Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ESTUDIOS SOBRE LAS FUENTES DE CONOCIMIENTO DE LA HISTORIA DEL DERECHO INDIANO. LA COSTUMBRE JURIDICA EN LA COLONIZACION ESPAÑOLA

Por el Dr. Rafael ALTAMIRA ex-catedrático de Historia de las Instituciones Civiles y Políticas de América, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.

(Continuación)

SUMARIO

CAPITULO VI

El contenido de las costumbres

I. Costumbres de los grupos *A* a *C*. Capítulo Segundo, Nº 1 *(sigue)*.
II. Costumbres de los grupos *D* a *K*. Capítulo Segundo, Nº 2.
III. Valor jurídico y clasificación de las costumbres.
IV. Conclusiones.

En el título 13, veintiuna de sus leyes (de la 4 a la 24 inclusive) ofrecen la descripción explícita del contenido de las costumbres a que se refieren y que rechazan: todas ellas contra la libertad y el respeto de los indios. De casi todas he dado suficiente análisis en otros Capítulos; y así, las excuso ahora para no alargar desmesuradamente esta materia.

Lo mismo digo de la 4, título 15, también referente a los indios (repartimiento de mitayos para las minas y otras labores).

El libro VII es muy parco en definiciones o descripciones de costumbres permitidas o derogadas tras algún tiempo de ejercicio.

La ley 8 del título 7 ordena que "los Oidores de Lima, y México en las visitas de Cárcel no conozcan de negocios sentenciados en revista por Alcaldes del Crimen, y los dexen executar sus sentencias"; y se previene contra la alegación (que el legislador debió presumir probable) de *costumbres* contrarias, con el empleo de la fórmula "sin embargo de qualquier *costumbre introducida.*"

La 14 del mismo título, que parece ser una Instrucción (dada por Felipe II en 1567), aunque sus diez cláusulas no llevan número ni el

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

calificativo "de capítulo", nos da a conocer, a la vez que la prohibe, la costumbre creada por algunos particulares y que describe en los siguientes términos: "Si en los casos susodichos [se refiere a los señalados en las cláusulas anteriores relativas todas a los indios presos por razón de deudas] se hubiese entregado algún Indio en servicio de su acreedor por cierto tiempo, y *el acreedor durante él le prestare algunos dineros para efecto de perpetuarle en su servicio, como lo suelen y acostumbran a hacer.*" Para inutilizar esta interesada maniobra, la cláusula sigue diciendo: "y el Indio hubiere acabado de *servir a su acreedor* el tiempo por el que le fué entregado, háganle sacar de su poder, *aunque no haya servido el tiempo correspondiente a el valor del dinero que le prestó,* estando en su casa y servicio, y si el acreedor después le conviniese por empréstito, y el Indio no tuviere de que le pagar, *no se le entreguen para que le sirva de pago de la deuda.*" Obsérvese, en lo que toca a la entrega de la persona del deudor indio al acreedor en pago de deuda, que la ley autoriza en sus cláusulas primera a quinta, la persistencia de esta antiquísima costumbre medieval.

Tampoco es muy abundante el Libro VIII en ejemplos de los que ahora nos interesan.

La ley 22 del título primero, hace consistir el hacer "como se estila", cierta operación de inventario de las Cajas Reales, en que se haga "sin reservar ni omitir cosa alguna, poniéndolas todas por sus géneros, con especificación y distinción".

La ley 94 del mismo título, aplica la orden (no en el sentido de precepto legal) que hay en "la Contaduría mayor de Cuentas de nuestro Consejo de Hacienda", y define la *forma* que corresponde a ella diciendo ser que solamente tomen la razón de los despachos de los Virreyes de Lima y México, y Presidente de Santa Fé "... Los Contadores de Resultas a la vuelta de los despachos, y no los del Tribunal".

La ley 7 del tíulo 3 nos presenta el caso curioso de una costumbre burocrática vigente, aunque contraria al precepto contenido en una ley de materia muy importante para la administración del Estado. Consistió esa costumbre en practicar, los Oficiales de la Real Hacienda, una jornada de trabajo distinta (y muy probablemente, de menos horas o días completos) que la ordenada por resolución de Felipe III promulgada el 25 de Enero de 1605. Pero la noticia que da la ley no es completa, puesto que no precisa en cuantas horas de trabajo diferían la costumbre y la ley, ni en qué se apartaban, unas de otras, las costumbres *introducidas* (la ley usa este verbo) "en cada Caxa" de la Hacienda.

La 18, título 4 deja recelar que los Oficiales de la Real Hacienda se ausentaban frecuentemente de las ciudades donde residían, sin licencia. El legislador amenaza con la pérdida del cargo si se sigue practicando esa costumbre.

La 26 del mismo título 4 nos dice *"estar en costumbre* que nuestros Oficiales de la Villa Imperial de Potosí nombren un Teniente en la Ciudad de la Plata"; y ordena a los Virreyes del Perú que respeten esa facultad "en la forma, que hasta ahora lo han hecho" los Oficiales. Véase el comentario que hice en el Capítulo segundo acerca de unas palabras de esta ley.

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

La 39 del título citado parece, (como la 14 del título 7, Libro VII que poco antes analicé) permitir, en razón de costumbre, que de la Ciudad de México "y de las otras partes, *que se acostumbra*", provean y envíen lo necesario para el despacho de las Armadas en punto a "bastimentos y municiones para Filipinas", aunque "todo lo tocante a esta materia esté a cargo del Virrey."

La 45 del mismo título refiere con gran precisión los diferentes usos contra ley que practicaban los Oficiales Reales desde comienzos del siglo XVI (la primera redacción de esta ley se hizo en 1528, y se repitió varias veces hasta 1600) al enumerar los actos que les prohibe y que eran: "que ninguno de nuestros oficiales trate, ni contrate dentro o fuera de su Provincia con nuestra Real Hacienda, ni la suya propia, ni de otra cualquier persona, ni pueda tener, ni tenga otro género de trato, o aprovechamiento, o grangería en su Provincia, ni en otra ninguna parte de nuestras Indias, ni de estos Reynos, ni negocie, ni se aproveche de nuestra Real Hacienda, ni la defraude por ninguna via, directa ni indirecta, por si, ni por otra qualquiera persona, pública ni secretamente, ni en otra forma, ni puedan armar Navíos, ni tener parte en ninguna Armada, que se hiciere para descubrimientos, rescates, ni contrataciones, ni arme Canoas de perlas, ni las rescate, ni tenga compañía por ninguna forma, pretexto, ni color, etc." Si por el hallazgo de los originales o minutas de las cinco redacciones que parece haber tenido esta ley, se pudiese rehacer plenamente su historia, tengo por seguro que encontraríamos que las prohibiciones fueron aumentando de año en año, sin duda por la aparición sucesiva de nuevos abusos con que se trataba de soslayar el precepto vigente en cada momento. Esas adiciones se muestran a veces claras en las junturas de algunas frases del texto definitivo, probablemente aderezado en 1600 o, tal vez, en algunas de las recopilaciones intentadas más tarde.

La 18 del título 8, cuya especialidad puse de relieve en el Capítulo anterior, hizo cesar "la *costumbre* introducida, y observada *mucho tiempo*" por los Oficiales Reales de algunas Cajas Reales, respecto de la aplicación de las sobras de cuentas; basándose, para hacerlo así, "en no ser entonces la plata de ley, y de tan mala calidad, que era fuerza tener mermas, y faltas, y padecerlas los Oficiales, que antes del ensaye hacían esta prevención a arbitrio, y consideración del Balanzario."

La 34 del mismo título prohibe continuar la práctica que "*acostumbran* nuestros Oficiales, con pretexto de la facultad, que tienen para la cobranza de nuestra Real Hacienda fuera de las cinco leguas, y a Pueblos de Indios, muy distintos. Executores, con vara de Justicia, y salarios por días, a cobrar tributos y otros efectos."

La 29, título 10, expone con gran detalle el contenido de la *costumbre* introducida "en algunas Caxas Reales... al tiempo de quintar las barras de plata". Consistió en "quitar del peso líquido de cada una, á uno, y dos marcos, y á veces mas, y a la barra que quedaba por el quinto, se le quitaba otro tanto, cuando salía de la Caxa para salarios, y otra cosas, ó por cartacuenta de la plata, que se nos remite á estos Reynos, ó á otra de nuestras Caxas, ajustando el peso, de suerte que la barra, que había entrado por de ciento y veinte y ocho marcos, salía por ciento y treinta",

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

y en esta diferencia han consistido las sobras, que cada año han dado nuestros Oficiales Reales".

La ley 15, título 13, declara que contra lo ordenado (o sea, por costumbre contraria a la ley) la alcabala se paga en Nueva España "en plata sin labrar, no sólo en las minas, donde es más corriente, sino en México y otras partes".

La 16, mismo título 13, permite y ordena la costumbre de que "en la Provincia de Venezuela se puedan pagar, y satisfagan las alcabalas en las mismas cosas, y especies de que se debieren, y procedieren."

La 43 del título 13, aprueba "lo que... se ha hecho, y es nuestra voluntad, que se continue en la forma, y órden, que hasta ahora se ha observado", a saber, la *costumbre* existente "desde la introducción del derecho de alcabala en nuestras Indias", de "pagar salario a los escribientes, que se ocupan en los papeles, y cuentas de estos efectos, y satisfacerlo del dinero de alcabalas."

La ley 4 del título 15 expresa el contenido de la costumbre a que se opone, en estos términos: "Algunas personas registran, y pagan en Sevilla los derechos de las mercaderías, que cargan a las Indias, piden, y se les da testimonio para sacarlas, que guardan en su poder, y no le cosen en el registro, llegan a las Indias, ocultan lo que llevan, usurpan los derechos; y si denuncian los Guardas, presentan el testimonio de haber pagado en Sevilla, y con esto los dan por libres".

La 16 del título 17 dice que *"se ha estilado* en muchos casos" que si "los Ministros de los almojarifazgos aprehendiesen mercancías, paguen también los derechos de avería". La palabra "también" alude a que igualmente debían pagar los derechos de almojarifazgo o aduana.

La segunda parte de la ley 1, título 20, indica que los oficios públicos a que en conjunto se refiere esa ley en sus dos partes, "y los demás que por nuestras resolución, y *estilo,* observado en todas nuestras Indias, é Islas adjacentes se han criado, y vendido, criaren, vendieren, y beneficiaren", se sujeten a ciertas reglas que no interesa precisar aquí. La consecuencia es que todas esas creaciones de oficios se produjeron, unas veces, por preceptos legales, y otras veces por introducción de un estilo del que se exigía que fuese observado, es decir usado efectivamente: coexistencia de los dos títulos de derecho, uno legal y otro consuetudinario, que con frecuencia hemos hallado en los textos recopilados.

La 7 del título 20 acoge y convierte en norma legal la *"costumbre* universal de nuestras Indias" consistente en "no se provean por elección, ó suerte, ni en otra forma los oficios de Regidores que en todas las partes donde pudiere se traygan en pregon, y publica almoneda por los Oficiales de nuestra Real Hacienda por tiempo de treinta días, y vendan en cada lugar los que estuviere ordenado que haya". El área de esa *costumbre universal,* cubría según la misma ley, "todas las Ciudades, Villas y Lugares de Españoles de todas las Indias".

La ley 18, título 21, deja ver que existió una costumbre opuesta al precepto que establece y consistente en la parte o partes que se habían de dar al dueño de un oficio vendido; y decreta que *"si por lo pasado* se

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

hubiere entendido esto *en otra forma*... se cobre... la demasía que en esto hubiere".

La 14 del título 30 expresa con perfecta claridad la costumbre que deroga: "Acostumbran los Maestres, cuando llegan del Perú á Panamá con plata de nuestra cuenta, alquilar casas para recogerla, pagando de nuestra hacienda muy subidos precios, hasta entregarla".

A diferencia del Libro IX abunda en ejemplos de costumbres ampliamente descritas.

La ley 5 del título 1 ofrece cierta dificultad para deducir si ella expresa o no el contenido de la costumbre (estilo) a que se refiere... La frase en que encuentro esa dificultad dice que en el despacho de los asuntos de la Real Audiencia y Casa de Contratación de Sevilla "todos, el Presidente, los Jueces Oficiales, los Letrados y el Fiscal firmen con la antigüedad que tuvieren, por sus oficios, sin ninguna diferencia, *guardando el estilo,* de nuestro Consejo de Indias". ¿Quiere esto decir que el firmar como determina la ley es según el estilo mismo a que alude, o que el estilo consistía en otras formalidades que acompañaban a la firma y que la ley no consideró necesario precisar, puesto que bastaba referirse a lo practicado por el Consejo?

La 34 del título 1 prohibe al "Asistente, Corregidores, y Gobernadores y otros qualesquier Jueces, y Justicias, y Concejos de las Ciudades, Villas y Lugares" a donde enviaren, el Presidente y Jueces Oficiales de la Casa de Contratación de Sevilla, "certificaciones con qualesquier personas, para sacar y llevar... todo género de mantenimientos, y remitirlos á las Indias, y traer a la Casa de Sevilla", que impidan el cumplimiento de esas Certificaciones "no obstante qualquier prohibición, defensa, *o costumbre, que en contrario tengan.*"

La 38 del mismo título ratifica la costumbre del Presidente y Oficiales de la Casa de Contratación consistente en escribir al rey "sobre algunos negocios, que ocurrieren en la Casa, ó en respuesta de nuestras órdenes... por comunidad todos juntamente, como se ha *acostumbrado.*"

La 12, título 6 parece indicar la existencia de *costumbre* o *estilo* por los cuales se introducía la reelección de Electores del Consulado de Sevilla antes de pasados los "dos años de intermision para volver a ser nombrados"; y prohibe que se practique aunque sea en contra del precepto en contrario que dictó aquella ley en 1647.

La 31, mismo título, expresa el contenido de la práctica que ratifica, diciendo: "estando en *costumbre,* que cuando el Prior, y Cónsules de la Universidad de Cargadores de Sevilla concurren con el Presidente, y Jueces de la Casa de Contratación en los Estrados de la Audiencia, se les dé el banco colateral del lado derecho, junto, é inmediato al del Presidente, y Jueces, en forma que no hay en los bancos, ni en suelo ninguna distinción".

La ley 42 empieza afirmando que Carlos I concedió una cierta jurisdicción (tal vez en unas ordenanzas para la Casa de Contratación de Sevilla) "para que conozcan *solos privativamente* de todas las causas contenidas en sus ordenanzas, los jueces de la citada Casa". A continuación declaran que (contrariamente a lo ordenado por aquel rey), los favorecidos salen

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

de Sevilla a los Puertos, y costas de Andalucía y otras partes con Alguaciles, y Executores con vara de justicia, y Escribanos por ellos nombrados; ó envían Alguaciles, Executores, y Escribanos con comisiones". Y termina por alegar que "atento á que no tienen [pero no dice si alude a los Jueces o a los Alguaciles y demás funcionarios citados] territorio limitado, ni circunscripto, se ofrecen dudas, é impedimentos", concluye la ley por adoptar como norma la práctica de las extralimitaciones que antes declaró, con la sola variante de excluir a los Executores, cuyo nombre desaparece en el texto; si bien admite la "vara de justicia". De éstos en los Alguaciles.

La 59 consigna con gran precisión el hecho de que "al tiempo que se fabricaba la Lonja de Sevilla *acostumbraban* los Cargadores, Comerciantes, y hombres de negocios, recogerse dentro de la Santa Iglesia Catedral, por la puerta de San Cristóbal... y allí hacian sus contrataciones, y negocios, exceso que nunca se debió permitir, ni tolerar". Y lo prohibe.

La 42 del título 6 es clara en cuanto a la sustancia o contenido del estilo procesal "entre Mercaderes", puesto que a continuación de esas dos palabras lo define diciendo que consiste en "solamente la verdad sabida, y la buena fe guardada, sin libelos, escritos de malicia, plazos ni dilaciones de Abogados". Como de esta ley y otras que la complementan traté ampliamente en el Capítulo Segundo, II, letra E, excuso repetir lo que allí dije.

La 7 del título VIII recuerda y manda al Veedor y Contador de la Armada de la Carrera de las Indias, que "respondan a los pliegos de los Contadores de Averia, y entregue cada uno, por lo que le tocare, los recaudos, que los dichos Contadores les pidieren para el fenecimiento de la cuenta, *como es costumbre*".

La 8 define la práctica que ratifica en los siguientes términos: "Los Contadores de Averia *guarden la costumbre,* que se ha observado en abrir, y ver nuestros Despachos, y los del Consejo de las Indias, y satisfacer á ellos".

La 21, manda a "los Contadores de Averia... *guardar lo dispuesto por las Leyes de este título,* en el fenecimiento de cuentas, y no usen de ningun arbitrio, ni tasen ni moderen los precios de las cosas, *sin embargo de qualquier costumbre*". Teniendo en cuenta la singularidad de que una ley que no es la última de una serie (Instruccion u Ordenanza: únicas en que, a veces, se solía consignar el mandato de obedecer y ejecutar el conjunto de lo ordenado en ella) formula como lo hace esta ley 21 tomada del capítulo 9 de una serie grupo promulgado en 1620, y con motivo de un asunto concreto, el deber de guardar lo dispuesto por todas las leyes de un título (son 69 las de este título 8), me parece que tal particularidad arguye efectivamente la existencia de una *costumbre,* en virtud de la cual los Contadores de Averia realizaban los actos que en la ley se mencionan; y por ello hubo que subrayar la ilegalidad de ellos.

La ley 22 del título 14 revela y rechaza la mala práctica usada, segun la cual se había "algunas veces mandado tomar el dinero de los bienes de difuntos en las Indias, y viajes", y por esto había "resultado no cumplirse las memorias, y obras pías que dexaron ordenadas en sus testamentos, y se habían de poner en execución".

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

La 45 del título 15 nos dice que *es costumbre* que el General de la Flota siga "en la navegación el Estandarte de la Capitana" de la Armada "abatiendo el suyo".

El contenido de la costumbre que manda observar el capítulo 9 de la ley 133, título 15, se limita a que "entren los guardias, disparando los Mosquetes, *como se acostumbra*".

El capítulo 3º de la misma ley señala, con poca precisión, el permiso de frutos que se *acostumbra* "otorgar a" dos barcos... de hasta setenta toneladas, en cada Flota". Lo interesante sería saber el alcance de la permisión; más que el hecho de que alcanzase a dos barcos.

El capítulo 19 de la repetida ley 133, título 15, empieza declarando el contenido de una costumbre cuya defectuosa realización motiva un precepto riguroso. Dice: "En todas nuestras Armadas se *estila,* y es conveniente, que en saliendo del puerto se visiten los Navíos... y siendo esto más preciso, y necesario en las Armadas, y Flotas de Indias, *estamos informados de que se executa mal,* y que los generales desprecian dichas visitas, etc.".

En suma, se trata de un estilo en desuso, pero que el rey desea convertir en una obligación estricta.

La ley 6, título 21, dice que los sueldos de quienes "por falta de Capitanes entraren á servir sus Compañias en el viage, así de la Armada de la Carrera, como en las Capitanas, y Almirantes de Flotas, han de ser pagados... por entero, como los ganaban sus antecesores, conforme á la *costumbre* que se ha tenido."

La 8 del mismo título habla de una *forma antigua* relativa a la elección de mando de los Galeones; pero no explica en qué consiste. En cambio, dice que, "por lo pasado", se observó una práctica consistente en que era el Capitán General quien elegía y nombraba a los Contramestres, Guardianes y demás Oficiales. La ley entrega a los Capitanes esas dos facultades.

La ley 30 del mismo título, contemporiza con una parte de los malos usos que se practicaban en la conducción de soldados, a condición que desapareciesen los que consistían en "llevar o consentir el Capitán de conducta "que vayan o asistan en la Compañia Oficiales con ropa para vender, como son los Ropavejeros, Sastres, Calceteros, Zapateros, Confiteros, y otros semejantes".

La 48, título 22, menciona muy superficialmente la sustancia de dos costumbres: "las señas *que se acostumbran* entre las Armadas y Galeras", y "la pólvora *que se acostumbra* dar a los soldados en la forma ordinaria".

La 1ª del título 25, en que Carlos II ordenó que "se conserve en la Ciudad de Sevilla, conforme á su fundacion" la Universidad de Mareantes, aparte esta prescripcion general, dijo: "y en quanto á las elecciones de Mayordomos, y Diputados *se observe la costumbre de que* las hagan los Dueños, y Pilotos de Navios examinados, *segun ahora se practica.*" Se trata, pues, de una costumbre de fecha reciente o, por lo menos, posterior a la fundación de la Universidad; porque, en otro caso, no hacía falta que se singularizase su cumplimiento.

La *costumbre* de la Maestranza que ratifica la ley 20 del título 28, fué la de pagar "los jornales... en mano propia"; contra lo cual habían

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

urdido los Apuntadores y Capataces un procedimiento de que se siguió "andar descontentos" los jornaleros y "alargarse las obras de las carenas, y otros daños". Dos costumbres encontradas, de las que la ley escoge la antigua.

El número 92 de la ley 22, mismo título, nos informa ser *costumbre,* entre la Maestranza, no traer las herramientas necesarias para usar los oficios, respecto de que se los solían proveer por cuenta de nuestra Real Hacienda, las cuales se perdian, y los tomaban unos á otros, y por falta de ellos usan de la hacha, que es lo ordinario que traen, y con ella desperdician mucha madera, y gastan mas tiempo en la que labran".

El número 104 de la misma ley nos informa que en los buques mercantes que iban en las Flotas *se acostumbraba* a correr "los Alcazares... desde el Arbol mayor hasta el Castillo de Proa", y también echarles "contracostados" y "alzarles la Lemera": cosas que el legislador halla perjudiciales.

La 29 del título 33 anula *la costumbre* de "traer cantidad de maravedís en letras de cambio, dadas en las Provincias de las Indias á pagar en estos Reynos" y sin registrar.

La 51 del mismo título resuelve la duda que se planteó acerca de si, en la prohibición general de admitir "manifestaciones de mercaderias que se llevaren sin registro", se podían considerar comprendidas las que hiciesen los dueños, y Maestros de las Naos, que dieren al través de algunas botijas de vino, vinagre, aceyte, y otros mantenimientos que les sobran, y de los aparejos de las dichas, Naos, para venderlos, pagando los derechos; y tambien de lo que sobra a los Navios de aviso, que van á los Puertos de permisión que se les da en la Casa de Contratación". El rey resolvió que no estaban comprendidas en la prohibición, "como quiera que siempre *ha estado en costumbre* admitirse las dichas manifestaciones, y darles licencia para vender lo susodicho." Tras de lo cual, todavía ordena la ley "que en esto no hagan novedad, y *guarden la costumbre.*"

La 23, título 41, ratifica el cobro de "los dos y medio por ciento, que *se acostumbra*", pero no más, en las Aduanas de las islas Canarias, a los navios de permisión que vuelven de las Indias en razon de los derechos que sus mercacerias devengaren por "Averia, Consulado, y Almojarifazgo de Indias."

La 33 del mismo título 41 nos informa que "se *ha estilado hacer,* y cobrar seis por ciento, á título de lo que cargaba é iba sin registro". Prohibe esto y también cobrar "otro derecho alguno de los frutos de Islas"... ni de los retornos de los que traxeren para los Reynos de Castilla, León y Viscaya", a los Navios de permision de vuelta de las Indias que toquen en Canarias.

La 13 del título 43 invoca, contra la percepción injusta de "derechos de anclaje; ni otras imposiciones" que pudiera imponerse a la entrada de navíos españoles en los puertos de Indias, el argumento, muy significativo para el derecho consuetudinario, de que "esto no se puede *introducir,* ni *acostumbra* con los naturales de estos Reynos, no habiendo órden particular nuestra, como la tiene el Hospital de San Lázaro de Cartagena,

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

por la ley 15, título 4, libro I, de esta Recopilación."[1] Sin duda hubo tentativas, y quizá realizaciones por parte de otras entidades, de extender ese privilegio; y de ahí la ley 13 que examino, encaminada a impedir que esa mala costumbre se afianzara o generalizase.

La 14 nos da noticia de que los pilotos que entran en la Barra y Puerto de Sanlúcar de Barrameda los barcos que "tratan en las Indias", y los sacan de él, cobraban de esas operaciones "mas de lo *que está en costumbre*". No nos informa de la cuantía, puesto que la ley no dice que cantidad *era costumbre* pagar, y cuál la que los pilotos exigían creando así otra costumbre contraria.

La 24 del título 45 recuerda que son los Oficiales Reales quienes "como es *costumbre*", han de hacer "la visita de las Naos que fueren de Nueva España á Filipinas."

La 45 del mismo título 45, explica ampliamente la *mala costumbre* introducida por los Gobernadores de Filipinas, en cuanto al reparto de las toneladas de Naos para Nueva España que se permitían a vecinos de aquellas Islas. Como esa explicación ha sido copiada *in extenso* en el Capítulo Tercero, remitimos allí al lector.

Y la 60 del mismo título confirma la vigencia de otra costumbre que se refiere a "la persona a quien... cometiere el Virey de Nueva España" y Oficiales de nuestra Real Hacienda", los registros de todo lo que se tragere de Filipinas, y que consistía en enviar a México los registros de todo lo que se tragere de Filipinas como se ha *acostumbrado,* con las diligencias hechas en el Puerto de Acapulco."

Antes de cerrar este grupo de textos que expresan el contenido de *costumbres,* completaré las leyes mencionadas con los Autos que poseen igual calidad. Son los siguientes, citados al final de los títulos 2 y 6 del Libro II.

Auto 26, en que la *costumbre* del Consejo consiste en distribuir ciertas condenaciones aplicándolas a obras pías; costumbre que perturbó el rey tomando para sí algunas de esas condenaciones.

Auto 62. La *costumbre* que menciona era la de no llevar las Secretarías del Consejo derechos por los títulos de Oficios y Prebendas que hace el rey a personas que están en Indias.

Auto 157. La *costumbre* que este Auto ratifica, llamándole *orden* y *práctica antigua* y también *costumbre,* fué la de que las cobranzas de las condenaciones que resultan de las visitas de Armadas y Flotas la hagan los mismos jueces que hubieran tomado las visitas de que procedan aquéllas, y que "habiendo cumplido con esto, se les dén las ayudas de costa que es *costumbre,* y *se practica.*" Véanse también los Autos 82 y 83,

1 Esta ley 15 presenta a primera vista una contradicción con la 13, título 43, Libro IX que la cita, porque ésta afirma que los derechos de anclaje no se podían ni era costumbre imponerlos, mientras que aquélla, al otorgar el privilegio al Hospital de San Lázaro, dice que concede a este Hospital el derecho mencionado "en la forma que *se cobra en otras partes y Puertos de aquellas Costas.*" Hasta ahora no he encontrado en la Recopilación ningún texto que consigne la concesión de privilegio a esos *puertos y partes;* pero no niego que existieran en 1651, fecha de la ley. La del título 43, Libro IX es de 1611-1613.

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

citados a continuación del 80 en el apéndice del título 2, Libro II y las leyes 22 y 23 del título 3, mismo Libro.

Auto 183, en que la *costumbre* expresada es la de que los Oficiales mayores del Consejo señalen los duplicados debajo del brevete.

II. Expondré ahora las costumbres definidas en las leyes recopiladas que emplean, en vez de aquélla palabra, las de *uso, estilo, práctica, forma* y demás registradas en el Capítulo II, grupos D a K del Nº 2.

El *estilo* que la ley 11, título 3, Libro II califica de "asentado" y que se ratifica por "esta nueva orden", era el de que los Ministros del Consejo de las Indias acudiesen a las Juntas ordinarias para que fuesen convocados "aunque no vayan órdenes sobre ello á los Presidentes de los Tribunales donde nos sirven." La explicación de esta "nueva órden" se halla en el hecho de que se había introducido otro estilo diferente a que la ley alude con las palabras "no embargante que se haya *usado lo contrario* por lo pasado"; con lo que adquirimos la noticia de dos costumbres contradictorias.

El *estilo* que la ley 1ª, título 2, Libro II dice estar "introducido". es el de corresponder "á provision de los Vireyes, Presidentes y Audiencias" ciertos Oficios "asi Corregimientos, como Alcaldias mayores y otros"... Y porque nuestra voluntad es, que por ahora... se guarde y observe esta *forma y estilo* de gobierno, segun hasta ahora se ha observado: Ordenamos y mandamos que asi se guarde." Llamo la atención, no obstante las categóricas palabras que acabo de copiar, que el texto, poco corregido, de esta ley sugiere dudas en cuanto a si el *estilo* y *forma* que esta aprueba constituyó plenamente una costumbre aparte de la misma ley u otras, puesto que en la frase que se refiere a la provisión de Corregimientos etc., y después de la palabra "otros", sigue diciendo: "que por *leyes* y *estilo introducido*"; y más adelante, refiriéndose también a esa facultad reconocida a los Vireyes y otras autoridades, dice que los tales Oficios "se proveyesen por ellos, en virtud de las órdenes dadas." La pregunta que corresponde a la duda antes formulada, sería la de cuál fué, realmente, la fuente jurídica de aquella facultad: si *órdenes concretas* dadas por el legislador mismo, o la introducción de un *estilo-costumbre* más o menos conforme con la intención general del legislador.

La ley 56, título 15 mismo Libro, define la *"costumbre usada y guardada"* a que se refiere, como la de "sacar nuestro Pendon Real las vísperas, y dias señalados de cada un año". La ley dice que esa es *costumbre* de "las Ciudades de las Indias", y precisa "los dias señalados", que eran: el de Pascua de Reyes, en Lima; el de San Hipólito, en México, sin que a estos detalles siga la misma precisión con respecto a "las Ciudades donde no residiere Audiencia", tal vez por ignorar las Iglesias que en cada una eran preferidas. Pero "en quanto al lugar que ha de tener en la Iglesia y acompañamiento" el Pendón, la ley dice que "se guarde *la costumbre*"; y sin duda ésta debió ser diferente de la regla que, respecto de las capitales de los Virreinatos, determina antes la misma ley.

La ley 2, título 22, Libro IV, revela, a pesar de la expresión puramente preventiva que emplea, la existencia de una *costumbre* cuyo origen

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

no puntualiza y que era contraria al precepto que esa ley formula, relativo al "quilate", "ensaye", "ley verdadera, y valor en curso del oro y la plata" que hubiere en las Provincias de las Indias"; con lo que el contenido de esa costumbre queda evidenciado con sólo leer ese precepto.

El capítulo 12 de la ley 18, mismos título y Libro, también nos revela, pero explícitamente, el *uso* seguido por los Ensayadores del Perú, de poner "en todas las barras de plata" que ensayaban, "la ley por maravedis", en vez de ponerla "por dineros, granos y medios granos", como la ley ordena.

Cosa análoga dice el capítulo 13 de la misma ley en punto al modo "introducido" por los dichos Ensayadores, de valuar el "marco de plata de doce dineros" en "dos mil trecientos y ochenta" maravedís. La ley deroga esa evaluación para sustituirla con otra de "dos mil trescientos y setenta y seis maravedis."

La ley 12, título 8, Libro v, define así la *costumbre o uso que deroga:* "En el Reyno de Chile *se introduxo,* que el Escribano de Gobernación lleve de cada oficio de guerra, que provee el Gobernador y Capitan general, el primero mes de sueldo a título de derechos, sin mas justificacion que haber asentado, que esto mismo se *practica* en Flándes."

La 16, título 2, Libro vi describe dos "derechos" consuetudinarios y una "usanza" practicados en Chile, acerca de cuyo interés histórico y jurídico llame ya la atención al citarla por primera vez en este libro. Los "derechos" eran: "que los [indios] apresados en guerra viva se hiciesen esclavos, por el *derecho* de ella", y que "por otro [derecho] llamado de servidumbre, quando cogidos los Indios de tierna edad servían hasta veinte años, y después quedaban libres." La "usanza" (que también califica la ley de "derecho", aunque solamente pretendido) era "de vender los padres, y las madres, y parientes mas cercanos á sus hijos y parientes en cambio de algunas alhajas, hasta cierto tiempo, como prendas."

La 16 del título 5, mismo Libro, que trata de ciertos tributos impuestos a los indios a beneficio de la Hacienda Real, nos da la curiosa noticia de prácticas que parecen cumplimientos de lo ordenado en una ley (o varias, quizá) de 1591, y que, en parte, tienen todas las trazas de haber sido costumbres o estilos divergentes de aquella, consentidos por el monarca y tal vez introducidos por los Virreyes en uso de facultades propias. Sin resolver definitivamente esa sospecha por ahora, llamo la atención, a ese respecto, sobre el texto en que la fundo. Dice así: "Y por quanto todo lo dicho se executó al tiempo de su primera promulgacion *en algunas Provincias* enteramente, y *en otras con moderacion,* y *en otras,* por ser mas pobres, se suspendió [2] de él toda su execución, *en virtud de nuestras órdenes.*" Si estas últimas palabras, como gramaticalmente es lícito pensar, se refieren sólo a la suspensión de la ley en las Provincias "mas pobres", resultaría que en las que la ley se executó con "moderación", debió crearse y tolerarse un uso o costumbre. La contestación definitiva

2 Sabido es que la suspensión de vigencia de una ley podía, en Derecho indiano, ser de la competencia del Virrey; aunque en último término la resolución de mantenerla o no, dependiese del monarca. Ver mi *Autonomía Legislativa.*

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

a esa hipótesis sólo pueden darla documentos concretos de las Provincias en que hubo esa "moderación" y que todavía no sabemos cuales fueron.

La ley 30 del título 5 dicta reglas para la ejecución de las tasas y retasas que pagaban los Indios, ordenando que "demas de lo que asi fuese tasado, no se les ha de imponer otro tributo, ni repartimiento... y esta tasación quede muy expreso, declarado, y separado lo que han de dar á Nos, y a los Encomenderos, Caciques, y Principales"; pero exceptúa de esas reglas los casos en que hubiere *"estilo* o resolucion en contrario" respecto del estipendio del Doctrinero.

La ley 42 del mismo título dice ella misma que *"hase introducido* en la Nueva España, que los Indios de veinte leguas en contorno de la Ciudad de México diesen una gallina por un real cada año, a cuenta de los ocho que pagan de tributo", y deroga "esta forma de cobranza."

La 22 del título 8 también nos describe otra mala práctica que se apresura a suprimir y que describe y califica en los siguientes términos: "Hanse encomendado los Indios varones, y hembras de algunas encomiendas, haciendo ciertas separaciones, y divisiones en particular por número de personas, y cabezas, especificando sus nombres propios, lo qual es exceso, y nulidad, y division, y especie de gratificación prohibida, porque asi se divide, y aparta lo que debe estar junto, y unido, de que resultan muchos inconvenientes, *introduciendo nueva forma de encomiendas,* y mal gobierno..." Como ya dije en otro lugar con motivo de esta misma ley, el legislador descubre en ella la fuente de esa "nueva forma de encomiendas" o, por lo menos de algunos casos de ella, en el siguiente párrafo: "y si algunas mercedes, concesiones, ó confirmaciones *Nos hubiéramos hecho,* ó dado a cualesquier personas *en esta razón,* no les aprovechen, ni causen título, por haber sido obrepticias, y subrepticias, etc." Si esta fuente legal fué la única creadora de aquella "nueva forma", ésta dejaría de ser de derecho consuetudinario; pero la investigación especial de ella requiere otros documentos que la Recopilación de 1680, y no deberá contentarse con esta fácil y aparente demostración que confiesa el rey Felipe III al promulgar, en 19 de junio de 1620, la resolución que luego fué la ley 22, título 8, Libro VI.

La ley 48 del mismo título descubre otro uso o forma ilegal consistente en que "algunos Gobernadores de las Indias, *sin facultad nuestra,* han aumentado vidas en los repartimientos de Indios, concediendo tercera á los que vacaban en segunda, y á este respecto." Felipe II la abolió en 1580, ordenando que las autoridades coloniales "dén por ningunos los títulos despachados sobre prorogaciones de vidas"; y que "si algo hubieren llevado por esta razon sea enterado", es decir restituído.

La 16, título 9, define así la práctica que crearon los Oficiales Reales de la Hacienda Real en Méjico; *"solían hacer de ordinario* algunos hombres con vara de Justicia, y diez y seis reales de salario cada dia á cobrar de los tributos a nuestra Real Corona". A Felipe II le pareció esto supérfluo y gravoso, puesto que esa función podían desempeñarla los Alcaldes mayores que existían "en todos los Pueblos de Indios"; y lo mismo ordenó para el Nuevo Reino de Granada.

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Otra mala práctica de repartimiento denuncia y describe la ley 4 del título 15 en su párrafo inicial: "En *muchas* Provincias de las Indias se *hace* repartimiento de Indios Mitayos para minas, y otras labores á personas, que no las tiene, consiguiendo esta gracia de los Gobernadores, y Justicias con favores, y otros medios ilícitos."

Tengo dudas acerca de si los "poderes bastantes en *la forma que se acostumbra*" que dice la ley 24, título 20 Libro VIII, significa costumbre jurídica o solamente el cumplimiento de la forma dictada por la ley en cuanto a esos documentos forenses.

La ley 2, título 21 del Libro IX parece calificar de *"estilo que siempre ha habido"*, la práctica de que los Capitanes llamados "Entretenidos" de la Armada provean las plazas de "Alféreces, Sargentos, y las demás de las Compañías" vacantes por qualquier accidente, mientras sustituyen a los "Capitanes nombrados por Nos para la Armada de la Carrera" de Indias. El rey dice que permite eso, señalando con el empleo del verbo "permitir" que se trata de algo que sale de la ley.

La 6 del título 36 confirma una costumbre que había surgido después que fué "ordenado que la Armada de la Carrera llevase *tres pataches*", y que consistió en que "el Patache de la Armada sea uno solo, *como hoy se practica*." No da esa ley la fecha en que se ordenó que fuesen tres, pero si trae la suya propia: 22 de Febrero de 1613.

Terminaré citando los Autos del Consejo que expresan el contenido de la *costumbre* que invocan, establecen o ratifican. Son los números 38, 48, 55, 99, 123, 126, 145, 176, 179 y 184. Como por la redacción de estos documentos, los cito en otros lugares de este libro, y fue entonces fozoso mencionar su contenido, sin el cual no podía justificarse su cita, me abstengo de repetirlos aquí. En los índices hallará el lector guía suficiente para consultarlos sin dificultad.

Esto aparte, las 94 leyes contenidas en las precedentes enumeraciones representan una cantidad exigua frente a las 300 registradas en los capítulos segundo y tercero como leyes que atestiguan una costumbre, uso, estilo, etc., vigente en 1680 o derogado en esta fecha, o anteriormente. Las unidades que pueden añadirse a esa cifra de 94 por el hecho que he acusado en los lugares oportunos, de que *algunas* de ellas (p. e., la 16, título 2, Libro VI; 12, 15, título 22, Libro IV, y la 30, título 19, Libro I) expresan el contenido de más de una costumbre, no cambiarían sustancialmente la observación que acabo de hacer. Lo cual nos conduce a concluir que para llegar a conocer con aproximada exactitud el número y calidad de las costumbres vigentes por más o menos tiempo en el Derecho indiano, hace falta emprender y realizar plenamente una larga y penosa investigación: cosa de la cual trataré en el Capítulo siguiente.

III. *a)* Ateniéndose a lo que hasta ahora sabemos a base de las repetidas 93 leyes registradas en el presente capítulo, observaré en primer lugar que su valor jurídico es muy variable en orden a la importancia de las relaciones jurídicas y de los organismos a que corresponden las costumbres cuya substancia podemos ya apreciar. Cierto es que, en materia de derecho, podríamos decir, en principio, que todo importa; y desde

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

luego, que para aquellos a quienes pertenece la facultad o licencia adquirida por la costumbre, ésta es, por mínima que parezca a quienes no la disfrutan, lo que les importa y están dispuestos a defender como si fuese un privilegio de la más alta jerarquía. Basta, en apoyo de este argumento, recordar las numerosas costumbres relativas a las precedencias, ceremonias y cortesías que hoy nos parecen ridículas en gran parte, pero que no han desaparecido en lo sustancial ni desaparecerán mientras los hombres sigan siendo vanidosos, lo cual equivale a decir que nunca; caso aparte de aquellas precedencias que están en la sustancia de la representación que a cada cual corresponde por el puesto que ocupa, y que exceden a toda pretensión de puro amor propio individual.

Pero al lado de esas costumbres hemos visto otras de la mayor importancia jurídica, que afectaron a casos de justicia fundamentales para la persona humana y representativos de lo más elevado y típico de nuestra política colonial: como fueron, p. e., los relativos a la libertad y buen tratamiento de los indios. Lo mismo cabe decir de las tocantes a la concepción conemporánea del modo de gobernar las colonias o de ordenar la vida interior de los municipios, como son las costumbres referentes a la autonomía de éstos y de las autoridades coloniales (expuesta particularmente en la Parte Segunda de estos *Estudios*) y otras varias de análogas materias que el lector habrá advertido.

Por otra parte, la función que cumplieron en la Administración pública muchos de los *estilos* cuya existencia hemos comprobado, y sin los cuales hubiera sido imposible la plena ejecución de las leyes, ofrece un nuevo ejemplo del valor jurídico a la vez que de la necesidad, de muchas de las costumbres registradas por la Recopilación de 1680.

b) La segunda observación que deseo consignar aquí se refiere a la conveniencia de clasificar las costumbres conocidas en razón a su origen y a la relación en que estuvieron con determinadas materias de la vida jurídica indiana.

En punto al origen, he dicho algo en el Capítulo V al puntualizar uno de los aspectos de esta cuestión; pero no es ese el único que puede interesar a quienes estudian a fondo los hechos jurídicos. Ejemplo de ello nos ofrece el punto interesante (que también toqué en ese Capítulo V) de las costumbres *generales* y las *locales,* y que ahora precisaré más. Desde luego, esos dos términos no agotan el punto de vista geográfico de la cuestión, que tampoco es el único exigido por la materia consuetudinaria. En aquél cabe y conviene distinguir las costumbres generales[3] a todas las Indias; las particulares de un virreinato o una gobernación de menos cuantía; las comunes a toda una provincia colonial, y las especiales de cada ciudad o lugar determinado. De todas ellas hemos visto ejemplos en los Capítulos anteriores y los hay en el presente, aunque su materia es más reducida.

3 Los juristas indianos llamaron a éstas *universales,* como se lee en la ley 11, título 17, Libro VIII ("deseando dar regla, que *universalmente* se guarde en todas las *Provincias de las Indias*") y en algunos tratadistas. Ver mi monografía *Voces jurídicas.*

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Ahora bien, la importancia del área cubierta por cada costumbre, es de importancia en varios aspectos. Lo es por el número de personas o de entidades a quienes alcanzó; y como medida, a veces, de la intención y del concepto mismo de la cuestión implicada en la costumbre que tuvieron el autor de ella y el legislador que la aceptó y que en varios casos, (como ya hemos visto), la extendió a otros lugares que el de su nacimiento. Lo es también por lo que estos hechos nos revelan en punto a la necesidad más o menos manifiesta de la variada modalidad de cumplimiento de un mismo principio jurídico según las circunstancias de "la tierra", como dijeron a menudo las mismas leyes de Indias. Tienen, en fin, (sin que con esto llegue a agotar los puntos de vista pertinentes a esta observación), gran importancia para conocer la psicología de los grupos humanos en que aparecieron y se mantuvieron ciertas costumbres; así como la psicología característica de una profesión determinada, de las que imprimen carácter.

Anteriormente he llamado la atención del lector acerca de la falta de precisión en las leyes recopiladas que citan costumbres, por lo que toca al señalamiento de los lugares en que existían las que mencionan. Es muy frecuente, en efecto, el uso de indicaciones vagas, como las de "Es costumbre"; "Hase introducido la costumbre", "En algunas Provincias" y otras semejantes, que obligan a nueva investigación. Véanse p. e. las leyes 112, título 15 y la 10, título 17, ambas del Libro II.

c) Otro aspecto que toca al origen de las costumbres y no al territorio en que vivieron, es el de que fuesen propiamente indianas, o bien de origen europeo: quiero decir, de los españoles de la metrópoli; y con respecto a éstos, si proceden de quienes emigraron a las Indias y quedaron en ellas, tomados individualmente o en grupos (p. e. los vecindarios de un pueblo fundado allá con gentes que procedían de un mismo punto de la Península Ibérica), o bien fueron derivación de las leyes y las costumbres de la metrópoli, importadas e impuestas mediante leyes en la masa del Derecho colonial: cosas ambas de que también hemos visto ejemplos.

d) Viniendo a criterios de muy diferente condición, convendrá separar y considerar particularmente las modalidades consuetudinarias de *estilo* procesal nacidas en la Administración de la justicia, de que tantos casos hemos visto en las enumeraciones anteriores. Y también sería útil considerar aparte los abusos y extralimitaciones que tendieron a erigirse en costumbres: unas veces, emanados de las autoridades mismas; otras veces, de los colonos españoles, y muchas también de los mismos indios; así como la diversa reacción producida, por esas tentativas, según los casos y los tiempos, en los legisladores metropolitanos o coloniales: cosas todas de que igualmente el lector habrá advertido ejemplos, y cuyo estudio especial nos ilustraría notablemente acerca del ideario jurídico efectivo de unos y otros.

e) Dejando aparte la posibilidad de otras clasificaciones que de momento no me parecen tan relevantes o salientes como las citadas, llamaré la atención acerca de las costumbres de origen indígena, de que

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

pueden hacerse tres grupos: Costumbres de los indígenas que imitaron los españoles, principalmente los criollos; costumbres incorporadas a la legislación indiana, como se ve en algunas de las Ordenanzas escritas por el Virrey Toledo, en parte de la legislación de riegos de ciertas comarcas y en otras materias y costumbres que sobrevivieron en la población indígena para uso propio: de éstas, unas explícitamente toleradas y aún protegidas por la legislación indiana, y otras que, sin ese requisito, perduraron más o menos tiempo. Pero de todas ellas he de ocuparme especialmente en la Parte Séptima de estos *Estudios,* y por ello me limito a la breve indicación actual.

Con esto termina la materia concerniente al contenido de la costumbre indiana.

IV. Pero antes de pasar a la cuestión metodológica que exige el plan completo de la presente investigación y que será la materia del siguiente Capítulo, estimo necesario recoger las conclusiones que de todo lo anteriormente expuesto se desprenden, en punto a las clases o especies de costumbres jurídicas que conoció nuestro Derecho colonial. Aunque varias veces incluí, en los Capítulos que preceden, observaciones de importancia respecto de esta cuestión, nunca pudieron ser tan fundadas y decisivas como ahora que poseemos el conocimiento del máximo de documentos justificativos que permiten los límites en que se ha tenido que producir el presente estudio.

La primera conclusión que me parece plenamente demostrada, es que la historia del Derecho indiano planteó la cuestión de especies consuetudinarias en otro terreno del que ha servido de base hasta ahora a los juristas, filósofos, canonistas y civilistas. Por tanto, las comprobaciones de hecho que aquí se nos imponen después de haber analizado las leyes contenidas en la Recopilación de 1680, no pueden amoldarse a las clasificaciones de aquellos tratadistas, perfectamente adecuadas a su preocupación fundamental y justificadísima de la condición que, en el terreno propiamente jurídico, es obligado exigir del hecho consuetudinario. Tampoco las pueden reemplazar. La condición a la que aquéllas se refieren concretamente, es sólo la de relación jurídica existente entre la costumbre y la ley; o, en otros términos, a la legitimidad o ilegitimidad de aquélla y de su práctica. Las denominaciones clásicas de Costumbres "según ley", "contra ley" "fuera de la ley", "interpretativa de la ley", y "añadida a la ley", así como las modernas "según ley", "fuera de la ley", "contra ley", etc., y sus respectivas definiciones, se corresponden bien con ese punto de vista estrictamente jurídico, ya en función de pura doctrina, ya por servir a las necesidades y conveniencias de la práctica del Derecho. Por ello, la diferencia de ese punto de vista con el que adoptaron los legisladores de las Indias españolas, nos exime de discutir tales clasificaciones. Nos basta con presentar el cuadro de realidades consuetudinarias que nos muestra la legislación colonial, precisando así, con toda exactitud, las clases o especies de costumbres que vivieron en la sociedad indiana y en los centros directores de la metrópoli. El cuadro de esas especies es como sigue:

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

La más próxima a la ley, por estar estrechamente ligada con el objeto y la intención de ésta, es la que particularmente se llamó *estilo* (judicial o de la administración general del Estado), cuya función consistió en completar los preceptos del legislador, sin modificarlos en nada, con los actos y palabras de puro procedimiento que la ley ordinariamente no contiene, pero con cuya creación cuenta implícitamente. Con referencia a la clasificación clásica, esta especie es la que más propiamente podría llamarse "según ley".

La sigue en el natural movimiento de diferenciación entre el Derecho consuetudinario y el legal, la especie de costumbre que completa el precepto, no con hechos procesales[4] de pura ejecución, sino con adiciones sustanciales de cosas que la ley no previó, pero que su misma práctica mostró ser necesarias; o que, con buena fe, las autoridades ejecutivas entendieron que lo eran. Esta clase de costumbres es la que yo llamé anteriormente "complementarias" de la ley y la que se mantiene aún en el terreno de respeto y lealtad a ésta, por más que, a veces, el legislador la rechazase por no considerar conveniente la adición, a pesar de no ser ésta propiamente ilegal. Pero también hemos visto que, en muchos otros casos, la aceptó y confirmó.

Una tercera clase de costumbres fué la que se produjo por interpretación de buena fé o por preferencia de una opinión determinada en casos dudosos. En ambos supuestos, la costumbre resultante pudo ser conforme o contra ley, según como el legislador, al conocerla y examinarla, decidiese en punto al verdadero sentido y a la intención del precepto dado por él; pero, originalmente, no es una costumbre contra ley.

La costumbre contraria a la ley forma un cuarto grupo (abundantísimo en el Derecho indiano) y deriva de una deliberada intención de sustituir al precepto legal o de soslayarlo e incumplirlo. Respecto de ella ya hemos visto que los legisladores indianos fueron extraordinariamente benévolos, puesto que en muchos casos la aceptaron derogando así su propia norma; y en otros, afectaron ignorarla, *disimulándola*. No excluye lo dicho la posibilidad de que, alguna vez, nazca esta costumbre de una inocente ignorancia de la ley. En cuanto a su calificación que podríamos llamar moral, depende de muchas y varias circunstancias: desde la que puede sentenciarlas como evidentes injusticias, abusos y egoísmo contra Derecho, hasta su origen basado en las condiciones especiales del tipo de vida colonial desconocidas por el legislador.

Una quinta especie de costumbres estuvo constituída por creaciones originales de normas respecto de hechos o relaciones jurídicas que carecían de reglamentación legal, y que respecto de los cuales el legislador tardó en percibir la necesidad de incorporarlas a su propio campo jurídico. A esta especie no se la puede calificar ni de 'según" ni "contra" ley, puesto que fué anterior a todo precepto legal específico; y tampoco se la puede llamar "complementaria", porque no tenía ninguna norma legal a que referirse. Cubrió un vacío existente en el conjunto de la legislación,

4 Empleo esta palabra en su sentido lato, que excede mucho al forense. Ya lo expliqué en otros lugares de este libro; y es evidente que todo proceso o *progreso* de ejecución, sea de lo que fuere, lo exije sustancialmente.

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ya porque los hechos que la motivaron no existían antes, o ya porque el legislador no consideró necesario garantizarlos u ordenarlos con una norma propia. En tiempos antiguos (si es cierto el hecho de que, después de descubierta la escritura, las sociedades más o menos primitivas pudieron vivir sin normas escritas), esa especie consuetudinaria constituyó la única norma jurídica.

Hubo, en fin, en el Derecho indiano, numerosas costumbres legalmente nacidas sin originar competencia con la facultad eminente del legislador natural; unas en las esferas de la vida política; otras, en la privada que gozó de un margen de autonomía previamente reconocido por el Estado. Este doble hecho se produjo particularmente en la vida municipal, en la mercantil y en aquellas materias que las leyes dejaron siempre, y reconocen todavía hoy, a la voluntad de los individuos en la mayoría de los Estados. Estas costumbres no han recibido nombre alguno de los tratadistas, ni cabe aplicarles ninguno de los vulgarmente conocidos, lo que se explica bien porque, entre ellas y la ley, no existe ninguna relación de legitimidad o ilegitimidad concreta mientras no se salgan del margen de autonomía concedido; en cuyo caso, lo regular es que se opongan a un precepto legal existente sobre materia que excede de la libertad otorgada a las entidades y los individuos a que me refiero. Este margen de autonomía respecto del precepto jurídico consuetudinario, fué amplísimo en siglos pasados, como lo atestiguan ciertos ejemplos de las costumbres visigodas coexistentes con las primitivas codificaciones; el de las costumbres municipales y feudales de los siglos siguientes, a la dominación visigoda, y el gran desarrollo de las *Observancias de Aragón*.

Grupo especial de esta clase de costumbres fué la que resultó de la facultad arbitral concedida por el legislador a ciertas autoridades para resolver asuntos que la ley no reglamentó por sí mismo (el motivo de ésto fué muy variado, sin duda) y sobre cuya existencia frecuente llamé la atención en el lugar oportuno.

Tal es el cuadro que nos ofrece la historia de nuestro Derecho colonial y que repite, en el terreno jurídico, el hecho de la riqueza que en punto al léxico designativo del hecho consuetudinario, comprobé ya en un pasaje del Capítulo Segundo.

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

CAPITULO VII

INVENTARIO DE LAS COSTUMBRES JURIDICAS INDIANAS

En los capítulos anteriores queda dicha y evidenciada la escasez de costumbres indianas suficientemente conocidas, así como también el número relativamente mayor, pero aún así mezquino, de las que sólo sabemos que existieron sin poder precisar en qué consistían.

Esta penuria de conocimiento procede, ante todo, de la carencia de monografías acerca de esa materia y de la escasa atención que le han prestado hasta ahora los tratadistas generales de la Historia del Derecho indiano.[5] Por lo que a mí particularmente toca, halla su explicación en el hecho de haberme tenido que reducir ahora casi a una sola fuente —la Recopilación de 1680—, por falta de otras colecciones de textos legislativos indianos en la ciudad y comarca en que escribí el presente libro.

I. Por otra parte, como anteriormente lo indiqué ya de pasada, el inventario de nuestras costumbres coloniales pide, para ser completo o casi completo, el aprovechamiento de otras muchas fuentes que no son legislativas. Estas hay, sin duda, que agotarlas hasta el máximo posible, pero no bastarán: entre otras razones, por la ya vista en el Capítulo anterior, es decir porque los textos legales se limitan muchas veces a noticiarnos la existencia de una o varias costumbres, sin detenerse en puntualizar sus contenidos respectivos.

No obstante, sería un considerable error creer que todas las leyes que no expresan el contenido de las costumbers citadas en ellas, sean completamente inútiles para acrecer el inventario deseado. En efecto, hay entre las muchas leyes y autos que en este libro se citan, bastantes textos que si directamente no nos proporcionan el contenido de las costumbres, nos ponen en camino para averiguarlo, puesto que indican la fuente legal de que proceden aquéllas. Esto quiere decir que, tanto por lo que toca a la Recopilación de 1680, como a los anteriores intentos de codificar las leyes indianas (algunos de los cuales, si no todos, comprenden leyes que no entraron en aquélla) deben ser investigados también desde ese punto de vista. Lo mismo hay que decir de las compilaciones públicas y privadas producidas con el propósito de ayudar a las recopilaciones oficiales o de llenar el vacío que la falta de éstas creó durante más de un siglo; todas

5 Uno de los pocos historiadores generales de Derecho Indiano que han prestado atención a la costumbre, es el Dr. Basadre en su *Historia del Derecho Peruano.*

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

las cuales deben ser investigadas de igual modo, así como las colecciones científicas de textos legales publicadas.[6]

A título de ejemplos, para que quede bien especificada la utilidad que presentan las leyes a que me refiero en primer término, citaré algunas de las que he encontrado en la Recopilación.

La Ley 21, Título 6, Libro I alude a costumbres (*usos*) contrarios al Patronato Real; por lo tanto, es en las Bulas que dieron fundamento a ese privilegio, y en las leyes civiles que luego se dictaron para aplicar y cumplir los textos canónicos, donde hemos de buscar, *a contrario sensu,* la idea del contenido que pudieran tener las costumbres contra cuya existencia se pone en guardia aquella ley en el concreto asunto de la provisión de las Sacristías en las Iglesias de las Indias.

La Ley 30, Título 15, Libro III, ordena respecto del asunto a que se refiere (precedencias y ceremonias en actos públicos, estando la Audiencia en forma de Tribunal), que se guarde "todo lo dispuesto por leyes, y *estilo, uso y costumbre* que en execucion de ellas se guarda en estos Reynos de Castilla". Por tanto, esos estilos, usos y costumbres hay que buscarlos en la legislación castellana.

La Ley 37, Título 15, Libro II, nos remite a "la costumbre que en cada Audiencia hubiere", lo cual equivale a invitarnos a investigar en los archivos de cada una de las de Indias, si aun existen, o en los papeles procedentes de ellos.

Un número relativamente considerable de leyes que pertenecen a diversos libros y títulos de la Recopilación, ordenan proceder según la costumbre de las Chancillerías y los Ayuntamientos de Valladolid y Granada, cuya historia y documentación debemos pues estudiar para el hallazgo de las respectivas costumbres. A ese grupo pertenecen, entre otras muchas, las 17, 109 y 183 del Título 15; la 11 y la 25 Título 17; la 2 Título 19 y la 3ª Título 21 y la 1, Título 22, todas del Libro II.

La Ley 2, Título 11, Libro IX, dice que los Alguaciles de la Casa de Contratación de Sevilla cobren por las ejecuciones, entregas y otras diligencias, "los derechos que se acostumbran, y perciban los Alguaciles de Sevilla, que llaman *de los veinte*". A los indianistas sevillanos corresponde principalmente la tarea de averiguar lo que acostumbraban esos alguaciles de su tierra.

La Ley 14, Título 33 del mismo Libro, y en cuanto a ciertos actos administrativos del Juez de Cádiz, dice a éste que guarde "la órden, y costumbre de la Casa de Contratación". Acúdase, pues, al archivo de ésta.

La Ley 21 del mismo Título y Libro, también se remite a lo que "se acostumbra y executa en *todos* los Puertos de las Indias, y Casa de Contratación de Sevilla". Muy contraria tiene que ser la fortuna de los investigadores para no hallar, entre tantas fuentes como en esa frase se citan, comprobación de lo que se acostumbraba y ejecutaba (en una, por lo menos, de ellas) respecto de las condiciones en que podían ser abiertos los registros de mercaderías de los navíos de guerra y de comercio.

6 Los datos relativos a estos documentos se hallarán en *La Técnica de Investigación,* por lo que estimo supérfluo repetirlos aquí.

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Para concretar la investigación, digamos que esa Ley 21 fué dada y repetida en 1571, 1572, 1573 (dos veces), 1574 y 1575 por Felipe II; y aceptada por Carlos II, ignoro si con enmiendas o no, en la Recopilación de 1680, como lo hace constar el párrafo histórico que la precede. Claro es que, en casos como éste, muy frecuentes en las leyes recopiladas,[7] para que la investigación fuese perfecta tendría que procurar el hallazgo de los varios textos porque pasó esa Ley: único modo de conocer sus variaciones, si es que las hubo. Confío en que el Archivo de Indias los posea.

Viniendo a otras materias, en el Libro v, la Ley 1ª de su Título I, señala, como ya lo hice constar en otro Capítulo, que la determinación de los límites de las respectivas Gobernaciones indianas requiere tener en cuenta, no sólo "las leyes de este Libro", sino también los "títulos" de los oficios de cada Gobernador,[8] "provisiones de las Provincias", y "el *uso* y *costumbre* legítimamente introducidos." Obvio es decir que, si una parte de esos elementos normativos podrán hallarse muy probablemente en el Archivo de Indias, aun serán más los que se encuentren en los virreinales, los de Audiencias coloniales y los de Gobiernos, cuya mayoría quedó en las Indias. Por de contado, no habrá que despreciar la rica documentación de esa especie publicada en los alegatos y justificaciones documentales de los pleitos de límites que han mediado entre una gran parte de las actuales Repúblicas americanas de habla española.

La conocida Ley 43, Título 1, Libro vi, que concedió a Tlaxcala la exención del estanco de vino y carne, dice que se rematen ambas ventas (o la de las carnicerías sólo: el texto se presta a las dos interpretaciones) "como se acostumbre en las Ciudades de estos Reynos", es decir, de Castilla. Es posible que los estudios de Derecho municipal consuetudinario en España que publicaron Joaquín Costa y algunos de sus colaboradores en esta materia, contengan noticias que sirvan para una parte de la averiguación que aquí se impone.

En lo relativo al Consejo de Indias, varias leyes se remiten a lo acostumbrado en él: p. e., la 57, Título 15, Libro iii.

Al *orden* y *forma* usados en la Contaduría mayor de la Hacienda Real, se refiere la Ley 92, Título 15, Libro iii, por lo que toca al tratamiento que los Contadores de Cuentas debían guardar a las personas cuyas cuentas tomaban; y la 24, Título 8, Libro ix vuelve a invocar esa fuente de conocimiento, añadiendo lo que "está ordenado por leyes de estos Reynos de Castilla": nueva remisión al Derecho metropolitano.

La Ley 62, Título 15, Libro ii, ordena que los nombramientos de Jueces para las causas, que pueden hacer los Virreyes y Presidentes, se acomoden a lo que "se practica en los Consejos y Audiencias de Castilla": doble fuente de conocimiento que seguramente dará resultado en un lado o en otro.

En forma muy concreta, la Ley 1ª, Título 3, Libro ix, al establecer la forma en que los Jueces Letrados de la Casa de Contratación deben oír

7 Véanse los datos que aduje en el *Análisis de la Recopilación de* 1680.

8 Acerca de la importancia de los títulos de oficios, véase lo que digo en la monografía de *Especies, Formas y Precedencias de la Legislación Colonial Española* (tomo II de la Parte Quinta de los *Estudios).*

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

y despachar los pleitos, dice en conjunto que ha de ser "guardando el *estilo* de nuestra Audiencia de Grados de la Ciudad de Sevilla"; lo cual nos remite a una institución bien determinada y, por tanto, a un grupo de documentos que probablemente se podrá encontrar en aquella ciudad.

Y para no hacer más larga esta presentación de pruebas, terminaré dictando la Ley 38, Título 1º Libro VIII que, asimilando los Tribunales de Cuentas a las Audiencias Reales, ordena que su libro de Acuerdo lo lleven "en la misma forma que le tienen" las dichas Audiencias; y que en todo lo referente a los asientos de ese libro, firmas, "custodia, guarda y secreto conveniente", se ajusten a lo que "se *practica* y *estila* en nuestras Audiencias".

Para terminar este grupo importantísimo y, en cierto respecto, principal, de las fuentes legislativas *latu sensu,* conviene subrayar que la investigación de costumbres no debe limitarse a las disposiciones emanadas de la metrópoli, sino que debe abarcar todas las especies de preceptos emanados de las autoridades indianas que gozaron de esa facultad, desde los Virreyes al más humilde de los funcionarios investidos de tal poder; y, en el orden corporativo, desde las Audiencias a los Cabildos de menor cuantía. Entiéndase lo mismo de las autoridades eclesiásticas, en cuyo funcionamiento ya hemos comprobado la existencia de costumbres.

Por de contado, debe entenderse comprendida, en todo lo que precede, no solamente la legislación recopilada en 1680, sino toda la que se promulgó desde el comienzo de la organización colonial hasta aquella fecha, aunque no se la considerase como útil ni se la calificara de vigente a fines del siglo XVII; y también toda la legislación posterior a 1680, que en no pocas cosas reformó y varió el código de Carlos II, y en la cual no desapareció la costumbre como fuente de Derecho, según se ve en muchos documentos del siglo XVIII y comienzos del XIX: por ejemplo, para citar uno de los postreros, la Ordenanza de Intendentes de 1803, en cuyo artículo 124, uno de los relativos a la formación del monumental *Libro de la razón general de la Real Hacienda* (ya previsto en la Ley 1ª, Título 7 del Libro VIII, de 1680), al precisar con gran detalle lo que en aquél se deberá consignar respecto del origen y circunstancias de las disposiciones pertinentes, se lee la siguiente frase: "si la ley, real cédula ú orden en que se funda, ú otra posterior, ó la *costumbre* lo declarasen"; y eso, en materia fiscal, tan rígida habitualmente.[9]

II. Otro grupo esencialísimo en Derecho consuetudinario es el constituído por los documentos privados de aplicación del Derecho, o sea, en términos generales, lo que hoy llamamos instrumentos notariales (que en aquél entonces eran de escribanías), lo mismo si pertenecen al género de contratos que al de testamentos y otras formas correspondientes al margen de libertad de los particulares. Pero no se olvide que con ser esa documentación de tan eminente interés como todos sabemos, y reunir la ventaja de que de ellas han llegado a nosotros muchos archivos, existió también la contratación privada, que no se servía de las escribanías

9 A las leyes indianas posteriores a 1680 dedicaré la Parte Octava de estos *Estudios,* en cuya composición me ocupa a la vez que escribo la presente.

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

y que, en ciertas materias de costumbres, pudo ser importante. Es muy verosímil que todo ese grupo documental (de escribanías y contratos privados) nos proporcione una mayor cifra de Derecho consuetudinario que el grupo legal, porque las materias en que aquéllos se usaron se prestan mejor a regirse por costumbres que las de las leyes, no obstante las muchas que éstas nos han revelado ya. Así debió ocurrir en los órdenes de la vida mercantil, agrícola e industrial: costumbres profesionales de marineros, de comerciantes, labradores, etc.

III. Emparentado con ese grupo está el de los pleitos civiles, que tantas noticias nos han procurado ya; aunque no es todavía muy intensa su investigación con fines jurídicos, pero de los cuales nos queda una documentación rica en los archivos de Audiencias y Juzgados.

IV. En materia de pura información, y empezando por la más alta y técnica, convendrá leer las Memorias y Avisos virreinales y de otros altos funcionarios, así como de particulares; pues, dado el propósito que les guiaba, debieron apuntar más de una vez costumbres regionales, locales y de oficinas públicas, ya para recomendarlas, ya para aconsejar su derogación.

A ese grupo de informaciones debe unirse la considerable masa de las que deben de quedar en los restos del archivo del Consejo de Indias y en el archivo real de aquellos siglos, dada la frecuencia con que los monarcas, en leyes que abundan en el código de 1680, recomendaron, y reclamaron a todas las autoridades civiles y eclesiásticas de Indias, el envío de informes sobre los asuntos coloniales; así como el cuidado con que proveyeron a la lectura y conservación, en archivos especiales, de las cartas que venían de Indias. No se olvide tampoco la conocida libertad, repetidamente recordada por los monarcas, de que toda persona pudiese escribir a éstos, y que debió hacer subir a cantidades formidables. Con citar la correspondencia de los Cabildos coloniales con la Corte, publicada en parte, basta para probar la importancia de esa comunicación. De todo lo cual he tratado en la *Técnica de la Investigación,* Capítulo VII, núms. 38 a 41, en la Parte Segunda de estos *Estudios* y en otros lugares de ellos.

Para apreciar la cuantía que debieron alcanzar todas estas clases de documentación, y el valor que los reyes y el Consejo de Indias les reconocían, citaré aquí especialmente las leyes que se refieren a ellas en el Título 1 y en el 2, Libro II de la Recopilación (particularmente en el Título 2); las 68, 69 y 70, así como algunos pasajes de otra ley del Título 6, mismo Libro, la 64, 3º, III, la 9 del Título 1º, Libro IV y las 2ª y 7ª del 10 del Libro VI; más un Auto del Consejo.

La Ley 34, Título 1 del Libro II ampliamente analizada en el Nº 2 del Capítulo V, se refiere a los informes de la actividad legislativa que en su propia vida autónoma ejercían las autoridades civiles y las eclesiásticas; con lo que esa ley tiene un alcance general, sin perjuicio de haber insistido los legisladores, por separado, respecto de los Virreyes, y Audiencias y sus subalternos, y de los Prelados. Por este carácter general, conviene citarla en primer término, y analizarla aquí.

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

A los Virreyes, Presidentes y Oidores manda que, "con intervención de los Fiscales, hagan sacar traslado de todas las ordenanzas y demás Autos y Acuerdos con que se gobernaren y *tuvieren proveídos* para la conservación de la tierra, y administración de la justicia, y *nos lo envíen autorizado,* y en forma que haga fé, y siempre que determinaren en el Acuerdo algún Auto tocante al gobierno público, sobre materias que hagan regla, o se dé órden para lo venidero, *nos avisen de ello* con los motivos en que se hubieren fundado". Aunque en este pasaje no se refiere la ley nominativamente más que a normas de tipo legal, no puede despreciarse para nuestro propósito, dado que es seguro (puesto que la costumbre era hecho frecuente y para tenido en cuenta), que esos informes debieron referirse a ella más de una vez.

En la parte dirigida a los Prelados, la petición es análoga: "que de todo lo que en esta razón [cuestiones de gobierno y justicia] estuviere proveído por ellos, y los Prelados sus antecesores, y por los Cabildos, y lo que adelante proveyeren, nos envíen copias auténticas legalizadas y ... avisándonos juntamente *los unos y los otros* si se ha usado y usa de las dichas Ordenanzas, Acuerdos, Constituciones, Autos y Decretos; y si de algunos resulta perjuicio á nuestro Patronazgo Real, ó á otra materia pública".

Las mencionadas leyes 68 a 70 del Título 2, Libro II, forman un pequeño grupo referente al Archivo del Consejo de Indias, y nos hacen saber la importancia considerable que tendrá una búsqueda minuciosa de los documentos que en ellas se mencionan; tanto en lo que de ellos exista aún en Sevilla, en Simancas, en la Biblioteca del Palacio de Madrid, en el Archivo Histórico Nacional de esa misma ciudad y tal vez en otros de las actuales Repúblicas Hispanoamericanas, como en las Universidades, Bibliotecas y Museos de Norte-América, Inglaterra (British Museum) y cualquier otro país donde hayan podido ir a parar algunos papeles del Consejo y de Virreinatos y Audiencias; como desde luego se puede afirmar respecto de Oackland (Universidad de California y, en español, en *Bancroft Library*), del British Museum, y de Chicago.

En la 69, procedente de la Ordenanza 90 del Consejo (1571), se lee: "En el Archivo del Consejo haya un libro, donde se ponga y asiente en la forma que pareciere más conveniente, la memoria de los libros, cartas, *relaciones,* consultas, y otros papeles y despachos, que estuvieren en él: y otro libro particular, con memoria y *relación* de todos los papeles y cosas tocantes al dicho Archivo que estuvieren fuera de él, así en el nuestro Archivo general de Simancas, como en poder de los Secretarios, y otras qualesquier personas". [La ley 70, que fué en las nuevas Ordenanzas dadas por Felipe IV el Nº 67, dice que: "Quando pareciere que el Archivo está muy embarazado de papeles, el Consejero, ó Ministro a cuyo cargo estuviere haga relación de ello al Consejo, ó lo advierta, y con su parecer se desembarace de los papeles menos importantes, los quales se lleven y entreguen en el nuestro Archivo de Simancas".—[En cuanto a la ley 68, que por su materia puede parecer menos relacionada con el asunto de este libro, también merece ser tenida en cuenta, dada la amplitud y riqueza de noticias que tuvo la documentación cosmográfica de Indias, y

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

las llamadas Relaciones de los viajes, así como por lo tocante a la biblioteca de que habla también esa ley: "Mandamos que se guarden en el Archivo del Consejo las Cartas de navegar, derroteros, mapas, descubrimientos, y *relaciones* tocantes a la tierra y mar de las Indias, y todo de forma que se pueda hallar con facilidad... y que se procure que en el dicho Archivo haya y se guarden todos los libros que hubieren salido y salieren, y se pudieren hallar, que *traten de materias de Indias, morales, políticas* y naturales, de *historias,* navegación ó geografía, *relaciones,* discursos, arbitrios, pareceres, *advertencias,* y otros qualesquier papeles, que toquen o puedan tocar á las Indias, ó á cualquiera de sus materias, así impresos, como *manuscritos*... y el Consejero... pueda apremiar y apremie á todos los que imprimieren libros y papeles semejantes, á que dén uno para el Archivo"].

La 64, título 3, Libro III, pide a los Virreyes que recojan y reconozcan[10] "las Ordenanzas que hubieren hecho sus antecesores para el bueno, y político gobierno de las Repúblicas, y Comunidades de los Indios, que informen del modo y forma con que se han guardado... y de las que *no estuvieren en observancia,* y de los que conviniere *añadir, ó reformar* según la variedad de los tiempos, y *de todo nos avisen* muy particularmente, con su parecer".

La 9, título 1, Libro IV, que es la Ordenanza 15 de Descubrimientos, dice que "los que fueren á descubrir por mar y tierra, procuren llevar algunos Indios é Intérpretes... hablen y platiquen con los de la tierra, procurando entender sus costumbres, calidades y forma de vivir... como se rigen y gobiernan; si tienen Reyes, y si estos son por eleccion ó por derecho de sangre, o guardan forma de República, ó por linages... y de todo nos traigan cumplida razon". De la importancia de estos informes bien se pudo formar juicio, hace años, con la colección de *Relaciones de Indias* que publicó Jiménez de la Espada y algunas otras que luego se imprimieron. —[La 2 del título 10, Libro VI, encarga y manda a los Virreyes y Presidentes Gobernadores que "averigüen y castiguen los excesos y agravios, que los Indios padecieren... y si les pareciere, que es necesario nuevo, y mayor remedio, lo traten con sus Audiencias, y otras personas... y *con su parecer, y el de las Audiencias nos avisen,* para que proveamos lo que mas convenga". En el Capítulo III del presente Libro hemos visto ya cuantas malas costumbres contra los indios, y por cuanto largo tiempo algunas, se practicaron en América y Filipinas.]— En fin, la 7 del mismo título y Libro ruega y encarga a los Prelados que "en todas las ocasiones de Flotas y Armadas *nos envien relacion muy particular* del tratamiento que se hace a los Indios... lo que convendrá proveer para su mejor enseñanza, y conservación, y lo que mas les ocurriere acerca de esto, dirigido á nuestro Fiscal del Consejo".

La ley 45 del ya mencionado título 6 dice: "Porque de lo *que no nos pidiere,* y de los *avisos que se nos dieren* para el buen gobierno espiritual y temporal de las Indias, y para la buena administración de la Real

10 En el sentido de examinarlas o estudiarlas para ver en qué conviene o no mantener su vigencia.

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

hacienda... haya memoria siempre para proveer lo que convenga... Mandamos que los Secretarios *saquen en relacion* todo lo *importante* y substancial de lo que se nos pidiere, ó escribiese por *cartas, peticiones, ó memoriales* tocantes al gobierno y hacienda nuestra, y de ella *hagan libro; y lo prosigan...*" Por su parte, el Consejo, en el Auto 107 resumido al final del citado título 6 y fechado en 7 de marzo de 1638, dispuso que "las cartas que se remitieren de las Indias en Galeones, Flotas ú otros Bageles, ó por qualquiera vía, se enquadernen en llegando á bastante número, *dividiéndolas por materias, y poniendo su índice y número del volúmen que se formare, con buena órden y división de las materias Eclesiásticas y Seculares, y distinción de puntos de gobierno y hacienda*: y de todas *se saquen* en brevete los *puntos principales* que merecieren respuesta."— [No menos interesantes a este respecto son las leyes 18 a la 27 del citado Título 6, Libro II, y la 1ª 12 del mismo Libro].

Esta ley 1ª, título 12, tan interesante como otras del mismo título para conocer el concepto y la metodología de la Historia colonial que rigieron en los siglos XVI y XVII,[11] dice que "el Cronista mayor... vaya siempre escribiendo la historia general de todas sus Provincias [las de las Indias], ó la particular de las principales de ellas,... averiguando las *costumbres,* ritos, antigüedades, *hechos* y *acontecimientos con sus causas, motivos y circunstancias,* que en ellos hubiere... sacando la verdad de las *Relaciones* y papeles mas auténticos y verdaderos, que nos enviaren en nuestro Consejo de las Indias, donde presentará lo que fuere escribiendo, y se guardará en el Archivo". Como se ve, esta ley, no sólo nos remite, como las anteriores, al Archivo del Consejo, sino que nos llama la atención hacia la fuente que representa nuestra historiografía americana, tanto la Oficial como la de los autores que la escribieron por su cuenta, en punto a las noticias concernientes a la costumbre jurídica: asunto de que traté más ampliamente en la repetida *Técnica de investigación.*

De la importancia general que ofrece toda esta documentación, traté ya en la Parte Cuarta de los *Estudios,* es decir la dedicada a los *Cedularios;* pero no holgará que llame aquí la atención acerca de otra ley recopilada que demuestra, una vez más, el afán con que los gobernantes españoles instaron continuamente para que las autoridades coloniales las informasen de todo lo que era necesario conocer para la buena gobernación de las Indias. Una de las muchas leyes de este tipo es la 64, título 3, Libro III, que cito como muestra de esa clase de fuentes que el investigador de la costumbre jurídica debe tomar en consideración. Dice esa ley (Capítulo 4 de la Instrucción de Virreyes de 1595; mismo número de la de 1628): "Los Virreyes, y Presidentes Gobernadores hagan recoger, y reconocer las Ordenanzas[12] que hubieren hecho sus antecesores para el bueno y político gobierno de las Repúblicas, y Comunidades de los Indios, *se informen del modo y forma* con que se han guardado, y guardan, y de las que no

11 He tratado especialmente esta materia en mi *"Estudio de Herrera y la Historiografía Indiana.*

12 No se olvide que en esas Ordenanzas es donde más naturalmente se incluyeron costumbres de españoles y de indios, como demuestran bien las que compuso el Virrey Toledo para el Perú.

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

estuvieren en observancia, y *por que causas y razones,* y de lo que conviene *añadir, ó reformar segun la variedad de los tiempos, y de todo nos avisen muy particularmente,* con su parecer, y de nuestras Reales Audiencias. Basta leer este texto para comprender la gran probabilidad de encontrar, en esos avisos que el rey pide, noticias de costumbres incorporadas o necesarias de incorporar a la legislación, o producidas en contra de las Ordenanzas con derogación práctica de éstas, o por las necesidades de "la variedad de los tiempos".

Aunque los Archivos del Consejo y de las autoridades coloniales a que hago aquí referencia sean los lugares donde más documentación de esta clase cabe hallar, convendrá añadir a ellos las bibliografías y diccionarios históricos modernos (cito como tipos de cada una de esas clases, la *Biblioteca Hispanoamericana* de Medina, y el *Diccionario histórico* del Perú, de Mendiburu), donde a menudo se encuentran noticias que en otras fuentes no figuran. Mencionaré de pasada dos citas de Mendiburu, entre el montón copioso que podría indicar aquí: El Memorial enviado al Virrey Toledo por los mineros del Perú y que Pinedo dijo haber visto; y el Memorial del racionero Villarreal, también dirigido al Virrey en 1578, sobre las *costumbres* del Perú y gobierno de los Indios (ambos escritos conservados en el Archivo Real.

V. Fuera del ambiente burocrático, prometen algún provecho los Cronistas de Indias a que ya me referí en el número anterior, los historiadores españoles de aquellos siglos coloniales, los relatos de viajes, los coleccionadores modernos de tradiciones, costumbres y anécdotas, y los historiadores de la vida colonial o de la cultura. Hasta los literatos propiamente dichos, poetas, novelistas y dramaturgos, es posible que, bien expurgados, nos proporcionasen alguna noticia aprovechable. En cuanto a los Cronistas oficiales de Indias, recuérdese que la ley que instituyó ese oficio (1ª título 12, Libro II) le ordena que "vaya siempre escribiendo la historia general de todas sus Provincias... con la mayor precision y verdad que ser pueda, averiguando *las costumbres,* ritos, etc."

La palabra "costumbres" tiene aquí un sentido amplio en razón de las diferentes clases de ellas y de su extensión a las de los españoles indianos tanto como a las de los indígenas; y obligaba así al cronista a registrar las jurídicas, en cuanto hecho de la vida social, igualmente que las no jurídicas. Es muy probable, pues, que un buen expurgo de esos libros nos revele casos que en las leyes no aparecen.

VI. Con mayor razón que las fuentes apuntadas en el número precedente, hay que tener en cuenta la que nos ofrecen los juristas indianos, tan pródigos, como es natural, en noticias, no sólo de leyes que a veces no figuran en la Recopilación de 1680, sino también de otros hechos importantes de la vida jurídica colonial; entre ellos, las costumbres.

Anteriormente he citado en nota la conocida obra de Hevia Bolaños. Excusado es decir que en los escritos de Solórzano y de Pinelo a que en el Primer Capítulo me referí, se encontrarán, como allí dije, interesantes referencias al Derecho consuetudinario que, hasta ahora, no han sido

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

objeto de una investigación detenida.[13] Lo mismo digo de Matienzo y todos los demás: tanto los que vivieron y escribieron en los siglos XVI y XVII, como los que en el XVIII completaron la Recopilación de 1680, o se aplicaron a estudiar ramas y asuntos especiales de la legislación indiana anterior y posterior a esa fecha; como p. e. Sarmiento, cuyo manuscrito dice Mendiburu que está en el Escorial. A ellos, considerados como fuentes de conocimiento de esa legislación, me he referido particularmente en el Capítulo final de los ***Cedularios.***

VII. En otro respecto, que se refiere principalmente a la historia de la costumbre jurídica tanto en la metrópoli como en Indias, no deberá descuidarse la lectura de los Cuadernos y Actas de las Cortes de Castilla, en que de pasada he podido ya comprobar la existencia de noticias interesantes.

VIII. Réstame repetir aquí una observación para la cual están prevenidos los lectores por lo ya visto en Capítulos precedentes, a saber: que, para el legislador colonial español, el concepto de la "costumbre" fué muy ámplio; no sólo porque abrazaba muchas que con el criterio moderno no podríamos incluir siempre en el verdadero Derecho consuetudinario como fuente jurídica diferente de la ley (p. e. muchos de los llamados *estilos*), sino porque saltando por encima, diríamos, de la genuina sustancia de lo jurídico, que es lo justo, calificó de *costumbres* algunas prácticas injustas (infracciones de la ley, trampas, ofensas a la moral, etc.); cierto que algunas veces para prohibirlas, aunque, a menudo, después de haber durado cierto tiempo. Pero otras veces, también, para consentir en su perduración, sobre todo si se limitaban a ser prácticas contra leyes que no tocaban puntos fundamentales de justicia o moral, o los derechos de la realeza.

Esta observación no tiene aquí otro alcance que el de prevenir a los investigadores contra una precipitada exclusión, en sus búsquedas, de costumbres que son o parecen contrarias a ciertos principios jurídicos, por lo menos según nuestras ideas modernas. Hay que apuntar todo lo que a primera vista pueda servir, a reserva de someterlo a una crítica muy cerrada.

IX. Pero esa ingente labor no puede cumplirla un solo hombre. Pertenece al género de los trabajos en colaboración internacional ya emprendidos, como he dicho en otra ocasión, por el "Comité internacional de Ciencias históricas" y que, aplicados a la Historia del Derecho indiano, he indicado ya en otras partes de estos *Estudios* y he desarrollado ampliamente en la segunda edición de la *Técnica,* que constituirá la *Introducción* de la Serie cuya Parte Sexta es el presente libro.

13 Como muestra de lo que, no obstante su escasa atención a la costumbre colonial, puede hallarse en la *Política Indiana* de Solórzano, citaré algunas de las que indica y, a veces, analiza en punto a su contenido y a su licitud y tolerancia: Importancia dada a la costumbre antigua (Lib. II, cap. 15); Diferencias de costumbres en cada Región (II, 25); Costumbres llamadas "indiferentes" (II, 25); Prácticas de orígenes varios (V y VI, 16); Costumbres en materias eclesiásticas (II, IV y VI, varios capítulos); Estilo (V, 5 y VI, 16).

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Si los indianistas españoles y los de América, tanto del Norte como del Centro y el Sur, haciéndose bien cargo de la importancia considerable que tendría el llevar a cabo la investigación a que me refiero en este Capítulo, se deciden a organizarse en una especie de federación de los diferentes centros universitarios y no universitarios que en los dichos países cultivan la Historia jurídica del período colonial español, podrá concertarse una colaboración fructífera y en cierta medida rápida, que en el plazo de algunos años nos daría un material de papeletas abundantes para empezar a imprimir un Catálogo o una Colección propiamente dicha, de costumbres: aportación que ensancharía ampliamente el cuadro en que hasta ahora se han movido los historiadores del Derecho. Claro es que esa estructura principalmente corporativa no ha de excluir la incorporación a ella de los investigadores individuales de verdadera importancia que trabajan aisladamente; y, en particular, los jefes y oficiales de los Archivos y Bibliotecas cuyo concurso habrá de ser de gran eficacia en todo momento.

El presente libro no aspira más que a ser un breve y reducido ejemplo de uno de los numerosos sujetos que la investigación general ha de abarcar. Si con escribirlo y publicarlo llego a promover su continuación y ejecución completa, habré conseguido el máximo de mis aspiraciones en esta materia. Para ello confío principalmente, y a nadie podrá ofender esta confianza, en aquellos de mis discípulos que siguen cultivando con amor esta clase de investigaciones históricas.

DR © 1948. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia