a caballo ante la falta de alferez real y el poco tiempo disponible para prepararlo, pero "dejando en su vigor y fuerza *la costumbre antigua* que ha habido..."[319]. A su vez, el ayuntamiento de Montevideo resolvió en 1777 suspender esa misma costumbre por motivos circunstanciales "sin que esto pueda servir ni traerse por ejemplar en lo sucesivo para que se deje de hacer dicho paseo a caballo, cuyo establecimiento y *práctica* deberá continuarse en lo venidero siempre que haya las proporciones de tropa y vecinos de que hoy se carece"[320]. En ambas oportunidades, como vemos, se hacía una escrupulosa advertencia sobre el carácter transitorio de la suspensión y los motivos que justificaban la determinación.

Otro caso sobre la misma materia nos lleva a una reivindicación de costumbre. En efecto, en 1802 el cabildo de Santiago del Estero resolvió cortar "el abuso" introducido en la ciudad en los últimos años por el cual el comandante de armas convocaba a los vecinos y forasteros a concurrir a caballo al paseo del estandarte real. El ayuntamiento consideraba que la convocatoria era facultad propia y privativa del cuerpo. Y después de esperar infructuosamente el regreso del comandante de armas, que se hallaba fuera de la ciudad, para que "diese razón o exhibiese providencia superior de su origen contra *la antigua costumbre* de este Ayuntamiento... para desempeñar esta carga concejil como puede verse desde tiempo inmemorial...", acordó reasumir esa función[321]. Véase cómo se plantea este interesante caso. El cabildo se apercibía que había perdido una atribución, fundada en *la antigua costumbre*. Consideraba que se le había despojado de la misma por abuso y no en base a otra costumbre. Fue entonces cuando resolvió pedir explicaciones al comandante de armas para que manifestara la razón o providencia superior contraria a la costumbre invocada. Como éste demoró excesivamente, a juicio de los capitulares, su regreso a la ciudad, el cabildo resolvió reasumir esa atribución sin esperar más.

Finalmente he registrado algunos casos –todos en la segunda mitad del XVIII– que permiten obtener interesantes conclusiones en lo relativo a cómo y quién podía extinguir una costumbre. En la mayoría de ellos se admitía que sólo era la autoridad real –virrey o gobernador– quien podía hacerlo. Así se pronunciaba el cabildo de Buenos Aires en 1791 al decir que no podía alterar la costumbre sin "precedente noticia y orden del Exmo. Señor Virrey, su Jefe y Cabeza..."[322]. Pero ya con anterioridad, al pedir en un caso autorización al gobernador para contrariar una "*costumbre anticuada*"[323] y en otro consultarlo sobre si "ha de seguir con una *costumbre* o no"[324], había abierto el camino a aquel pronunciamiento. El cabildo de Montevideo también siguió el mismo criterio[325]. En cambio, en Santiago del Estero la abolición de una costumbre se produjo por el propio cabildo[326].

Estos pocos casos, algunos incompletos pero ilustrativos, nos permiten advertir las vicisitudes experimentadas por diversas costumbres, una vez introducidas. Constituyen, tan sólo, modestos elementos para alcanzar una mejor comprensión del desarrollo e importancia del perfil consuetudinario en la realidad jurídica indiana.

NOTAS

[1] TAU ANZOÁTEGUI, "La costumbre. S. XVI y XVII" (IV), en este volumen.

[2] Las actas de los cabildos consultados son: *Villa de Concepción de Río Cuarto* (*ARC*), *Santiago del Estero* (*ASE*), *Buenos Aires* (*ABA*), *San Juan* (*ASJ*), *Villa de Luján* (*AL*), *Montevideo* (*AM-RAGA* y *AM-AGN*) y *Catamarca* (*ACa*). Las referencias se incluyen en el índice de abreviaturas.

[3] GILISSEN, "La loi", 82 y ss.

[4] MORENO VILA, 19-22 aunque sólo lo refiere al siglo XVI.

[5] "La costumbre. S. XVI y XVII" (IV), 1ª Parte, II.

[6] SÁNCHEZ AGESTA; *El pensamiento político*, 98-103. Sobre el absolutismo político como actitud contraria a la costumbre, GARCÍA-GALLO, *Manual*, I, 185.

[7] FERNÁNDEZ DE MESA, *Arte histórico*, I, 96-97.

[8] AGUADO, 36-37.

[9] MUJÁL Y DE GIBERT; 12, 16, 19, 34 y 35-36.

[10] PÉREZ Y LÓPEZ, *Principios...*, 192-194.

[11] CAÑADA, 6.

[12] Sobre el centralismo y sus efectos, ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, 304-305.

[13] Sobre la actitud contraria del racionalismo filosófico y jurídico frente a la costumbre, GARCÍA-GALLO, *Manual*, I, 185.

[14] Véase Iª parte, II, 3 de este estudio.

[15] Sobre ésto, véase GARCÍA-GALLO, "Problemas metodológicos", 37.

[16] ALTAMIRA, "Estudios".

[17] Para elaborar la afirmación contenida en el texto he registrado la mención de los cuerpos legales contenidos en las actas capitulares a través de todo el siglo. Algunos otros ejemplos lo corroboran. En 1735 se encontraban en el arca del cabildo de Buenos Aires los libros de acuerdos, la Recopilación de Indias, las ordenanzas municipales y un libro de cédulas modernas (*ABA*, 2, VII, 260 y 262). En un inventario de papeles del cabildo de Montevideo de 1743 se mencionaba solamente a la Recopilación de Indias (*AM-RAGA*, II, 105). En cuanto a la Recopilación de Castilla, en el Montevideo de 1765 sólo se hallaba en tres casas de la ciudad y no la poseía el Cabildo (Idem, VII, 56).

[18] ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, 249-250. Véase también MARILUZ URQUIJO, *Orígenes*.

[19] Véase especialmente *ABA*, 3, IV, 285-286 (1781); VI, 649-654 y 733-738 (1781); X, 459 (1794); XI, 284 (1797); 4, II, 696-697, 733-734 y 753-754 (1807); y 4, III, 95 y 390 (1808).

[20] Véase *ABA*, 3, VI, 652.

[21] Véase "La costumbre. S. XVI y XVII" (IV), 2ª Parte, I.

[22] Sobre la doctrina anterior, idem, 1ª Parte, III.

[23] La afirmación se apoya en un registro de las citas que aparecen en las actas capitulares. La expresión del regidor porteño en *ABA*, 3, I, 466.

[24] TORRECILLA, I, 209.

[25] FERNÁNDEZ DE MESA, 116 y ss.

[26] Idem, 110-112, 117, 122 y 135.

[27] Idem, 132-135. Recuerda estas opiniones de Torrecilla y Fernández de Mesa PUY MUÑOZ, 43-45.

[28] CASTRO, *Discursos críticos*, I, 118-119. El análisis referido comprende pp. 105-117.

[29] Idem, I, 120.

[30] Idem, I, 119.

[31] BERNI Y CATALA, *Apuntamientos*, I, 13. Véase también del mismo autor, *Instituta*, 13-14.

[32] MARTÍNEZ, *Librería de Jueces*, I, 3 y II, 70.

[33] Idem, II, 71-72.

[34] MUJÁL Y DE GIBERT, 4, 9, 45 y 81.

[35] CAÑADA, 6.

[36] PALACIOS Y HURTADO, 162-164.

[37] ELIZONDO, VIII, 17.

[38] ASSO Y DE MANUEL, *Instituciones*, I. Los autores decían que el objeto de la obra era "presentar las verdades y principios del Derecho Español, ajustados a sus leyes, y no a los abusos que tal vez ha introducido la práctica...". Sin embargo, su posición al tratar la costumbre era más moderada (pp. CXXXIX-CXL).

[39] MARILUZ URQUIJO, "El Teatro...", 279.

[40] Concepción GARCÍA-GALLO, "José Lebrón", 364.

[41] Idem, 422.

[42] AYALA (M.J.); *Notas*, II, 8.

[43] *ABA*, 3, IV, 606.

[44] Nota al Exmo. Señor Baylio Fr. Don Antonio Valdés, dando cuenta de la visita hecha a las mismas. Potosí, 30 de julio de 1790 (R.A.H., (CML) legajo 10, fol. 132).

[45] AYALA (M.J.), *Diccionario*, t. V "Costumbre".

[46] Por ejemplo, *ABA*, 2, II, 26-27; 3, VII, 405; VIII, 291-293 y 447; X, 160; y 4, II, 85; *ASE*, IV, 225; *AM-RAGA*, IX, 221.

[47] *ASE*, III, 406 y 439-440.

[48] Véase el interesante caso suscitado en Buenos Aires en 1765, en el que el gobernador expresó que de no haber costumbre de la ciudad en cuanto al recibimiento de los obispos se atuvieran a "las Leyes Reales de estos reinos" (*ABA*, 3, III, 284-286). Otro caso análogo ocurrió en Santiago del Estero en 1781. El gobernador del Tucumán se pronunció de esta manera en una cuestión planteada con motivo de la elección de los capitulares (*ASE*, IV, 154).

[49] *ABA*, 2, I, 725-728.

[50] Véase LEVENE, *Historia*, I, 100.

[51] *ABA*, 2, IV, 433-434; y IX, 294.

[52] Idem, 2, IV, 433-434.

[53] *ABA*, 2, IX, 294; y *AM-RAGA*, V, 287-290.

[54] *ABA*, 2, VIII, 419.

[55] Idem, 2, IX, 294.

[56] Idem, 2, V, 543-544.

[57] *AM-RAGA*, V, 287-290.
[58] *ABA*, 3, IX, 326-331.
[59] Idem, 2, V, 66.
[60] Idem, 3, VIII, 291-293.
[61] Idem, 2, IV, 433 y 435; 3, VI, 700-701; *ASE*, III, 49. Se sostuvo esta tesis en la presentación que hizo al Consejo de Indias, el Cura Rector de las Parroquias de San Benito y Santa Bárbara de la Villa de Potosí, don Rafael de Arregui, el 19 de septiembre de 1795 (AGI, Charcas, 695). Este dato me fue proporcionado por el doctor Eduardo Martiré. En contra: *ABA*, 2, III, 287.
[62] Algunos ejemplos: *ABA*, 3, IX, 443 (1790); XI, 266 (1797) y 369 (1798). *ASE*, II, 260; V, 388; y *AM-RAGA*, I, 402; II, 188; V, 277; y VII, 137.
[63] Ejemplos: *ABA*, 3, II, 539; XI, 16; AM-RAGA, II, 443; y *ASE*, I, 180; y V, 370.
[64] *ABA*, 3, III, 466.
[65] Idem, 2, III, 287.
[66] *AM-RAGA*, V, 279.
[67] *ABA*, 3, IV, 606-609.
[68] Ambas en las notas a la ley 1, tít. I, lib. II de la RI, de José Lebrón y Cuervo, publicadas por Concepción GARCÍA-GALLO, 408. También hay algunas disposiciones reales sobre determinadas materias en las que expresamente se declaraban abolidas las costumbres contrarias. Ejemplos: la pragmática de 2 de febrero de 1766 (RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, II, 669-670), y la real cédula de 27 de abril de 1784 (MATRAYA Y RICCI, 382, Nº 1359), ambas sobre Derecho sucesorio.
[69] ALTAMIRA; "Estudio", realizó este importante trabajo exclusivamente sobre la Recopilación de 1680, lo que revela por sí sólo la entidad que en la misma alcanzó la norma consuetudinaria.
[70] Texto en *AM-RAGA*, III, 74-96.
[71] *ABA*, 2, III, 264-265; *ASE*, IV, 147 y 154.
[72] *ABA*, 3, IV, 110-111.
[73] Idem, II, 718; y VI, 453.
[74] *ASE*, IV, 257.
[75] *ABA*, 2, I, 728.
[76] Idem, 2, I, 299-304; 721-723 y 725-728.
[77] Idem, 2, III, 272.
[78] *AM-RAGA*, IV, 203.
[79] Véase informe de Antonio Olaguer Feliu en RAH, (CML), LIV, 274-275.
[80] *AM-RAGA*, cit.
[81] *ABA*, 2, I, 299-304, 721-723 y 725-728.
[82] *AM-RAGA*, VII, 52.
[83] *ABA*, 3, III, 68.
[84] Idem, 3, X, 23.
[85] Real cédula de 16 de mayo de 1788 (Texto en *AL*, 221).
[86] Instrucciones del rey al gobernador de Montevideo en 1763 (*AM-RAGA*, IV, 8).
[87] Idem, 12-13.
[88] *ROI*, art. 15.
[89] Reales cédulas de 28 de octubre de 1734 (MATRAYA, 307, Nº 566) y 8 de agosto de 1770 (Texto en *ABA*, 3, VI, 502-505).
[90] Véanse las expresivas reales cédulas de 3 de febrero de 1748 al Virrey del Perú (MATRAYA, 313, Nº 628) y de 2 de abril de 1789 al Virrey del Río de la Plata (*CABA*, I, 274). No se hace más que seguir el criterio consagrado en la ley 3, tít. VII del lib. VI de la *RI*.
[91] *ROI*, art. 10.
[92] Título de alguacil mayor a favor de José de Narviondo en 1712 (*ABA*, 2, II, 603).
[93] *ABA*, 2, VI, 277.
[94] *ASE*, III, 228.
[95] Texto en *AM-RAGA*, III, 74-96.
[96] Pleito entre Francisco Javier de la Cruz y José de Silva. 1790 (AGN, sala IX, División Colonia, Sección Gobierno, legajo 132, exp. 3, 37. 4. 4.). Me ha facilitado el dato la doctora María Isabel Seoane.
[97] Registro estas cuestiones, en el área estudiada: ceremonial de la publicación de la Bula de la Santa Cruzada (*ABA*, 3, II, 434); el recibimiento de los obispos de la diócesis (Idem, 3, III, 284-286); los títulos y formalidades expedidos a favor de los alcaldes de hermandad (Idem, 3, VIII, 185-186); el modo de reemplazar interinamente al alcalde (Idem, 2, II, 517); y al alferez real (Idem, 3, X, 407 [1794]); los derechos de visita de tiendas y pulperías (*ASE*, IV, 325); y el tiempo de practicarlas (*ABA*, 3, II, 511); y el nombramiento de porteros de la cárcel (Idem, 2, VI, 440-441 y 445); y el ceremonial en el paseo del estandarte real (Idem, 3, VII, 429-431).
[98] Véase "La costumbre. S. XVI y XVII" (IV), 2ª Parte, I.
[99] Véase *ABA*, 2, I, 490-519 y 581-612 (1706). Otro ejemplo es la controversia entre el Cabildo y el Teniente General en 1724 (Idem, 2, V, 269, 272-273, 275, 300-301).
[100] Véase idem, 3, IV, 138-140 y 145 ss.
[101] ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, 262-263.
[102] *ABA*, 3, VII, 494-495.
[103] Sobre este aspecto, véase LYNCH, 190-215, quien realiza un interesante estudio acerca de las relaciones entre los intendentes y el cabildo. También ACEVEDO, 183-192.

[104] *ABA*, 3, IX, 466.
[105] Idem, 3, X, 156-157 (1792).
[106] Idem, 2, V, 72.
[107] Idem, 3, VI, 293.
[108] Idem, 3, VI, 484 (1780).
[109] ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, 359; LYNCH, 196 y 211-215.
[110] *ABA*, 4, III, 257 (1808).
[111] Idem, 4, III, 417-418 y 428.
[112] Sobre ésto, véase TAU ANZOÁTEGUI, "La costumbre en el Derecho argentino del siglo XIX".
[113] La misma Recopilación auspicia el empleo de la invocación (IV, IX, 23); *ABA*, 2, I, 698. En 1772 al pretender dos regidores que se asentase en un acuerdo precedente sus opiniones contrarias a lo entonces resuelto, el Cabildo consideró que el pedido era inoportuno y que el cuerpo había procedido "conforme a ordenanzas y a lo que es uso y costumbre" (Idem, 3, IV, 458).

En el cabildo indígena de Itatí se emplea en sus actas un estilo más directo y no trae la fórmula de encabezamiento propia de los ayuntamientos de españoles (AI).

[114] *AM-RAGA*, II, 23-24.
[115] Idem, VIII, 190 (1770); y *ASE*, V, 337 (1799).
[116] La citación se hacía generalmente por campana, cuando la había. En 1748 el cabildo de Santiago del Estero, dispuso comparar para ese fin una campana dando uno de los motivos el "ser costumbre en las demás ciudades" (*ASE*, II, 17). Desde entonces, en las actas santiagueñas se hizo frecuente mención del hecho, expresándose por ejemplo que la convocatoria se hacía "a tañido de campana como es costumbre" (Idem, III, 212) tocándose "en el tiempo y con las señas que se acostumbran" (III, 13), etc.
[117] Véase como el cabildo de Buenos Aires sostiene la costumbre en 1788, ante la pretensión del gobernador intendente Sanz para que se le anoticie en forma especial de los acuerdos y temas a tratar (*ABA*, 3, VIII, 472-476, 481 y 490-493).
[118] Por ejemplo, *ABA*, 2, I, 259 (1710); IX, 105 (1746). A veces iba conjuntamente con la invocación de la ley: idem, 3, X, 291 (1794). Más explícitamente en *AM-RAGA*, III, 112 (1760).
[119] *ABA*, 3, VI, 482-484 y 486 (1780). En este caso Virrey y Cabildo coincidieron en observar la costumbre.
[120] *ASE*, IV, 224-225, 257-259 (1782-1783).
[121] El cabildo de Santiago del Estero, fundándose en la costumbre, suplicó en 1776 una real provisión que daba asiento al protector de naturales (*ASE*, III, 522).
[122] *ASE*, I, 389, 394-396, 404-405 y 419-420.
[123] Véase auto del gobernador de 28 de septiembre de 1730 (*ABA*, 2, VI, 277). Otras manifestaciones: Idem, 3, V, 120 (1774); *ASE*, II, 260 (1759); y *AM-RAGA*, IV, 420 (1787).
[124] Sobre el uso y abolición de las golillas, *ABA*, 3, II, 288, 293-294, 319; III, 232-235 (1758-1764).
[125] Véase el interesante caso planteado entre el Cabildo y la Audiencia, en Buenos Aires, en 1790 acerca del acompañamiento del real sello (*ABA*, 3, IX, 326-331, 350-353, 483-486). En el ceremonial de asistencia del Cabildo en cuerpo a las funciones de tabla en la Iglesia Matriz de Montevideo en 1787, hay varias referencias a la costumbre (*AM-AGN*, XVII, 212-215).

Otras manifestaciones: *ABA*, 2, II, 645, 648 y 652-653 (1713); y 3, II, 423, (1759).

[126] *ABA*, 3, IV, 119 (1770); y VI, 274 (1778); *AM-RAGA*, II, 230 y 239 (1748); y IV, 360 (1782); y *ASE*, VI, 86 (1807).
[127] *ABA*, 2, I, 110-112 (1702), 299-304 (1702-1704), 721-728 (1707); 3, I, 60 y 85 (1751); y *ASE*, IV, 397-498 y 402 (1787).
[128] Sobre esta materia, el cabildo de Buenos Aires planteó en 1789 al Virrey un interesante caso, que aquel elevó al rey. Resuelto en forma contraria a la costumbre alegada no sólo la aceptó, sino que se mostró satisfecho ante la alteración de la costumbre que no se atrevían a modificar –decían– sin "precedente noticia y orden del Exmo. Señor Virrey". (*ABA*, 3, IX, 183-186, 189-190, 252-254, 282, 538-540).
[129] Véase *ABA*, 2, V, 397-399 y 420-422 (1724); IX, 553 (1750); y *ASE*, I, 165 (1730).
[130] *ABA*, 3, II, 481-484 (1760).
[131] Idem, III, 359-361 (1766).
[132] Idem, 3, II, 481-484 y 495 (1760).
[133] Idem, 3, III, 316, 319-320 (1765).
[134] Véase idem, 3, III, 349-351 (1766); IV, 144 (1770); y 413-415 (1772).
[135] Idem, 3, VI, 191-197 y 308.
[136] Véase idem, 3, VI, 496 (1780); VII, 33 y 35-38 (1782); 464-465 (1785); VIII, 314 (1787), 479 (1788); IX, 275 (1790).
[137] Real Orden de 17 de septiembre de 1784 y posteriores cédulas sobre publicación de la Bula; ceremonial acordado por el Virrey en 1788 sobre la asistencia a esa ceremonia; y finalmente, expresa disposición del Virrey con el Real Acuerdo sobre la concurrencia del Cabildo, dada en 1794 (*ABA*, 3, VII, 464-465; VIII, 482-483; y X, 319-320 y 324-325).
[138] Idem, 4, IV, 62.
[139] Idem, 3, III, 310-311 y 323-328, 346, 353-358.
[140] Véase idem, 3, VI, 502-505.
[141] Idem, 3, VI, 147-150.
[142] Idem, 3, IX, 187-192, 252-254, 282; X, 534 y 540.

[143] Idem, 4, I, 26-27 y 165. Esta real cédula encontró algunas dificultades en su aplicación (Idem, 168-172, 175-177, 189 y 322).

[144] Véase *ABA*, 3, IV, 194 (1770); y IX, 444 (1790). A partir de 1802 desapareció en la fórmula la invocación consuetudinaria (Idem, 4, I, 174).

[145] *ABA*, 2, III, 187 (1715); *ASE*, II, 22 (1748); I, 94 (1728), 133 (1729).

[146] *ABA*, 2, I, 170-172 (1702); II, 341 (1710); VI, 550 (1732); 3, III, 192 (1763); VII, 605-606 (1785); IX, 445 (1790); 4, I, 174 (1802); II, 163 (1805); *AM-RAGA*, VII, 158 (1767); *ASJ*, 83 (1784); 91 (1789); *ASE*, I, 247 (1733); 434 (1743), II, 355 (1762), III, 325 (1773), IV, 90-91 (1779) y V, 610 (1803).

[147] *ABA*, 3, X, 407 (1794); *ASE*, II, 224-225 (1758) y III, 513 (1776).

[148] *ABA*, 2, VII, 134 (1734); 3, II, 145 (1756); *AM-RAGA*, IV, 203 y VIII, 226 (1771); *AM-AGN*, XVI, 45-46 (1777); *ASE*, V, 610 (1803) y VI, 127 (1808).

[149] *ABA*, 2, IX, 513 (1749).

[150] *ABA*, 3, IX, 670-671 y X, 108, 118 y 154-155 (1791-1792); *AM-RAGA*, II, 263 (1749), III, 300 (1762); VIII, 144 (1770), 305 (1772), 392 (1773).

[151] *ASJ*, 83 (1784).

[152] *ASE*, I, 314 y 317 (1738) y 333-338 (1739); *ABA*, 4, III, 507 (1809).

[153] *AM-AGN*, XVII, 398-399 y 401-403.

[154] *ABA*, 2, II, 262 (1708), 3, III, 402 (1766), VII, 226 (1783), IX, 175-176 (1789) y 244-245 (1790); *AM-RAGA*, VIII, 352 (1772), X, 32 (1773), V, 158 (1797) y VI, 272 (1805); *ASE*, I, 265-266 (1734), IV, 218 (1782). Véase el caso en el que el Virrey Vértiz en 1778 se opuso a los gastos dispuestos para su recepción (*ABA*, 3, VI, 241, 262-264).

[155] Cuando en 1805 el Virrey Sobre Monte acusó al Cabildo por no haber concurrido en cuerpo a cumplimentar a su señora en el día de su santo, el Cabildo sostuvo que "no hay cédula, ordenanza, ley, ceremonial ni práctica que obligue al Cabildo «a ese cumplimiento»" (*ABA*, 4, II, 85 y 88). Sobre el cumplimiento en el día del santo del virrey y gobernador, véase esta cuestión en *ABA*, 3, III, 496 y 500 (1767) y VI, 374-375 (1779).

[156] *ABA*, 3, V, 524 (1775), IX, 80 (1789) y X, 291-292 (1794).

[157] Idem, 3, X, 159-162, 217-229, 540, 589 y 599.

[158] Idem, 3, IX, 440-446. La real cédula de 7 de diciembre de 1791 resolvió la cuestión (*CABA*, II, 45-47).

[159] *ASE*, IV, 238 (1783); *AL*, 91 (1774), 132 (177), 141 (1778) y 153 (1779); *ABA*, 3, X, 181 (1792).

[160] *AM-RAGA*, III, 110 (1759), 199 (1760), 243 (1761), VII, 31 (1764), VIII, 356 (1772), X, 49 (1773) y 155 (1774); *ASE*, III, 7 (1767); *ABA*, 3, VII, 142 (1782).

[161] *ABA*, 3, X, 23, 26-27 (1792).

[162] Algunos ejemplos: *ABA*, 2, I, 5 (1701), V, 6 (1723), VII, 9 (1734); 3, III, 333 (1766), VI, 470 (1780); *AM-RAGA*, I, 401 (1735); II, 188 (1746), VII, 137 (1766); *ASE*, I, 234 (1732), 493 (1746); II, 361 (1762), III, 536 (1777), IV, 239 (1783), 498 (1789), V, 357 (1799); *ARC*, 71 (1799). También se utilizó en el Cabildo indígena de Itatí (*AI*, 15, 39, 63, 89, 111, 133, 153 y 181).

Sobre el orden de la votación: es "costumbre... que la votación para este acto sale por los señores alcaldes..." (*ASE*, III, 218 [1771]); "votaron como lo han de costumbre" (*ABA*, 2, I, 181, 1703).

[163] *ABA*, 3, IX, 10. La fórmula se mantuvo hasta 1810, con algunas excepciones.

[164] *AM-RAGA*, II, 479-480 y 483-485.

[165] *ABA*, 3, VIII, 291-293.

[166] ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, 322-323.

[167] *ABA*, 3, VIII, 447 y 455 (1788).

[168] *AL*, 172-175 (1781).

[169] *AM-RAGA*, II, 287 y 291 (1750).

[170] Sobre la recepción, véase *ABA*, 3, II, 384-385 (1759), III, 466 (1767); *ASE*, IV, 184 (1782).

[171] *AM-RAGA*, VII, 17 (1764); *AM-AGN*, XVI, 117 (1779); *ASE*, IV, 272 (1784). Era frecuente el empleo de la expresión "forma acostumbrada" para referirse a la recepción y posesión del cargo. La utiliza el mismo decreto confirmatorio de las elecciones dado por el Virrey Sobremonte en 1806 (*ABA*, 4, II, 206).

[172] *AM-RAGA*, III, 112-114 (1760), 202 (1761), 245 y 248 (1762), 368 (1763), 457 (1764), VIII, 71 (1769), 206 (1776) y VI, 9 (1802). En los años siguientes se alteró la costumbre de dar posesión del cargo a los electos el día 6, anticipando el acto.

Sobre la hora: *AM-RAGA*, II, 450 (1756).

[173] La expresión "juramento acostumbrado" se usaba repetidamente en los cabildos durante todo el período estudiado. Tan sólo he observado que en Buenos Aires hacia 1805 se impuso la expresión "el competente juramento", desplazando a aquella.

[174] Véase, *ASE*, V, 388 (1800), IV, 184 (1782); *ABA*, 3, VII, 631 (1785); 2, III, 269-270 (1718), *AL*, 166 (1781).

[175] Otra ley indiana (*RI*, IV, X, 12), que establecía prohibición de ejercer ciertas actividades y oficios a los regidores, fue también controvertida en 1775 a raíz de la candidatura de un pulpero para desempeñarse como alcalde ordinario en el Cabildo de la Villa de Luján. Se invocó entonces la costumbre practicada, por la falta de individuos idóneos para desempeñar el cargo (*AL*, 93).

[176] *ABA*, 2, III, 264-265.

[177] Idem, 3, I, 366, 379-380, 482, 484; II, 175, 177, 179 y 183.

[178] *ASE*, III, 49.

[179] *ABA*, 3, IV, 109-112.

[180] Idem, 3, VI, 323.

[181] *AM-RAGA*, II, 289-290 (750). Véase la discusión que al respecto ocurrió en 1795 entre los alcaldes de Jujuy y el Intendente (ACEVEDO, 146).

[182] *AM-RAGA*, II, 289 (1750).

[183] *ABA*, 2, VI, 343 (1731).

[184] Idem, 2, II, 378 (1711); y IV, 632 (1722).

[185] Idem, 2, IX, 507 (1749).

[186] Idem, 3, VII, 615 y 619 (1785).

[187] Idem, 3, II, 158 (1756), III, 210 (1763), VI, 686-687 (1781), VII, 272 (1783) y 418 (1784). Con respecto al escribano: idem, 3, III, 397 (1766).

[188] Idem, 3, VIII, 296 (1787).

[189] RAH, (CML), LIV, 274-275.

[190] *ABA*, 2, V, 16-19 (1723); y 4, I, 439-440 (1804).

[191] Idem, 2, V, 446.

[192] Idem, 2, VI, 12, 19-20 y 45.

[193] *AM-RAGA*, II, 275-279 (1749). En cambio, en 1786 el Cabildo de Buenos Aires, ante una consulta de la Audiencia, rechazó cualquier uso y costumbre aún cuando estuviese introducido y no se hubiese interrumpido, que fundara la presunta superioridad del alcalde provincial sobre los de santa hermandad (*ABA*, 3, VIII, 185-186 y 328).

[194] *ASE*, IV, 229-230 (1782).

[195] Idem, I, 180 (1730).

[196] *ABA*, 3, I, 259-260 (1752); V, 105-107 (1774).

[197] *AM-RAGA*, II, 443 (1756), III, 117 (1760) y V, 56 (1796); *ABA*, 2, VIII, 40 (1739); 3, II, 539 (1760), XI, 423, 425 y 431 (1799).

[198] *ABA*, 2, II, 517 (1712); 3, VII, 319 (1784), XI, 16 (1796); *ASE*, I, 422 (1743), V, 19, (1792), III, 306 y 310 (1773); *AM-RAGA*, III, 312 (1762); *AM-AGN*, XVI, 213 (1780); *ARC*, 228 y 241 (1807).

[199] *ASE*, IV, 10, 42 (1778) y V, 370 (1800). En este último caso decía corresponder "por ley, costumbre y Novísima Real Carta acordada de su Alteza...".

[200] La invocación consuetudinaria ya aparecía en las ordenanzas del Cabildo de Buenos Aires, art. 3. Con referencias a estas ordenanzas y la costumbre, *ABA*, 2, I, 203 (1703) y IX, 479 (1749).

[201] *ABA*, 3, I, 100, 105, 107, 134, 262 y ss.

[202] *AM-RAGA*, V, 279-281 y 287-290.

[203] Idem, V, 293-294 y 352-353. La práctica en idem, V, 335, 423 (1800-1801) y VI, 26 y 88 (1802-1803).

[204] El legislador dejaba también a la costumbre la regulación de esta materia. Véase por ejemplo, las instrucciones del rey al nuevo gobernador de Montevideo en 1763, en donde señalaban que antes de ejercer el empleo debía dar las fianzas ante el Cabildo "según la costumbre que hubiera y se practicare..." (*AM-RAGA*, IV, 8).

[205] *ASE*, III, 52 (1768), 304 (1773); *AM-RAGA*, I, 351 (1733).

[206] *ASE*, III, 540 (1777); *AM-RAGA*, VIII, 350-351 (1772).

[207] *ABA*, 2, III, 315-322 (1716); 3, II, 511 (1760); *AM-RAGA*, VIII, 350-351 (1772).

[208] *ABA*, 2, III, 319-322, 386, 387 (1716-1717); *ASE*, IV, 325 (1785); *AM-RAGA*, X, 40-41 (1773).

[209] *ASE*, III, 435 y 439-440.

[210] *AM-AGN*, XVII, 254-259 y 292-293.

[211] *ASE*, I, 244 (1731); 338-339 (1739), 462 (1745); *ABA*, 3, IV, 468, 475 y 480 (1772) y XI, 262-263 (1797); *AM-AGN*, 257 y 275 (1780).

[212] *ABA*, 2, V, 284-285 y 294. El Cabildo citaba también en su favor la ordenanza 48 y la ley 5, tít. 13, lib. IV de la Recopilación. No conozco el desenlace del asunto.

[213] *ABA*, 2, VII, 232 (1735) y 353 (1736).

[214] Idem, 2, VI, 414-415, 441, 445, 453, 459-460 (1731).

[215] *AM-AGN*, XVI, 468 (1782).

[216] Ejemplos: *ABA*, 2, I, 201 (1703), IV, 159 (1720), VIII, 411 (1743); 3, IV, 258 (1771), VI, 654 (1781). Alguna vez la invocación era sólo a las leyes reales (Idem, 2, II, 492, 657 (1712-1713); *ASJ*, 78 (1784), 121-122 (1797); *ASE*, I, 166 (1730), II, 372 (1763), IV, 470 (1789).

[217] Ejemplos: *ABA*, 2, I, 72 (1701), V, 557 (1725), VIII, 374 (142); 3, III, 457 (1766), VII, 641 (1785); *ASJ*, 42 (1753); *ASE*, I, 457 (1744), II, 237 (1758), III, 378 (1773), IV, 408 (1787); *ARC*, 54 (1798), 260 (1807); 331 (1810).

[218] *ASJ*, 118 (1790).

[219] *AM-RAGA*, II, 93 (1743); 472 (1756); *AM-AGN*, XVII, 377 (1790); *AM-RAGA*, V, 415-416 (1800), IX, 192 (1808).

[220] *ABA*, 2, I, 780 (1707); *ASE*, III, 379 (1774), IV, 438 (1788) y V, 655 (1804).

[221] "La costumbre. S. XVI y XVII" (IV), 2ª Parte, II, 5.

[222] Especialmente en este Cabildo debido al útil trabajo de ordenamiento y estudio de NARANCIO, 110-117.

[223] *ASE*, III, 124 (1770).

[224] Idem, IV, 116 (1780).

[225] *ABA*, 2, VII, 423-424 (1737).

[226] Idem, 3, I, 72 (1751).

[227] *ASE*, V, 384-385 (1800).

[228] *ABA*, 3, VIII, 250-251 (1786).

[229] Idem, 3, VI, 541 (1780).

[230] Idem, 3, IX, 652 (1791).

[231] Idem, 3, VII, 187, 195-197, 199-201 y 203-206 (1783).

[232] Véase "La costumbre. S. XVI y XVII" (IV),2ª Parte, III, 1.
[233] Algunos ejemplos: *ABA*, 2, III, 531 (1718); 3, III, 126 (1763); IV, 120 (1770), 554 (1773), X, 56 (1792) y 4, I, 112 (1802).
[234] *ABA*, 2, I, 109 (1702).
[235] Idem, 2, VIII, 330 (1742).
[236] Idem, 2, II, 205.
[237] Idem, 2, IX, 411 (1748).
[238] Idem, 2, I, 327 (1705), III, 531 (1718).
[239] *ASE*, 443-444 (1744).
[240] *ABA*, 2, IV, 221 (1720); 3, II, 420 (1759); VII, 91 (1782); y 4, I, 217 (1803).
[241] Idem, 2, IX, 410-413 (1748), 507 (1749); 3, I, 11 (1751), 332-333 (1753) y II, 619-620 (1761). En 1779 se volvió a reavivar el conflicto, pero no se aludía a la costumbre (VI, 386).
[242] *AM-RAGA*, III, 302 (1762). Véase asimismo *ABA*, 3, III, 262, 276, 306-307 (1764-1765).
[243] Sobre esto, véase el arancel general de costas expedido por la Audiencia de Charcas en 1727 (*AM-RAGA*, III, 496).
[244] *ABA*, 2, VI, 203 (1730).
[245] *ASE*, III, 179 (1771).
[246] Idem, IV, 29 (1778).
[247] *AM-RAGA*, X, 91-96.
[248] *ABA*, 2, V, 163 (1735), 232 (1735) y 353 (1736); *AM-RAGA*, I, 432 (1737).
[249] *ABA*, 3, IV, 295 (1771) y VI 542-543 (1780).
[250] *AM-AGN*, XVI, 8 (1776); *AM-RAGA*, IV, 283-284 (1777).
[251] *AM-RAGA*, VIII, 228 (1771) y 385 (1773).
[252] *ASE*, V, 241 (1797).
[253] *AL*, 86-88.
[254] *ABA*, 2, III, 227 (1715).
[255] Idem, 2, II, 641 (1713).
[256] Idem, 2, II, 530 (1712).
[257] Idem, 2, 224-228, 249, 355-356 y 360.
[258] Idem, 2, VI, 261-262 y 334-355.
[259] Idem, 2, VI, 347-348 (1731), VII, 320, 326, 329-339 y 406-407 (1736), y VIII, 479 (1744).
[260] Idem, 3, II, 146-147.
[261] Idem, 3, IV, 173-174, 395, 399, 406, 419, 442-443.
[262] LEVENE, *Historia del Derecho*, I, 100. Sobre la preocupación de un oficial real montevideano acerca del pago de la alcabala de un producto no acostumbrado, véase *AM-AGN*, XVI, 235-237 (1780).
[263] Véase "La costumbre. S. XVI y XVII" (IV), 2ª Parte, III, 3.
[264] *ABA*, 2, V, 515-516, 518, 535-544, VI, 24-26, 55-57, 78-79. Los problemas que ocasionó su aplicación: idem, VI, 214 y ss., 242 y ss., 308-309, 370 y ss.
[265] *AM-RAGA*, II, 149-152, 171-172, 180-185.
[266] Idem, IV, 310.
[267] *ASE*, I, 271 (1735), 442 (1744), 502 (1747).
[268] *ABA*, 2, I, 378-380, 417-418 (1705); 3, IV, 124 (1770).
[269] *ASE*, IV, 76-77 y 89 (1779); y *ABA*, 2, VIII, 419 (1743).
[270] *ABA*, 3, II, 647-648 (1761).
[271] *AC*, 53 (1810). Lo mismo, la asistencia de "algunos mulatos libres y mozos" para la atención y provisión de la celebración del día de Corpus Christi (*ASE*, I, 247)
[272] *ABA*, 3, II, 90 (1756), IV, 265 (1771), 571-572 (1773).
[273] Idem, 2, III, 634 (1718) y IV, 252.
[274] *ASE*, II, 487 (1766), III, 23 (1767).
[275] Algunos ejemplos sobre la festividad de Corpus: *ABA*, 2, I, 40 (1701), 269 (1704), IV, 165 (1720); 3, II, 90 (1756), VI, 278 (1778); *AM-RAGA*, I, 297 (1731), II, 11 (1739), VII, 10 (1764), VII, 88 (1766); *AM-AGN*, XVII, 368 (1790); ASJ, 30 (1753); *ASE*, II, 451 (1765), VI, 23 (1806) y 214 (1810).
[276] Ejemplos: *ABA*, 2, VII, 138 (1734), IX, 419 (1748); 3, III, 321 (1764), 682-683, 688-689 (1768), IV, 318 (1771), VI, 299 (1778), 590 (1780), VII, 263 (1783).
[277] Idem, 3, V, 507.
[278] Idem, 3, VI, 690 (1781).
[279] Ejemplos: *ABA*, 2, II, 400 (1711), 655 (1713), VIII, 318 (1742); *AM-RAGA*, I, 316 (1732), 450 (1738), III, 129 (1760); *AM-AGN*, VI, 192 (1804); *ARC*, 253 (1807), 311.
[280] "La costumbre. S. XVI y XVII" (IV), 2ª Parte, IV.
[281] *AM-RAGA*, II, 67.
[282] Idem, II, 43.
[283] Idem, X, 40-41.
[284] Idem, IX, 329.
[285] Véase "La costumbre. S. XVI y XVII" (IV), 1ª Parte, III. También "La costumbre jurídica" (III), VII.
[286] Ley 21, tít. II, lib. II de la *RI*.
[287] *ABA*, 3, III, 284-286.
[288] Idem, 3, III, 472.

[289] Idem, 3, IX, 438-442, 445-446; y *CABA*, II, 45-47.

[290] Las expresiones se repetían. Algunos ejemplos: *ABA*, 2, I, 110-112 (1702), VII, 124 (1734); 3, III, 192 (1763), III, 346 (1766); *ASE*, I, 394-396 (1741); *AM-RAGA*, II, 230, 239 (1748); *AM-AGN*, XVII, 21 (1783).

[291] Parecer del licenciado Eusebio Felises de Molina al Cabildo de Montevideo (*AM-RAGA*, X, 91-96).

[292] *ABA*, 3, IV, 442-443 (1772).

[293] Idem, 3, IX, 539-540 (1791); X, 154-155 (1792).

[294] CASTILLO DE BOBADILLA, II, X, 34..

[295] *ABA*, 2, VII, 232 y 353 (1736). Otro caso en el que se invocó el tiempo que residió en Buenos Aires la primera audiencia, en idem, 2, III, 387 (1717).

[296] Idem, 2, I, 725-728 (1707).

[297] Idem, 2, I, 170-172 (1702); y, 3, X, 154-155 (1792).

[298] Idem, 2, I, 725-728 (1707).

[299] DOMÍNGUEZ VICENTE, I, 42.

[300] Véase *ABA*, 3, VI, 147-150 (1777); 241 (1778), 374-375 (1779), VII, 429-431 (1784), 616 (1785), IX, 187 (1789), 244-245 (1790); y 4, I, 189 (1802).

[301] Ejemplos: *AM-RAGA*, II, 43 (1741); VIII, 226 (1771), 321, 352 (1772), IX, 329 (1809).

[302] Como ejemplos: *ASE*, IV, 224-225 (1782) y 257 (1783); *AL*, 91 (1774), 153 (1779).

[303] Ejemplos: *ABA*, 2, III, 264-265 (1716), V, 515-516 (1725), VII, 329-330 (1735); 3, I, 72 (1751), X, 61 (1792); *AM-RAGA*, II, 289-290 (1750), 401 (1754); *ASE*, I, 65-66 (1727), II, 17 (1748), IV, 419 (1788) y V, 388 (1800); *AL*, 172-175 (1781).

[304] *ABA*, 3, VI, 147-150 (1777).

[305] Idem, 3, VII, 381.

[306] *ASE*, I, 394-396 (1741).

[307] Como ejemplo: *ABA*, 2, 441 (1732), 3, III, 284-285 (1765).

[308] Véase *ABA*, 2, II, 197-198 (1709), VI, 441 (1732); 3, IV, 84 (1768), VI, 197 (1778), IX, 190-192 (1789); X, 439-444 (1794).

[309] Idem, 3, III, 284-286 (1765).

[310] Idem, 3, V, 121 (1774) y IX, 190-192 (1789).

[311] Idem, 3, IX, 188 (1789).

[312] Idem, 3, X, 23-27 (1792).

[313] Véase idem, 2, I, 714-715 (1707), V, 240-242 (1724), VI, 45 (1729), VII, 329-331 (1736); 3, III, 310-311 (1765), IV, 93-95 (1764); VII, 429-431 (1784), IX, 652 (1791); y 4, I, 116 (1802).

[314] Idem, 2, V, 420-422 (1724).

[315] Así como los alfereces reales (idem, 2, I, 721-723 [1707]).

[316] Idem, 3, VII, 429-431 (1784).

[317] *ACa*, 53.

[318] *ABA*, 3, III, 58.

[319] Idem, 2, VII, 134.

[320] *AM-AGN*, XVI, 45-46.

[321] *ASE*, V, 551. Para los años posteriores, véase idem, 607-608, 702 y VI, 25 y 172.

[322] *ABA*, 3, IX, 538-539.

[323] Idem, 3, II, 145, 262 y 264 (1756-1757).

[324] Idem, 3, III, 496 (1767).

[325] RAH, Colección Mata Linares, LIV, 274-275 (1795).

[326] *ASE*, IV, 346 (1785).

VI

ELEMENTOS CONSUETUDINARIOS EN LA *POLÍTICA INDIANA* DE SOLÓRZANO

Publicado en la *Revista de Historia del Derecho*, núm. 15, Buenos Aires, 1987, pp. 469-502.

Sumario: I. LA POLÍTICA INDIANA EN EL MARCO DE LA LITERATURA JURÍDICA DEL BARROCO. II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA INSERCIÓN DEL FENÓMENO CONSUETUDINARIO EN LA OBRA. III. LOS VOCABLOS CONSUETUDINARIOS EMPLEADOS. IV. CONCEPTO Y VALORACIÓN. APOYOS INVOCADOS. V. REQUISITOS Y FUERZA. BUENAS Y MALAS COSTUMBRES. VI. LA COSTUMBRE EN EL ESPACIO. 1. Costumbres locales, generales y universales. 2. Las costumbres indígenas. VII. LA COSTUMBRE EN EL TIEMPO. CONSERVACIÓN Y DEFENSA. MUTABILIDAD DE ESOS ELEMENTOS. VIII. RELACIONES JURÍDICAS SOMETIDAS AL INFLUJO CONSUETUDINARIO. IX. CONSIDERACIONES FINALES.

La contribución que hoy presento enfoca el fenómeno consuetudinario desde una óptica particular y viene a completar anteriores aportes que he realizado sobre el tema. En los estudios hasta ahora publicados, escasa atención ha merecido la recepción de la costumbre en la literatura jurídica de la época[1], aun cuando el camino ya había sido sugerido por quienes me precedieron en este orden de estudios. Así Rafael Altamira, al proponer la elaboración de un inventario de las costumbres indianas, señaló como fuente digna de examen a las obras de los juristas y especialmente la *Política Indiana* de Solórzano. No en balde expresó entonces sus deseos –que lamentablemente no pudo cumplir– de dedicarle una monografía a ese asunto, una vez finalizado el plan de investigaciones que estaba desarrollando[2]. Me resulta muy grato, por cierto, seguir en esta ocasión el rumbo marcado por el maestro español.

Una cuidadosa lectura de la *Política Indiana* me estimuló a abordar el tema, convencido del interés que ofrece, aunque también advertido de las dificultades que presenta. En efecto, la costumbre jurídica indiana no fue desarrollada de modo orgánico por ninguno de los juristas de entonces, aunque sí fueron aplicados los conocidos principios provenientes de los derechos común y castellano, con las adaptaciones requeridas por el desenvolvimiento jurídico producido en el Nuevo Mundo. Esto significa que el examen del tema debe hacerse bajo ciertas condiciones especiales, teniendo en cuenta el método y orientación de la literatura jurídica de la época. Obstaculiza, sin duda, esta pretensión el aún escaso conocimiento que tenemos sobre la misma[3].

Esta aseveración incluye a la obra principal y más difundida, como lo es la *Política Indiana*. De su autor falta una biografía completa, acorde con su fama e influjo[4]. No ha sido posible hasta ahora conocer profundamente la personalidad de Solórzano, pese a su larga actuación pública en el Perú y en la Península. Quienes han estudiado aquella obra –producto de la madurez intelectual del autor– lo han hecho casi siempre desde un punto de vista externo, o sólo de modo parcial, sin penetrar en sus métodos, fuentes, elementos[5]. Hay una reciente excepción[6]. Dos de los mejores trabajos al respecto no tienen orientación ni pretensión jurídica: uno estudia con amplitud las ideas políticas[7] y el otro está elaborado desde la perspectiva de la historia general[8].

No me propongo ahora subsanar esta falencia, tan sólo deseo advertirla, para de este modo justificar que dedique los dos párrafos iniciales de este trabajo a exponer unas breves consideraciones sobre la ubicación de la *Política Indiana* en la literatura jurídica de la época y a determinar el alcance que debemos conceder a los elementos consuetudinarios insertos en la obra[9].

I. LA "POLÍTICA INDIANA" EN EL MARCO DE LA LITERATURA JURÍDICA DEL BARROCO

La *Política Indiana*, como es sabido, se elabora y publica en un momento histórico en que el Derecho Indiano estaba ya suficientemente desarrollado, aunque sus elementos aparecieran dispersos, tanto en el orden legislativo como en el doctrinario. Solórzano, al disfrutar de una buena perspectiva, fue el arquitecto intelectual que trazó con mano firme en el papel las líneas fundamentales de ese orden jurídico. Lo hizo en un tiempo en que la Monarquía española recibía el fuerte ataque de otras potencias europeas, de modo tal que naturalmente en la obra soma una finalidad apologética, que trata constantemente de resaltar los derechos de la Monarquía a su dominio político y de articular su defensa territorial[10].

Desde el punto de vista jurídico, el libro de Solórzano se enmarca dentro de una literatura, basada en la controversia de opiniones, desarrollada en torno a casos reales o supuestos, mediante el discurso dialéctico. No era, sin embargo, la *Política Indiana* un mero fruto tardío del *mos italicus*, sino que aparecía fortalecida por el influjo del humanismo, por una actitud decididamente renacentista y hasta por un incipiente impulso racionalista. Veamos.

El humanismo[11] asomaba en el recurso a la historia y a la filología, tan abundante en algunas materias, y en la búsqueda de la belleza expresiva[12]. La actitud renacentista se reflejaba en su decisión de aplicar antiguos y modernos criterios de una realidad nueva y de esta manera dar al fenómeno jurídico una categoría conceptual propia distinguiéndolo del europeo[13]. También lucía aquella actitud en la estimación de lo propio y coetáneo frente a lo extranjero y antiguo[14]. Por último, los aprestos racionalistas apuntaban en los moderados esfuerzos metódicos que se perciben en la construcción de la obra, en ciertas precisiones conceptuales y en la misma pretensión, expresada en la portada, de ofrecer una "obra escrita con el *método, claridad* y lenguaje que por ella parecerá"[15].

Solórzano era un jurista pragmático que había plasmado su experiencia indiana como oidor de la audiencia de Lima y más tarde como fiscal y ministro del Consejo de Indias. Aunque el meollo de esa experiencia y por lo tanto de su enfoque se centra en el Perú, su visión tiende a extenderse hacia el resto de las provincias, aprovechando su contacto con los negocios en el supremo gobierno. Esto mismo queda resaltado en su obra. Pérez de Tuleda caracteriza a la misma como "representativa de un peculiar pragmatismo jurídico, de base histórico-positiva, que representa, en este aspecto, como un polo opuesto del racionalismo jurídico de base teologal, que tan brillante despliegue conociera gracias a la genialidad del siglo XVI español"[16]. La diferencia de época y las peculiaridades de su trabajo intelectual explican el contraste.

La *Política Indiana* aborda las distintas cuestiones con rigor conceptual, relacionándolas en torno a los casos reales o supuestos, articulando las distintas opiniones con sus argumentos, de manera abundante y a veces exhaustiva. No siempre Solórzano deja entrever su preferencia por la solución del asunto, ya por considerarla dificultosa, ya por estar pendiente de resolución del Consejo. Este andar cauteloso, que sopesaba morosamente los argumentos, era propio del saber casuista, en el entendimiento que la decisión final de los casos que se fuesen presentando debía ajustarse a las circunstancias y calidades que le eran peculiares, sin atenerse rígidamente a unas soluciones prescriptas con antelación. De ahí que aquel amplio despliegue de argumentos dentro de cada opinión sirviera para proporcionar material de reflexión a quien, en definitiva, debía decidir cada caso.

En la fundamentación de sus propias opiniones y en la articulación de las ajenas, Solórzano utiliza los más diversos elementos, sin atenerse a ningún orden de prioridad.

Esos elementos pueden reducirse a los siguientes: a) las leyes reales, tanto las castellanas como las indianas, incluyendo las expedidas por los órganos superiores de gobierno y por las autoridades residentes en suelo americano; b) la costumbre castellana, indiana e indígena en sus diversos niveles y matices, como indicaremos en este trabajo; c) el Derecho común, civil y canónico, tanto en los textos legislativos, como en las costumbres y las opiniones de los juristas[17]; d) las decisiones judiciales, provenientes de tribunales seculares y canónicos de Castilla e Indias y de otros reinos; e) las obras indianas de cualquier género, en cuanto brindan la adecuada información; y f) la experiencia propia.

Nuestro jurista utiliza y valora estos elementos de acuerdo al caso que se ofrece, usando a veces varios de ellos convenientemente ensamblados, otras veces dando preeminencia a alguno en especial. El discurso se apoya también –conforme a los modelos de la época– en los ejemplos o símiles, y en los lugares comunes o reglas vulgares de derecho. A veces es ilustrado con adagios, apotegmas o emblemas que le otorgan articulación, erudición y convincente solución.

Destacado lugar en este discurso ocupa la opinión de los doctores, ya del Derecho Común, ya del castellano o del indiano, que sirve para apoyar en lo principal o en lo accesorio los argumentos ofrecidos. A la fuerza de estos autores, bien pronto se sumó la autoridad que emergía del propio Solórzano, engarzado con los anteriores, pero brillando también con cierta luz propia. Al proyectarse esta situación sobre el mundo jurídico indiano no es aventurado percibir la subsistencia con algún vigor –atemperado sin duda, por la legislación– de un "derecho de juristas", que no se limitaba al comentario legal, sino que a través del discurso dialéctico establecía preceptos que alcanzaban fuerza por el prestigio y autoridad que emanaba de esos doctores, más allá de su innegable influjo en la elaboración legislativa.

Esta cuestión no ha sido, según creo, hasta ahora debidamente examinada ni destacada. En general, quienes se han ocupado de la ciencia jurídica indiana han puesto de relieve su papel en la elaboración legislativa, en el estudio científico del Derecho y en la aplicación de las leyes, pero no han apuntado el posible valor de la doctrina en sí misma como precepto con fuerza jurídica[18]. Aunque sin posibilidad de desarrollarlo en esta ocasión[19], es importante mencionar aquí este asunto por la conexión existente entre estos elementos consuetudinarios y la elaboración de las opiniones de la jurisprudencia casuista, tal como enseguida se advertirá.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA INSERCIÓN DEL FENÓMENO CONSUETUDINARIO EN LA OBRA

Los elementos consuetudinarios, según vimos, integran ese complejo y abigarrado conjunto de fuentes que convergen en la *Política Indiana* a través de opiniones y argumentos propios y ajenos. Al examinarlos separadamente no puede suponerse que constituyen una fuente formal del Derecho con cierta autonomía, a la manera en que la concibe la Dogmática jurídica de nuestros días. La costumbre no puede apartarse asépticamente de las restantes fuentes del Derecho, sino que debe examinarse insertada siempre en el meollo jurídico, de modo inescindible y engarzada al contexto social, en donde se nutre.

Peligrosa sería pues la aspiración de sistematizar la doctrina consuetudinaria contenida en la *Política Indiana* mediante un simple proceso de abstracción. Solórzano no se propuso ofrecer una visión conceptual de las fuentes del Derecho positivo, ni por consiguiente una esmerada diferenciación entre unas y otras. Tampoco se advierte su intención de hacer una valoración genérica de aquella fuente. Esta sólo aparece con

relación a casos y materias determinados, aun cuando a veces, como veremos, fuese muy expresiva. Su meta era la realización del Derecho y no la construcción de un ordenamiento sistemático. Entiéndase bien, el ordenamiento y consolidación que significa la obra de Solórzano se plasma de acuerdo al método de la jurisprudencia casuista, sin perjuicio de que encontremos huellas que denotan un esfuerzo sistemático. Me parece pues que, en este sentido, cierto reproche de Altamira está cargado de visos dogmáticos y carece de comprensión histórica[20].

La costumbre suele aparecer invocada por una o dos opiniones en pugna, de las que Solórzano da cuenta prolijamente, conforme al estilo de razonar del jurista de entonces. De tal manera, inclinándose el autor por una de esas opiniones –a veces por ninguna– no puede adjudicársele lo que consta efectivamente en la obra, pero por cuenta de terceros. Por sólo la admisión o rechazo de una opinión, con invocación consuetudinaria, no puede deducirse en Solórzano la aprobación o negación de dicha costumbre, ya que lo que resulta motivo de ese juicio es el conjunto de la argumentación, en donde aquélla está insertada y no cada una de las partes que la componen. Pero el hecho de que los elementos consuetudinarios sean admitidos en la disputa dialéctica –con cierta frecuencia y a veces con relieve– patentiza su importancia, reconocida por cierto a través de expresiones propias del autor, que recogen a su vez otros textos y autoridades.

No sería extraño tampoco que, forzando el encasillamiento de la cuestión, bajo un exacerbado rigor conceptual, nos encontremos con que la exteriorización de la costumbre en un caso es coherente con la solución dada, pero incoherente con la invocación o rechazo de la misma en otra oportunidad. Esto no puede llevarnos a afirmar que se trata de una contradicción, porque tal calificativo sólo podría aplicarse válidamente si el autor hubiese pretendido articular un sistema normativo.

Estos recaudos deben servir para no incurrir en la pretensión de buscar en las páginas de Solórzano juicios generales, otorgando a la costumbre un valor determinado con relación a la ley, o a la opinión de los doctores. Aquélla actúa, junto a los restantes elementos, como una fuerza convergente, más o menos peraltada, según los casos y circunstancias. No obstante, aprovecharé algunos giros o expresiones para advertir ocasionales equiparaciones, que deben ser siempre admitidas con extrema cautela.

El recordado trabajo del maestro Altamira es una buena muestra de las limitaciones con que tropieza, en nuestro tema, toda indagación histórica que sólo esté iluminada por la Dogmática jurídica. Su encomiable empeño y buen manejo de conceptos actuales lo lleva a establecer divisiones y precisiones –con los consiguientes interrogantes, dudas e hipótesis– que no logran superar el mero ejercicio exegético, ni le permiten establecer las etapas de formación y consolidación de la costumbre hasta llegar a convertirse en ley o ser derogada por ésta, pues la preocupación ordenadora y clasificatoria del Derecho actual no existía entonces en la misma medida. Así una costumbre admitida por ley, o una costumbre originada en una ley cuya memoria se había desdibujado o perdido, continuaba manteniendo el carácter de tal, aunque la aplicación rigurosa del concepto actual de costumbre indique lo contrario, como el propio Altamira lo reconocía[21].

La adhesión a la costumbre que veremos manifestarse en Solórzano a través de su frecuente invocación, no es a todas luces una actitud singular. Representaba, en primer lugar, la fidelidad de los juristas a la concepción del Derecho Común y al texto de las Partidas –que constituían el núcleo de su formación y preferencia intelectual– en contra de la actitud recelosa del Derecho real, que no obstante también se servía de aquélla. Pero además significaba la admisión de una categoría nueva con el fenómeno indiano que, como es sabido[22], vigorizó la costumbre hasta convertirla en estimable fuente de derecho, aun en el propio campo legislativo, como lo demostró acabadamente Altamira en su minucioso examen de la Recopilación de 1680.

Por último, cabe apuntar que la valoración de los elementos consuetudinarios en Solórzano no es ajena a su ideario político-jurídico. En efecto, Solórzano se nos presenta como "un espíritu conservador", partidario de una continuidad histórico-política, respetuoso de las instituciones antiguas, asentadas sobre la Religión y la Monarquía y contrario a toda brusca ruptura con lo tradicional[23]. Su tarea principal era conservar lo adquirido, como él mismo lo enfatizaba al recordar una antigua opinión en el sentido de que "no se tiene por menor, sino por mayor virtud, valor y prudencia, el saber conservar y amplificar lo ganado que el adquirirlo"[24]. Como veremos más adelante, esta actitud no era inmovilista ni regresiva dada la presencia de otros recursos dinámicos.

Dentro pues del marco ideológico que ofrece el Barroco hispánico y a su vez dentro de las características de la literatura jurídica de la época cabe examinar y apreciar la incidencia de los elementos consuetudinarios en esta encumbrada obra del Derecho indiano.

III. LOS VOCABLOS CONSUETUDINARIOS EMPLEADOS

Algunas voces-claves nos permiten exhumar los elementos consuetudinarios insertos en la *Política Indiana*. Sobre aquéllas ya trabajó meritoriamente Altamira, intentando superar el cerco que le imponían desde el punto de vista lingüístico los diccionarios académicos de hoy, y desde el punto de vista conceptual, los actuales criterios jurídicos. Así fue como, con precariedad de medios, aunque con indeclinable criterio e ingenio, procuró alcanzar el significado propio de los vocablos en la legislación indiana en todo aquello que diferían de las acepciones hoy admitidas[25].

De aquellos vocablos, cuatro se agrupan en primera línea: *costumbre, práctica, estilo* y *uso*. Sin descuidar por cierto a otros que, en menor proporción, pueden contener sustancia consuetudinaria, como *forma, modo, manera* y aun *orden*; y no olvidando el valor que encierran los verbos *introducir, guardar* y *observar* en juego con algunas de aquellas voces, mencionadas expresa o tácitamente.

Todos estos vocablos aparecen frecuentemente en la *Política Indiana*, siendo *costumbre, práctica* y *uso* los más repetidos, en número superior a las 400 veces cada uno. En cambio, *estilo* no alcanza a un centenar. Un examen detenido de cada uno nos lleva a advertir que son utilizados en la obra en toda su riqueza y variedad idiomática, de modo tal que debemos reducir nuestro enfoque a aquellas acepciones de sustancia consuetudinaria.

La voz *costumbre* tiene en la obra, por lo general, un claro sentido de norma jurídica. Pero también se le utiliza para designar el hábito adquirido a ejecutar una misma cosa continuamente; y la inclinación y calidad que reside en algún sujeto –persona o comunidad–. Aunque nuestra atención se centra en aquella primera acepción, no puede desconocerse cierto matiz jurídico consuetudinario en las otras dos. Es más, a veces la distinción no aparece nítidamente, como cuando Solórzano se ocupaba de la enseñanza política y cristiana de los indios. En este caso, el vocablo se nutre de un contenido sociológico y jurídico, muy difícil de separar[26].

Varias acepciones también se encuentran en el vocablo *práctica*. Alrededor de un tercio de las veces aparece con un sentido de norma consuetudinaria, equivalente a uso, costumbre o estilo[27]. Pero mucho más frecuente es la utilización en el sentido, también jurídico, de aplicación de un precepto legal o doctrinario en general, comprendiendo en ello algunas pocas menciones al estilo o modo de decidir de un tribunal[28]. Otras dos acepciones, no del todo desvinculadas de las anteriores, pero que pueden separarse con cierta claridad, completan la utilización del vocablo en la obra. Una, que indica el

ejercicio o actual ejecución, conforme a las reglas de algún arte o facultad, que enseña a hacer alguna cosa, como consiguiente a la teórica; y otra, que alude al modo o método que particularmente observa alguno en sus operaciones. Naturalmente en este trabajo sólo he de considerar la primera de las acepciones, aunque sin dejar de reconocer, y también utilizar, alguna de las otras cuando su enlace con nuestro tema así lo aconseje.

La voz *estilo* es menos utilizada. La mayoría de las veces aparece con sentido equivalente a norma jurídica[29]; con menos frecuencia alude a la manera de proceder de un tribunal, y muy escasas veces apunta al modo genérico de obrar.

El vocablo *uso* es utilizado generalmente con un sentido distinto al que buscamos. Con frecuencia se lo hace significando el goce o disfrute de alguna cosa y, en menor medida, como el ejercicio de un oficio, o la utilización de un medio o recurso. Son más escasas las veces en que se perfila el sentido consuetudinario. Así cuando se refiere al uso o no uso de determinada norma. También cuando se le da el alcance de goce consuetudinario de un privilegio o concesión, acompañando o reemplazando a la voz *costumbre* y significando el modo de obrar introducido que ha adquirido fuerza jurídica[30].

No se ofrece en la *Política Indiana* una nítida distinción entre *uso* y *costumbre*, como lo hacían las Partidas, lo puntualizaba Gregorio López o lo exponía Castillo de Bobadilla –por mencionar textos representativos y difundidos– en el sentido de que el *uso* aparecía como el acto antecedente y la causa de la costumbre. Más bien la utilización indistinta de ambos vocablos nos lleva a observar antes una preferencia literaria que una verdadera distinción jurídica, de la misma manera que Altamira lo comprobó en la Recopilación de 1680[31].

De las demás palabras mencionadas debemos valernos con mayor cautela aún, pues el sentido consuetudinario aparece sólo en determinadas oportunidades –como en *modo* y *forma*– y a veces es preciso la compañía de aquellas voces para darles el alcance que interesa destacar en este trabajo[32].

Excepcionalmente Solórzano utiliza de manera indiferente los vocablos *prescripción* y *costumbre*, pues reconoce que la asimilación sólo es aplicable al caso que trata[33]. Por último, cabe señalar que la voz *fuero* no aparece con significado consuetudinario.

Las palabras que venimos mencionando, con alguna frecuencia se hallan integradas dentro de una misma oración o párrafo[34]. En unos casos, la reiteración constituye un pleonasmo, en otros sirve para evitar la repetición de la misma voz, no faltando tampoco la oportunidad en que cumplen con una misión específica dentro del párrafo respectivo, o sirven para resaltar el carácter de una afirmación.

IV. CONCEPTO Y VALORACIÓN. APOYOS INVOCADOS

Desde la perspectiva de Solórzano, plantearse la posibilidad de hacer una gradación de las fuentes del Derecho era seguramente tarea artificiosa y hasta perjudicial, pues podría llevarlo a un encasillamiento que hiciera incómoda la libre utilización de aquéllas según los requerimientos de los casos planteados. De ahí que cabe hacer la ubicación y valoración de la costumbre en base a algunas inferencias cautelosamente manejadas.

Es por cierto altamente sugestivo que en diversas ocasiones y temas menciona la ley y la costumbre en un mismo plano, y sin profundizar la cuestión. Lo hace tanto cuando allega opiniones ajenas como cuando formula las propias. A veces refiriéndose a tópicos muy amplios, hasta universales, como la manera de regir de los romanos[35], la variedad de las gentes[36] y provincias[37], la vida del hombre en las ciudades[38], la sujeción de los aborígenes a la civilización cristiana[39], la conservación de los reinos[40]. En otras ocasiones, al considerar problemas concretos, ya del Derecho secular, ya del canónico.

Entonces aparece la equivalencia de la ley, privilegio, ordenanza, estatuto o Derecho con la costumbre[41].

Rara vez esta equiparación es objeto de mayor desarrollo. Lo hace, por ejemplo, cuando al referirse al Real Patronato de las Indias sostiene que aun cuando no se hallara la bula y privilegio que lo había concedido "ya no se podía poner cerca del en duda el derecho de nuestros Reyes, pues vemos le han tenido y usado inconcusamente por espacio de tantos años, desde que descubrieron las Indias, lo cual les bastará para haberle *adquirido en fuerza de costumbre o prescripción*. Pues es cierto que *ella puede dar y obrar lo mismo que el privilegio* según la más cierta y recibida opinión..."[42].

Se hace difícil, en razón de lo expuesto, determinar con carácter absoluto el alcance que Solórzano concede a la costumbre. En todo caso el intento podría llevar a forzar una definición. Sin embargo, puede señalarse que, según se comprueba, otorga a aquélla un amplio alcance en los casos que va resolviendo, pudiendo llegar su fuerza a contradecir la ley. Esto último lo pone especialmente de manifiesto cuando se trata de bulas y breves pontificios y otros textos canónicos[43].

La importancia concedida a la costumbre se acrecienta en algunas materias –como en las cargas y tributos[44]– y en lo relativo a la adquisición de derechos o atribuciones[45]. Asimismo en la regulación de determinados actos y procedimientos[46]. Cuando aborda algunos casos puede advertirse la fuerza expresiva que alcanza su pluma en este sentido. Así sostiene que, en una oportunidad, actuando como fiscal del Consejo de Indias defendió la costumbre introducida en Indias de que pudieran ordenarse de sacerdotes los mestizos ilegítimos "por la fuerza que esa tiene en todas las cosas, con que nos pone en obligación de seguirla y de pensar que tuvo suficientes títulos y razones para fundarse y continuarse"[47]. Admitía en otra ocasión que en favor de la tesis de que los reyes puedan conceder encomiendas futuras "no tengo mejor Auto que alegar, que la frecuente *costumbre* que tienen en concederlas..., la cual *práctica* y *observancia*, continuada por tanto tiempo, y en tantos actos, pasada y aprobada por Consejeros tan doctos y graves, como de ordinario tienen los Reyes, pone el punto fuera de toda duda y escrúpulo..."[48]. En fin, considera como agravio y falta de justificación denegar lo que "siempre se ha *acostumbrado* conceder"[49].

Sin embargo, en algunos casos excepcionales, se anticipa a negar valor a la posible costumbre en contrario[50] aunque sea inmemorial, en este caso para defender a los indios de la eventual exigencia de que tuviesen que llevar sus tributos fuera del lugar de su residencia[51].

Consideraba, por último, a la costumbre como "la más segura glosa de todas las leyes" en caso de duda, o como la "mejor y más fiel intérprete de cualquier privilegio" no necesitándose recurrir al Príncipe para la explicación del punto dudoso, "porque se presume que él quiso y entendió lo mismo que *la costumbre u observancia* fue introduciendo y practicando..."[52].

Los elementos consuetudinarios son expuestos por Solórzano de ordinario con el apoyo de determinadas razones, propias o ajenas; ejemplos o símiles traídos de otras instituciones análogas[53]; opiniones de autores del Derecho común[54]; leyes romanas, canónicas y reales[55]; prácticas o costumbres provenientes de otras naciones[56], de los pueblos indígenas o de la vida indiana[57]. Para probar tan variados apoyos, remite a un nutrido elenco de autores antiguos y modernos que "testificaban" –vocablo que gusta utilizar– acerca de aquellas costumbres, prácticas o estilos[58]. A veces, cuando se trata de alguna relativa a las Indias o el Perú, el mismo Solórzano se encarga de "testificar"[59].

V. REQUISITOS Y FUERZA. BUENAS Y MALAS COSTUMBRES

Al igual que en los temas anteriores, tampoco en éste Solórzano enuncia, de manera general, los requisitos de la costumbre indiana, ni los examina en particular al tratar de cada uno de ellos. Actúa en esta cuestión con amplia libertad y más bien son pocas las veces que alude a estos requisitos, señalándolos solo cuando, a su juicio, la naturaleza del asunto lo hace necesario. En términos generales y con las peculiaridades que enseguida veremos, sigue la doctrina clásica en la materia, proveniente del Derecho común, recogida en las Partidas y desarrollada por autores más modernos. Según ésta, los requisitos externos eran la pluralidad de actos, una determinada antigüedad, la publicidad o ánimo de inducir costumbre y el consentimiento o tolerancia del legislador. En cuanto a los requisitos internos se exigía que fuese racional, no contraria a Dios, al rey, al Derecho natural ni a la utilidad común[60].

La peculiaridad de la *Política Indiana* determina que sólo podamos recoger, con gran cautela y de manera necesariamente incompleta, algunos de los principios que Solórzano fue exponiendo a través de la casuística y en el curso de la argumentación dialéctica. Pero aún así su valor, insisto, es relativo, pues según la materia, el caso y el propio discurso en donde se inserta, los requisitos exigidos son objeto de diferente examen y valoración.

Solórzano hace muy frecuente hincapié en la antigüedad de la costumbre[61], pero la mención es escueta y ambigua. Sólo en un caso, al decir que "esa *práctica y costumbre* parece ser antigua" la data en 1543[62]. En dos ocasiones llega a sostener que la costumbre podía sólo sustentarse en su antigüedad[63]. En otra oportunidad destaca la importancia del "uso y larga observancia" para dar fuerza al título pontificio[64]. Pero no deja de recoger en el desarrollo de una controversia el argumento de que la costumbre "mientras más antigua es más dolorosa y pecaminosa, como nos enseña el Derecho"[65]. En otro pasaje, en fin, alega en favor de la observancia y continuación de una costumbre "aún cuando no se hallara con tanto apoyo del derecho común, ni prescripta por el transcurso de tan largo tiempo"[66].

En cierta ocasión, recogiendo la opinión de algunos autores, sostiene que sólo cuando la costumbre fuese inmemorial y legítimamente prescripta tiene "fuerza de concesión y de privilegio", supliendo otros defectos y requisitos[67]. Sin embargo, algunos derechos no pueden adquirirse por costumbre, aunque ésta fuese inmemorial[68].

La pluralidad de actos como requisito exigible para la costumbre aparece de modo implícito, bajo las palabras "antigua costumbre", pero no es regularmente expresada o atendida. Sólo en dos ocasiones señala Solórzano que determinada costumbre se debía observar "donde se probase y estuviese acompañada de actos que basten a introducirla..."[69]; y en otra, al valorarla, incluye los "tantos actos" que la habían introducido y continuado[70]. En sentido análogo exige actos contrarios para derogar las cédulas por no uso[71] o aprecia una costumbre desarrollada "sin contradicción alguna"[72].

El consentimiento o tolerancia del legislador tampoco aparece frecuentemente señalado como condición de su validez. Algunas veces Solórzano recurre a la "ciencia y paciencia de los gobernadores"[73], al "tácito o expreso consentimiento del Príncipe"[74], a la tolerancia del Pontífice[75], o a la aprobación de "consejeros tan doctos y graves, como de ordinario tienen los Reyes"[76], para afirmar la fuerza y validez de la costumbre. Exige sí la "ciencia y tolerancia del Príncipe" para derogar las cédulas por no uso[77] pero admite que una costumbre estaba asentada "sin intervenir autoridad ni confirmación real..."[78].

Ninguno de estos requisitos extrínsecos podía dar sustento a la costumbre si ésta carecía de fuerza intrínseca. Así dice Solórzano que "lo que en sí es totalmente injusto, falto de razón, improbable o pecaminoso, no se puede defender por ninguna *costumbre* o *prescripción*, por antigua y continuada que sea, porque no se ha de mirar lo que se ha hecho, sino lo que se ha debido hacer, como está dispuesto en derecho"[79].

Esto nos lleva a apuntar otro tópico presente en el pensamiento de Solórzano: la distinción entre *buenas* y *malas* costumbres. Si desde un plano teórico y siguiendo las anteriores expresiones de nuestro jurista, podemos establecer que malas costumbres son aquellas contrarias a razón, justicia y utilidad común, en el terreno de la realidad y en el entretejido de la casuística, estas valoraciones tienden a perder nitidez.

La calificación de costumbres *malas*[80], *depravadas*[81], *diabólicas*[82] o de *corruptelas*[83], no aparece en la pluma de Solórzano seguida de mayores explicaciones, ya sea porque deja suponer su notoria inconveniencia, ya sea porque su arraigada convicción sobre esa calificación le inclina a considerar innecesaria cualquier fundamentación. Sin embargo, en alguna ocasión su discurrir es más explícito. Así cuando se refiere al servicio personal en las encomiendas, luego de considerarlo como mala costumbre y de señalar que se habían despachado varias cédulas para extirparlo, agrega: "De manera que de lo que injusta y tiránicamente se ha hecho, o hace contra la voluntad Real, y las formas que sobre esto ha dado ya repetidas, no se puede sacar argumento: pues no se ha mirar lo que se ha hecho, sino lo que según leyes y justicia se ha debido hacer y observar; y los tiranos abusos de alguna Provincia no mudan el derecho que con prudencia y vigilancia para ella, y para todas se ha establecido"[84]. Planea sobre estas líneas un estudiado entusiasmo por la "voluntad real", equilibrado por esa trilogía "leyes, razón y justicia", que se sobrepone en la consideración de la norma consuetudinaria.

La *mala* costumbre es difícil de enmendar o extirpar. Esta idea asoma en la *Política Indiana*[85] como un hecho derivado de la naturaleza de las cosas –no en balde aquel antiguo adagio: "Costumbre buena o costumbre mala, el villano quiere que vala"[86]– y como fruto de la experiencia indiana del autor. La extirpación es dolorosa y –en un caso– no pudo hacerse "sin causar alguna novedad y turbación"[87]. Cuando no se puede quitar del todo sin peligro –establece– "es sano y prudente consejo el tolerar y disimular, mejorando las cosas en lo que el estado de ellas buenamente lo permitiese"[88].

Determinadas costumbres son más difíciles de valorar. Acudamos al ejemplo de los contratos usurarios de los mercaderes indianos. Puesto frente al problema, Solórzano afirma que "no es mi intento condenar del todo por *mala* la que en cada Provincia, según los aprovechamientos y usos de ella, estuviese introducida y calificada por lícita por Teólogos graves, y como tal tolerada por la justicia...". Agrega que "estas *costumbres* o tolerancias muchas veces pueden y suelen excusar el pecado, y siempre bastan para escusar del todo su pena..."[89]. El norte ético cedía aquí ante el requerimiento pragmático, dejando la solución casuística al cuidado del moralista. De tal modo, la costumbre podía redimir, eventualmente, su inicial condenación.

VI. LA COSTUMBRE EN EL ESPACIO

1. Costumbres locales, generales y universales

El carácter particular de la costumbre se manifiesta en diversos pasajes de la obra, ya en palabras del propio Solórzano, ya en citas de otros autores, ya en el curso de controversias dialécticas. Respondía ello a una antigua concepción según la cual "no menos diferentes suelen ser las *costumbres* de cada Región, que los aires que las bañan y los términos que las dividen"[90].

De ahí que nuestro autor afirmara reiteradamente que cada ciudad, provincia o iglesia se debía gobernar por leyes y costumbres particulares que se ajusten a ella[91]; y hasta llegase a sostener que en algunos casos "las leyes, *costumbres y observancias* que son y se llaman *locales*, no se deben extender a otras Provincias" de las mismas Indias[92]. Esto no impide que en algunos casos refiera costumbres generales del Nuevo Mundo, aunque también establezca excepciones o prácticas particulares[93].

Esta característica de la costumbre indiana se atemperaba, sin embargo, ante la posibilidad de recibir costumbres de otras provincias o reinos. Así Solórzano al comentar la ordenanza 13 de 1636 del Consejo –sobre mantener en el gobierno indiano el estilo y orden de Castilla– afirma que las costumbres que "se hallasen legítimamente introducidas, prescriptas y observadas en el Reino antiguo, se han de guardar y practicar en el que de nuevo se uniese e incorporase en él accesoriamente...", como era el caso de las Indias con relación a Castilla[94]. Esto seguramente lo lleva a invocar con frecuencia la costumbre de España –así prefiere denominarla[95]–, para apoyar u orientar una solución indiana[96], para diferenciarla de lo que se observa en el Nuevo Mundo[97], o aun para advertir que aquélla se ha extendido al suelo americano por medio de cédulas particulares[98].

El horizonte de Solórzano no se agota empero en estas invocaciones y remisiones. Su elenco consuetudinario comprende muchos países y regiones, a veces citados con una excesiva generalidad, como cuando alude costumbres generales de todo el mundo o de todas las naciones[99], de toda la Cristiandad[100] o aun del Derecho común[101]. Otras veces, la invocación se localiza en algún reino europeo[102]. No falta la mirada hacia el pasado, con la consiguiente referencia a una antigua costumbre, ya fuese de la propia España[103], de la Iglesia[104] y muy especialmente de los romanos[105], cuyo Imperio era el mejor modelo político. En muchos casos la precisión no es de rigor.

En la *Política Indiana*, como se aprecia, está inocultablemente presente la idea de *variedad*, idea que el Barroco profundiza[106]. Variedad de las provincias, las gentes, las lenguas, la producción de la tierra. Variedad también en los informes, opiniones, ánimos, pareceres y situaciones. La diversidad alcanza, en consecuencia, a costumbres y leyes[107]. La pluma de Solórzano registra con frecuencia, aunque casi siempre de modo incidental, tan vasta riqueza expresiva. Alguna vez lo asienta con mayor precisión, como cuando afirma que los casos "se alteran y varían según la diferencia y variación de sus calidades y circunstancias"[108]. Era un modo de pensar generalizado, acaso tan popularizado que el conocido refrán "En cada tierra su uso y en cada caso su costumbre" sino fue entonces ciertamente acuñado, resulta al menos aplicable a esta realidad[109].

2. Las costumbres indígenas

La actitud de Solórzano, al enfrentarse con la costumbre indígena, es consecuente con la que adoptan los pensadores de la época ante la civilización aborigen. En tal sentido, se deslizan severos juicios condenatorios contra las "antiguas y fieras *costumbres*" que habían regido con anterioridad a su cristianización[110]. También apreciamos enfoques más moderados, en los que procura comprender y tolerar en la medida de lo posible algunas de esas costumbres, atacando solo sin contemplaciones aquéllas que considera incompatibles en absoluto con la civilización cristiana. En esto evidencia nuevamente Solórzano su inclinación a otorgar a lo indiano su propia estimación y categoría, aun en puntos conflictivos.

El capítulo XXV del libro II, en donde se ocupa de la enseñanza cristiana y política de los indios y de cómo debían ser conducidos a ella, es ampliamente revelador de este

punto de vista. Los vocablos *uso* y *costumbre* aparecen entonces frecuentemente empleados para referirse a los aborígenes, en un sentido que comprende tanto a la forma de vida como a la norma jurídica. Es consciente Solórzano de la importancia de la materia, pues él mismo dice en otro capítulo que entre los indios ya cristianizados la costumbre "suele valer y obrar mucho"[111].

Convencido Solórzano de que el destino final de los indígenas es el de absorber en su totalidad la civilización cristiana, sostiene que ello debía producirse de modo paulatino, lo que requiere que "no les debemos querer quitar de una vez todas las *costumbres* que tenían y usaban en su infidelidad, aunque tengan algo de barbarismo, como no repugnan del todo a la ley natural y doctrina del Evangelio"[112].

Encuentra concordante esta idea con la recordada real cédula de 1555 dirigida a los caciques de la Vera Paz, en la que se les permitía, con limitaciones, usar de las costumbres y ordenanzas que tenían antes de su evangelización y también de las costumbres que formasen después.

De ahí sostiene que sólo se deben desarraigar las costumbres "torpes", tolerando las que no lo fuesen. Recuerda entonces que la misma Iglesia ha observado esa misma actitud en Europa con festividades y ceremonias paganas.

Al examinar las costumbres indígenas, estima que principalmente deben desterrarse las siguientes: las relaciones incestuosas con las madres, hijas o hermanas; la sodomía; la comida de carne humana; la idolatría y otras supersticiones; la ociosidad y desnudez; la quema y entierro de mujeres y criados al morir los caciques y nobles; la borrachera y embriaguez. Con respecto a esta última, sostiene que debe perseguirse sobre todo cuando es pública y sacrílega, pero se les puede tolerar cuando ocurriese en las casas o tabernas, ya que los aborígenes "aún están semibárbaros y mal destetados de sus costumbres y supersticiones antiguas" y además una análoga tolerancia se practica en otras naciones reputadas como de mayor capacidad política.

VII. La Costumbre en el Tiempo. Conservación y Defensa. Mutabilidad de esos Elementos

El ya mentado espíritu conservador de Solórzano se refleja también en nuestro tema a través de afirmaciones incidentales asentadas en los distintos casos planteados. A propósito de uno de ellos, nuestro autor expone la idea-clave que planea sobre toda la obra: "... lo que se ha de procurar, es continuar y conservar lo bien proveído, mejorar lo que pareciese que pide nuevo remedio...[113]. Esto mismo lo lleva a afirmar que "no se deben mudar con facilidad las *costumbres antiguas* de las Provincias, pues cada una abunda en las suyas, y no se han de acomodar los lugares a las leyes, sino las leyes a los lugares..."[114]. De ahí que considerara viciosa la actitud de algunos virreyes que, presuntuosos y confiados en sí mismos, apenas llegados al gobierno "intentan mudar e innovar todas sus cosas y costumbres, por antiguas y entabladas que sean..."[115]. En otra ocasión, afirma el principio de que los virreyes "no pueden, ni deben mudar el Derecho, ni estilo de las Chancillerías, ni de los juicios..."[116].

La disyuntiva entre conservar e innovar –con presencia activa del tópico consuetudinario– asoma claramente en el curso de una discusión dialéctica acerca de la conveniencia o no de la perpetuidad de las encomiendas. Así dice que quienes sustentan la opinión afirmativa, encuentran antiguos y autorizados fundamentos para apuntar que "no debemos persistir tanto en las leyes y *costumbres* antiguas, que no podamos loablemente introducir otras, si viéremos que aquellas, o ya por el tiempo, o por la malicia de los hombres no pueden llevarse adelante sin grave detrimento de la República, porque cada edad trae las suyas..."[117]. En cambio, los que se inclinan por la

negativa, sostienen que se debe ir con gran tiento y recato en no mudar las leyes y *costumbres antiguas*, y por largo tiempo observadas, mientras que en las nuevas que tratamos de introducir no se hallare grandísima y evidentísima utilidad”[118], apuntalando su aserto con no desdeñable elenco de autoridades.

Solórzano abraza una línea de pensamiento, muy extendida en su época, que lo lleva a recelar de la *novedad*, en cuanto ésta es considerada como un elemento revulsivo o pernicioso que puede alterar el orden político-social[119]. Nuestro jurista no sólo escribió páginas contra ella[120], sino que hasta el uso corriente que hace del vocablo destila ese temor[121]. Así es como recomienda que “deben ir con gran tiento los Legisladores bien advertidos en esta materia de introducir *novedades* y de mudar fácilmente las antiguas formas, leyes, *costumbres* de las Repúblicas: porque a estas mudanzas se sigue de ordinario la de la vida, y estado de los vasallos, y frecuentemente se ocasionan de ellas tristes sucesos: como nos lo enseñan y advierten nuestros derechos, y trayendo muchos ejemplos Platón y otros graves Autores”[122]. La innovación sólo es atendible –dice– cuando “lo pide y requiere el tiempo y la necesidad de la causa pública”[123].

La desconfianza hacia la *novedad* lleva a veces a Solórzano, en una defensa a ultranza de la costumbre, a tolerar la mala[124] o dudosa, fundado en que su antigüedad tiene “la presunción de que es de conveniencia y provecho”[125]. y que “tuvo suficientes títulos y razones para fundarse y continuarse”[126], siempre que no fuese injusta.

Sin embargo, ni aquel conservadorismo ni este recelo hacia la *novedad* deben ser confundidos con una postura inmovilista[127]. Así como en la *Política Indiana* advertimos la noción de *variedad*, también sus páginas trasuntan *movimiento* y *mudanza* en el enfoque de los elementos consuetudinarios. Según Maravall, el *movimiento* es principio fundamental de la cosmovisión barroca, que se refleja en todos los sectores de la ciencia, del arte y de la política. La rueda de la rueca en *Las hilanderas* de Velázquez es ejemplo máximo en el campo artístico[128]. Solórzano, embargado de análogas creencias colectivas, sabe presentarnos los elementos consuetudinarios en movimiento a través de una rica gama de situaciones y matices. Apoyado en antiguas autoridades y en la más moderna del padre Acosta, estima que el principio es mucho más cierto en las Indias, donde –dice– “todo, o lo más, es nuevo en ellas, o digno de innovarse cada día, sin que ningún derecho, fuera del natural, pueda tener fuerza, y consistencia, ni *las costumbres*, y ejemplos *que hallamos introducidos sean dignos de continuarse*, ni las leyes de Roma, o España, se adapten a lo que pide la variedad de sus naturales, demás de otras mudanzas, y variedades, que cada día ocasionan los inopinados sucesos y repetidos accidentes que sobrevienen”[129].

Acudamos a verificar esa riqueza expresiva en la descripción del origen de las costumbres y concretamente en sus autores. Altamira, al estudiar el tema con relación al campo legislativo, ha destacado el valor de la creación individual –personas, autoridades, órganos de gobierno, etc.– en la formación de la norma consuetudinaria indiana, en contraposición a quienes, bajo el influjo de ideas románticas, supusieron que la calidad de obra anónima con que ella se difundía y repetía era producto –al igual que la literatura y la música populares– de una espontánea creación colectiva. De tal modo, Altamira ha detectado, a través de las leyes de la Recopilación, el origen cierto o probable de muchas costumbres[130]. En trabajos anteriores tuve también oportunidad de aportar, en el ámbito de los cabildos rioplatenses, algunos casos de creación consuetudinaria realizada por el propio ayuntamiento[131].

Solórzano, en el laberinto de casos y argumentos, deja al descubierto algunas interesantes muestras de esta creación individual de prácticas y costumbres. Así puntualiza que el Consejo de Indias[132], los virreyes[133], las audiencias[134], y los gobernadores[135] han introducido algunas. Otras se han originado o en una bula que no

pasó por el Consejo y cuya memoria seguramente se perdió[136], o en un "texto célebre del Volumen"[137], o en muchos textos y autores[138], o acaso en el emperador Constantino[139]. En otro orden de cosas, comprueba el origen indígena de determinadas costumbres indianas[140], y también ofrece las razones o motivos que dieron lugar a ciertas costumbres[141].

También deja resquicios suficientes para mostrar cómo, junto a prácticas asentadas, hay otras que por hallarse en un proceso de formación o por ser inconvenientes no gozan de esa misma calidad. Así al referirse a una opinión que se guarda y practica en España dice que "está como reducida a *costumbre*"[142]. Al ocuparse de la provisión de las encomiendas sostiene que debían otorgarse a los beneméritos de Indias y sus descendientes y no a peninsulares, aunque reconoce que "se va introduciendo y prevaleciendo el estilo contrario"[143], y pronostica, en otro pasaje, el menoscabo de las Indias "si se deja correr la *costumbre* que se va introduciendo" de darlas a extraños[144].

La abrumadora variedad de los casos y situaciones lleva a nuestro autor a abrir el amplio elenco de posibilidades que comprende desde su decidido apoyo a la continuación de determinadas costumbres[145] hasta su oposición, franca o más velada, a la introducción de ciertas prácticas que juzga inconvenientes[146]. Dentro de esta variedad se registran: unas costumbres apoyadas o admitidas en preceptos positivos[147], otras introducidas y conservadas pese a las prohibiciones legales[148], alguna aprobada por ley[149], no faltando aquella limitada en su aplicación[150].

De tal modo, los elementos consuetudinarios se muestran variados y pródigos, en permanente movimiento, sujetos a posibles mudanzas, abiertos moderadamente a las nuevas introducciones, sobre un telón de fondo a todas luces conservador, que a veces lleva indudablemente a contradicciones conceptuales que, a mi juicio, deben ser miradas, no con un rigor dogmático, sino con una amplitud casuística.

VIII. RELACIONES JURÍDICAS SOMETIDAS AL INFLUJO CONSUETUDINARIO

Para concluir el examen es necesario señalar las principales materias en las que se percibe el influjo consuetudinario, con variada argumentación, aceptación e intensidad de las invocaciones. No es una nómina exhaustiva de todo lo sometido al tamiz de la costumbre, ni ésta rige todos los aspectos de las materias enunciadas.

a) *El gobierno y la administración secular*. Elementos consuetudinarios se advierten en los siguientes asuntos: los títulos de dominación de las Indias[151], las regalías del rey[152], el despacho de cédulas y rescriptos[153], las suplicaciones y retenciones de bulas[154], el ceremonial[155], los poderes y facultades de virreyes y gobernadores[156], los títulos y otros decretos expedidos por éstos[157], la recepción y juramento de los virreyes[158], el salario de los corregidores[159], la elección de alcaldes ordinarios[160], y la actividad de la Contaduría Mayor de Cuentas y los oficiales de hacienda[161].

b) *El Real Patronato*. Se insertan elementos consuetudinarios cuando trata sobre la regalía y ejercicio del Patronato[162], el conocimiento de sus pleitos y dudas por las audiencias y consejos seculares[163], la guarda y administración de las rentas y frutos de las iglesias vacantes[164].

c) *El gobierno eclesiástico*. Además de referencias al *estilo* de la Curia Romana[165], asoman en distintos momentos perfiles consuetudinarios con relación a estas materias: poderes y atribuciones de los obispos[166], facultades de los cabildos en sede vacante[167], nombramiento de vicarios y provisores[168] y comisarios generales de Indias[169], envío de

vicarios o visitadores a las provincias indianas[170], integración de los racioneros al cabildo[171], nombramiento de adjuntos del obispo para juzgar determinados delitos[172], exacción y cobranza de la cuarta funeral[173], bienes y expolios de los obispos[174], bienes que dejan al morir los religiosos[175], admisión al sacerdocio de indios, negros[176] y mestizos ilegítimos[177], beneficios o doctrinas de indios[178]. Tiene fundamento consuetudinario la preferencia que se alega en favor de los nacidos en el Nuevo Mundo para ocupar, en igualdad de méritos con otros, las iglesias y beneficios de Indias[179]. También se establece que la costumbre de la iglesia metropolitana se aplica en las inferiores, en todo aquello que en éstas no esté bien establecido[180].

d) *Los indígenas*. En diversos pasajes de su obra, al estudiar la situación de los indios, Solórzano se refiere, con algún detenimiento, ya a las costumbres indígenas en los tiempos de la gentilidad continuadas por los españoles, ya a otras prácticas posteriores. Tuvimos oportunidad de apreciar su punto de vista global ante esa costumbre indígena y sus posibilidades de persistencia y adaptación a las nuevas formas de civilización traídas por los españoles. Solo cabe ahora mencionar algunas de las cuestiones que contienen referencias a las mismas: la sucesión de los cacicazgos[181], la ocupación del aborigen en el servicio de correos[182], el repartimiento de indios para la explotación minera[183], la utilización de indígenas para guía y carga en los caminos y en los servicios de albergue y hospedaje[184], la utilización de los naturales en servicios públicos[185], y algunos privilegios concedidos en la administración de justicia[186]. En cuanto al "servicio personal" es calificado como "mala y envejecida costumbre"[187].

e) *Las encomiendas*. Con relativa frecuencia Solórzano recurría a elementos consuetudinarios en el largo desarrollo de esta materia. Las principales cuestiones en las que aquéllos aparecen son: el origen, formación y reforma de las encomiendas, con muy ricos recursos de esa procedencia[188], la concesión, confirmación y revocación[189], la individualidad de las mismas[190], los derechos y obligaciones de los encomenderos[191] y las condiciones para obtenerlas en primera vida o en sucesión[192], la forma de tomar posesión[193], el usufructo de las encomiendas por los padres que las administran[194], y las pensiones que las pueden gravar[195].

f) *Diezmos y tributos*. En lo relativo al pago de diezmos[196] y tributos[197], la costumbre alcanza gran importancia para resolver diversos asuntos. En particular cobra relieve en el capítulo XXIII del libro II[198], cuando Solórzano desarrolla varias "cuestiones practicables" en las que la norma consuetudinaria asoma como base de toda la argumentación.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

Nuestro estudio se limita a una de las obras de Solórzano. Es posible encontrar en otros escritos suyos –y sobre todo en *De Indiarum Iure*– material aprovechable para enriquecer el enfoque solorciano sobre la costumbre jurídica. Pero, sin duda, la *Política Indiana* fue la más difundida, alcanzó a reimprimirse tres veces durante el siglo XVIII y se convirtió en principal obra fijadora del Derecho indiano, sólo comparable a lo que, en el orden legislativo, representó la Recopilación de 1680. La aureola de prestigio que generó hizo detener la pluma crítica de quienes arremetían contra toda la literatura jurídica. Así Juan Pablo Forner, en las últimas décadas del siglo XVIII, en medio de su furor contra las obras de jurisprudencia pragmática, solo encontraba en las *Políticas* de

Castillo de Bobadilla y de Solórzano el mérito suficiente para acogerlas en la selectiva biblioteca del Parnaso[199].

A través de esta obra básica de la jurisprudencia indiana, he procurado mostrar, más allá de la recepción del fenómeno consuetudinario, la compleja relación con que se presentan las distintas fuentes de creación jurídica, sin pretender establecer una artificial separación de las mismas ni mucho menos sustentar la fuerza jurídica autónoma de alguna de ellas. En el caso que cae bajo nuestro examen, costumbre y doctrina de los autores afirman recíprocamente su fuerza vinculante propia. Así hemos podido advertir en estas páginas, cómo la costumbre se fortalecía a través de su recepción y activa utilización en una obra jurisprudencial fijadora del Derecho. Dicho fortalecimiento era recíproco, pues a su vez la costumbre –junto con las otras fuentes de creación jurídica– daba sustento a la *Política Indiana* hasta convertirla en un verdadero "libro de autoridad" en la esfera jurídica indiana.

NOTAS

[1] LEVENE, "El derecho consuetudinario", 144-151. Para el siglo XVIII véase mi trabajo "La costumbre. S. XVIII") (V), 1ª Parte, II.

Aunque con otra orientación, cabe mencionar el trabajo de MARTÍNEZ DIEZ, 53-79.

[2] ALTAMIRA, "Estudios", núm. 31, 164 y núms. 39-40, 251-252.

[3] Un ensayo general en GARCÍA-GALLO, "La ciencia jurídica", 157-200. Véase también BRAVO LIRA, "La literatura...", 227-268.

[4] AYALA (F.J.) en *Ideas políticas* ofrece unos breves rasgos biográficos (pp. 41-57) y la bibliografía a esa fecha (pp. 502-503). Con posterioridad MALAGÓN y OTS CAPDEQUÍ en *Solórzano* dedican una parte del trabajo a la vida del jurista (pp. 9-40), con bibliografía actualizada, haciendo notar que "lo mucho que ignoramos de su vida" impide trazar una biografía completa (p. 8). Más reciente y completo es el boceto biográfico, con bibliografía, trazado por MIGUEL OCHOA BRUN en su estudio preliminar a la edición de la *Política Indiana* de la B.A.E., Madrid, 1972.

[5] El estudio de LÓPEZ NÚÑEZ, pese a su título atractivo no es más que un esforzado avance inicial en el tema que requiere un examen más detenido e integral. Una consideración general sobre las fuentes utilizadas por Solórzano véase en AYALA (F.J.), 61 y 83-103.

[6] ANA BARRERO ha realizado la "recopilación, identificación y análisis de las referencias bibliográficas" de índole jurídica, utilizadas en *De Indiarum Iuris* y *Política Indiana*.

[7] AYALA, (F. J.) cit.

[8] PÉREZ DE TUDELA, 77-171.

[9] El tema de la costumbre jurídica en la *Política Indiana* ha sido ligeramente analizado por los diversos autores, aunque destacando su importancia (LEVENE, *Introducción*, 38; ALTAMIRA, "Estudio", núm., 31, 162-163; AYALA (F. J.), 304-305; LÓPEZ NÚÑEZ, 739; MALAGÓN Y OTS., 57 y 73-74; y OCHOA BRUN, p. L). Desde el punto de vista ideológico general lo enfoca PÉREZ DE TUDELA, 114-118.

[10] Una caracterización del pensamiento del Barroco en relación a la obra de Solórzano en AYALA (F. J.), 3-38. Un examen comparativo de la *Política Indiana* con *De Indiarum Iure* en idem, 73-81, y en OCHOA BRUN, XXIII-XXXI.

[11] Acerca del humanismo de Solórzano, véase AYALA (F.J.), 61-62. También OCHOA BRUN, cit., XXV-XXVIII y XLI. TRUSSO ha destacado ese rasgo, en base a las citas que Solórzano hace de Erasmo y Moro. Valga, en fin, recordar que la *Política Indiana* forma parte de las "autoridades" de la lengua castellana citadas en el Diccionario de la Real Academia de 1726.

[12] Acudamos a este ejemplo ofrecido en el proemio *Al lector*: si "en algunos puntos hallares algo del ornato de buenas letras, no debes asimismo notarlo, o despreciarlo como superfluo, pues el propio dote y fin de los árboles es llevar fruto, y vemos que quiso la naturaleza, que este se acompañase con hojas, y flores, y lo mismo han de tener los estudios en sentencia de Justo Lippsio".

Sobre la sensibilidad literaria de Solórzano, véase RODRÍGUEZ MOÑINO, 93-121.

[13] Sobre esto, en su proyección político-jurídica, véase AYALA (F.J.), 35-37.

[14] *Política Indiana*, Al Lector. Utilizo la obra en la edición del licenciado Francisco Ramiro de Valenzuela, Madrid, 1776. Las citas se hacen siguiendo el título, libro y párrafo para facilitar su ubicación. La numeración de los párrafos constituye un agregado introducido por Valenzuela.

[15] Utilizo la letra bastardilla en las transcripciones para destacar palabras relativas a nuestro tema. Este mismo es el criterio que sigo más adelante, salvo expresa aclaración.

Sobre esta convergencia de líneas en la literatura jurídica europea pueden verse las esclarecedoras páginas de CARPINTERO.

Un enfoque parcialmente divergente en PÉREZ DE TUDELA, 94-95 y 100-101.

[16] PÉREZ DE TUDELA, 100.

[17] BARRERO GARCÍA, 138.

[18] Por ejemplo: LEVENE, *Introducción*, 40-42; GARCÍA-GALLO, "La ciencia jurídica"; ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia*, I, 240 y ss. En trabajo posterior, este último señala que "la doctrina tuvo mucha gravitación en las decisiones gubernativas y judiciales" ("Las fuentes", 319).

[19] En las XI Jornadas de Historia del Derecho Argentino (setiembre de 1986) adelanté los lineamientos de un trabajo en elaboración sobre este tema, que luego se publicó bajo el título de "La doctrina de los autores...".

[20] ALTAMIRA, "Estudio", núm. 31, 162-163.

[21] Idem, núm. 33, 232-233.

[22] Véase mi trabajo "La costumbre. S. XVI y XVII" (IV), 1ª Parte, II.

[23] AYALA (F. J.), 311.

[24] *Política Indiana*, III, II, 12. Véase también III, XXXII, 41.

[25] Véase ALTAMIRA Y CREVEA, *Diccionario*. Con relación a nuestro tema, remito a su ya mencionado trabajo "Estudio".

[26] II, XXV.

[27] Algunos ejemplos: II, I, 26; II, XXIX, 28-29; III, III, 17; III, VI, 29-30; IV, VII, 18 y 20; y V, XVI, 14.

[28] Como ejemplo: III, XV, 36; y III, XVIII, 5.

[29] Ejemplos: II, XXVI, 35; III, XXI, 19 y 36; IV, VI, 38; IV, XXI, 11; V, XI, 26; V, XVI, 23; VI, IV, 43 y 44; y VI, XVI, 10, 11 y 25.

[30] Ejemplos: II, I, 32-34; II, V, 31; II, IX, 1, 12 y 13; II, XXV, 12, 13, 15, 17, 18, 21, 27; IV, VII, 22-24; y V, XII, 48.

[31] ALTAMIRA, núm. 31, 147-148 y núm. 32, 192.

[32] Véase esta muestra: al hablar de la elección de los alcaldes ordinarios, Solórzano dice que se lo hace "*al modo y forma* que se solía hacer y *practicar* en los Reynos de España, antes que se *introdujese el uso* de los Corregidores..." (V, I, 2).

[33] II, XXIII, 13-14. Otro caso de asimilación en II, VI, 81.

[34] Veamos algunos ejemplos: práctica y estilo (III, IV, 23; III, XX, 28 y IV, II, 14); práctica y costumbre (IV, XVII, 22 y VI, IV, 41); práctica y uso (II, IX, 5; IV, III, 7 y IV, XVI, 53); práctica, uso y estilo (VI, II, 12); guardar y practicar (IV, III, 23); observancia y práctica (III, V, 20; IV, XX, 19; y IV, VIII, 24); uso y observancia (I, XI, 10), formas o costumbres (IV, XXVI, 22-24); costumbre y observancia (III, XXIII, 19 y 39; IV, III, 6); costumbre, práctica y observancia (III, VII, 21-22); costumbre y estilo (III, XIV, 22-23; III, XXX, 31; IV, VIII, 19); costumbre, estilo y observancia (IV, XI, 8); uso y costumbre (IV, XI, 54); costumbre, uso, práctica, estilo y guarda (V, XIV, 13); forma y estilo (VI, XVI, 10 y 25).

[35] V, XVI, 10.

[36] II, XXIX, 33; III, II, 18.

[37] II, VI, 23; III, XXIII, 38.

[38] II, XXIV, 8; II, XXV, 1.

[39] III, XXVI, 5.

[40] *Al Rey*, núms. 11 y 13.

[41] Algunos ejemplos: ley y costumbre (III, XII, 5; III, XXXII, 30, 52-53; IV, XIX, 4; IV, XXIII, 6); privilegio y costumbre (II, XXII, 31-32, 34 y 45; IV, XII, 3; IV, XIII, 24; IV, XIV, 19; IV, XVII, 20); ley, privilegio y costumbre (IV, XIX, 8); ordenanza y costumbre (II, XX, 55); estatuto y costumbre (IV, XI, 47); estatutos, costumbres, leyes y privilegios (IV, IX, 6 y 15); estatuto, costumbre y privilegio (IV, XIV, 6, 7 y 9); derecho y costumbre (IV, X, 18; IV, XII, 18; IV, XIII, 40 y VI, I, 17).

[42] IV, II, 16. En análogo sentido, I, XI, 10; VI, IV, 34; II, XXII, 31.

[43] Véase IV, XI, 1, 8, 21, 22, 47 y 54; IV, VIII, 19; IV, XIII, 22; y VI, IV, 43 y 44.

[44] "... obra mucho y es sumamente poderosa en las materias de cargas y tributos, según nos enseñan algunos célebres textos de ambos derechos y sus glosadores..." (III, V, 28).

[45] Ejemplos: I, XI, 34; III, XXVII, 42; IV, III, 23; IV, XXII, 9; IV, XIV, 7 y 9; IV, VIII, 21-23; y IV, VII, 13.

[46] Ejemplos: III, XIV, 22-27; III, XXX, 31; IV, VII, 18 y 20; IV, XIII, 45; y V, XIV, 11, 13, 14 y 18.

[47] Véase el caso en IV, XX, 10-25.

[48] III, VII, 21-22.

[49] III, XXVIII, 27.

[50] IV, X, 19.

[51] II, XXI, 32.

[52] Véase III, XXIII, 18-19; IV, III, 6; y V, XIV, 18. En los párrafos citados se utilizan las voces *costumbre*, *observancia* y *práctica*, indistintamente, con un claro significado consuetudinario. La última parte de la transcripción corresponde a una de las opiniones expuestas, que no fue rebatida por la otra.

[53] A modo de ejemplo: II, XXVII, 22; III, II, 1 y ss. y 23; III, V, 28-29; y III, XV, 49.

[54] Ejemplos: I, IX, 13; III, XI, 3; III, XIV, 27; III, XIX, 31; IV, IX, 15 y 20; IV, XI, 54; IV, XIII, 48; VI, IV, 42; y VI, X, 26.

[55] Ejemplos: II, XX, 55; III, XXV, 17; V, X, 50-53; y V, XII, 52.

[56] Ejemplo: I, XI, 34.

[57] Ejemplos: II, IX, 5 y 12; II, XIV, 9; II, XV, 34, 44; III, XVI, 19-20; y V, XIII, 51.

[58] Ejemplos: II, XIV, 9; III, VI, 29-30; III, XVII, 5; IV, III, 29; IV, VIII, 19 y 24; IV, XII, 6; IV, XV, 53; IV, XVII, 22; V, III, 56; V, VI, 5; y VI, VI, 9 y 10.

[59] III, XVI, 19-20; y V, XIII, 51. Sobre usos y prácticas indígenas, invoca a Acosta, Matienzo, Torquemada, A. de Herrera, entre otros (II, IX, 5 y 12; II, XIV, 9 y 12; y II, XV, 34, 44).

[60] Sobre este punto puede verse COSTA, "Requisitos", 133-210; CASTRO PRIETO, 75-119. Tratamientos sintéticos en GARCÍA-GALLO, *Manual*, I, 183-184 y en mi trabajo "La costumbre jurídica" (III), VII.

[61] Ejemplos de la expresión "antigua costumbre": II, I, 15; II, VI, 14; II, XV, 34; III, V, 8 y 9; IV, XII, 13, 17 y 28; V, XIII, 12 y 46; V, XVI, 27; y V, XVIII, 25. Sobre la invocación de la doctrina de Casiodoro acerca de considerar la costumbre "más justificada y segura, cuanto más antigua y practicada", defendida por una de las opiniones en controversia, véase II, XV, 35.

[62] VI, IV, 41.

[63] III, XIV, 27; y VI, IV, 36.

[64] I, XI, 10.

[65] II, XVI, 81.

[66] III, IV, 28.

[67] II, XIX, 51; y II, XXII, 23. En análogo sentido, IV, IX, 20. Sobre la imposibilidad de que hubiera en Indias costumbre inmemorial, dada la fecha de su descubrimiento, véase II, XXII, 23 y IV, XXI, 5.

[68] II, XXI, 32; y IV, II, 31.

[69] II, XXVII, 22 y IV, XIV, 50. También se alude a ello al relacionar una opinión en III, XXIII, 39.

[70] III, VII, 21-22.

[71] III, VIII, 14-15.

[72] VI, IV, 49.

[73] II, VI, 13.

[74] IV, XXI, 4.

[75] IV, XII, 20; y IV, III, 23.

[76] III, VII, 21-22.

[77] III, VIII, 14-15.

[78] III, XVII, 6.

[79] II, VI, 12. La exigencia de la costumbre "razonable" también en V, XIII, 7 y 8; y IV, XXI, 4.

[80] Ejemplos: II, IV, 4; III, III, 21; y III, XXVI, 30. "Mal estilo": V, X, 29 y V, XVI, 25; "mala y envejecida": II, II, 10.

[81] IV, XVII, 25.

[82] III, XVII, 58.

[83] II, XIX, 52; IV, XXI, 4; y V, II, 17.

[84] III, III, 21-22.

[85] Ejemplos: II, XVII, 39; II, XXI, 30; III, I, 10; y III, XXXII, 46.

[86] Real Academia Española, *Diccionario de autoridades*, voz: *costumbre*.

[87] II, XIII, 28. Véase idem, 26.

[88] III, I, 19-20.

[89] V, XIV, 31-32.

[90] II, XXV, 9.

[91] II, VI, 23; II, XXV, 1; III, XXIII, 38; IV, XVII, 4. Otras menciones a la costumbre de cada provincia: II, VII, 52; II, XX, 1; II, XXIII, 19; III, XII, 2; IV, XIII, 22; IV, XXII, 9; IV, IX, 54; VI, XIV, 9 y 31. La guarda de la costumbre de cada audiencia en V, XIII, 16 y VI, XIV, 26.

[92] III, XXIII, 38; y II, XXIII, 12-13.

[93] II, III, 1; III, XVII, 12; IV, XXI, 11; V, XIV, 13; y VI, III, 10.

[94] V, XVI, 12. También, con mención de la doctrina de Baldo, en VI, VIII, 12.

[95] Ejemplos: II, IX, 5; II, XXI, 42; IV, III, 23-26; IV, XI, 8, 21 y 57; IV, XIII, 42-44; V, I, 10; V, IV, 28; V, VII, 41; V, XVII, 16; VI, VI, 21; y VI, XI, 9.

[96] Como la alegación que los racioneros de Quito hacían de una costumbre de la Iglesia de Sevilla, en favor de su posición (IV, XIV, 5).

[97] Ejemplos: V, I, 10 y V, XVII, 10.

[98] IV, X, 5.

[99] Ejemplos: III, IV, 20; III, XI, 11 y 38; III, XXI, 19 y 20; IV, III, 23; V, XVI, 23; y VI, VI, 4.

[100] Ejemplos: IV, XI, 38; IV, XIX, 4 y 12; IV, XXI, 9; y VI, IV, 41.

[101] Ejemplos: II, 1, 33; y II, VII, 41.

[102] Como ejemplos: III, XVI, 19-20; IV, XI, 8, 54; IV, XII, 6, 21; V, XIII, 26, 51 y 65; V, X, 17; VI, IV, 42-43; V, VI, 9; y VI, XI, 9.

[103] Ejemplos: IV, IX, 17; IV, XII, 6, 17, 28; y V, I, 2.

[104] Ejemplos: III, XXVI, 5; y IV, XV, 53.

[105] Ejemplos: II, XXVI, 35; III, XXI, 21; III, XXVI, 5 y 6; V, II, 17; y V. XVI, 10.

[106] MARAVALL, 376-382.

[107] III, II, 18.

[108] V, XI, 5. Posteriormente, desarrollado en TAU ANZOÁTEGUI, "La idea de variedad".

[109] Real Academia Española, *Diccionario de autoridades*, voz *uso*.

[110] Acudamos a un ejemplo: "... les havemos puesto en vida sociable y política desterrando su barbarismo, trocando en humanas sus *costumbres ferinas*..." (I, VIII, 7). En el mismo sentido I, IX, 20. Otras expresiones de análoga orientación en I, IX, 30; I, XII, 29; II, XV, 9; II, XXIV, 11 y 22.

[111] II, XII, 23.

[112] II, XXV, 10.

[113] III, XXVI, 30.

[114] V, III, 48. En análogo sentido, al exponer la argumentación de los religiosos de Nueva España sobre la provisión de las doctrinas (IV, XVII, 4).
[115] V, XII, 24.
[116] V, XIII, 43.
[117] III, XXXII, 30.
[118] Idem, 52.
[119] Sobre la *novedad* en general, véase MARAVALL, 451-453.
[120] *Emblemas*. Década sexta, 3-46.
[121] Como cuando decía que los jueces "se pagan y precian de *novedades* y sutilezas" (V, VIII, 28) o que una opinión se sustenta "más por amor de *novedad* que de verdad" (I, VI, 34).
[122] II, VI, 15. Expuesta en el desarrollo de una opinión, parece ser compartida por Solórzano.
[123] V, XVI, 20.
[124] Véase III, I, 19-20.
[125] II, VI, 14. Expresión insertada en el desarrollo de una opinión, con la que el autor parece coincidir.
[126] IV, XX, 13.
[127] Sobre esto, AYALA, cit., (F. J.) 311-312. Acerca de la inmovilidad en el campo del Derecho durante esta época, MARAVALL, 290. En torno del inmovilismo relativo, y no absoluto, de Solórzano, PÉREZ DE TUDELA, 114-118.
[128] MARAVALL, 359-373.
[129] V, XIV, 4.
[130] ALTAMIRA, "Estudio", núm. 37, 177-191.
[131] Véase "La costumbre. S. XVI y XVII" (IV), 2ª Parte, IV; y "La costumbre. S. XVIII" (V), 2ª Parte, IV, 1.
[132] III, VI, 29-30.
[133] Ibidem y V, XIII, 7-8.
[134] II, XXVIII, 40.
[135] III, VI, 29-30; y III, XVII, 5.
[136] IV, XX, 15.
[137] II, XX, 4.
[138] VI, VI, 10.
[139] V, XII, 55.
[140] Ejemplos: II, XIV, 1, 8-9 y 24-25; y II, XXVII, 11-22.
[141] III, II, 1; III, XXV, 62; IV, XII, 10; y V, III, 48. Hace poco di a conocer un dictamen de Solórzano de 1653, en el que establecía que una costumbre se había desarrollado a partir de una real cédula dirigida a otra provincia (Véase "La costumbre jurídica" (III), nota 80.
[142] IV, XIII, 48.
[143] VI, VII, 5.
[144] III, III, 43.
[145] Ejemplos: III, XIV, 22-23; y VI, III, 10.
[146] II, VII, 22; II, XXVII, 15; V, I, 10; V, IV, 28; V, VII, 40; y IV, XXVII, 5.
[147] II, XX, 55.
[148] Ejemplos: II, III, 1; III, XXIII, 14-20; IV, XII, 3-28; y V, XII, 48.
[149] IV, XIX, 35; y V, XII, 54.
[150] III, V, 31.
[151] I, IX, 13; I, X, 7; y I, XI, 10.
[152] IV, II, 29; VI, I, 17; y VI, III, 10.
[153] I, VIII, 16; III, IX, 29; III, XXVIII, 35; y III, XXIX, 37.
[154] IV, II, 14.
[155] IV, XXIV, 40 y 46; V, III, 48; y V, XII, 48 y 52.
[156] III, V, 8, 9, 14, 20 y 21; V, XIII, 7, 8, 12, 16 y 51.
[157] III, V, 23; III, XII, 1; III, XIII, 8; III, XXIV, 1; y V, XII, 54-55.
[158] V, XIV, 11, 13, 14 y 18.
[159] V, II, 15.
[160] V, I, 2, 10 y 26.
[161] VI, XV, 11; VI, XVI, 10, 11 y 25.
[162] IV, II, 16; IV, III, 6-7, 26, 27, 29; IV, IV, 34, 36 y 41-43.
[163] IV, III, 23.
[164] IV, XII, 3, 6, 10, 17, 18 y 20-28.
[165] III, XI, 15; III, XIV, 20; IV, V, 28; y IV, XIII, 3.
[166] IV, IV, 48; IV, VIII, 24, 30 y 32; IV, XIII, 40 y 48; y V, XIII, 46.
[167] IV, XIII, 21-22 y 42-44.
[168] IV, VIII, 19; IV, XIII, 33. Sobre el lugar que han de ocupar en el coro y en los concilios los vicarios o provisores: IV, VIII, 21-23.
[169] IV, XXVI, 34.
[170] IV, XXVI, 22-24.
[171] IV, XIV, 3-9.
[172] IV, XIV, 40-50.
[173] IV, XXII, 9.
[174] IV, X, 18-20; IV, XI, 1, 8, 21, 22 y 57.

[175] IV, XI, 54.
[176] II, XXIX, 28-29.
[177] IV, XX, 10, 13, 15, 19 y 25.
[178] IV, XVI, 3, 16, 33, 53; y IV, XVII, 22.
[179] IV, XIX, 4, 7, 8, 12 y 35.
[180] IV, V, 34.
[181] II, XXVII, 11-22.
[182] II, XIV, 1-25.
[183] II, XV, 28 y 34; II, XVI, 1, 5, 6, 44, 54 y 81; II, XVII, 30, 34 y 39.
[184] II, IX, 5, 12 y 13; II, XIII, 26 y 28; y II, XVI, 44.
[185] II, VI, 12-14; y II, VII, 52.
[186] II, XXVII, 12; II, XXVIII, 40; y III, XXVI, 43.
[187] II, II, 10-12. Ver también II, III, 21-22; y II, IV, 4.
[188] Véase III, I, 8, 10, 14, 16, 19-20; y III, II, 1-7 y 23.
[189] III, VII, 21-22; III, XII, 2; III, XXVIII, 27; III, XXIX, 29: III, XXX, 31; y VI, VII, 5.
[190] III, XV, 36.
[191] III, XXV, 17, 62; y III, XXVI, 5-6.
[192] III, IV, 20, 23; III, VI, 29-30; III, XVII, 5, 6, 12; III, XIX, 4, 31; III, XXIII, 14, 16-20, 37-39; y III, XXIV, 1.
[193] III, XIV, 22, 23, 26 y 27.
[194] III, XVI, 19-20.
[195] III, IV, 10-11; y III, V, 28-29.
[196] II, XXIII, 12-13; IV, XXI, 2-5 y 11.
[197] II, XIX, 46-52; II, XX, 1, 4, 7, 11, 16, 41, 43, 45; II, XXI, 7, 32, 34 y 42.
[198] También II, XXII, 23, 31, 32, 34, 35, 40 y 45.
[199] Forner, 116.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

Abreviaturas utilizadas

ABA Archivo General de la Nación, *Acuerdos del extinguido cabildo de Buenos aires*, series 1 a 4, 42 tomos. Buenos Aires, 1907-1933.

AC *Archivo Municipal de Córdoba*, libros 1 a 11 (3 vols.), Córdoba, 1952-1954.

ACo Academia Nacional de la Historia, *Actas capitulares de Corrientes*, 4 tomos. Buenos Aires, 1941-1946.

AEA *Anuario de Estudios Americanos*. Sevilla.

AGI Archivo General de Indias. Sevilla

AGN Archivo General de la Nación. Buenos Aires.

AHDE *Anuario de Historia del Derecho Español*. Madrid.

AHN Archivo Histórico Nacional. Madrid.

AI Archivo de la Provincia, *Acuerdos del viejo cabildo de Itatí. Corrientes.* Corrientes, 1930.

AL Museo Colonial e Histórico de la provincia de Buenos Aires. Luján, *Acuerdos del extinguido cabildo de la villa de Luján*. Años 1771 a 1790. La Plata, 1930.

AM-AGN Archivo General de la Nación, *Acuerdos del extinguido cabildo de Montevideo*, anexo, vols. 16, 17 y 18. Montevideo, 1942-1943.

AM-RAGA Acuerdos del Cabildo de Montevideo en *Revista del Archivo General Administrativo*, vol. I-X, Montevideo, 1885-1920.

AMHD *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. México.

AMen Academia Nacional de la Historia, *Actas capitulares de Mendoza* I. Buenos Aires, 1945; Junta de Estudios Históricos de Mendoza, *Actas capitulares de Mendoza*, II. Mendoza, 1961.

ARC Academia Nacional de la Historia, *Actas capitulares de la villa de Concepción del Río Cuarto (años 1798 a 1812).* Buenos Aires, 1947.

ASE Academia Nacional de la Historia, *Actas capitulares de Santiago del Estero*, 6 vols. Buenos Aires, 1941-1951.

ASF Junta Provincial de Estudios Históricos de Santa Fé, *Actas del cabildo de la ciudad de Santa Fé*, 1ª serie, 2 tomos y 2ª serie, 1 tomo. Santa Fé, 1942-1944.

ASJ Aubone Deheza de Ossa, Josefina y Salinas, Olga Cristina, *Actas capitulares y otros papeles del cabildo de la ciudad de San Juan correspondientes a la segunda mitad del siglo XVIII.* Publicación del Archivo Histórico y Administrativo de la provincia de San Juan, núm. 18, San Juan, 1965.

AT	Instituto de Historia de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Tucumán, *Documentos coloniales. Actas capitulares de San Miguel de Tucumán*, I. Tucumán, 1946.
BP	Biblioteca de Palacio. Madrid.
BP (MA)	Biblioteca de Palacio (Miscelanea de Ayala). Madrid.
BUS	Biblioteca Universitaria. Sevilla.
CABA	Archivo Histórico de la provincia de Buenos Aires, *Cedulario de la Real Audiencia de Buenos Aires*, 3 tomos. La Plata, 1937.
CCh	Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, *Libros registros-cedularios de Charcas (1563-1717), Catálogo*. 5 vols. Buenos Aires, 1992-1999.
CI	*Cedulario Indiano*, recopilado por Diego de Encinas (1596). Edición facsimilar 4 tomos. Madrid, 1945.
CRP	Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, *Libros registros-cedularios del Río de la Plata (1534-1717), Catálogo* 3 vols. Buenos Aires, 1984- 1991.
NRC	*Nueva Recopilación de Leyes del reino de Castilla* (1567).
NovRE	*Novísima Recopilación de las Leyes de España* (1805).
Part.	*Siete Partidas.*
RAH	Real Academia de la Historia. Biblioteca. Madrid.
RAH (CML)	Real Academia de la Historia. Biblioteca (Colección Mata Linares). Madrid.
RChHD	*Revista Chilena de Historia del Derecho.* Santiago.
REHJ	*Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. Valparaíso.
RHD	*Revista de Historia del Derecho*. Buenos Aires.
RI	*Recopilación de Leyes de los reinos de las Indias* (1680), Madrid, 1681.
RIHD	*Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* Buenos Aires.
ROI	*Real Ordenanza de Intendentes para el Virreinato del Río de la Plata* (1782)

Para las remisiones internas, los estudios reeditados en este volumen son citados en las notas, de la siguiente forma abreviada:

- “La costumbre jurídica” (III)
- “La costumbre s. XVI y XVII” (IV).
- “La costumbre s. XVIII” (V)
- “Elementos consuetudinarios” (VI)

OBRAS CITADAS

Advertencia

En esta nómina aparecen los datos bibliográficos completos de las obras que en las notas se mencionan sólo por el apellido del autor, con la palabra inicial del título cuando es necesario para su identificación.

Los manuscritos e impresos de época se incluyen cuando se trata de escritos orgánicos. La restante documentación es citada en el lugar pertinente del libro.

Las actas capitulares, utilizadas preferentemente en los estudios IV y V, aparecen solamente indicadas en la tabla de abreviaturas y corresponde a los volúmenes consultados.

ACEVEDO, EDBERTO OSCAR, *La Intendencia de Salta del Tucumán en el Virreinato del Río de la Plata*, Mendoza, 1965.

ACOSTA, JOSÉ DE, *De procuranda indorum salute* (1589), edición B.A.E., t. 75, Madrid, 1974.

AGUADO, ALEJANDRO, *Política española para el más proporcionado remedio de nuestra Monarquía*, 2ª Parte, Madrid, 1750.

ALMOGUERA, JUAN, *Instrucción de sacerdotes con aplicación individual a curas y eclesiásticos de las Indias donde se escribe*, Madrid, 1671.

ALONSO, MARTÍN, *Enciclopedia del idioma. Diccionario histórico y moderno de la lengua española (siglos XII al XX), etimológico, tecnológico, regional e hispanoamericano*, 3 vols., Madrid, 1982.

ALTAMIRA Y CREVEA, RAFAEL, *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la legislación indiana*, México, 1951.

ALTAMIRA, RAFAEL, *La enseñanza de la Historia*, 2ª edición, Madrid, 1895.

ALTAMIRA, RAFAEL, "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*, Universidad Nacional Autónoma de México, nýums. 31-40, México, 1946-1948.

ALTAMIRA, RAFAEL, "La ley y la costumbre como formas de la historia del Derecho", y "La costumbre en la historia del Derecho español", en Idem, *Historia del Derecho español, cuestiones preliminares*, Madrid, 1903, pp. 59-80 y 81-99, respectivamente.

ALVAREZ DE ABREU, ANTONIO, *Víctima Real Legal. Discurso único jurídico-histórico-político sobre que los vacantes mayores y menores de las Iglesias de las Indias Occidentales pertenecen a la Corona de Castilla y León con pleno y absoluto dominio*, Madrid, 1726.

ANTUNEZ, RAFAEL, Compendio histórico del Consejo de Cámara de Indias. Manuscrito en AGI, Indiferente General, 886.

APOLINAR, FRANCISCO, *Suma moral y resumen brevísimo de todas las obras del doctor Machado*, Madrid, 1661.

Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, *Cedulario de la Real Audiencia de Buenos Aires*, 3 vols., La Plata, 1937.

ASSO, IGNACIO JORDÁN DE y MANUEL, MIGUEL DE, *Instituciones de Derecho Civil de Castilla*, Edición utilizada: 7ª, Madrid, 1806.

Autos, acuerdos y decretos del gobierno del Real y Supremo Consejo de Indias, Madrid, 1658.

ÁVILA MARIEL, ALMIRO y BRAVO LIRA, BERNARDINO, "Aporte sobre la costumbre en el Derecho Indiano", en *RCHHD*, 10 (1984) 41-50, reeditado en Bravo Lira, Bernardino; *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, 1989, pp. 75-78, bajo el título "La costumbre en el Derecho indiano".

AYALA, FRANCISCO JAVIER DE, *Ideas políticas de Juan de Solórzano*, Sevilla, 1946.

AYALA, MANUEL JOSEPH DE, Consultas y pareceres dados a S.M. en asuntos del gobierno de Indias..., recopilados por..., tomos I a VI y VIII a XII en AHN, Códices; y tomos VII y XIII a XIX en BP. núm. 2752 y 2756 a 2762.

AYALA, MANUEL JOSÉ DE, *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias*, Edición y estudios: Marta Milagros del Vas Mingo, 13 tomos, Madrid, 1988-1996.

AYALA, MANUEL JOSÉ DE, *Notas a la Recopilación de Indias*, Estudio preliminar de Juan Manzano y Manzano, Madrid, 1945.

BARRERO GARCÍA, ANA M., "Solórzano Pereira y la ciencia jurídica de su tiempo", en *Homenaje a Ismael Sánchez Bella*, Pamplona, 1992, pp. 111-138.

BASADRE, JORGE, *Los fundamentos de la Historia del Derecho*, 2ª edición, Lima, 1967.

BAYLE S. J., CONSTANTINO, *Los cabildos seculares en la América española*, Madrid, 1952.

BENTHAM, JEREMÍAS, *Tratados de legislación civil y penal*, Edición Madrid, 1821-1822.

BERNI Y CATALA, JOSEPH, *Apuntamientos sobre las Leyes de Partida al tenor de leyes recopiladas, autos acordados, autores españoles y práctica moderna*, 3 vols., Valencia, 1775.

BERNI Y CATALA, JOSEPH, *Instituta civil y real*, 3ª impresión, Valencia, 1775.

BOBBIO, NORBERTO, "Consuetudine", en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffré. Teoría general, t. IX, Milano, 1961, 426-443.

BORAH, W., *El Juzgado General de Indias en la Nueva España*, México, 1985.

BRAVO LIRA, BERNARDINO, "La literatura jurídica indiana en el Barroco", en *REHJ*, 10 (1985) 227-268.

BRAVO LIRA, BERNARDINO, "Vigencia de las Siete Partidas en Chile", en *REHJ*, 10 (1985), reproducido en Idem, *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, 1989, 89-145.

CAÑADA, CONDE DE LA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios en todos sus trámites según que se empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales*, (1793-1794), Edición utilizada 3ª, Madrid, 1845.

CARPINTERO, FRANCISCO, "Mas italicus, mas gallicus y el humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica", en *Ius Commune*, VI, Frankfurt, 1977, pp. 108-171.

CASTAÑEDA DELGADO, PAULINO, *Dos Vasco de Quiroga y su Información en Derecho*, Madrid, 1974.

CASTILLO DE BOBADILLA, JERÓNIMO, *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempos de paz y de guerra* (1597), Edición utilizada, Madrid, 1775.

CASTRO, JUAN FRANCISCO DE, *Discursos críticas sobre las leyes y sus intérpretes en que se demuestra la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de Derecho para la recta administración de justicia*, Madrid, 1765, 2ª edición utilizada, Madrid, 1829.

CASTRO PRIETO, JESÚS, "El derecho consuetudinario en Suárez. Su doctrina e influjo. Estudio jurídico comparativo", en *Revista Española de Derecho canónico*, 4-10 (1949), 65-120.

CERVANTES, MIGUEL DE, "Rinconete y Cortadillo", en Idem, *Novelas ejemplares*, Nelson, s/f, 109-160.

CLAVERO, BARTOLOMÉ, "Ley del Código: transplantes y rechazos constitucionales por España y por América", en *Q. F.*, 23 (1994), 81-194.

COMBACAU, JEAN, "La coutume. Ouverte: de la régularité à la régle", en *Droits. Revue française de théorie juridique*, 3, París, 1986, 3-10.

CORDERO AVENDAÑO DE DURAND, CARMEN, "El Derecho consuetudinario indígena", en José Emilio Rolando Ordoñez Ciefuentes (coordinador), *IV Jornadas Lascacianas. Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios*, UNAM, México, 1994, pp. 33-43.

CORONAS GONZÁLEZ, SANTOS, "Costumbres de España y costumbre del Perú en materia de esponsales (1714-1769)", en *Homenaje a Ismael Sánchez Bella*, Pamplona, 1992, pp. 181-193.

CORVALÁN ALLENDEZ, JORGE y CASTILLO FERNÁNDEZ, VICENTE, *Derecho procesal indiano* en Universidad de Chile, *Memorias de licenciados. Historia del Derecho*, Santiago, 1951.

COSTA, JOAQUÍN, "Requisitos de la costumbre jurídica, según los autores", en Idem, *Estudios jurídicos y políticos*, Madrid, 1884.

COSTA, JOAQUÍN, *Teoría del hecho jurídico, individual y social*, Madrid, 1880.

COSTA, JOAQUÍN, *La vida del Derecho. Ensayo sobre el derecho consuetudinario*, (1876), ed. utilizada, Buenos Aires, 1976.

La coutume. Custom, Recueils de la Société Jean Bodin pour l' historie comparative des institutions, tomos LI a LIV, Bruxelles, 1990.

CUCHI, SILVINA y MORIN, ALEJANDRO, "El tratamiento de la costumbre en la Primera Partida de Alfonso el Sabio", en *Anales de Historia Antigua y Medieval*, nº 30, Buenos Aires, 1997, pp. 107-121.

CUESTA SÁENZ, JOSÉ MARIA DE LA, "Reflejo del pensamiento de F. Gény sobre la costumbre en la doctrina civilista española", en *Q. F.*, 20 (1991), 319-350.

CUETO RUA, JULIO, "Derecho consuetudinario o norma consuetudinaria", en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, VI/1999, tomo 59, nº 1, pp. 57-66.

CUETO RUA, JULIO, *Fuentes del Derecho*, (1961), Reimpresión, Buenos Aires, 1965.

CUTTER, CHARLES R., *The Legal Culture of Northern New Spain. 1700-1810*; University of New Mexico Press, Albuquerque, 1995.

El Derecho de antigüedad del Colegio Real de San Martín de la Ciudad de los Reyes en el Perú, 2ª edición, 1619; ejemplar impreso en RAH, Jesuitas CXLII, núm. 30.

DÍAZ, CASIMIRO, Espejo de Parrocho de Indios. Manuscrito en RAH, R. 70.

DÍAZ REMENTERÍA, CARLOS J., *El cacique en el Virreinato del Perú. Estudio histórico-jurídico*, Sevilla, 1977.

DÍAZ REMENTERÍA, CARLOS J., "La costumbre indígena en el Perú hispánico", en *AEA*, XXXIII (1976), 189-215.

DIEZ-PICAZO, LUIS, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3ª edición, Barcelona, 1993.

Diccionario Judicial, que contiene la explicación y significación de las voces que están más en uso en los tribunales de justicia, por D.J.F.A., Madrid, 1831.

DOMÍNGUEZ VICENTE, J. M., *Ilustración y continuación de la Curia Filípica*, Madrid, 1736.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO, "El derecho consuetudinario a través de las vistas del Ministerio Público del Reino de Chile", en *REHJ*, XVII, (1995), 261-283.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO, "Variaciones introducidas por la costumbre y aceptadas por la jurisprudencia chilena en el procedimiento ejecutivo indiano", en *RChHD*, 7 (1978), 107-120.

DUBROWSKY, SERGIO, *Los diezmos de Indias en la legislación (ss. XVI y XVII)*, Pamplona, 1989.

ELIZONDO, FRANCISCO ANTONIO DE, *Práctica universal forense de los tribunales de España y de las Indias*, Madrid, 1788.

EYZAGUIRRE, JAIME, *Historia del Derecho*, 5ª edición, Santiago, Chile, 1980.

FERNÁNDEZ DE MESA, THOMAS MANUEL, *Arte histórico y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano en España y de interpretar aquel por éste y por el propio origen*, (1747), Edición utilizada, Madrid, 1802.

FORNER, JUAN PABLO, *Exequias de la lengua castellana*; Edición Espasa-Calpe Argentina, Buenos Aires, 1952.

FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, edición Buenos Aires, 1989.

GACTO, ENRIQUE, "La costumbre en el Derecho de la Inquisición", en Aquilino Iglesia Ferreirós (ed.), *El Dret comú i Catalunya*, Barcelona, 1995, pp. 215-262.

GAMBOA, FRANCISCO XAVIER DE, *Comentario a las Ordenanzas de Minas*, Madrid, 1761.

GARCÍA-GALLO, ALFONSO, "La ciencia jurídica en la formación del Derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII", en *AHDE*, XLIV, (1974), 157-200.

GARCÍA-GALLO, ALFONSO, "El Consejo y los Secretarios en el gobierno de Indias en los siglos XVI y XVII", en *RChHD*, 11, (1985), 329-353.

GARCÍA-GALLO, ALFONSO, "El Derecho común ante el Nuevo Mundo", en Idem, *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972, 147-166.

GARCÍA-GALLO, ALFONSO, *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1964.

GARCÍA-GALLO, ALFONSO, "Problemas metodológicos de la Historia del Derecho indiano", en *RIHD*, 18, (1967), 13-64, reproducido en Idem, *Estudios*, pp. 63-119.

GARCÍA-GALLO, ALFONSO, "El proyecto de 'Código peruano' de Gaspar de Escalona y Agüero", en *AHDE*, XVII, (1946), 889-920, reproducido en Idem, *Estudios*, pp. 367-399.

GARCÍA-GALLO, CONCEPCIÓN, "José Lebrón y Cuervo. Notas a la Recopilación de Leyes de Indias. Estudio, edición e índices", en *ADHE*, XXL, (1970), pp. 349-537.

GENY, FRANCISCO, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Madrid, 1902.

GELLA ITURRIAGA, JOSÉ, *Refranero jurídico español*, Madrid, 1987.

GIBERT SÁNCHEZ DE LA VEGA, RAFAEL, "Costumbre a partir de las Partidas", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 9, Madrid, 1985, pp. 35-67.

GILISSEN, JOHN, "La loi et la coutume dans l'historie du droit despuis le haut moyen age", en Centre Interuniversitaire de Droit Comparé, *Rapports generaux au VI Congres International du droit comparé*, Bruxelles, 1962, pp. 53-99.

GONGORA, MARIO, *El Estado en el Derecho indiano. Época de fundación, 1492-1570*, Santiago de Chile, 1951.

GONZÁLEZ ALONSO, BENJAMÍN, "De Briviesca a Olmedo. (Algunas reflexiones sobre el ejercicio de la potestad legislativa en la Castilla bajomedieval), en Aquilino Iglesia Ferreirós (ed.), *El Dret comú i Catalunya*, Barcelona, 1995, pp. 43-74.

GONZÁLEZ GALVÁN, JORGE ALBERTO, "El derecho consuetudinario indígena en México", en Ordoñez Ciefuentes (coordinador), *IV Jornadas Lascacianas*, cit., 73-94.

GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, MIGUEL ÁNGEL, *Derecho prehispano e instituciones indígenas en el ordenamiento jurídico indiano. Notas para su estudio*, Madrid, 1980.

GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, MIGUEL ÁNGEL, "El elemento indígena en el Derecho indiano", en *RHD*, 11 (1983), 401-453.

GROSSI, PAOLO, *El orden jurídico medieval*, Madrid, 1996.

GURIÉVICH, ARÓN, *Las categorías de la cultura medieval*, Madrid, 1990.

GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, "El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles de Hispanoamérica y España emprendidas durante el siglo XIX", en *REHJ*, 12, (1987-1988), 237-254.

HAGGENMACHER, PETER, "Coutume", en *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 35, París, 1990, pp. 27-41.

HANKE, LEWIS (editor), *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria. Perú*, 7 vols., Madrid, 1978-1980.

HANKE, LEWIS (editor), *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria, México*, 5 vols., Madrid, 1976-1978.

HARO, SILVIO LUIS, *Introducción a la legislación eclesiástica de la América Latina*, Lyon, 1934.

HEREDIA HERRERA, ANTONIA, *Catálogo de las consultas del Consejo de Indias*, 2 ts., Madrid, 1972, y 5 ts., Sevilla, 1983-1987.

HERNÁNDEZ-GIL A.-CIENFUEGOS, ANTONIO Y ZULETA PUCEIRO, ENRIQUE, *El tratamiento de la costumbre en la codificación civil hispanoamericana*, Madrid, 1976.

HEVIA BOLAÑOS, JUAN DE, *Curia Philipica*, (1603), edición utilizada, Madrid, 1753.

HOROZCO, SEBASTIÁN DE, Libro de proverbios, Manuscrito en Real Academia Española, Madrid.

IGLESIA FERREIROS, AQUILINO (editor), *El dret comú i Catalunya*, Barcelona, 1995.

KONETZKE, RICHARD, *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica. 1493-1810*, 5 tomos, Madrid, 1953-1962.

LALINDE ABADIA, JESÚS, "La creación del Derecho entre los españoles", en *AHDE*, XXXVI, (1966), 301-377.

LEÓN, ANTONIO DE, *Tratado de confirmaciones reales de encomiendas, oficios y casos, en que se requieren para las Indias Occidentales*, Madrid, 1630, reedición facsimilar, Buenos Aires, 1922.

LEVAGGI, ABELARDO, "El concepto del Derecho según los fiscales de la segunda Audiencia de Buenos Aires (1784-1810)", en *RChHD*, 11, (1985), 245-259.

LEVAGGI, ABELARDO, "La condición jurídica del esclavo en la época hispánica", en *RHD*, 1, (1973), 83-175.

LEVAGGI, ABELARDO, *Los escritos del fiscal de la Audiencia de Buenos Aires, Manuel Genaro de Villota*, Buenos Aires, 1981.

LEVAGGI, ABELARDO, *Historia del Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1978.

LEVAGGI, ABELARDO, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, t. I, Buenos Aires, 1986.

LEVENE, RICARDO, "El derecho consuetudinario indiano y la doctrina de los juristas", en *The Hispanic American Historical Review*, vol. 3, nº 2, (1920), pp. 144-151.

LEVENE, RICARDO, *Historia del Derecho argentino*, tomos, I, II y III, Buenos Aires, 1945-1946.

LEVENE, RICARDO, *Introducción a la historia del Derecho indiano*, Buenos Aires, 1924.

LEVILLIER, ROBERTO (director), *Gobernantes del Perú. Cartas y papeles. Siglo XVI*, 14 tomos, Madrid, 1921-1924.

LEVILLIER, ROBERTO (director), *Correspondencia de la ciudad de Buenos Aires con los reyes de España*, Biblioteca del Congreso Argentino, 3 ts., Madrid, 1918.

LÓPEZ NUÑEZ, CARLOS, "El romanismo en la «Política indiana»", en *AEA*, VI, (1949), 715-754.

LYNCH, JOHN, *Administración colonial española. 1782-1810. El sistema de intendencia en el Virreinato del Río de la Plata*, Buenos Aires, 1962.

MACHADO DE CHAVES, JUAN, *Perfecto confesor y cura de almas...*, (1641), edición utilizada, Madrid, 1655.

MALAGÓN, JAVIER y OTS CAPDEQUI, JOSÉ M., *Solórzano y la Política indiana*, México, 1965.

MANZANO MANZANO, JUAN, *Historia de las Recopilaciones de Indias*, t. I, Madrid, 1950.

MANZANO MANZANO, JUAN, "Las leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del Derecho indiano", en *RIHD*, 18, (1967), 65-71.

MARAVALL, JOSÉ ANTONIO, *La cultura del Barroco*, Barcelona, 1980.

MARGADANT S., GUILLERMO F., "El agua a la luz del Derecho novohispano. Triunfo de realismo y flexibilidad", en *AMHD*, I, (1989), 113-146.

MARGADANT, GUILLERMO FLORIS, "La *consuetudo contra legem* en el Derecho indiano a la luz del *Ius commune*. (Análisis del pensamiento de Francisco Carrasco y Saz, jurista indiano sobre este tema)", en *AMHD*, II, (1990), 169-188.

MARILUZ URQUIJO, JOSÉ M., "La comunidad de montes y pastos en el Derecho indiano", en Idem, *El régimen de la tierra en el Derecho indiano*, 2ª edición, Buenos Aires, 1978, pp. 97-137.

MARILUZ URQUIJO, JOSÉ M., "El Derecho prehispánico y el Derecho indiano como modelos del Derecho castellano", en *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho indiano, Actas y Estudios*, Madrid, 1973, pp. 101-113.

MARILUZ URQUIJO, JOSÉ M., *Orígenes de la burocracia rioplatense*, Buenos Aires, 1974.

MARILUZ URQUIJO, JOSÉ M., "El 'Teatro de la legislación universal de España e Indias' y otras recopilaciones de carácter privado", en *RIHD*, 8, (1957), 267-280.

MARILUZ URQUIJO, JOSÉ M., *El virreinato del Río de la Plata en la época del marqués de Áviles (1799-1801)*, Buenos Aires, 1964.

MÁRQUEZ, FRAY JUAN, *El gobernador cristiano deducido de las vidas de Moisés y Josué, príncipes del pueblo de Dios*, Salamanca, 1612.

MARTÍN GONZÁLEZ S. D. B., ÁNGEL, *Gobernación espiritual de Indias, Código Ovandino. Libro 1º*, Guatemala, 1978.

MARTÍNEZ, MANUEL SILVESTRE, *Librería de Jueces*, Madrid, 1764.

MARTÍNEZ DIEZ, GONZALO, "Alonso de la Peña Montenegro y la costumbre jurídica entre los indios", en *Estudios sobre política indigenista española en América*, t. III, Valladolid, 1977, pp. 53-79.

MATTENZO, JUAN DE, *Gobierno del Perú*, (1567), Edición de Guillermo Lohmann Villena, París-Lima, 1967.

MATRAYA Y RICCI, JUAN JOSEPH, *Catálogo cronológico de pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales*, (1819), Reedición facsimilar, Buenos Aires, 1978.

MEDRANO, SAMUEL W., "La política de abastos en la tradición de Buenos Aires", en *RIHD*, 2, (1950), 119-130.

MENEGUS BORNEMANN, MARGARITA, "La costumbre indígena en el Derecho indiano. 1529-1550", en *AMHD*, IV-1992, 151-159.

MIER VÉLEZ, ÁNGEL DE, *La buena fe en la prescripción y en la costumbre hasta el siglo XV*, Navarra, 1968.

MORENO VILA, JOSÉ, *Lo mexicano en las artes plásticas*, México, 1948.

MUJAL Y DE GIBERT, JUAN ANTONIO, *Tratado de la Observancia y Obediencia que se debe a las leyes, pragmáticas sanciones y reales decretos...*, Madrid, 1774.

MURO OREJÓN, ANTONIO, *Cedulario americano del siglo XVIII*, 3 volúmenes, Sevilla, 1956-1977.

MURO OREJÓN, ANTONIO, "El doctor Juan Luis López, marqués del Risco y sus comentarios a la Recopilación de Indias", en *AHDE*, XVII, (1946), 807-818.

NARANCIO, EDMUNDO N., "Los cabildos abiertos en Montevideo (1730-1810)", en *RIHD*, 14, (1963), 110-117.

OCHOA BRUN, MIGUEL, "Vida, obra y doctrina de Juan de Solórzano y Pereyra", Estudio preliminar a la edición de la *Política indiana* de BAE, Madrid, 1972, pp. XIII-LXIV.

O'KANE, ELEANOR S., *Refranes y frases proverbiales españolas de la Edad Media*, Madrid, 1959.

ORDÓÑEZ CIEFUENTES, JOSÉ EMILIO ROLANDO (coordinador), *IV Jornadas Lascacianas. Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios*, UNAM, México, 1994.

OTS CAPDEQUI, JOSÉ MARÍA, *Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho propiamente Indiano*, Buenos Aires, 1945.

OVIEDO CAVADA, CARLOS, "Las consuetas de las catedrales de Chile, 1689 y 1744", en *RChHD*, 12, (1986), 129-154.

PACHECO, FRANCISCO L., "Ley, costumbre y uso en la experiencia jurídica peninsular bajomedieval y moderna", en Aquilino Iglesia Ferreirós (ed.), *El Dret comú i Catalunya*, Barcelona, 1995, pp. 75-146.

PACHECO, J. F., CÁRDENAS F. DE y otros, *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones de América y Oceanía...*, 42 vols., Madrid, 1864-1884.

PALACIOS Y HURTADO, JOAQUÍN MARÍA DE, *Introducción al estudio del Derecho patrio*, Madrid, 1803.

PARRAS, PEDRO JOSEF DE, Recopilación de las razones que los visitadores provinciales y superiores de misiones deben tener presentes en la provincia de Paraguay..., Manuscrito en BP, (MA), t, XXXVII, núm. 2850.

PAZ, FRAY JUAN DE, *Consultas y resoluciones varias, theológicas, jurídicas, regulares y morales. Resueltas por...*, Sevilla, 1687.

PÉREZ Y LÓPEZ, ANTONIO XAVIER, *Principios del orden esencial de la Naturaleza establecidos por fundamentos de la moral y política, y por prueba de la religión. Nuevo sistema filosófico*, Madrid, 1785.

PÉREZ DE TUDELA, JUAN, "La «Política indiana» y el político Solórzano (Aproximación a un tema jurídico desde la metodología del historiador general)", en *Revista de Indias*, núm. 123-124, Madrid, 1971, pp. 77-171.

POLO DE ONDEGARDO, JUAN, Relación de los fundamentos acerca del notable daño que resulta de no guardar a los indios sus fueros, (1571), en Horacio H. Urteaga y Carlos A. Romero, *Colección de libros y documentos referentes a la Historia del Perú*, t. III, Lima, 1916.

PUGA, VASCO DE, *Cedulario de la Nueva España*, ("Provisiones, cédulas, instrucciones de su Majestad"), Facsimile del impreso original, México, 1563), México, 1985.

PUGLIESE LA VALLE, MARÍA ROSA, "Las fuentes del Derecho a través de los expedientes judiciales en el virreinato del Río de la Plata", en *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Actas y Estudios*, t. I, Buenos Aires, 1997, pp. 135-182.

PUGLIESE LA VALLE, MARÍA ROSA, "La vigencia de la concepción histórico-jurídica de Altamira", en *RHD*, 20, (1992), 335-375.

PUY MUÑOZ, FRANCISCO, *Las ideas jurídicas en la España del siglo XVIII (1700-1760)*, Granada, 1962.

RAMOS NUÑEZ, CARLOS, "Consideración de la costumbre en la doctrina jurídica virreinal. De la valoración clásica a su impugnación moderna", en Teodoro Hampe Martínez (compilador), *La tradición clásica en el Perú virreinal*, Lima, 1999, pp. 285-308.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de autoridades*, (1726), Edición facsimilar, Madrid, 1976.

RÍPODAS ARDANAZ, DAISY, *El obispo Azamor y Ramírez. Tradición cristiana y modernidad*, Buenos Aires, 1982.

RIVAROLA, FRANCISCO BRUNO DE, Memorial o discurso informativo de los derechos, honores y preeminencias que se deben por las leyes del reino a los ministros de Real Hacienda, Mss. original en RAH, (CML), t. LXXVIII.

RODRÍGUEZ MOÑINO, M., "Manuscritos literarios peruanos en la Biblioteca de Solórzano Pereira", en *Cahiers du monde hispanique et luso-brasilien*, (Caravalle), núm. 7, Toulouse, 1966, pp. 93-121.

RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, JUAN N., *Pandectas hispano-mejicanas*, Madrid, 1852.

ROJAS LIMA, FLAVIO, *El Derecho consuetudinario en el contexto de la etnicidad guatemalteca*, Guatemala, 1995.

RUBIO Y MORENO, LUIS, *Inventario general de registros cedularios del Archivo General de Indias de Sevilla*, Madrid, s/f.

SAAVEDRA FAJARDO, DIEGO, *Idea de un príncipe político cristiano representada en cien empresas*, (1640/1642), Edición utilizada: Clásicos castellanos, edición y notas de Vicente García de Diego, Madrid, 1927, 4 tomos.

SALINAS ARANEDA, CARLOS, "Un aporte sobre la costumbre indiana como fuente del Derecho en Chile", en *REHJ*, XI, (1986), 165-181.

SALVAT MONGUILLOT, MANUEL, "La legislación emanada de los cabildos chilenos en el siglo XVI", en *RChHD*, 5, (1969), 97-132.

SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, *El concepto del Estado en el pensamiento español del siglo XVI*, Madrid, 1959.

SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, *El pensamiento político del despotismo ilustrado*, Madrid, 1953.

SCHÄFER, ERNESTO, *El Consejo Real y Supremo de las Indias. Su historia, organización y labor administrativa hasta la terminación de la Casa de Austria*, tomo I, Sevilla, 1935.

SEOANE, MARÍA ISABEL, "Las fuentes jurídicas de los memoriales de los síndicos procuradores de Buenos Aires", en *RChHD*, 11, (1985), 355-375.

SIMÓN ABRIL, PEDRO, *Apuntamientos de cómo se deben reformar las doctrinas y la manera de enseñarlas para reducirlas a su antigua entereza y perfección...*, (Madrid, 1589), Edición BAE, t. 65, Madrid, 1958, 293-300.

SOLÓRZANO PEREIRA, JUAN DE, *Emblemas regio-políticos*, Valencia, 1659.

SOLÓRZANO PEREIRA, JUAN DE, *Política indiana*, (1647), edición utilizada, Madrid, 1776.

STORNI, CARLOS M., "Una relación conflictiva: chacareros - estancieros", en Idem, *Investigaciones sobre Historia del Derecho rural argentino*, Buenos aires, 1997, pp. 401-422.

STORNI, CARLOS MARIO, "Notas acerca de la costumbre en el derecho agrario", en *RHD*, 14, (1986), 499-526.

SUÁREZ, FRANCISCO, *Tratado de las Leyes y de Dios legislador*, Libro VII: "La ley no escrita, llamada costumbre", edición utilizada, t, IV, Madrid, 1967.

SUÁREZ BILBAO, FERNANDO, "La costumbre indígena en el Derecho indiano", en *Studia Carande*, Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas del Centro Universitario Ramón Carande, [1999].

TAPIA, FRANCISCO XAVIER, *El cabildo abierto colonial*, Madrid, 1966.

TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, "El auto de buen gobierno de 1806 del Gobernador Intendente don Rafael de la Luz", en Idem, *La ley en América Hispana*, cit., pp. 407-430.

TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *Casuismo y Sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho indiano*, Buenos Aires, 1992.

TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, "Consideraciones sobre la aplicación de la Recopilación de 1680", en *RHD*, 8, (1980), 331-395, y reproducido en Idem, *La ley en América Hispana*, cit., 173-233.

TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, "La costumbre en el Código Civil argentino: las páginas críticas de Manuel A. Sáez (1883)", en *Dalmacio Velez Sarsfield e il Diritto latinoamericano*, a cura de Sandro Schipani. Atti del Congresso Internazionale, Roma, 1986. Cedam Padova, 1991, pp. 209-224.

TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, "La costumbre en el Derecho argentino del siglo XIX. De la Revolución al Código Civil", en *RHD*, 4, (1976), 231-303.

TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, "La «cultura del Código». Un debate virtual entre Segovia y Sáez", en *RHD*, 26, (1998), 539-564.

TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, "La doctrina de los autores como fuente del Derecho castellano-indiano", en *RHD*, 17, (1989), 351-408.

TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *La ley en América Hispana. Desde el Descubrimiento a la Emancipación*, Buenos Aires, 1992.

TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del Derecho indiano*, Buenos Aires, 1997.

TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, "Órdenes normativos y prácticas socio-jurídicas. La justicia", en Academia Nacional de la Historia, *Nueva Historia de la Nación Argentina*, t. II, Buenos Aires, 1999, pp. 283-316.

TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, "El pensamiento español en el proceso de la codificación hispanoamericana: los «Discursos críticos» de Juan Francisco de Castro", en *REHJ*, 5, (1980), 375-395.

TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, "La Recopilación de 1680: dificultades para su aplicación", en *RChHD*, 11, (1985), 77-84, reproducido en Idem, *La ley en América Hispana*, cit., 235-248.

TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, "La variedad indiana, una clave de la concepción jurídica de Juan de Solórzano", en Real Academia de la Historia, *II Congreso de Academias Iberoamericanas de la Historia*, Madrid, 1993, pp. 475-488.

THOMPSON, E. P., *Costumbres en común*, Barcelona, 1995.

TORRECILLA, MARTÍN DE, *Enciclopedia canónica, civil, moral, regular y ortodoxa...*, 2 vols., Madrid, 1721.

TRAZEGNIES, FERNANDO DE, *Ciríaco de Urtecho: Litigante por amor. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico*, 3ª edición, Lima, 1995.

TROPER, MICHEL, "Du fondement de la coutume á la coutume comme fondement", en *Droits. Revue française de theorie juridique*, nº 3, París, 1986, 11-24.

TRUSSO, FRANCISCO EDUARDO, "Humanismo y barroquismo jurídico en América", en *La Nación*, Buenos Aires, 22 de marzo de 1987.

VALLEJO, JESÚS, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, 1992.

VILLARROEL, GASPAR DE, *Gobierno eclesiástico pacífico; concordia y unión de los dos cuchillos, pontificio y regio*, Madrid, 1656-1657.

ZAVALA, SILVIO, *Orígenes de la colonización en el Río de la Plata*, México, 1977.

ZAVALA, SILVIO Y CASTELO, MARÍA, *Fuentes para la historia del trabajo en Nueva España (1575-1805)*, 8 volúmenes, México, 1936-1946.

ZORITA, ALONSO DE, Breve y sumaria relación de los señores y maneras y diferencias que había de ellos en la Nueva España y en otras Provincias comarcanas y de sus leyes, usos y costumbres..., en J. García Icabalceta, *Nueva colección de documentos para la historia de México*, ed. México, 1981, III, 71-227.

ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO, "Los derechos indígenas", en *RHD*, 14, (1986), 427-451.

ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO, "Las fuentes del Derecho argentino (siglos XVI a XX)", en *RHD*, 1, (1973), 309-346.

ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO, *La organización judicial argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, 1952.

ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO, *La organización política argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, 1959.

ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO, *Historia del Derecho Argentino*, tomo I, Buenos Aires, 1966.

ÍNDICE

Itinerario de una Investigación.....2

I. La Costumbre Entre la Dogmática Jurídica y la Historia

I. LA COSTUMBRE ¿EXPULSADA DEL ORDEN JURÍDICO? II. EL RETORNO DE LA COSTUMBRE: 1. La admisión por la Dogmática. 2. El aporte histórico-jurídico. 3. El Derecho consuetudinario indígena, una expresión de militancia política. 4. El hito de un congreso internacional: Bruselas, 1984. III. APUNTAMIENTO FINAL.....6

II. El Trasfondo Consuetudinario del Derecho Indiano

I. MI PROPÓSITO. -II. RASGOS CONSUETUDINARIOS EN EL DERECHO MEDIEVAL.- III. LA REALIDAD INDIANA Y EL ORDEN LOCAL. 1. Variedad, casuismo y flexibilidad. 2. El orden local como laboratorio consuetudinario. 3. Un mosaico consuetudinario. 4. Costumbres populares.- IV. LA COSTUMBRE Y LA LEY: EL JUEGO DE LOS ESPEJOS. 1. Conflictos entre leyes nuevas y prácticas observadas. 2. La costumbre frente a una ley recopilada contraria. 3. La costumbre o uso dando fuerza a la ley. 4. La fuerza y la costumbre canónica.- V. LOS USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS.-
VI. UN ESPACIO INTELECTUAL PARA LA COSTUMBRE.....20

III. La Costumbre Jurídica en la América Española (Siglos XVI-XVIII)

I. PLANTEO CONCEPTUAL: La noción de costumbre. Ubicación en el orden jurídico. II. DESARROLLO HISTÓRICO: Precedentes castellanos. En las Indias: factores que generaron su aparición y transformación. III. LA LITERATURA JURÍDICA: el tratamiento del tema en obras castellanas e indianas. IV. LA LEGISLACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO: la actitud de legisladores y magistrados ante la costumbre. V. RELACIONES JURÍDICAS SOMETIDAS AL INFLUJO CONSUETUDINARIO: El gobierno y la administración secular. Los cabildos. El Real Patronato. El gobierno eclesiástico. La administración de justicia. Ceremonial y tratamiento. La vida urbana y rural. VI. LOS USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS: Características. Conocimiento y examen. Costumbres admitidas y rechazadas. VII. LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS: requisitos externos e internos. VIII. INTRODUCCIÓN, VIGENCIA Y EXTINCIÓN.
IX. LOS INSTRUMENTOS PROBATORIOS: enumeración y alcance.....44

IV. 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

Preliminares. PRIMERA PARTE: I. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO CASTELLANO. Factores que la debilitaron a partir de la Recepción. El Ordenamiento de Alcalá y su preferencia por las fuentes legislativas. El pensamiento de teólogos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII. Los libros de instrucción política. II. LA COSTUMBRE EN INDIAS. Sus particularidades. La actitud del legislador indiano ante la costumbre. Los usos y costumbres indígenas. Manifestaciones consuetudinarias en las leyes. La literatura jurídica. III. LOS REQUISITOS DE LA COSTUMBRE. Requisito extrínsecos e intrínsecos. –SEGUNDA PARTE: I. LA POTESTAD LEGISLATIVA DE LOS CABILDOS INDIANOS. La representación del pueblo y la introducción de costumbres. La autoridad del cabildo y los funcionarios reales. Coexistencia entre ley y costumbre. II. LA COSTUMBRE REGULADORA DEL FUNCIONAMIENTO DEL CABILDO. I. Las formas y el ceremonial: a) los acuerdos; b) asiento, voz y voto de los funcionarios; c)

asistencia y participación en actos públicos; d) el estandarte real, y e) el protocolo con el gobernador. 2. La elección de oficios: a) alcaldes ordinarios y regidores; b) alcaldes de hermandad; c) procurador general de la ciudad, mayordomos y otros oficios. 3. El ejercicio de los oficios: a) facultades y uso de atributos; b) reemplazo del alcalde; c) el turno del fiel ejecutor; d) ajuste de cuentas con el mayordomo del hospital. 4. Las funciones del cabildo. 5. Los cabildos abiertos. III. LA COSTUMBRE, REGULADORA DE LA VIDA URBANA. 1. El abasto de la ciudad. 2. Derechos de los vecinos. 3. Cargas y obligaciones de los vecinos. 4. Las fiestas religiosas y populares. IV. INTRODUCCIÓN, PRUEBA Y EXTINCIÓN DE LA COSTUMBRE.....87

V. La Costumbre en el Siglo XVIII. Doctrina Jurídica y Praxis Rioplatense a través de los Cabildos

PRIMERA PARTE. I. FACTORES QUE INFLUYEN SOBRE LA COSTUMBRE DURANTE EL SIGLO XVIII. 1. La exaltación del poder real. 2. El centralismo político frente al particularismo indiano. 3. El racionalismo jurídico. 4. La difusión de cuerpos y textos legales. 5. La mentalidad de la naciente burocracia. 6. El crecimiento de las ciudades y la declinación de los cabildos. II. LA COSTUMBRE A TRAVÉS DE LA LITERATURA JURÍDICA. 1. Generalidades. 2. La exposición de Fernández de Mesa. 3. La crítica de Juan Francisco de Castro. 4. Otros autores y prácticos de la segunda mitad de la centuria. 5. Los comentaristas indianos. III. LA COSTUMBRE EN LA REALIDAD JURÍDICA INDIANA. 1. La fuerza de la costumbre. 2. La actitud del legislador y del funcionamiento real ante la costumbre. SEGUNDA PARTE. I. PODER POLÍTICO Y POTESTAD LEGISLATIVA DE LOS CABILDOS RIOPLATENSES. II. LA COSTUMBRE, REGULADORA DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS CABILDOS. 1. Las formas y el ceremonial: a) los acuerdos; b) asiento, voz y voto de los funcionarios; c) asistencia y participación en actos públicos; d) el estandarte real; e) protocolo con el virrey, el gobernador, el obispo y la audiencia. 2. La elección de los oficios. 3. El ejercicio de los oficios: a) facultades y uso de atributos; b) reemplazo del alcalde; c) el turno del fiel ejecutor. 4. Las funciones del cabildo. 5. Los cabildos abiertos. III. LA COSTUMBRE, REGULADORA DE LA VIDA URBANA Y RURAL. 1. El abasto de la ciudad. 2. Retribución del trabajo. 3. Tierras, ganados y fronteras. 4. Alcabalas y diezmos. Otras contribuciones y cargas. 5. Las fiestas religiosas, reales y populares. 6. La publicidad de las normas. IV. INTRODUCCIÓN, PRUEBA Y EXTINCIÓN DE LA COSTUMBRE. 1. Introducción y requisitos. 2. La prueba. 3. Vigencia, suspensión y extinción.....132

VI. Elementos Consuetudinarios en la Política Indiana de Solórzano

I. La *Política Indiana* en el marco de la literatura jurídica del Barroco. II. Consideraciones generales sobre la inserción del fenómeno consuetudinario en la obra. III. Los vocablos consuetudinarios empleados. IV. Concepto y valoración. Apoyos invocados. V. Requisitos y fuerza. Buenas y malas costumbres. VI. La costumbre en el espacio. 1. Costumbres locales, generales y universales. 2. Las costumbres indígenas. VII. La costumbre en el tiempo. Conservación y defensa. Mutabilidad de esos elementos. VIII. Relaciones jurídicas sometidas al influjo consuetudinario. IX. Consideraciones finales.....173

Fuentes y Bibliografía.....193