

## LA COSTUMBRE EN EL DERECHO DEL SIGLO XVIII

La doctrina jurídica y la *práxis* rioplatense a través de los cabildos.

Por VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI

Profesor de la Universidad de Buenos Aires,  
Argentina.

**SUMARIO:** *Advertencia.* PRIMERA PARTE. I. *Factores que influyen sobre la costumbre durante el siglo XVIII.* 1. La exaltación del poder real. 2. El centralismo político frente al particularismo indiano. 3. El racionalismo jurídico.—4. La difusión de cuerpos y textos legales.—5. La mentalidad de la naciente burocracia.—6. El crecimiento de las ciudades y la declinación de los cabildos.—II. *La costumbre a través de la literatura jurídica.* 1.—Generalidades.—2. La exposición de Fernández de Mesa.—3. La crítica de Juan Francisco de Castro.—4. Otros autores y prácticos de la segunda mitad de la centuria.—5. Los comentaristas indianos.—III. *La costumbre en la realidad jurídica indiana.* 1. La fuerza de la costumbre.—2. La actitud del legislador y del funcionario real ante la costumbre. SEGUNDA PARTE. I. *Poder político y potestad legislativa de los cabildos rioplatenses.*—II. *La costumbre, reguladora del funcionamiento de los cabildos.* 1. Las formas y el ceremonial: a) los acuerdos; b) asiento, voz y voto de los funcionarios; c) asistencia y participación en actos públicos; d) el estandarte real; e) protocolo con el virrey, el gobernador, el obispo y la audiencia.—2. La elección de los oficios. 3. El ejercicio de los oficios: a) facultades y uso de atributos; b) reemplazo del alcalde; c) el turno del fiel ejecutor; 4. Las funciones del cabildo.—5. Los cabildos abiertos.—III. *La costumbre, reguladora de la vida urbana y rural.* 1. El abasto de la ciudad.—2. Retribución del trabajo.—3. Tierras, ganados y fronteras.—4. Alcabalas y diezmos. Otras contribuciones y cargas.—5. Las fiestas religiosas, reales y populares.—6. La publicidad de las normas. IV. *Introducción, prueba y extinción de la costumbre.* 1. Introducción y requisitos.—2. La prueba.—3. Vigencia, suspensión y extinción.

### *Advertencia*

El presente trabajo ha sido concebido como una prolongación en el tiempo de otro anterior, expuesto en el III Congreso Internacional, reunido en Madrid en 1972, en el que abordé el tema con relación a los siglos XVI y XVII<sup>1</sup>. Señalé entonces las características del asunto, la orientación bibliográfica básica, los problemas que encontraba el investigador, las limitaciones del enfoque, las fuentes consultadas y la forma de concebir mi

<sup>1</sup> VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *La costumbre como fuente del Derecho indiano en los siglos XVI y XVII. Estudio a través de los cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán* en III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. *Actas y Estudios*, Madrid, 1973, pp. 115-191.

propia tarea. Nada sustancial tengo que agregar a lo dicho entonces y me remito a esas páginas en cuanto resultan aplicables al periodo ahora estudiado. Sólo debo referirme brevemente a lo que es peculiar del nuevo siglo y de esta contribución.

Aunque la investigación, como la anterior, se hizo principalmente sobre las actas editadas de los cabildos que funcionaron en las regiones del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo, no se trata en rigor de una exacta continuación sobre las mismas fuentes capitulares, pues los cabildos examinados, salvo los de Buenos Aires y Santiago del Estero, no son los mismos que entonces<sup>2</sup>. La continuidad sustancial del tema sólo puede apreciarse pues a través del de Buenos Aires, sin duda el principal de todos y que a partir de la creación del Virreinato adquirió todavía mayor jerarquía. Pero es también interesante observar el funcionamiento de nuevos cabildos en ciudades y villas surgidas en el mismo siglo XVIII. El ejemplo más saliente es Montevideo.

El lapso que abarca este estudio se extiende hasta 1810, es decir hasta el fin del período hispánico, para encuadrarlo rigurosamente dentro del temario del Congreso. Hay, sin duda, razones para señalar a ese año como límite del siglo anterior y mucho más para considerarlo como punto de partida de una profunda transformación de la organización política de los territorios americanos. Pero también es necesario prevenir contra los cortes abruptos que no siempre son adecuados para la observación de fenómenos de más lenta concreción, como es en general todo lo jurídico, y en particular el tema en consideración. A veces se procura resaltar más la discontinuidad que la continuidad y ello lleva a peligrosas deformaciones.

Análoga reflexión merece la separación que, por razones de estudio, he efectuado entre uno y otro trabajo. Si bien el siglo XVIII ofrece sus propias características, el sólo paso del umbral de la centuria no asegura la presencia de esos nuevos tonos. Ellos más bien se incubaron lentamente y cuando hablamos de los rasgos dominantes no queremos decir que necesariamente se extendieran a toda la centuria.

<sup>2</sup> Las actas de los cabildos consultados son: Academia Nacional de la Historia, *Actas capitulares de la Villa de Concepción del Río Cuarto* (Año 1798 a 1812), Buenos Aires, 1947 (en adelante = ARC); Academia Nacional de la Historia, *Actas capitulares de Santiago del Estero*, 6 vols. Buenos Aires, 1941-1951 (ASE); Archivo General de la Nación, *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, serie 2a. 9 tomos, serie 3a., 11 tomos y serie 4a, 4 tomos, Buenos Aires, 1925-1933 (ABA); Josefina Aubone DEHEZA DE OSSA y Olga Cristina SALINAS, *Actas capitulares y otros papeles del Cabildo de la ciudad de San Juan correspondiente a la segunda mitad del siglo XVIII*. Publicación del Archivo Histórico y Administrativo de la Provincia de San Juan, No. 18, San Juan, 1965. (ASJ); Museo colonial e histórico de la provincia de Buenos Aires-Luján, *Acuerdos del extinguido Cabildo de la Villa de Luján*. Años 1771 a 1790. La Plata, 1930 (AL). Los acuerdos del Cabildo de Montevideo fueron publicados en la "Revista del Archivo General Administrativo", vol. I a X. Montevideo, 1885-1920 (AM-RAGA); y completados luego en Archivo General de la Nación, *Acuerdos del extinguido Cabildo de Montevideo*, anexo, vol. 16, 17 y 18, Montevideo, 1942-1943 (AM-AGN).

El esquema del trabajo sigue al anterior, aunque adaptado a los resultados de la nueva investigación. De ahí provienen los pocos cambios que se observarán. En la primera parte, introductora propiamente dicha, aporto los elementos indispensables para la comprensión del tema. Se inicia con el análisis de los factores que infuyeron sobre el desarrollo de la costumbre, continua con el estudio de la doctrina jurídica del siglo acerca del tema, y concluye con un intento de mostrar la realidad jurídica indiana a través de la fuerza que se le asignaba a la costumbre y la actitud del legislador y del funcionario ante ella. La segunda parte empieza con el estudio del poder político y la potestad legislativa de los cabildos. Sigue con el análisis de la norma consuetudinaria como reguladora del funcionamiento del cabildo y de la vida urbana y rural. Por último, vuelvo a tratar el tema del origen, vigencia y extinción de la costumbre.

## PRIMERA PARTE

### I. Factores que influyeron sobre la costumbre durante el siglo XVIII.

La decadencia que rápidamente experimentó la costumbre en el derecho europeo entre los siglos XVI y XVIII<sup>3</sup>, cobró en esta última centuria particular intensidad ante la acumulación de un conjunto de factores. Este esquema no es absolutamente válido para todos los territorios regidos por el Derecho de tradición romana, pero en especial debe ser cautelosamente aplicado cuando se trata de las regiones en donde rigió el Derecho castellano-indiano. En efecto, mientras en el Viejo Mundo es posible advertir un largo período de decadencia de la costumbre, en las Indias, en cambio, durante igual período aquella se introdujo, tuvo su peculiar desarrollo y finalmente declinó. Se reproduce así en el campo del Derecho un fenómeno que también ha sido registrado en otras manifestaciones culturales, como las artes plásticas o la arquitectura<sup>4</sup>, y que significa en suma un singular proceso de aceleración en la recepción y decaimiento de los rancios estilos europeos.

En otra oportunidad destacué las especiales circunstancias que promovieron el desarrollo de la costumbre en el Nuevo Mundo durante los siglos XVI y XVII, tanto de parte del legislador como de las comunidades recién constituidas<sup>5</sup>. Ahora trataré de presentar los nuevos elementos que en el setecientos modificaron lentamente esa situación. En parte, aquellos eran los mismos que en Europa estrechaban el círculo de la costumbre, pero

<sup>3</sup> JOHN GLISSEN, *La loi et la coutume dans l'histoire du Droit depuis le haut moyen age*. Bruselas, 1962, p. 82 y sigts.

<sup>4</sup> JOSÉ MORENO VILA, *Lo mexicano en las artes plásticas*. México, 1948, pp. 19-22, aunque sólo lo refiere al siglo XVI.

<sup>5</sup> *La costumbre*, cit., 127-134.

también se aprecia la influencia de otros factores propios del territorio americano. La conjunción de esos elementos se dio particularmente durante la segunda mitad de la centuria y no parece, por las conclusiones a que he llegado en este estudio, que hayan logrado obtener una completa victoria antes de la finalización del período analizado. La misma solo se alcanzó en el siglo XIX.

### 1. *La exaltación del poder real*

La exaltación del poder real fue, como es sabido, el tema dominante en los escritores políticos de la segunda mitad del siglo. Para los ilustrados el incremento de las prerrogativas del rey era un instrumento para llevar adelante el vasto plan de reformas en que se hallaban empeñados. Todos o casi todos convenían, tanto por fundamentos históricos como racionales, en que el poder del rey provenía directamente de Dios y sólo a éste debía dar cuenta de sus actos, con prescindencia de la comunidad.<sup>6</sup>

El ejercicio de la potestad legislativa —primera y antigua regalía de los príncipes— fue también objeto de preferente estudio por juristas y políticos. No es extraño que en un ambiente cargado de concesiones y halagos hacia el poder real, se sostuvieran doctrinas favorables al predominio absoluto de su voluntad, expresada en la ley, y contrarias a la participación de la comunidad, tanto en la elaboración de aquella como en la formación de la costumbre. Veamos algunas de ellas.

Ya en la primera mitad de la centuria, un jurista moderado como Tomás Fernández de Mesa se encargaba de demostrar históricamente que “la ley es un precepto del Príncipe”, que sólo éste podía dictar, ya que el pueblo había aceptado con la larga sujeción y obediencia la transferencia de su originaria potestad legislativa a los reyes<sup>7</sup>. Y Alejandro Aguado, matizando la cuestión, sostenía también que los vasallos enajenaron su potestad, aunque no la libertad personal<sup>8</sup>.

Mas explícita y categórica era la opinión de Juan Antonio Mujál y de Gibert en 1774, en pleno apogeo de la doctrina absolutista. Decía que en España “reside en sus Reyes toda la potestad civil y legislativa, que la transfirieron los mismos pueblos”. No obstante, mas adelante afirmaba que aquellos recibían su potestad inmediatamente de Dios. De tal manera, venía a aceptar dos explicaciones diferentes acerca del origen del poder real, aunque ambas se encargaban de reforzar doctrinariamente al absolutismo.

<sup>6</sup> Luis SÁNCHEZ AGESTA, *El pensamiento político del despotismo ilustrado*. Madrid, 1953, pp. 98-103. Sobre el absolutismo político como actitud contraria a la costumbre, Alfonso GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, 3a. edición, Madrid, 1967, p. 185.

<sup>7</sup> Tomás Manuel FERNÁNDEZ DE MEZA, *Arte histórico y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano en España...* Valencia, 1747, I, 96-97.

<sup>8</sup> Alejandro AGUADO, *Política española para el más proporcionado remedio de nuestra Monarquía*, 2a. parte, Madrid, 1750, pp. 36-37.

Ello lo llevaba a sostener que se debía obedecer pronto y ciegamente los preceptos sin buscar las razones ni preparar excusas para no hacerlo y agregaba estas sugestivas líneas: “La verdadera obediencia raciocina de este modo: El superior aquí y ahora lo manda así: luego aunque me parezca probable lo contrario, y que puede obedecerse, debo prácticamente así presumir del superior, que por reservados motivos, que yo no alcanzo o no llegó a conocer, no solo probable, sino evidentemente manda, y por consiguiente no ha de haber en mi tradanza ni duda, sino propensión y presteza en obedecer”<sup>9</sup>.

Otras opiniones de juristas finiseculares nos muestran una misma dirección. Antonio Javier Pérez y López subrayaba que el primer derecho del rey era “la potestad legislativa” y la principal obligación del vasallo la de “obedecer las leyes”. Si bien éstas no podían ser opuestas a las leyes divina y natural, sugería Pérez y López que aun en este caso, el subdito tenía el deber de tolerancia “hasta perder la vida”<sup>10</sup>. No menos enérgica era la defensa del omnímodo poder real que realizaba el Conde de la Cañada. “Las leyes —decía— reciben todo su valor de la boca del soberano. . . Ningún influjo tiene en la ley por su esencia y por sus efectos la aceptación del pueblo”. Agregaba que “la potestad de establecer leyes reside privativamente en el príncipe” y “los vasallos son notoriamente inferiores, y solo les toca obedecer al soberano, mas no enmendar ni reformar sus establecimientos”<sup>11</sup>.

Estas opiniones del último cuarto del XVIII estaban, por cierto, muy distantes de aquellas cautelosas tesis del XVI, de los sobrios consejos políticos a los príncipes del XVII y aun del moderado aumento de la potestad regia producido durante la primera mitad de la centuria.

## 2. *El centralismo político frente al particularismo indiano.*

Es notorio que en las últimas décadas del XVIII, como resultado directo de las nuevas concepciones absolutistas y de la necesidad de aplicar las reformas preconizadas por la Ilustración, la Monarquía española marchó hacia el centralismo político. La nueva estructura en la Península —con el gabinete— y en las Indias —con las intendencias— persiguió esa finalidad. En la práctica gubernativa, los efectos, si bien favorecieron el progreso material de algunas ciudades y mejoraron la hacienda real, contribuyeron a preparar la crisis del imperio<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Juan Antonio MUJÁL Y DE GIBERT, *Tratado de la observación y obediencia que se debe a las Leyes, Pragmáticas Sanciones y Reales Decretos. . .*, Madrid, 1774, pp. 12, 16, 19, 34 y 35-36.

<sup>10</sup> Antonio Javier PÉREZ Y LÓPEZ, *Principios del orden esencial de la naturaleza. . .* Madrid, 1785, pp. 192-194.

<sup>11</sup> CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles. . .* Madrid, 1794. Cito por la 3a. edición, Madrid, 1845, p. 6.

<sup>12</sup> Sobre el centralismo y sus efectos, Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, 1959, pp. 304-305.

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

### 3. *El racionalismo jurídico.*

Durante al segunda mitad del siglo se manifestó la fuerza de un movimiento que consideraba al Derecho como una creación racional y generalizadora —por opuesto a lo tradicional y particular—, postulando la adopción de leyes orgánicas, precisas y claras... Abría de esta manera la senda que conduciría a la elaboración y sanción de los códigos modernos. Se pronunciaba contra la costumbre, considerándola propia de un momento superado de la evolución jurídica. Esta manera de pensar encontró rápido apoyo en los círculos de la Ilustración, a cuyos fines sirvió circunstancialmente<sup>13</sup>.

El racionalismo ejerció una profunda y prolongada influencia sobre los juristas del sistema de tradición romana. Ese influjo fue más duradero que el de cualquier otra doctrina, pues sirvió para conformar una nueva actitud mental ante el Derecho. Llevó a los juristas a acentuar la idea de que la costumbre, antes que un elemento importante en la formación y desarrollo del Derecho, constituía un estorbo, y a lo sumo cabía tolerarlo. La costumbre, que no se enseñaba en las universidades, dejó también de ser tema especial de estudio entre los juristas, salvo cuando se la enjuiciaba, como lo hizo Juan Francisco de Castro.<sup>14</sup> De esta manera, al crecer la importancia del letrado como asesor y partícipe en las tareas de gobierno y justicia —lo que entre nosotros se produjo en las últimas décadas del XVIII— las soluciones fundadas en la costumbre fueron dejando paso a las basadas en preceptos legales.

### 4. *La difusión de cuerpos y textos legales.*

El particularismo jurídico indiano se enfrentó desde fines del siglo XVII con la tendencia generalizadora que, en la teoría y en la práctica, repre-

<sup>13</sup> Sobre la actitud contraria del racionalismo filosófico y jurídico frente a la costumbre, GARCÍA-GALLO, *cit.*, 185.

<sup>14</sup> Véase la parte, II, 3 de este trabajo.

sentaba la Recopilación de 1680. En efecto, la sanción de este cuerpo legal significó dar alcance general para las Indias a normas que en su momento habían sido tan sólo expresión de un derecho casuístico y local<sup>15</sup>. La Recopilación, así entendida y difundida en el nuevo clima dieciochesco, se convirtió, para letrados y funcionarios, en una guía segura para solucionar los problemas jurídicos que se planteaban. Corrigió a veces soluciones anteriores que no se habían ajustado a esas pautas legales. Fue también utilizada como una manera de hallar cómoda y precisa respuesta a los interrogantes que se sucedían, en vez de recurrir a la búsqueda sutil de los precedentes consuetudinarios. Fue, en fin, la forma de obtener un criterio oficial, más fácil de invocar y hacer triunfar en un medio cada vez más renuente a recibir otras normas que las emanadas del poder real.

No hay que olvidar, empero, que las propias leyes recopiladas otorgaban amplio margen de desarrollo a la costumbre, como tan elocuentemente lo demostró Rafael Altamira en su recordado estudio sobre la materia<sup>16</sup>. Esta consagración legislativa sirvió indudablemente de apoyo a la norma consuetudinaria, tanto en determinadas materias como en su invocación general. De ahí que, al analizar este factor, haya que medir el influjo de la Recopilación de 1680 tanto en lo que representó como demostración de la fuerza legal como en el amparo que muchas veces concedió a la costumbre.

Los mandatos del rey durante el siglo XVIII fueron más frecuentes y de más fácil difusión a través de textos impresos que llegaban, en las últimas décadas de la centuria, a las más apartadas ciudades de la Monarquía. También la planificación ilustrada se preocupó por dictar disposiciones orgánicas, como la Ordenanza de Intendentes de 1782, que tuvo significativa influencia en el nuevo orden político-administrativo. Aunque en menor escala que la Recopilación, los textos legales dieciochescos no excluyeron del todo el recurso a la costumbre jurídica.

La Recopilación de 1680 no fue sólo el cuerpo legal más frecuentemente invocado en las actas capitulares examinadas, sino que durante buena parte del siglo fue el único existente en el archivo de algunos cabildos. A partir de 1784 empezó también a citarse repetidamente a la Real Ordenanza de Intendentes. Sensiblemente menor, en cambio, fue la mención de la Recopilación de Castilla y las Partidas<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Sobre esto, véase Alfonso GARCÍA-GALLO. *Problemas metodológicos de la historia del Derecho indiano* en "Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene", n° 18, Buenos Aires, 1967 p. 37.

<sup>16</sup> Rafael ALTAMIRA, *La costumbre jurídica en la colonización española* en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia". Universidad Nacional Autónoma de México, 1949, No. 31-40.

<sup>17</sup> Para elaborar la afirmación contenida en el texto he registrado la mención de los cuerpos legales contenidos en las actas capitulares a través de todo el siglo. Algunos otros ejemplos lo corroboran. En 1735 se encontraban en el arca del Cabildo de Buenos Aires los libros de acuerdos, la Recopilación de Indias, las orde-

### 5. *La mentalidad de la naciente burocracia.*

Aunque tuvo un lento proceso de formación, la burocracia oficinesca se manifestó casi súbitamente en el Río de la Plata con la creación del Virreinato<sup>18</sup>. Se empezó a mostrar preocupación por el ordenamiento y clasificación de los papeles, por la plantilla de funcionarios y empleados, por la división de tareas administrativas, etc., configurándose desde entonces un estilo particular. Esta misma inquietud se exteriorizó en otros órdenes. Los cabildos empezaron a advertir la importancia que tenía para su buen funcionamiento el respaldo de una burocracia propia y un bien ordenado archivo. En el Cabildo de Buenos Aires se fueron perfeccionando entre 1771 y 1808 las bases de esta organización burocrática<sup>19</sup>.

Sin embargo, la nueva mentalidad burocrática no demostró preocupación por proteger las normas consuetudinarias. Una prueba de ello lo tenemos cuando en 1781 se proyectó minuciosamente la organización del archivo capitular bonaerense<sup>20</sup>. La tarea consistía en el ordenamiento de los papeles y leyes; la elaboración de índices de los decretos de la primera Audiencia y de los acuerdos extraordinarios; lo relativo a la constitución e integración del cabildo; y, finalmente, una nómina de los gobernadores, tenientes generales, alcaldes y regidores que se habían sucedido. No había en este proyecto mención alguna a la necesidad de reunir las costumbres o formar índices de la misma, no obstante la importancia que esta fuente del derecho aun tenía en la vida capitular. La flamante burocracia o quienes la promovían parecían así desdeñar todo aquello que no respondiera a las nuevas pautas de ordenación racional que a todos fascinaba. Este desacuerdo entre un mundo nutrido de tradiciones y otro atento a los dictados de la "suprema razón" es, como se sabe, uno de los signos distintivos de la época.

### 6. *El crecimiento de las ciudades y la declinación de los cabildos.*

Un moderado crecimiento urbano durante la segunda mitad del XVIII —en algunas ciudades, como Buenos Aires, el aumento demográfico fue notable preparaba la explosión demográfica y la concentración urbana del

nanzas municipales y un libro de cédulas modernas (ABA, 2, VII, 260 y 262). En un inventario de papeles del Cabildo de Montevideo de 1743 se mencionaba solamente a la Recopilación de Indias (AM-RAGA, II, 105). En cuanto a la Recopilación de Castilla, en el Montevideo de 1765 sólo se hallaba en tres casas de la ciudad y no la poseía el Cabildo (Idem, VII, 56).

<sup>18</sup> ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, 249-250. Véase también el reciente estudio de José M. MARILUZ URQUIJO, *Orígenes de la burocracia rioplatense*, Buenos Aires, 1974.

<sup>19</sup> Véase especialmente ABA, 3, IV, 285-286 (1781); VI, 649-654, 665 y 733-738 (1781); X, 459 (1794); XI, 284 (1797); 4, II, 696-697, 733-734 y 753-754 (1807); y III, 95 y 390 (1808).

<sup>20</sup> Véase ABA, 3, VI, 652.

XIX. Ello fue adverso para el tipo de costumbre conocido por entonces y que encontraba su base más sólida en la pequeña comunidad.

A su vez, los cabildos en representación de la ciudad, como hemos visto, se habían convertido durante los siglos anteriores en los órganos donde se introducía, exponía y defendía la costumbre<sup>21</sup>. No conozco que esta formulación doctrinaria haya sido modificada en la nueva centuria ni que hubiera disposición alguna que suprimiera, su antigua prerrogativa de crear costumbre en nombre del pueblo. Pero al disminuir durante este siglo su poder político y concretamente algunas de sus funciones —como lo veremos luego— la norma consuetudinaria sufrió también análogo menoscabo.

## II *La costumbre a través de la literatura jurídica.*

### 1. *Generalidades.*

La literatura jurídica dieciochesca ofreció interesantes aportes en el tema examinado. Se mantuvo sin variantes sustanciales la doctrina clásica, en cuanto a la mayoría de los requisitos exigidos<sup>22</sup>. No obstante, los autores del siglo profundizaron y revisaron algunos aspectos, y sobre todo muchos de ellos adoptaron una posición crítica frente a esta fuente del Derecho.

El ataque contra la costumbre apareció sólo con fuerza en la segunda mitad del XVIII. Mientras en la primera parte nos encontramos con quienes la exponían favorablemente, como Torrecilla y Fernández de Mesa, en cambio en la segunda mitad aparecieron los críticos encarnizados, como Juan Francisco de Castro, o al menos quienes se referían a la misma en términos desfavorables o restrictivos, tales como Berni, Manuel S. Martínez, Mujál, Elizondo, el Conde de la Cañada, Asso y de Manuel y Palacio y Hurtado. Unos y otros partían a veces de los mismos textos legales, pero por vía de interpretación llegaban a conclusiones diferentes.

El ataque se efectuaba, como veremos, desde diversos ángulos. Unos lo hacían exaltando el valor de la ley y atribuyendo al rey la plenitud de la potestad legislativa. Otros preferían penetrar en la propia naturaleza de la costumbre y demostrar que era irracional e incierta. Como resultado, en estas páginas doctrinarias quedaba sensiblemente disminuido el campo de vigencia de la costumbre. La sólida doctrina clásica, elaborada y mantenida durante varios siglos, empezó a desdibujarse.

Esta actitud de los juristas de la segunda mitad se explica ante los categóricos pronunciamientos doctrinarios y prácticos en favor del absolutismo político, propio de la Ilustración dominante en esos días. Sin embargo, esta fuerte presión tardó algún tiempo en llegar a los infinitos recodos de un orden jurídico tan antiguo como sólidamente construido. Sus efectos

<sup>21</sup> Véase *La costumbre*, 140-141.

<sup>22</sup> Sobre la doctrina anterior, *idem*, 135-139.

apenas se advirtieron al final del período estudiando y posiblemente con mayor claridad en una etapa histórica posterior.

Si nos atenemos a las citas que figuran en las actas capitulares rioplatenses, vemos que durante todo el siglo continuaron en vigencia las opiniones de consagrados juristas de anteriores centurias, como Bovadilla, Solórzano, Gregorio López, Azevedo, Paz, Molina, o la de difundidos prácticos, como el celebre Hevia Bolaños. Ello no solo se revela por la mención de sus nombres u obras, sino que incluso está patente en la expresión ocasional de un regidor porteño, que en 1745 para dar término a una discusión capitular urgió a buscar la ley en cuestión "en la de Indias, Curia Philipica, o Bovadilla o donde se hallase...", dando así la evidencia de la difusión y popularidad alcanzada por esas obras. En cambio, de los autores de la segunda mitad sólo he encontrado mencionado en la misma fuente, a la *Librería de Jueces* de Manuel Silvestre Martínez.<sup>23</sup> Es muy probable que no se trate de un fenómeno exclusivamente local, sino que sea general en el Nuevo Mundo.

De manera que nos encontramos, al menos en el área examinada, ante una evidente supervivencia de la doctrina clásica en materia de costumbre jurídica. Ello no es extraño si tenemos en cuenta que las influencias doctrinarias necesitan de un prudencial lapso de difusión y penetración, sobre todo cuando, como en este caso, el ataque se dirigía contra una sólida elaboración tradicional. Con esta salvedad, recorreremos las principales posturas sustentadas a lo largo del siglo.

## 2. La exposición de Fernández de Mesa.

En las primeras décadas encontramos en Martín de Torrecilla a un singular defensor y expositor de la costumbre, al decirnos que ella "es la mas viva ley que puede atenderse y la que debe prevalecer". Agregaba que su fuerza era tanta que "equivale a la verdad", hace de lo no lícito, lícito", deroga todo derecho que no fuera natural o divino.<sup>24</sup>

Pero, sin duda, quien expuso con mas autoridad y profundidad el tema durante la primera mitad del siglo fue Tomás Manuel Fernández de Mesa. Partiendo de los textos legales vigentes y de la doctrina mas caracterizada, realizó una interesante revisión de algunos puntos de vista anteriores. Distinguió así entre el uso y la costumbre, otorgando al primero una esfera propia de acción, haciendo notar sus diferencias con la norma consuetudinaria y señalando como sus dos principales especies a los "estilos" y las "observancias".<sup>25</sup>

Fernández de Mesa consideraba a la costumbre en igualdad frente a

<sup>23</sup> La afirmación se apoya en un registro de las citas que aparecen en las actas capitulares. La expresión del regidor porteño en ABA, 3, I, 466.

<sup>24</sup> MARTÍN DE TORRECILLA, *Enciclopedia canónica, civil...* Madrid, 1721, I, 209.

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ DE MEZA, *Arte histórico y legal...*, 116 y ss.

la ley. No sólo podía derogarla, sino que la proclamaba como "el modo mas seguro del lograr su verdadera enmienda".<sup>26</sup>

En cuanto al requisito del consentimiento regio, exigido por la ley y doctrina clásica, Fernández de Mesa admitía por suficiente al tácito consenso, producido por el mero transcurso del plazo de la prescripción, es decir, diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Al no producirse en esos lapsos contradicción del príncipe, debía presumirse su voluntad favorable a la norma consuetudinaria.<sup>27</sup>

Era ésta, en fin, la exposición doctrinaria más profunda y favorable al desarrollo de la costumbre que conozco en todo el siglo. Aunque no la he visto citada en nuestros cabildos, ofrece una conformidad esencial con los principios aplicados en el Río de la Plata a través de la centuria. Ello posiblemente se deba al común influjo de la doctrina clásica.

### 3. *La crítica de Juan Francisco de Castro.*

Aunque no fue el primero en hacerlo, indudablemente merece tratamiento separado la extensa y severa censura que Juan Francisco de Castro hizo a la costumbre en sus *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes...*, obra publicada en 1765.

El autor, haciendo gala de una vigorosa concepción racionalista, partía de la necesidad de desterrar del campo de la jurisprudencia todo lo que provocase incertidumbre. Por cierto, uno de los blancos preferidos de su ataque era la costumbre. Consideraba que todos sus requisitos esenciales estaban plagados de incertidumbre, especialmente por la dificultad de la materia y por la multitud de opiniones y controversias. Esta apreciación negativa la extendía también a la prueba e interpretación de la norma consuetudinaria, llevándolo a la siguiente conclusión: "No creo necesitemos pasar adelante para demostrar la tenebrosa incertidumbre en materia de costumbre, en la que tan lejos de hallar consuelo los litigantes experimentan frecuentemente mayores fatigas, siendo más útil a la república ceñirse a las leyes, frutos de los desvelos de nuestros sabios legisladores, que el vacilar por un derecho tan incierto y lleno de tantas variedades, como es el que se demuestra por costumbre. Por lo que, y prescindiendo de los usos inmemoriales que ya están aprobados por leyes del reino, parece que no obstante que apenas pueda pasar un gobierno sin razonables costumbres, y lo que en su favor cumuló el político Bovadilla, sería con-

<sup>26</sup> *Idem*, 110-112, 117, 122 y 135.

<sup>27</sup> *Idem*, 132-135. Recuerda estas opiniones de Torrecilla y Fernández de Mesa, Francisco Puy Muñoz, *Las ideas jurídicas en la España del siglo XVIII* (1700-1760). Granada, 1962, pp. 43-42.

veniente al sosiego público el desterrar absolutamente toda costumbre derogatoria de la ley".<sup>28</sup>

El segundo y último de sus *Discursos* en contra de la costumbre lo dedicó Castro a exponer cuatro ejemplos que "prácticamente —decía— demuestran las irracionalidades que con motivo de costumbre se introducen y se pretenden observar como leyes mezcladas entre espesas tinieblas de perplejidades".<sup>29</sup>

Como se advierte a través de esta breve exposición, estamos ante un enemigo decidido que luchaba frontalmente contra la costumbre. Era un prototipo de jurista racionalista, que intentaba apartar del terreno de la elaboración jurídica todo aquello que no ofreciera la precisión y claridad de un perfecto texto legal, racionalmente dispuesto. Esto solo lo encontraba en el supremo legislador ilustrado, tutor de la comunidad y monopolizador de la razón. De ahí que afirmara que al introducir costumbre el pueblo procedía o de mala fe, o por error, o por causas urgentes o que no se tuvieron en cuenta al darse la ley, pero aun en este último caso —sostenía— "es más conveniente al sosiego público consultar la suprema potestad para la determinación de lo que fuese más puesto en razón. . .".<sup>30</sup>

#### 4. *Otros autores y prácticos de la segunda mitad de la centuria.*

José Berni decía ya en 1759 que "la costumbre contra ley es abuso y en especial en este Reino por estar derogado usos, costumbres y fueros", apoyándose para ello en las antiguas normas de prelación legal de Alcalá y Toro. Sólo cuando la costumbre era inmemorial, vencía a la ley, agregaba citando la autoridad de Bovadilla. Con todo, aunque limitando el efecto de la costumbre *contra legem*, Berni daba lugar a la costumbre no opuesta a la ley del reinado.<sup>31</sup>

Un práctico muy difundido en la época, Manuel Silvestre Martínez, al definir el contenido de su *Librería de Jueces*. . . publicada en 1764, colocaba a la ley en lugar superior. Decía que era "la que ordena al hombre lo que debe hacer, o de lo que se debe privar, arreglándose a lo bueno, y separándose de lo malo, en toda clase de causas. . .". Sólo podía hacerla el rey o el Consejo en su nombre. La costumbre, en cambio, tenía vigencia únicamente cuando no fuera contra ley regia.<sup>32</sup> Pero aparte de establecer

<sup>28</sup> Juan Francisco DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes, en que se demuestra la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de Derecho, para la recta administración de justicia*. Madrid, 1765. Cito por la 2a. edición, Madrid, 1829, I, 118-199. El análisis referido comprende pp. 105-117.

<sup>29</sup> Idem, I, 120.

<sup>30</sup> Idem, I, 119.

<sup>31</sup> Joseph BERNI Y CATALA, *Apuntamientos sobre las Leyes de Partida*, Valencia, 1759, I, 13. Véase también del mismo autor, *Instituta civil, y real*, 3a. impresión, Valencia, 1775, 13-14.

<sup>32</sup> Manuel Silvestre MARTÍNEZ, *Librería de Jueces*. Madrid 1764, I, 3 y II, 70.

esta evidente desnivelación entre una y otra fuente del Derecho, Martínez introdujo una novedad en el ya mencionado requisito del consentimiento real. Según su interpretación, el mismo "no puede saberse sino es por posterior real resolución en que se declare". Es decir, que la costumbre necesitaba expresa confirmación legislativa para tener vigencia. Esta renovada manera de ver el tema se apoyaba sobre los mismos textos legales, principalmente los alfonsinos, que habían permitido durante siglos establecer pautas diferentes. Ahora, en cambio, al ser leídos esos textos por juristas propensos a exaltar el poder real, la menor concesión o giro favorable a sus nuevos puntos de vista era prontamente aprovechada. Así Martínez, por ejemplo, podía dar por equivalentes los términos "no teniendo contradicción del Señor" con "no teniendo ley que se le oponga", o como hemos visto, exigir el consentimiento del rey por medio de ley expresa.<sup>83</sup>

Juan Antonio Mujál y de Gibert publicó en 1774 una obrita en la que definía categóricamente su posición al respecto: "Es mi intento hacer evidente que debemos pronta y ciega obediencia a las Leyes y Reales Decretos, sin depender de nosotros su aceptación, ni poder introducir costumbre en contrario, si el Príncipe no lo consiente, ni a nuestro arbitrio interpretar". Es difícil encontrar otro párrafo, tan breve y terminante como éste, en que se resume el estado de opinión de una época, dando por tierra con sólidas doctrinas de la potestad legislativa, las fuentes del Derecho y la interpretación jurídica. Hasta el empleo de mayúsculas en determinadas palabras tiene un indudable valor expresivo.

Ya conocemos la concluyente opinión de Mujál sobre la concentración de la potestad legislativa en el rey. El pueblo carecía de ella. Fuera justa o injusta la ley "nunca pende su aceptación del pueblo". Agregaba: "Ni este es juez de la justicia o injusticia de las leyes, porque debe estar sujeto al Príncipe, y en su consecuencia no puede tener conocimiento sobre lo que él dispone. Al pueblo toca obedecer, lo demás a Dios, que es el único Superior del Emperador o Rey". Demás está insistir, dentro de esta concepción, acerca del lugar reservado a la costumbre. Tampoco el autor abundaba en ello y solo se limitaba a reiterar que "no pueden los súbditos sin consentimiento del Príncipe introducir costumbre contraria a la ley".<sup>84</sup> Pero lo que sí interesa subrayar es el formidable ataque dirigido precisamente a los fundamentos filosófico y jurídico de la norma consuetudinaria.

En esta actitud le acompañó dos décadas después el Conde de la Cañada: "Las leyes reciben todo su valor de la boca del soberano, y con la publicación llegan a los vasallos con la mas eficaz obligación de ser obedecidas, guardadas y cumplidas. Ningún influjo tiene en la ley por su

<sup>83</sup> Idem, II, 71-72.

<sup>84</sup> MUJÁL Y DE GIBERT, *Tratado*, cit., 4, 9, 45 y 81.

esencia y por sus efectos la aceptación del pueblo; pues ni la puede resistir, ni dejar de obedecer”.

Cuando se refería a nuestro tema, llegaba aun más lejos: “El uso del pueblo, aunque sea contrario a la disposición de la ley, no llega por sí a formar lo que se llama costumbre, ni ésta adquiere el valor de la ley por efecto del uso precedente por más largo que fuese, sino que necesita como de la parte más esencial y primitiva del consentimiento y voluntad del rey”. Agregaba que solo servía “el uso y costumbre de los pueblos de un testimonio que llegando a noticia del soberano califica no ser útil ni conveniente la precedente ley que había establecido, y que faltándole el primitivo objeto del beneficio público se inclina y determina por su nativa voluntad y autoridad a derogar la ley, y a disponer que se observe y guarde como tal lo que por experiencia y uso de largo tiempo se considerará de mayor utilidad y conveniencia”.<sup>85</sup> Tan concluyentes afirmaciones exigen de todo comentario.

Joaquín María de Palacios y Hurtado seguía en 1803 al Conde de la Cañada en sus concluyentes juicios. Al ocuparse de los requisitos de la costumbre, sostenía la necesidad del consentimiento tácito o expreso del legislador, pero en caso que fuera tácita debía ser “igualmente cierta y notoria”. Y agregaba enseguida —con palabras calcadas de su guía— que los requisitos antes mencionados “no son más que un testimonio que llegando a noticia del Rey, lo inclina a disponer por su nativa voluntad y autoridad, que se observe lo que por experiencia y uso de largo tiempo se considera de mayor utilidad y conveniencia al pueblo”.<sup>86</sup>

En fin, aunque en otros autores no se hallan juicios tan severos contra la costumbre, dominaba en ellos la idea del predominio de la ley y del poder regio, como lo revelaba la difundida *Práctica universal forense* de Elizondo,<sup>87</sup> o las tan conocidas *Instituciones* de Asso y de Manuel.<sup>88</sup> No obstante, aun la fuerza de la costumbre era reconocida en obras prácticas finiseculares, como el *Teatro de la Legislación* de Pérez y López.<sup>89</sup>

<sup>85</sup> Conde DE LA CAÑADA, *Instituciones*, cit. 6.

<sup>86</sup> Joaquín María de PALACIOS Y HURTADO, *Introducción al estudio del Derecho patrio*. Madrid, 1803, 162-164.

<sup>87</sup> Francisco Antonio DE ELIZONDO, *Práctica universal forense de los tribunales de España y de las Indias*, Madrid, 1788, VIII, 17.

<sup>88</sup> Ignacio Jordán DE ASSO Y MIGUEL DE MANUEL *Instituciones del Derecho civil de Castilla*. Cito por la 7a. edición, Madrid, 1806, I. Los autores decían que el objeto de la obra era “presentar las verdades y principios del Derecho Español, ajustados a sus leyes, y no a los abusos que tal vez ha introducido la práctica...”. Sin embargo, su posición al tratar la costumbre era más moderada (pp. CXXXIX-CXL).

<sup>89</sup> José M. MARLUZ URQUIJO, “El Teatro de la legislación universal de España e Indias” y otras recopilaciones indianas de carácter privado” en “Revista del Instituto de Historia del Derecho”, No. 8, Buenos Aires, 1957, 279.

### 5. *Los comentaristas indianos.*

Al igual que los peninsulares, los comentaristas indianos de la segunda mitad del XVIII parecían más seguros guiándose por los carriles establecidos por las leyes. Para Lebrón y Cuervo "la ley es la fuente indiscutida del Derecho y la práctica judicial o la costumbre solo tienen un valor muy limitado, de tal forma que teme apartarse de aquella".<sup>40</sup> Lebrón cavilaba cuando se encontraba ante algún sustancioso caso de aplicación de la ley. Así al referirse a la ley recopilada que prohibía a los oidores, alcaldes y fiscales tener casas, chacras, estancias, huertas y tierras, acotaba "Están derogadas por la costumbre, porque muchos señores las tienen; si es por cédula particular, no se sabe; como tampoco alcanzo si valdrá esa costumbre contra la ley, contra las cédulas que mandan se observen las Leyes y contra el juramento que dan de guardarlas. Si algún señor Ministro tuviere escrúpulo, estudiará el punto; como también si podrá tener las estancias con respecto de su mujer, herencias o donaciones, por estar esto prohibido. . .".<sup>41</sup> La perplejidad que lo dominaba y el abandono de la tarea de lograr la solución del caso es probablemente un síntoma del desinterés o temor por ahondar en estos conflictos entre ambas fuentes jurídicas.

Las notas de otro comentarista Manuel José de Ayala, no parecen apartarse de este criterio de respeto a las leyes y de cercenamiento de la fuerza de la costumbre. En una de sus referencias al tema, al ocuparse de la posibilidad que la práctica derogase "alguna forma o solemnidad introducida por el derecho" decía que estaba permitido —y no aprobado— siempre que el príncipe tuviera de ello "ciencia y paciencia con actos positivos y notorios".<sup>42</sup>

### III. *La costumbre en la realidad jurídica indiana*

La reunión de numerosos testimonios, extraídos de la realidad indiana, permiten formular algunas consideraciones generales sobre la fuerza de la costumbre y la actitud que ante ella observó tanto el legislador como el funcionamiento real. Ellas carecen de valor absoluto o mérito doctrinario, pues han sido pronunciadas en disímiles ocasiones, y en rigor no pueden ser sometidas a una confrontación sin tener en cuenta las modalidades que encierran cada uno de los casos. Pero aun reunidas no dejan de ser ilustrativas para acercarnos a la comprensión de tan dificultoso tema. Esto es, por supuesto, lo único que me propongo.

<sup>40</sup> Concepción GARCÍA-GALLO, *José Lebrón y Cuervo, Notas a la Recopilación de Leyes de Indias*, en "Anuario de Historia del Derecho Español". XXL, Madrid, 1970, 364.

<sup>41</sup> *Idem*, 422.

<sup>42</sup> Manuel José DE AYALA, *Notas a la Recopilación de Indias*. Transcripción de Juan Manzano, Madrid, 1946, II, 8.

1. *La fuerza de la costumbre.*

En primer lugar, veamos a través de algunos singulares expresiones el lugar alcanzado por la costumbre y la fuerza que se le atribuía. En 1773 el Cabildo de Buenos Aires se quejaba al rey aludiendo a la "mal entendida máxima de que la costumbre prevalece a toda ley";<sup>43</sup> en 1790, el gobernador intendente de Potosí afirmaba, en torno a cuestiones mineras, que "se creía generalmente de mayor valor el uso que el Derecho";<sup>44</sup> y por esos mismos años, en otro confin del continente, el obispo de Panamá admitía que se gobernaba casi todo en su esfera por costumbre.<sup>45</sup>

La costumbre, mencionada entre las fuentes probables de donde emanaba el Derecho,<sup>46</sup> era considerada como la ley misma. La costumbre de la ciudad era "ley inviolable";<sup>47</sup> estaba por encima de la ley general,<sup>48</sup> y se procuraba mantenerla con independencia de la de otras ciudades.<sup>49</sup> Aún a principios del ochocientos unos comerciantes porteños que peticionaban al rey decían que aquella era "tan sagrada, tan digna de respeto y observancia como lo es la misma voluntad del legislador".<sup>50</sup>

Prevalecía la costumbre contraria a una ley indiana, recopilada o no.<sup>51</sup> Con más razón, si la ley era de la Recopilación castellana,<sup>52</sup> o si la costumbre fuera antigua<sup>53</sup> o inmemorial,<sup>54</sup> o "en beneficio de pueblo y común utilidad de la república",<sup>55</sup> o resolviese una cuestión de diezmos,<sup>56</sup> precedencia<sup>57</sup> o ceremonial.<sup>58</sup> Sin embargo, no faltaba quien sostuviera que la costumbre carecía de fuerza si la ley la prohibía, convirtiéndose

<sup>43</sup> ABA, 3, IV, 606.

<sup>44</sup> Nota al Exmo. Señor Baylio Fr. Don Antonio Valdés, dando cuenta de la visita hecha a las minas. Potosí, 30 de julio de 1790 (Real Academia de la Historia, Madrid, Colección Mata Linares, legajo 10, fol. 132).

<sup>45</sup> Manuel José DE AYALA, *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias*, t. V "Costumbre" (Biblioteca del Palacio Real. Madrid).

<sup>46</sup> Por ejemplo, ABA, 2, II, 26-27; 3, VII, 405; VIII, 291-293 y 447; X, 160; y 4, II, 85; ASE, IV, 225; AM-RAGA, IX, 221.

<sup>47</sup> ASE, III, 406 y 439-440.

<sup>48</sup> Véase el interesante caso suscitado en Buenos Aires en 1765, en el que el gobernador expresó que de no haber costumbre de la ciudad en cuanto al recibimiento de los obispos se atuvieran a "las Leyes Reales de estos reinos" (ABA, 3, III, 284-286). Otro caso análogo ocurrió en Santiago del Estero en 1781. El gobernador del Tucumán se pronunció de esta manera en una cuestión planteada con motivo de la elección de los capitulares (ASE, IV, 154).

<sup>49</sup> ABA, 2, I, 725-728.

<sup>50</sup> Véase Ricardo LEVENE, *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1945, I, 100.

<sup>51</sup> ABA, 2, IV, 433-434; y IX, 294.

<sup>52</sup> Idem, 2, IV, 433-434.

<sup>53</sup> ABA, 2, IX, 294; y AM-RAGA, V, 287-290.

<sup>54</sup> ABA, 2, VIII, 419.

<sup>55</sup> Idem, 2, IX, 294.

<sup>56</sup> Idem, 2, V, 543-544.

<sup>57</sup> AM-RAGA, V, 287-290.

<sup>58</sup> ABA, 3, IX, 326-331.

entonces en corruptela.<sup>59</sup> También se recordaba que el propio legislador indiano recomendaba repetidamente el respeto de la costumbre de los pueblos.<sup>60</sup> Es más, se sostenía que el no uso o la inobservancia de la ley le hacía perder sus efectos.<sup>61</sup>

Era también frecuente mencionar la costumbre en comunión con la ley. A veces aparecía como “costumbre de observancia”, “costumbre encargada por ley”, o arreglada a la misma.<sup>62</sup> Muchas veces se indicaba que determinada situación era regulada por ley y costumbre.<sup>63</sup> Esta dualidad fue hábilmente expuesta por un funcionario capitular en 1767 al decir que en “nada se quiere separar de lo que es costumbre, y está establecido por leyes y ordenanzas”.<sup>64</sup>

## 2. *La actitud del legislador y del funcionario real ante la costumbre.*

El legislador indiano del ochocientos se mantuvo renuente a ubicar la costumbre entre las fuentes del derecho, cuando hacía referencia general al ordenamiento jurídico.<sup>65</sup> A su vez, los funcionarios reales al entrar en posesión de sus empleos, no juraban expresamente respetar ni defender la costumbre.<sup>66</sup> Hubo además algunas disposiciones reales tendientes a acentuar la primacía de la ley, como la real cédula de 13 de diciembre de 1721 dirigida a la Audiencia de México en la que ordenaba observar literalmente las leyes,<sup>67</sup> o como la advertencia del Consejo de Indias al Virrey de México en 1742 para que “se observen inviolablemente las leyes del Reino sin embargo de cualquier práctica, uso o costumbre que se haya introducido o intentado introducir por los Virreyes u otros Ministros”.<sup>68</sup>

<sup>59</sup> *Idem*, 2, V, 66.

<sup>60</sup> *Idem*, 3, VIII, 291-293.

<sup>61</sup> *Idem*, 2, IV, 433 y 435; 3, VI, 700-701; ASE, III, 49. Se sostuvo esta tesis en la presentación que hizo al Consejo de Indias, el Cura Rector de las Parroquias de San Benito y Santa Bárbara de la Villa de Potosí, don Rafael de Arregui, el 19 de septiembre de 1795 (Archivo General de Indias, Charcas, 695). Este dato me fue proporcionado por el doctor Eduardo Martíre. En contra: ABA, 2, III, 287.

<sup>62</sup> Algunos ejemplos: ABA, 3, IX, 443 (1790); XI, 266 (1797) y 369 (1798) ASE, II, 260; V, 388; y AM-RAGA, I, 402; II, 188; V, 277; y VII, 137.

<sup>63</sup> Ejemplos: ABA, 3, II, 539, XI, 16; AM-RAGA, II, 443; y ASE, I, 180; y V, 370.

<sup>64</sup> ABA, 3, III, 466.

<sup>65</sup> *Idem*, 2, III, 287.

<sup>66</sup> AM-RAGA, V, 279.

<sup>67</sup> ABA, 3, IV, 606-609.

<sup>68</sup> Ambas en las notas a la ley 1, tít. I, lib. II de la Recopilación, de José Lebrón y Cuervo, publicadas por Concepción GARCÍAGALLO, cit., 408. También hay algunas disposiciones reales sobre determinadas materias en las que expresamente se declaraban abolidas las costumbres contrarias. Ejemplos: la pragmática de 2 de febrero de 1766 (Juan N. RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, *Pandectas hispano-mexicanas*, Madrid, 1852, II, 669-670), y la real cédula de 27 de abril de 1784 (Fr. Juan Joseph MATRAYA Y RICCI, *El moralista filatélico americano...* Lima, 1819, I, 382, No. 1359), ambas sobre Derecho sucesorio.

Pese a ello y a que el derecho indiano dieciochesco se nos presenta básicamente como un ordenamiento legislativo, se percibe en el legislador una actitud complaciente hacia la costumbre, aceptándola en la práctica como fuente del Derecho, con carácter principal o secundario, según los casos y materias. De esta manera se aplicaba un criterio que estaba consagrada en la propia Recopilación de 1680.<sup>69</sup> Veamos ahora distintos perfiles en donde la costumbre aparecía reconocida como tal.

La norma consuetudinaria fue utilizada muchas veces como fundamento de una decisión gubernativa o de la audiencia. Así el alto tribunal de Charcas en 1727 sustentaba en la misma algunas normas del arancel de costas en los oficios de justicia.<sup>70</sup> Los gobernadores lo hacían a su vez, frecuentemente para resolver cuestiones que se les planteaban sobre diversas materias, como las elecciones capitulares,<sup>71</sup> la confirmación de los electos,<sup>72</sup> las prerrogativas del alguacil mayor,<sup>73</sup> el orden de los asientos capitulares,<sup>74</sup> el paseo del estandarte real,<sup>75</sup> el asiento de los funcionarios en la iglesia,<sup>76</sup> y la determinación de quien debía desempeñar un oficio.<sup>77</sup>

Es más, también se daba el caso de gobernadores que defendían la vigencia de una costumbre frente al propio cabildo. En 1771 el gobernador de Montevideo anuladaba un acuerdo capitular por no haberse respetado "la anticuada costumbre" de hacer a caballo el paseo del estandarte real;<sup>78</sup> y en la misma ciudad en 1795 el gobernador Olaguer Feliu rechazó el pedido del Cabildo de abolir la práctica de dejar las varas antes de entrar en la Sala del Fuerte, diciendo que "de ningún modo podía variar una costumbre no interrumpida en la práctica de esta ceremonia..."<sup>79</sup>

En determinadas oportunidades el funcionario real se apoyaba en la costumbre para defender sus prerrogativas o atribuciones. Así en lo relativo al uso de la vara de justicia y jurisdicción por el teniente general de Montevideo,<sup>80</sup> el asiento del Gobernador y Oficiales Reales en la iglesia<sup>81</sup> o a la atribución del gobernador de armas de Montevideo para otorgar licencias para abrir pulperías.<sup>82</sup> Servía asimismo para impugnar la

<sup>69</sup> ALTAMIRA, *La costumbre*, cit., realizó este importante estudio exclusivamente sobre la Recopilación de 1680, lo que revela por sí sólo la entidad que en la misma alcanzó la norma consuetudinaria.

<sup>70</sup> Texto en AC-RAGA, III, 74-96.

<sup>71</sup> ABA, 2, III, 264-265; ASE, IV, 147 y 154.

<sup>72</sup> ABA, 3, IV, 110-111.

<sup>73</sup> Idem, II, 718; y VI, 453.

<sup>74</sup> ASE, IV, 257.

<sup>75</sup> ABA, 2, I, 728.

<sup>76</sup> Idem, 2, I, 299-304, 721-723 y 725-728.

<sup>77</sup> Idem, 2, III, 272.

<sup>78</sup> AM-RAGA, IV, 203.

<sup>79</sup> Véase informe de Antonio Olaguer Feliu en Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares, LIV, 274-275.

<sup>80</sup> AM-RAGA.

<sup>81</sup> ABA, 2, I, 299-304, 721-723 y 725-728.

<sup>82</sup> AM-RAGA, VII, 52.

pretensión de la diputación capitular de llevar escribano en la entrevista con el gobernador.<sup>83</sup> El caso más ilustrativo fue el ocurrido en Buenos Aires en 1772, cuando el virrey Arredondo, en el momento en que la diputación del ayuntamiento le presentaba el libro de acuerdos para obtener la confirmación de las elecciones consejibles, se quejó que “estando en costumbre que antes de las elecciones pasase el Cabildo a verlo y preguntarle que quienes quería que se eligiesen de alcaldes y regidores no se había hecho este año faltándosele en esto a la atención y respeto que le corresponde”. El regidor Martín de Alazaga contestó que “estaba mal informado, que tal costumbre no la había”, a lo que replicó Arredondo que “la costumbre era cierta y que lo mismo se observaba en Cuba, aunque no había ley que lo dispusiese”.<sup>84</sup> No se trataba, como a primera vista puede suponerse, de una mera cuestión de cortesía, sino propiamente del ejercicio de una prerrogativa que el Virrey consideraba pertenecerle por costumbre.

En otros casos, y siguiendo las ya referidas pautas de la Recopilación de 1680, el legislador indiano en todos sus niveles y el funcionario real dispusieron que la costumbre regulase determinadas situaciones. Sirvan de ejemplo las disposiciones regias acerca de: el tratamiento que debía darse a determinados funcionarios;<sup>85</sup> la fianza a prestar por el gobernador ante el cabildo;<sup>86</sup> la facultad del gobernador para designar lugarteniente;<sup>87</sup> la presidencia de los cabildos en ausencia de los intendentes, corregidores y tenientes;<sup>88</sup> el ceremonial de funciones religiosas;<sup>89</sup> la sucesión de los cacicazgos indígenas;<sup>90</sup> la elección de alcaldes y demás oficios capitulares en los pueblos cabeceras de indios.<sup>91</sup> A su vez, por disposición gubernativa se dejaba a la costumbre la regulación de las prerrogativas de un funcionario al momento de nombrarlo,<sup>92</sup> la determinación de las funciones públicas a las que debían concurrir los capitulares,<sup>93</sup> o la misma posibilidad de elegir alcaldes de agua.<sup>94</sup> Por último, cabe señalar que la Audiencia

<sup>83</sup> ABA, 3, III, 68.

<sup>84</sup> Idem, 3, X, 23.

<sup>85</sup> Real cédula de 16 de mayo de 1788 (Texto en AL, 221).

<sup>86</sup> Instrucciones del rey al gobernador de Montevideo en 1763 (AM-RAGA, IV, 8).

<sup>87</sup> Idem, 12-13.

<sup>88</sup> Real Ordenanza de Intendentes (1782), art. 15.

<sup>89</sup> Reales cédulas de 28 de octubre de 1734 (Matraya, I, 307, No. 566) y 8 de agosto de 1770 (Texto en ABA, 3, VI, 502-505).

<sup>90</sup> Véase las expresivas reales cédulas de 3 de febrero de 1748 al Virrey del Perú (Matraya, I, 313, No. 628) y de 2 de abril de 1789 al Virrey del Río de la Plata (Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, *Cedulario de la Real Audiencia de Buenos Aires*, La Plata, 1937, I, 274). No se hace más que seguir el criterio consagrado en la ley 3, tit. VII del lib. VI de la Recopilación.

<sup>91</sup> Real Ordenanza de Intendentes, art. 10.

<sup>92</sup> Título de alguacil mayor a favor de José de Narviendo en 1712 (ABA, 2, II, 603).

<sup>93</sup> ABA, 2, VI, 277.

<sup>94</sup> ASE, III, 228.

de Charcas en 1727, al sancionar el arancel de costas, dejaba a la costumbre de la ciudad o provincia la regulación de algunos derechos;<sup>95</sup> y la de Buenos Aires, en fallo judicial, aceptaba que la costumbre del lugar determinara la obligación o no de otorgar dote.<sup>96</sup>

Puédese, por último, señalar en el mismo sentido la preocupación que evidenciaban el legislador o el funcionario por conocer una determinada costumbre. Fueron varios los casos en los que el rey, el gobernador o la audiencia pedían al cabildo les informara sobre la misma antes de adoptar una decisión.<sup>97</sup>

En suma, la impresión que se recoge a través de lo expuesto es que la costumbre en Indias seguía constituyendo para el legislador o el funcionario real un necesario elemento formativo del Derecho, al menor desde el área estudiada.

## SEGUNDA PARTE

### I. Poder político y potestad legislativa de los cabildos rioplatenses.

El poder político de los cabildos, y también su potestad legislativa, empezó a ser menoscabada ya en el siglo XVII e incluso hay testimonios que reflejan la declinación de aquellos en las últimas décadas de esa centuria.<sup>98</sup> Pero fue en el XVIII cuando se profundizaron los ataques, que afectaron su poder y llegaron a desconocer o minimizar su tradicional potestad legislativa.

Buen ejemplo de ello lo encontramos en la evolución del Cabildo de Buenos Aires, el más importante de los rioplatenses, que a partir del último cuarto del siglo alcanzó mayor jerarquía con la creación del Virreinato. Desde entonces se debatió en permanente lucha con los nuevos órganos superiores de la burocracia: Virrey, Intendente y Audiencia. Es cierto que esta evolución tuvo sus altibajos y también que otros cabildos no sufrieron tan de cerca la presión de la nueva burocracia virreinal, pero los gobernadores, intendentes y sus delegados asumieron, por instruc-

<sup>95</sup> Texto en AM-RAGA, III, 74-96.

<sup>96</sup> Pleito entre Francisco Javier de la Cruz y José de Silva. 1790 (Archivo General de la Nación, sala IX, División Colonia, Sección Gobierno, legajo 132, exp. 3, 37. 4. 4.). Me ha facilitado el dato la doctora María Isabel Seoane.

<sup>97</sup> Registro estas cuestiones, en el área estudiada: ceremonial de la publicación de la Bula de la Santa Cruzada (ABA, 3, II, 434); el recibimiento de los obispos de la diócesis (Idem, 3, III, 284-286); los títulos y formalidades expedidos a favor de los alcaldes de hermandad (Idem, 3, VIII, 185-186); el modo de reemplazar interinamente al alcalde (Idem, 2, II, 517); y al alférez real (Idem, 3, X, 407 (1794); los derechos de visita de tiendas y pulperías (ASE, IV, 325); y el tiempo de practicarlas (ABA, 3, II, 511); y el nombramiento de porteros de la cárcel (Idem, 2, VI, 440-441 y 445); y el ceremonial en el paseo del estandarte real (Idem, 3, VII, 429-431).

<sup>98</sup> Véase la costumbre, 142-143.

ciones expresas o por iniciativa propia, una actitud superior ante los ayuntamientos. Si muchas veces hubo una estrecha y respetuosa vinculación entre ambas autoridades, lo cierto es que también hubo amargas quejas contra el despotismo de los gobernadores. Ello tanto ocurrió en la época de éstos, como luego bajo el régimen de las intendencias.

Ya desde principios de la centuria vemos cómo se imponía la autoridad del gobernador frente al Cabildo bonaerense. Esa imposición se hacía, a veces, sometiendo a los capitulares a humillaciones y desaires, que dejaban al descubierto una lucha cruel por el poder político. Uno de los más autoritarios gobernadores rioplatenses fue por entonces Alonso Juan de Valdes, quien impuso resoluciones al Cabildo, anuló acuerdos y pretendió que las actas originales y los libros capitulares fueran llevados a su despacho, desconociendo leyes que lo prohibían. Haciendo uso discrecional del poder, Valdes apelaba ante la Autoridad las resoluciones que le eran desfavorables, pero impedía hacerlo al Cabildo cuando éste se sentía afectado.<sup>99</sup> Otro de los gobernadores del Río de la Plata que se destacó por su prepotencia frente al Cabildo de Buenos Aires fue Francisco de Bucareli, llegando a tanto que en 1770, en su pertinaz deseo de imponer su pretensión, se negó a recibir del Cabildo testimonio ni diputación hasta que aquella no fuese satisfecha.<sup>100</sup>

El gobernador paulatinamente fue abandonando no sólo la presidencia efectiva del Cabildo, sino que hasta parecía sentirse disminuido en concurrir a sus acuerdos. El Cabildo era así un organismo subalterno, que no merecía la atención del gobernador, ocupando en otras tareas más importantes, revestidas de cierto misterio. Este distanciamiento entre una y otra autoridad constituía el efecto local de una separación cada vez más pronunciada entre el Monarca, "el Amo", y la comunidad, "sus obedientes Vasallos".

La creación de las intendencias significó un nuevo y rudo golpe, dicho esto sin juzgar las bondades del nuevo sistema, que no es lo que aquí interesa destacar.<sup>101</sup> Las finanzas de los ayuntamientos —en verdad, algunas muy magras— quedaron a merced de los nuevos funcionarios. Los cabildos todo debían consultar con el intendente. Inclusive, se les quitaron atribuciones que le eran tan privativas como la relativa a "la traza y composición de la ciudad."<sup>102</sup> El progreso material de los centros urbanos, preconizado por la Ilustración, tenía nuevos ejecutores.

Es cierto que en muchos casos los cabildos no sólo aceptaron la nueva situación sino que colaboraron estrechamente con el intendente y gracias

<sup>99</sup>Véase ABA, 2, I, 490-519 y 581-612 (1706). Otro ejemplo es la controversia entre el Cabildo y el Teniente General en 1724 (Idem, 2, V, 269, 272-273, 275, 300-301).

<sup>100</sup> Véase ídem, 3, IV, 138-140 y 145 y sigts.

<sup>101</sup> ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política* ob. cit., 262-263.

<sup>102</sup> ABA, 3, VII, 494-495 (185).

a ello se incrementó su actividad algo disminuída, crecieron sus ingresos, y contribuyeron al progreso material de la ciudad.<sup>103</sup> Pero ello se alcanzó no por propia gravitación de su poder político sino como resultado de las nuevas condiciones que se vieron obligados a aceptar.

Algunas veces los capitulares reaccionaron al advertir que eran cercenadas las atribuciones del cabildo. Lo hicieron, por ejemplo, los de Buenos Aires en 1790 cuando el nuevo Virrey les manifestaba que "no había necesidad" de que él prestase ante el ayuntamiento el juramento que habían hecho sus antecesores y que constituía una de las más antiguas y preciadas prerrogativas del cuerpo. Bastaba, a juicio del Virrey, el que ya había prestado ante la Audiencia.<sup>104</sup> Si esto afectaba a la función y al carácter mismo del ayuntamiento, otras actitudes atañían al decoro, como el desaire público que dos años después tuvo el Virrey con el Cabildo al darle vuelta la cara al concurrir los capitulares a cumplimentarlo en el tradicional "besamanos". Ante ello, la queja era amarga. Decía el cuerpo que sus miembros "no cuentan con otro premio, ni recompensa que los bochornos, y públicos desaires que frecuentemente experimentan, negándosele a este cuerpo en los actos más serios las exenciones y prerrogativas con que le ha decorado la Real Piedad".<sup>105</sup>

Junto a esta tendencia despótica de la autoridad real se había desarrollado a lo largo del siglo entre los capitulares bonaerenses una actitud complaciente, mezcla de temor y resignación, que dejaba obrar a ese supremo poder, aceptaba en silencio sus decisiones e incluso le sometía a su consideración asuntos privativos del cuerpo. Ya en 1723 el alférez real José González Marín decía que los capitulares estaban obligados "como tales leales vasallos de S.M. darle cumplimiento a sus reales leyes en cualquier tiempo, estado o coyuntura sin arbitrar sobre ellas pues no son Legisladores sino Vasallos obedientes. . .".<sup>106</sup>

En la segunda mitad del siglo esta sumisión se acentuó, a tono con los días que corrían. En 1778 el procurador general, con la aprobación del cabildo, decía que el ayuntamiento promovería el más puntual cumplimiento de las reales determinaciones "empeñando por prenda de su fidelidad las vidas, haciendas, riquezas y cuantos bienes posee que desde luego considera propios de S.M. por la traslación que en el hicieron los pueblos al tiempo de la división de los reinos de aquel dominio radical

<sup>103</sup> Sobre este aspecto, véase John LYNCH, *Administración Colonial Española. 1782-1810 El sistema de Intendencia en el Virreinato del Río de la Plata*. Buenos Aires, 1962, pp. 190-215, quien realiza un interesante estudio acerca de las relaciones entre los intendentes y el cabildo. También Edberto Oscar ACEVEDO, *La Intendencia de Salta del Tucumán en el Virreinato del Río de la Plata*. Mendoza, 1965, pp. 183-192.

<sup>104</sup> ABA, 3, IX, 466.

<sup>105</sup> Idem, 3, X, 156-157 (1792).

<sup>106</sup> Idem, 2, V, 72.

que antiguamente residía en la universidad de las gentes".<sup>107</sup> Dos años después el Cabildo claudicante sometía a decisión del Virrey un asunto privativo del cuerpo, el orden de los asientos de los regidores. Le pedía que determinase lo que "tenga por más conveniente sobre el particular, mediante a que todos los individuos que componen este Cabildo no desean otra cosa que obedecer su Superior Decreto..."<sup>108</sup>

En la primera década del XIX los cabildos recobraron algo de su valor y sobre todo cundió el ejemplo que el de Buenos Aires dio en los duros años 1806 y 1807, al producirse las invasiones británicas.<sup>109</sup> Sin embargo, desde el punto de vista del ejercicio de la potestad legislativa esa reacción no fue firme ni prolongada. Así poco después de aquellos sucesos, el Cabildo de Buenos Aires expresaba al Virrey que nunca "tendrá mayor gloria y satisfacción que cuando vea en su exacta rigurosa observancia el Código legislativo, y que cuente por seguro que como siempre no discrepará un apice en guardar y cumplir las leyes que nos rigen y gobiernan..."<sup>110</sup> Al año siguiente, 1809, un nuevo episodio permite conocer el estado de la cuestión al final del periodo estudiado. Esta vez era el Virrey quien hacía saber al recién constituido ayuntamiento que la celebración de los acuerdos debía hacerse conforme con lo dispuesto en "las Leyes y Ordenanzas de la materia", que luego se le debía presentar las actas originales y que "de ningún modo proceda a la ejecución de lo que acordase sin precedente aprobación del gobierno". El Cabildo, anonadado por esta determinación que redondamente lo sometía, solicitó la suspensión de la resolución "hasta que con mejores conocimientos se pueda representar lo conducente a los Derechos, prerrogativas, usos y costumbres de este Cabildo". La tajante respuesta del Virrey no se hizo esperar: que se cumpliera lo dispuesto "sin embargo de cualesquiera usos y costumbres que hayan en contrario". El Cabildo acordó diferir el delicado asunto para otra sesión, pero no le he hallado constancias posteriores de su tratamiento.<sup>111</sup> El terminante mandato virreinal, la balbuciente respuesta capitular, y luego el silencio observado, expresan con elocuencia el fin de un pleito secular: el triunfo de la autoridad real y la ley sobre el Cabildo y la norma consuetudinaria.

Ya en la primera década del nuevo siglo se apreciaba en el Cabildo de Buenos Aires —no en otros ayuntamientos— una rápida declinación de la invocación de la costumbre, al punto que en el segundo lustro resultaba muy escasa su mención en las actas capitulares. También fueron desapareciendo aquellas expresiones, antiguamente acuñadas, como "forma acos-

<sup>107</sup> *Idem*, 3, VI, 293.

<sup>108</sup> *Idem*, 3, VI, 484 (1780).

<sup>109</sup> ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, ob.cit. 359; LYNCH, ob. cit., 196 y 211-215.

<sup>110</sup> ABA, 4, III, 257 (1808).

<sup>111</sup> *Idem*, 4, III, 417-418 y 428.

tumbrada" o "juramento acostumbrado". La redacción de los acuerdos apareció modernizada y en pocos años el viejo estilo, tan propenso a las remisiones consuetudinarias, experimentó un apreciable cambio.

Se observa pues en este momento —concretamente la primera década del XIX— una situación sumamente desfavorable para la vigencia de la costumbre. Si a todos los factores que en forma creciente habían obrado durante la centuria que terminaba, se sumaba ahora el abatimiento mismo que experimentó la potestad legislativa de los cabildos y dentro de ella la fuerza de la costumbre, tenemos dadas las condiciones que explican la crisis de esta fuente del derecho durante el siglo XIX

## II. *La costumbre reguladora del funcionamiento de los cabildos*

### 1. *Las formas y el ceremonial*

#### a) *Los acuerdos.*

Durante el siglo XVIII se mantuvo en los cabildos la práctica de encabezar las actas con una invocación consuetudinaria, que hacía referencia genética a la forma y ceremonial que rodeaba la celebración de cada reunión.<sup>112</sup> Aunque existieron múltiples fórmulas para expresar tal regulación, pueden señalarse como más representativas las que aludían a la citación diciendo que se congregaban "como lo hemos (o habemos) de uso y costumbre", "como lo habemos de costumbre" o "según uso y costumbre". Pero en realidad eran tantas las variantes existentes para expresar lo mismo que en el Cabildo de Montevideo, por ejemplo, he registrado en 1781 el empleo de nueve fórmulas distintas, y en 1809, hasta quince.

En el Cabildo de Buenos Aires, durante la primera mitad de la centuria predominó una fórmula que invocaba el "uso y estilo". En la segunda parte del siglo empezó a esfumarse ésta y otras invocaciones y ya desde 1771 se suprimió toda mención consuetudinaria en el encabezamiento de las actas. Pese a que en los restantes cabildos estudiados la invocación continuaba aun al fin del período hispánico, es muy significativo que la misma se abandonase definitivamente en el más importante de todos los ayuntamientos.

Es probable que el sentido de la fórmula se extendiera al modo de proponer, conferir y resolver en los acuerdos. Así decía el cabildo bonaerense en 1707 que en esta materia había observado "el estilo, método y forma que ha seguida desde tiempo inmemorial".<sup>113</sup>

<sup>112</sup> La misma Recopilación auspicia el empleo de la invocación (IV, IX, 23).

<sup>113</sup> ABA, 2, I, 698. En 1772 al pretender dos regidores que se asentase en un acuerdo precedente sus opiniones contrarias a lo entonces resuelto, el Cabildo consideró que el pedido era inoportuno y que el cuerpo había procedido "conforme a ordenanzas y a lo que es uso y costumbre" (Idem, 3, IV, 458).

En el Cabildo indígena de Itatí se emplea en sus actas un estilo más directo y no trae la fórmula de encabezamiento propia de los ayuntamientos de españoles (Archivo de la Provincia, Acuerdos del viejo Cabildo de Itatí, Corrientes, 1930).

Los cabildos se mostraban celosos en mantener el lugar de reunión en su propia sede. Cuando en 1740 el Comandante de la Plaza de Montevideo pretendía congregarse en su despacho oficial al casi flamante Cabildo de la ciudad para proponerle un asunto, recibió como respuesta de los capitulares juntos lo esperaban "en la sala que habían acostumbrado y elegido para todo el año", y cuando aquel insistió en su pretensión se le replicó que no era "costumbre celebrarse Cabildo en el Fuerte".<sup>114</sup>

La mención consuetudinaria aparecía también en lo relativo a la convocatoria del cuerpo capitular. Tanto para determinar a quien correspondía hacerlo,<sup>115</sup> como a la forma de notificar a regidores<sup>116</sup> y gobernadores la realización de la reunión.<sup>117</sup> Asimismo se invocaba la costumbre en ocasión de la lectura anual de las Ordenanzas del cabildo.<sup>118</sup>

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

La costumbre fue invocada en varios casos que se suscitaron respecto al derecho y ubicación de los asientos capitulares. Así en lo referente al orden de sentarse los regidores,<sup>119</sup> el alguacil mayor,<sup>120</sup> y al alcalde mayor provincial de la Santa Hermandad, como también sobre el derecho del protector de naturales a ocupar un asiento en el ayuntamiento.<sup>121</sup>

El problema más interesante se planteó en 1741 al recibir el Cabildo de Santiago del Estero al alcalde mayor provincial de la Santa Hermandad, ya que en el título se le daba "el asiento y lugar que según costumbre por razón de dicho empleo le pertenece, sin innovación alguna..." El nuevo funcionario pretendía un tratamiento preferente sobre los regidores propietarios más antiguos, presentando para apoyar su petición una provisión de la Audiencia de Charcas relacionada con un asunto análogo planteado en Salta. Los regidores se opusieron alegando que esa provisión

<sup>114</sup> AM-RAGA, II, 23-24.

<sup>115</sup> Idem, VIII, 190 (1770); y ASE, V, 337 (1799).

<sup>116</sup> La citación se hacía generalmente por campana, cuando la había. En 1748 el Cabildo de Santiago del Estero dispuso comprar para ese fin una campana dando uno de los motivos el "ser costumbre en las demás ciudades" (ASE, II, 17). Desde entonces, en las actas santiagueñas se hizo frecuente mención del hecho, expresándose por ejemplo que la convocatoria se hacía "a tañido de campana como es costumbre" (Idem, III, 212, 1771) tocándose "en el tiempo y con las señas que se acostumbran" (III, 13, 1769) etc.

<sup>117</sup> Véase como el Cabildo de Buenos Aires sostiene la costumbre en 1788, ante la pretensión del gobernador Intendente Sanz para que se le anoticie en forma especial de los acuerdos y temas a tratar (ABA, 3, VIII, 472-476, 481 y 490-493).

<sup>118</sup> Por ejemplo, ABA, 2, I, 259 (1710); IX, 105 (1746). A veces iba conjuntamente con la invocación de la ley: ídem, 3, X, 291 (1794). Más explícitamente en AM-RAGA, III, 112 (1760).

<sup>119</sup> ABA, 3, VI, 482-484 y 486 (1780). En este caso Virrey y Cabildo coincidieron en observar la costumbre.

<sup>120</sup> ASE, IV, 224-225, 257-259 (1782-1783).

<sup>121</sup> El Cabildo de Santiago del Estero, fundándose en la costumbre, suplicó en 1776 una real provisión que daba asiento al protector de naturales (ASE III, 522).

había sido dictada de acuerdo con la “inmemorial costumbre” salteña “cuyo fundamento —agregaban— no corre ni se practica en esta, pues consta en todos los libros de este ayuntamiento haberse guardado siempre desde la fundación la costumbre inmemorial de que en todos los oficios, solo ha preferido la antigüedad de ellos, y no otro privilegio alguno para cuyo efecto hacen manifestación de todos los dichos libros así corriente como antiguos”. Aunque el Cabildo dispuso que “se guarde la costumbre practicada sin innovación alguna”, lo que se acomodaba a la doctrina imperante en la época, el funcionario afectado apeló ante el gobernador y éste dictó un auto transaccional que no satisfizo a los regidores.<sup>122</sup>

c) *Asistencia y participación en actos públicos*

La costumbre regulaba la asistencia y participación del cabildo en cuerpo o de algunos de sus integrantes en determinadas funciones religiosas o civiles. Así se determinaba cuales eran esas funciones,<sup>123</sup> la forma de vestir,<sup>124</sup> y el ceremonial que debía observarse.<sup>125</sup> Tratándose de funciones religiosas merece recordarse la importancia que alcanzaba la norma consuetudinaria en lo referente a la recepción del cabildo a su llegada a la iglesia,<sup>126</sup> su ubicación o asiento en el interior del templo,<sup>127</sup> la ceremonia de arrodillarse al rezarse y cantarse el *incarnatus* del Credo,<sup>128</sup> y el acto de recibir la paz.

Hay entre todas ellas dos cuestiones que merecen tratamiento especial por la significación que alcanzaron y por haber girado todo el problema en torno de la costumbre. Me refiero a la ceremonia de publicación de la Bula de la Santa Cruzada y al acto de recibir la paz.

<sup>122</sup> ASE, I, 389, 394-396, 404-405 y 419-420.

<sup>123</sup> Véase auto del gobernador de 28 de septiembre de 1730 (ABA, 2, VI, 277). Otras manifestaciones: Idem, 3, V, 120 (1774); ASE, II, 260 (1759); y AM-RAGA, IV, 420 (1787).

<sup>124</sup> Sobre el uso y abolición de las golillas, ABA, 3, II, 288, 293-294, 319; III, 232-235 (1758-1764).

<sup>125</sup> Véase el interesante caso planteado entre el Cabildo y la Audiencia, en Buenos Aires, en 1790 acerca del acompañamiento del real sello (ABA, 3, IX, 326-331, 350-353, 483-486). En el ceremonial de asistencia del Cabildo en cuerpo a las funciones de tabla en la Iglesia Matriz de Montevideo de 1787, hay varias referencias a la costumbre (AM-AGN, XVII, 212-215).

Otras manifestaciones: ABA, 2, II, 645, 648 y 652-653 (1713); y 3, II, 423, (1759).

<sup>126</sup> ABA, 3, IV, 119 (1770); y VI, 274 (1778); AM-RAGA, II, 230 y 239 (1748); y IV 360, (1782); y ASE, VI, 86 (1807).

<sup>127</sup> ABA, 2, I, 110-112 (1702), 299-304 (1702-1704), 721-728 (1707); 3, I, 60 y 85 (1751); y ASE, IV, 397-498 y 402 (1787).

<sup>128</sup> Sobre esta materia, el Cabildo de Buenos Aires planteó en 1789 al Virrey un interesante caso, que aquel elevó al rey. Resuelto en forma contraria a la costumbre alegada no sólo la aceptó, sino que se mostró satisfecho ante la alteración de la costumbre que no se atrevían a modificar —decían— sin “precedente noticia y orden del Exmo. Señor Virrey.” (ABA, 3, IX, 183-186, 189-190, 252-254, 282, 538-540).

El primero de estos asuntos suscitó en varias ocasiones pequeños roces con el Comisario de la Santa Cruzada y el Cabildo manifestó siempre su propósito de ajustarse a la costumbre existente.<sup>129</sup> Pero el episodio que ahora veremos ofrece características singulares dada la posición asumida por el Cabildo de Buenos Aires. Se trata, es cierto, de una pequeña disputa acerca del ceremonial que abarcó el último medio siglo del período hispánico. Sin embargo, en la oportunidad estaban en juego las prerrogativas y poder de las partes en disputa.

En efecto, el Comisario Subdelegado General de la Santa Cruzada pretendía que el ayuntamiento asistiera no sólo el día de la publicación de la Bula, sino también a los actos de la víspera, llamando para ello en su favor a la costumbre de la ciudad. El Cabildo en cambio, declaraba atenerse literalmente al texto de la ley —Recopilación de Indias, VII, XX, 8—, que ordenaba asistir sólo el día de la publicación.<sup>130</sup>

Planteada de esta manera la cuestión entre una costumbre local y una ley general, era preciso conocer la existencia cierta de aquella. El Comisario —tiempo después— la describía así: “Hacemos saber que en esta Ciudad ha sido inmemorial costumbre en el recibimiento y acompañamiento de la Santa Bula de Cruzada, cuando su paseo se hacía a caballo, que ese Ilustre Ayuntamiento fuese a casa del tesorero diocesano (de donde stían la Bula) y la acompañasen la víspera de la publicación hasta la Iglesia del Seráfico Padre San Francisco en que quedaba depositada, y allí se despedía el acompañamiento hasta el día siguiente que volvía todos a la misma Iglesia para adorarla y traerla procesionalmente a la Catedral que es el lugar disputado de su publicación”. Después agregaba, por la poca concurrencia a caballo, el paseo se hizo a pie, y más tarde ante nuevos inconvenientes se disimuló la concurrencia del Cabildo a la víspera, quedando sólo su asistencia a la publicación “como últimamente se ha practicado”.<sup>131</sup>

En cambio, el Cabildo después de negar lacónicamente tal costumbre y de alegar que el Comisario se hallaba “muy mal informado”, se aferraba tercamente a la mencionada disposición real. Es indudable que los capitulares preferían soslayar el tema, seguramente porque tenían conciencia de la debilidad de su posición.<sup>132</sup> Así cuando en 1764 el rey solicitó una información justificativa de la costumbre que en su auxilio había traído el Comisario, los capitulares, luego de examinar los antecedentes que poseían, instruyeron al apoderado en Madrid para que no moviera el asunto hasta nuevo aviso, con el evidente propósito de hacer dormir el expediente.<sup>133</sup>

<sup>129</sup> Véase ABA 2, V, 397-399 y 420-422 (1724); IX, 553 (1750); y ASE, I, 165, (1730).

<sup>130</sup> ABA, 3, II, 481-484 (1760).

<sup>131</sup> Idem, III, 359-361 (1766).

<sup>132</sup> Idem, 3, II, 481-484 y 495 (1760).

<sup>133</sup> Idem, 3, III, 316, 319-320 (1765).

En los años siguientes, al celebrarse nuevas ceremonias, ambas partes reiteraban sus posiciones: el Comisario pretendiendo que el Cabildo cumpliera la costumbre alegada y el ayuntamiento rechazando el requerimiento, negando tal costumbre y ajustándose a la ley. Sólo concurría al acto de publicación de la Bula.<sup>134</sup> Pero en 1778 el Cabildo cambió de estrategia y empezó a alegar en esta contienda no sólo a las leyes reales —la citada y otras cédulas posteriores— sino también a la costumbre del último decenio, para lo cual dispuso hacer una información.<sup>135</sup> Es extraña ciertamente la conducta del Cabildo al intentar introducir en su apoyo en calidad de costumbre, a la práctica observada durante el lapso en que el asunto estaba en litigio. Aunque esta pertinaz actitud del Cabildo se mantuvo algún tiempo más,<sup>136</sup> fue finalmente derrotado. Ante disposiciones reales<sup>137</sup> —en las que intervinieron sucesivamente el rey, el virrey y la audiencia— se vio obligado a asistir también al recibimiento de la Bula, lo que aún en 1810 hacía “bajo las protestas anteriormente hechas y que ahora se reiteran”.<sup>138</sup>

El interés del caso reside en advertir el papel central que desempeñaba la costumbre en este conflicto, en las posibilidades de vencer que tenía frente a la ley general, en cómo el mismo Cabildo apercibido de su débil situación jurídica procuraba primero silenciar el asunto y luego introducir una pseudo costumbre a su favor, incubada durante esos años litigiosos, y finalmente en cómo se resolvió el pleito.

El segundo de los casos anunciados se refiere al acto de dar la paz al Cabildo por parte del oficiante de la ceremonia religiosa. Sobre este particular se produjeron en Buenos Aires durante el último tercio de la centuria largas y enojosas rencillas entre el ayuntamiento y la autoridad eclesiástica, en las que la costumbre afloraba continuamente como el fundamento jurídico básico.

En 1795 el Cabildo se quejó porque en las últimas funciones religiosas a las que había asistido en cuerpo, en concurrencia con el Obispo y el Cabildo Eclesiástico, se había faltado en su perjuicio al “común estilo y anticuadísima práctica de dar la paz a un propio tiempo a uno y otro cuerpo...”. Se trataba —decía de una “pacífica, honrosa y plausible costumbre”, observada en todas las ciudades del Reino. La cuestión provocó una seria discrepancia con el Obispo —a quien se le culpaba de

<sup>134</sup> Véase ídem, 3, III, 349-351 (1766); IV, 144 (1770); y 413-415 (1772).

<sup>135</sup> Ídem, 3, VI, 191-197 y 308

<sup>136</sup> Véase ídem, 3, VI, 496 (1780); VII, 33 y 35-38 (1782); 464-465 (1785); VIII, 314 (1787), 479 (1788); IX, 275 (1790).

<sup>137</sup> Real Orden de 17 de septiembre de 1784 y posteriores cédulas sobre publicación de la Bula; ceremonial acordado por el Virrey en 1788 sobre la asistencia a esa ceremonia; y finalmente, expresa disposición del Virrey con el Real Acuerdo sobre la concurrencia del Cabildo, dada en 1794 (ABA, 3, VII, 464-465, VIII, 482-483; y X, 319-320 y 324-325).

<sup>138</sup> Ídem, 4, IV, 62.

<sup>139</sup> Ídem, 3, III, 310-311 y 323-328, 346, 353-358.

haber alterado la costumbre—. Al tratar de aunarse criterios para arribar a un entendimiento, la norma consuetudinaria aparecía como reguladora natural del ceremonial propuesto.<sup>139</sup> Finalmente, el asunto fue sometido al rey y resuelto por real cédula de 8 de agosto de 1770, en la que se aprecia un interesante pronunciamiento sobre la costumbre en distintos puntos del ceremonial, mandando observar unas y modificando otras.<sup>140</sup>

La solución dada por el rey no satisfizo al Cabildo, por haber quedado disminuido en su figuración, al disponerse que la paz le fuese dada por acólitos y no por sacerdotes. Aunque por el momento disimuló su malestar, al crearse el Virreinato rioplatense, volvió a abogar por la prerrogativa perdida “así por competirle en virtud de la posesión que de ella obtuvo por tiempo inmemorial, como por que a ella le hacía acreedor la universal costumbre que se ha observado y observa en todos los reinos de América. . .”. Consideraba el ayuntamiento que con la erección del Virreinato, habían cesado los efectos de la real cédula de 1770 y el nuevo rango exigía otro ceremonial conforme a la elevada jerarquía alcanzada con esa creación. Apoyaba su pretensión en “la costumbre introducida y observada” en las demás capitales virreinales.<sup>141</sup>

Tras algunos años de bonanza volvió a agitarse la cuestión a raíz de que en la función del santo patrono, San Martín, correspondiente a 1789, el Cabildo no recibió la paz. Los capitulares promovieron nueva instancia ante el Virrey, acogiéndose a la costumbre y proclamando su celo para que “no se le defrauden sus fueros, ni se alteren las costumbres legítimamente introducidas. . .”. A pedido del Virrey, se preparó una información sobre la costumbre existente en Buenos Aires y se solicitó certificación de la que se observaba en Lima. El Virrey remitió el asunto en consulta al rey y éste por cédula de 23 de noviembre de 1790 lo resolvió de modo desfavorable para el Cabildo, suprimiéndole su prerrogativa. El Cabildo, al suplicar la ley, volvió a hacer hincapié en el derecho que tenía adquirido porque “la costumbre de más de diez años” y en la ilegitimidad del despojo que se le había hecho al alterar la costumbre de dar la paz.<sup>142</sup> No parece que este recurso se haya llevado adelante: El Cabildo se resignaba con su derrota.

Transcurrió una década sin que volviera a surgir la cuestión, hasta que al empezar el nuevo siglo, en 1801, el alcalde de primer voto planteó la conveniencia de pedir al rey “por gracia y privilegio el goce de recibir la paz” en las funciones religiosas, aun con presencia del Virrey y la Audiencia, lo que precisamente había sido suprimido en 1790. Decía entonces el alcalde que la petición se hiciera “sin insistir en la posesión en que estuvo desde el establecimiento de la Real Audiencia, hasta el

<sup>140</sup> Véase ídem, 3, VI, 502-505.

<sup>141</sup> Ídem, 3, VI, 147-150.

<sup>142</sup> Ídem, 3, IX, 187-192, 252-254, 282, X, 534 y 540.

referido año de noventa sin hacer mérito de aquellas ocurrencias...". El Cabildo aprobó la idea, y poco después por real cédula de 22 de marzo de 1802 se otorgó al ayuntamiento porteño entre otras gracias, la de recibir la paz, aun en presencia del Virrey y la Audiencia, en los mismos términos que se ejecutaba en Lima.<sup>143</sup>

Lo que tan vigorosamente había reclamado el Cabildo, en defensa de sus prerrogativas, convenía ahora silenciar para obtener el favor del rey. Lo que no se había logrado invocando la costumbre probada, se obtenía ahora, pero por gracia del rey. Un claro síntoma de los nuevos tiempos: declinación del vigor de la costumbre y del poder capitular, aumento del favor real.

#### d) *El estandarte real*

Durante este siglo la costumbre continuó regulando la materia: el juramento que prestaba el alfez real,<sup>144</sup> la entrega y depósito del pendón,<sup>145</sup> el paseo que se hacía con el mismo por las calles de la ciudad en la fiesta del Patrono,<sup>146</sup> y el reemplazo del alfez real en caso de ausencia.<sup>147</sup> De manera particular, la norma consuetudinaria aparecía en lo referente al paseo del estandarte, la forma de hacerlo —a caballo o a pie—,<sup>148</sup> el lugar desde donde se sacaba,<sup>149</sup> al acompañamiento y ceremonial correspondiente,<sup>150</sup> las calles que recorría,<sup>151</sup> y el pago de los gastos.<sup>152</sup>

Es cierto que esta extensa regulación consuetudinaria se desarrolló al calor de la ley recopilada —III, XV, 56—, que recogía la costumbre y también abría campo para su desenvolvimiento, pero también se advierte que a veces predominaba una solución contraria al precepto legal. Así al producirse en Montevideo en 1791 un enfrentamiento entre el Cabildo y el Gobernador Antonio Olaguer Feliu acerca del lugar que correspondía a éste en el acompañamiento del pendón, triunfó la posición capitular, fundada en la costumbre y opuesta a la ley.<sup>153</sup>

<sup>143</sup> Idem, 4, I, 26-27 y 165. Esta real cédula encontró alguna dificultades en su aplicación (Idem, 168-172, 175-177, 189 y 322).

<sup>144</sup> Véase ABA, 3, IV, 194 (1770); y IX, 444 (1790). A partir de 1802 desapareció en la fórmula la invocación consuetudinaria (Idem, 4, I, 174).

<sup>145</sup> ABA, 2, III, 187 (1715); ASE, II, 22 (1748); I, 94 (1728); 133 (1729).

<sup>146</sup> ABA, 2, I, 170-172 (1702); II, 341 (1710); VI, 5550 (1732); 3, III, 192 (1763); VII, 605-606 (1785); IX, 445 (1790); 4, I, 174 (1802); II, 163 (1805); AM-RAGA, VII, 158 (1767); ASJ, 83 (1784); 91 (1789); ASE, I, 247 (1733); 434 (1743), II, 355 (1762), III, 325 (1773), IV, 90-91 (1779) y V, 610 (1803).

<sup>147</sup> ABA, 3, X, 407 (1794); ASE, II, 224-225 (1758) y III, 513 (1776).

<sup>148</sup> ABA, 2, VII 134 (1734); 3, II, 145 (1756); AM-RAGA, IV, 203 y VIII, 226 (1771); AM-AGN, XVI, 45-46 (1777); ASE, V, 610 (1803) y VI, 127 1808).

<sup>149</sup> ABA, 2, IX, 513 (1749).

<sup>150</sup> ABA, 3, IX, 670-671 y X, 108, 118 y 154-155 (1791-1792); AM-RAGA, II, 263, (1749). III, 300 (1762); VIII, 144 (1770), 305 (1172), 392 (1773).

<sup>151</sup> ASJ, 83 (1784).

<sup>152</sup> ASE, I, 314 y 317 (1738) y 333-338 (1739); ABA, 4, III, 507 (1809).

<sup>153</sup> AM-AGN, XVII, 398-399 y 401-403.

e) *Protocolo con el Virrey, el Gobernador, el Obispo y la Audiencia*

La costumbre regulaba las cuestiones protocolares del Cabildo atinentes a: recepción de nuevos virreyes, gobernadores, intendentes y obispos;<sup>154</sup> cumplimiento a virreyes y gobernadores en "las funciones reales de plácemes, pésames y besamanos"<sup>155</sup> tratamiento con autoridades y órganos reales;<sup>156</sup> y ceremonial con la Audiencia. De los casos registrados, dos merecen especial atención. En 1792, al suscitarse un conflicto protocolar entre el Virrey y el Cabildo, éste desairado e invocando la costumbre planteó la cuestión al mismo Virrey y al perderla, la llevó a resolución regia, con pleno éxito.<sup>157</sup> El otro, ocurrido en 1790, tuvo por contrincantes a la Audiencia y al Cabildo. El Regente Mata Linares pretendía que el Cabildo acompañase a la Audiencia al ir y volver de complimentar al Virrey en los días de besamanos, y como el ayuntamiento accedió a ello en dos oportunidades, parecía deducirse de esta actitud la introducción de una costumbre, que el Cabildo negó vehementemente. También en esta ocasión triunfó el cuerpo capitular.<sup>158</sup>

2. *La elección de los oficios*

La costumbre era invocada en los diversos actos jurídicos que rodeaban la elección de alcaldes ordinarios, de santa hermandad y demás oficios capitulares. En primer lugar, se la mencionaba en oportunidad de los acuerdos que se solían efectuar para "la calificación de votos" de los capitulares<sup>159</sup> y para "conferenciar" acerca de los candidatos a ocupar los cargos consejiles.<sup>160</sup> Incluso, el propio Virrey Arredondo —como vimos— llegó a fundar en la costumbre su pretendido derecho a sugerir los nombres de los futuros cabildantes.<sup>161</sup>

<sup>154</sup> ABA 2, II, 2627 (1708), 3, III, 402 (1766), VII, 226 (1783), IX, 175-176 (1789) y 244-245 (1790); AM-RAGA, VIII, 352 (1772), X, 32 (1773), V, 158 (1797) y VI, 272 (1805); ASE, I, 265-266 (1734), IV, 218 (1782). Véase el caso en el que el Virrey Vétiz en 1778 se opuso a los gastos dispuestos para su recepción (ABA, 3, VI, 241, 262-264).

<sup>155</sup> Cuando en 1805 el Virrey Sobremonte acusó al Cabildo por no haber concurrido en cuerpo a complimentar a su señora en el día de su santo, el Cabildo sostuvo que "no hay cédula ordenanza, ley, ceremonial ni práctica que obligue al Cabildo "a ese cumplimiento" (ABA, 4, II, 85 y 88). Sobre el cumplimiento en el día del santo del virrey y gobernador, véase esta cuestión en ABA, 3, III, 496 y 500 (1767) y VI, 374-375 (1779).

<sup>156</sup> ABA, 3, V, 524 (1775), IX, 80 (1789) y X, 291-292 (1794).

<sup>157</sup> Idem, 3, X, 159-162, 217-229, 540, 589 y 599.

<sup>158</sup> Idem, 3, IX, 440-446. La real cédula de 7 de diciembre de 1791 resolvió la cuestión (Cedulario de la Real Audiencia, II, 45-47).

<sup>159</sup> ASE, IV, 238 (1783); AL, 91 (1774), 132 (1777), 141 (1778) y 153 (1779); ABA, 3, X, 181 (1792).

<sup>160</sup> AM-RAGA, III, 110 (1759), 199 (1760), 243 (1761), VII, 31 (1764), VIII, 356 (1772), X, 49 (1773) y 155 (1774); ASE, III, 7 (1767); ABA, 3, VII, 142 (1782).

<sup>161</sup> ABA, 3, X, 23, 26-27 (1792).

La invocación consuetudinaria era frecuentemente utilizada para designar el día y la forma de la elección.<sup>162</sup> A veces aparecía sola, en otras ocasiones estaba acompañada de referencias a las leyes y ordenanzas. También se elaboraron fórmulas en las que la costumbre tenía menos relevancia, como la empleada en el Cabildo de Buenos Aires a partir de 1789; las elecciones "que por ordenanza han de costumbre".<sup>163</sup>

Estaba tan arraigada la norma consuetudinaria que cuando circunstancias especiales obligaban a cubrir los cargos vacantes con nuevas elecciones fuera de aquel día, los cabildos se mostraron reacios a ello. Así al menos ocurrió en Montevideo en 1757<sup>164</sup> y en Buenos Aires en 1786. En esta última ocasión el Cabildo representó al gobernador-intendente —quien había dispuesto la nueva elección—, expresándole que "la costumbre que se ha observado siempre, sin que se haya visto novedad" era precisamente la de no practicar la elección sino designar un reemplazante interino entre los mismos capitulares. Agregaba que aunque este criterio no estaba expresamente apoyado en las leyes del reino, no debía olvidarse que éstas recomendaban "en varios títulos y en semejantes asuntos, se esté y mire a la costumbre de los Pueblos".<sup>165</sup>

Las elecciones capitulares eran confirmadas por las autoridades políticas superiores: el gobernador y sus tenientes, y más tarde, el virrey y los intendentes.<sup>166</sup> A medida que declinó el poder de los ayuntamientos, aumentó el arbitrio de la autoridad real en esta materia y se llegó hasta desconocer el resultado de la elección capitular. El Cabildo invocó la costumbre en algunas oportunidades, ya para defender el resultado de la elección,<sup>167</sup> ya para dar posesión de sus cargos a los electores sin esperar la confirmación gubernativa,<sup>168</sup> o en fin para señalar la forma de tramitar la confirmación.<sup>169</sup>

La regulación consuetudinaria también estuvo presente en lo relativo al acto de recepción<sup>170</sup> y posesión del cargo de los electos,<sup>171</sup> determinando

<sup>162</sup> Algunos ejemplos: ABA, 2, I, 5 (1701), V, 6 (1723), VII, 9 (1734); 3, III, 333 (1766), VI, 470 (1780); AM-RAGA, I, 401 (1735); II, 188 (1746), VII, 137 (1766); ASE, I, 234 (1732), 493 (1746), II, 361 (1762), III, 536 (1777), IV, 239 (1783), 498 (1789), V, 357 (1799); ARC, 71 (1799). También se utilizó en el Cabildo indígena de Itatí (Acuerdos, 15, 39, 63, 89, 111, 133, 153 y 181).

Sobre el orden de la votación: es "costumbre... que la votación para este acto sale por los señores alcaldes... "(ASE, III, 218 (1771)); "votaron como lo han de costumbre" (ABA, 2, I, 181, 1703).

<sup>163</sup> ABA, 3, IX, 10. La fórmula se mantuvo hasta 1810, con algunas excepciones.

<sup>164</sup> AM-RAGA, II, 479-480 y 483-485.

<sup>165</sup> ABA, 3, VIII, 291-293.

<sup>166</sup> ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política* 322-323.

<sup>167</sup> ABA, 3, VIII, 447 y 455 (1788).

<sup>168</sup> AL, 172-175 (1781).

<sup>169</sup> AM-RAGA, II, 287 y 291 (1750).

<sup>170</sup> Sobre la recepción, véase ABA, 3, II, 384-385 (1759), III, 466 (1767); ASE, IV, 184 (1782).

el día y la hora de su realización,<sup>172</sup> la forma del juramento<sup>173</sup> y ante quien debían prestarlo.<sup>174</sup>

Finalmente, este tema nos permite abordar una interesante confrontación entre la ley y la costumbre, a través de la aplicación que tuvo el precepto contenido en la ley 13, tit. XI, lib. IV de la Recopilación de Indias.<sup>175</sup> Dicha ley establecía la prohibición de reelegir a los capitulares en sus cargos u otros oficios de Cabildo hasta que no hubiera transcurrido determinado tiempo. Una vez cumplido el plazo, agregaba, podían ser nuevamente electos "conforme a la orden y costumbre que hubiese en cada Ciudad, Villa o Lugar". Es decir, que de acuerdo a una interpretación literal de su texto la norma prohibitiva no admitía excepción alguna, y solo la costumbre entraba en juego cuando hubieran transcurrido los plazos que se señalaban. Veamos como se la aplicó e interpretó durante el siglo XVIII.

En 1716 se impugnó en el Cabildo de Buenos Aires la elección de alcalde primer voto recaída en un regidor saliente, precisamente por considerarla contraria a dicha ley. La impugnación fue rechazada por los demás capitulares aduciendo que en la provincia y en todo el reino era práctica sin contradicción que los capitulares pudieran ser elegidos alcaldes. El gobernador, presente en el acto, aprobó la elección, desechando la impugnación deducida en razón de "la costumbre ejecutoriada que hay de que los Cabildos así de esta Provincia, de la del Paraguay, y demás reinos elijan por Alcaldes a los capitulares, lo cual está aprobado por los antecesores de su Señoría y confirmado por los Señores Presidente y Oidores de la Real Audiencia de La Plata".<sup>176</sup>

Sin embargo, al suscitarse nuevamente la cuestión en 1754, 1755 y 1757, se hizo presente que esta costumbre inmemorial había quedado derogada

<sup>171</sup> AM-RAGA, VII, 17 (1764); AM-AGN, XVI, 117 (1779); ASE, IV, 272 (1784). Era frecuente el empleo de la expresión "forma acostumbrada" para referirse a la recepción y posesión del cargo. La utiliza el mismo decreto confirmatorio de las elecciones dado por el Virrey Sobremonte en 1806 (ABA, 4, II, 206).

<sup>172</sup> AM-RAGA, III, 112-114 (1760), 202 (1761, 245 y 248 (1762), 368 (1763), 457 (1764) VIII, 71 (1769); 206 (1776) y VI, 9 (1802). En los años siguientes se alteró la costumbre de dar posesión del cargo a los electos el día 6, anticipando el acto.

Sobre la hora: AM-RAGA, II, 450 (1756).

<sup>173</sup> La expresión "juramento acostumbrado" se usaba repetidamente en los cabildos durante todo el período estudiado. Tan sólo he observado que en Buenos Aires hacia 1805 se impuso la expresión "el competente juramento", desplazando a aquella.

<sup>174</sup> Véase ASE, V, 388 (1800), IV, 184 (1782); ABA, 3, VII 631 (1785); 2, III, 269-270 (1718, AL, 166 (1781).

<sup>175</sup> Otra ley indiana (12, tit. X, lib. IV), que establecía prohibición de ejercer ciertas actividades y oficios a los regidores, fue también controvertida en 1775 a raíz de la candidatura de un pulpero para desempeñarse como alcalde ordinario en el Cabildo de la Villa de Luján. Se invocó entonces la costumbre practicada, por la falta de individuos idóneos para desempeñar el cargo (AL, 93).

<sup>176</sup> ABA, 2, III, 264-265.

por una provisión de la Audiencia, la que por entonces se hallaba en trámite de suplicación fundadose el recurso planteado en la existencia de aquella costumbre. Aunque en esas oportunidades se manifestó la necesidad de defender "la anticuada posesión y costumbre", no parece que ello se haya concretado.<sup>177</sup>

En 1768 se planteó también, en el Cabildo de Santiago del Estero, la aplicación de esta ley. Conforme a su texto, se impugnó la elección de uno de los vocales sufragantes por haber ya ejercido esa función el año anterior. Se le contestó que el hecho objeto de la impugnación había estado "en práctica". El Justicia Mayor hizo entonces traer el libro a la Recopilación y luego sostuvo que "en dicha ley halló estar dispuesto que embargante de lo arriba dicho que siendo práctica de las dichas ciudades, villas o lugares le parece no ser este obstáculo para privarlo de su voto, respecto que hace catorce años que estar Su Señoría avecindado y no ha sido practicar esta ley", agregando que no habiendo profesor de derecho, estimaba que correspondía aprobar la elección y confirmar a los vocales elegidos entre tanto la Audiencia no dispusiera otra cosa.<sup>178</sup>

También se planteó en Buenos Aires la aplicación de esta ley con respecto a la elección del procurador general. En 1770, al ser elegido para dicho cargo uno de los regidores salientes, el alcalde de primer voto sostuvo que ello iba contra la referida ley. El de segundo voto y otros regidores desestimaron la impugnación, sosteniendo que dicha ley admitía la existencia de la costumbre local y que precisamente lo que se había observado en Buenos Aires era nombrar para procurador a los alcaldes o regidores salientes. El gobernador no confirmó la elección por contrariar la ley y los capitulares suplicaron la providencia alegando tener "a su favor la costumbre". Meses después, el nuevo gobernador Vertiz admitió que el candidato elegido era hábil para desempeñar el cargo por concurrir en él las calidades exigidas por las leyes "o la antigua costumbre de este Pueblo".<sup>179</sup> Cuando en 1779 ocurrió un caso análogo, el alcalde de primer voto dio su parecer favorable al candidato señalado que la susodicha ley mandaba respetar la costumbre de la ciudad y ésta era la de elegir para procuradores a los alcaldes o regidores salientes. El Virrey confirmó esta elección.<sup>180</sup>

En suma, a través de los casos analizados puede advertirse como esa ley indiana era aplicada de una manera que evidentemente no concordada con su texto literal. En efecto, ya fuese en virtud de la mayor fuerza que se le asignaba a la costumbre local o a la general del reino, o en base a una interpretación más amplia, escudada en la remisión consuetudinaria indicada por la ley, lo cierto es que el precepto legislativo apa-

<sup>177</sup> *Idem*, 3, I, 366, 379-380, 482, 484; II, 175, 177, 179 y 183.

<sup>178</sup> ASE, III, 49.

<sup>179</sup> ABA, 3, IV, 109-112.

<sup>180</sup> *Idem*, 3, VI, 323.

recía disminuido frente a la costumbre. Y en esto coincidían tanto el Cabildo como las autoridades reales.

### 3. *El ejercicio de los oficios*

#### a) *Facultades y uso de atributos.*

La costumbre era invocada para determinar facultades de los alcaldes ordinarios, como dictar el "bando de buen gobierno".<sup>181</sup> otorgar las licencias a pulperías,<sup>182</sup> dirigir la obra de la cárcel y casas capitulares,<sup>183</sup> y atender la cobranza de la alcabala.<sup>184</sup>

Asimismo se la invocó para fundar determinadas situaciones: la atribución del fiel ejecutor para tasar los abastos de víveres y molindas,<sup>185</sup> las facultades y honores del abogado del cabildo,<sup>186</sup> la ayuda de las costas al procurador general y al escribano del ayuntamiento,<sup>187</sup> las licencias de los capitulares,<sup>188</sup> el uso de la vara o bastón como atributo del cargo<sup>189</sup> la forma de designar y actuar la diputación del cabildo.<sup>190</sup>

También la costumbre fue el eje en la controversia suscitada acerca de si los capitulares podían entrar con espada a la sala del ayuntamiento. Una ley indiana —Rrecopilación, III, IX, 6— decía que no lo podían hacer salvo a quien tocara por oficio o tuviera preeminencia especial. Planteada así la exigencia legal en el Cabildo de Buenos Aires en 1725, se resolvió que "de ninguna manera se innove ya que se guarde la costumbre".<sup>191</sup> Cuatro años después se presentó una real provisión en aquel mismo sentido y el Cabildo dispuso suplicarla en atención a "la inmemorial costumbre establecida en que la ciudad ha estado y está en posesión".<sup>192</sup>

En cuanto a la administración de justicia se recurrió a la costumbre —a veces conjuntamente con la ley— en varias cuestiones para: distinguir la jurisdicción de los alcaldes ordinarios de la del alcalde provincial;<sup>193</sup>

<sup>181</sup> AM-RAGA, II, 289-290 (1750). Véase la discusión que al respecto ocurrió en 1795 entre los alcaldes de Jujuy y el Intendente (Edberto O. Acevedo, *La intendencia de Salta de Tucumán...*, cit., 146).

<sup>182</sup> AM-RAGA, II, 289 (1750).

<sup>183</sup> ABA, 2, VI, 343 (1731).

<sup>184</sup> Idem, 2, II, 378 (1711); y IV, 632 (1722).

<sup>185</sup> Idem, 2, IX, 507 (1749).

<sup>186</sup> Idem, 3, VII, 615 y 619 (1785).

<sup>187</sup> Idem, 3, II, 158 (1756), III, 210 (1763), VI, 686-687 (1781), VII, 272 (1783) y 418 (1784). Con respecto al escribano: idem, 3, III, 397 (1766).

<sup>188</sup> Idem, 3, VIII, 296 (1787).

<sup>189</sup> Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares, LIV, 274, 275.

<sup>190</sup> ABA, 2, V, 16-19 (1723); y 4, I, 439-440 (1804).

<sup>191</sup> Idem, 2, V, 446.

<sup>192</sup> Idem, 2, VI, 12, 19-20 y 45.

<sup>193</sup> AM-RAGA, II, 275-279 (1749). En cambio, en 1786 el Cabildo de Buenos Aires, ante una consulta de la Audiencia, rechazó cualquier uso y costumbre aún cuando estuviese introducido y no se hubiese interrumpido, que fundara la presunta superioridad del alcalde provincial sobre los de santa hermandad (ABA, 3, VIII, 185-186 y 328).

extender las atribuciones del alguacil mayor cuando saliese de la ciudad;<sup>194</sup> defender la justicia ordinaria frente a la pretensión de los jefes militares de la frontera de despachar por sí asuntos de justicia;<sup>195</sup> reivindicar el derecho del alcalde de segundo voto a conocer en las causas de menores<sup>196</sup> y determinar lo relativo al oficio de defensor de menores y pobres.<sup>197</sup>

b) *Reemplazo del alcalde*

La costumbre fue invocada para establecer el reemplazante del alcalde de primer voto en caso de ausencia o imposibilidad de ejercer sus funciones.<sup>198</sup> También cuando hubo que depositar la vara del alcalde de segundo voto.<sup>199</sup>

c) *El turno del fiel ejecutor*

También se recurrió a la costumbre para determinar el turno de cuatro meses, rotativo entre los regidores para ejercer la vara del fiel ejecutor.<sup>200</sup> Cuando faltaba el capitular a quien correspondía el turno, recaía en el siguiente. Sin embargo, la Audiencia dispuso que en este caso la vara se depositase en el regidor decano. Ello provocó opiniones divergentes en el Cabildo de Buenos Aires, donde en 1751 se propuso que “se guarde la costumbre que ha habido hasta el presente por parecer más conforme a la tranquilidad de los individuos de este Cabildo”. Sin embargo, la Audiencia mantuvo su anterior decisión.<sup>201</sup>

Un interesante caso se planteó en Montevideo en 1799 cuando el regidor decano alferez real sostuvo que el turno para atender las cuestiones de abasto debía empezar por el y no por otro, de acuerdo con la preeminencia que le acordaba la ley —posiblemente la ley 4, tit. X, lib. IV de la Recopilación de Indias—. Así lo resolvió el Cabildo. Pero unas sesiones después se presentó el electo regidor fiel ejecutor y antes de tomar posesión del cargo pidió que se declarase nulo lo actuado pues se había alterado “la antigua práctica y costumbre, que ella sola tiene fuerza de

<sup>194</sup> ASE, IV, 229-230 (1782).

<sup>195</sup> Idem, I, 180 (1730).

<sup>196</sup> ABA, 3, I, 259-260 (1752); V, 105-107 (1774).

<sup>197</sup> AM-RAGA, II, 443 (1756), III, 117 (1760) y V, 56 (1796); ABA, 2, VIII, 40 (1739); 3, II, 539 (1760), XI, 423, 425 y 431 (1799).

<sup>198</sup> ABA, 2, II, 517 (1712); 3, VII, 319 (1784), XI, 16 (1796); ASE, I, 422 (1743), V, 19, (1792), III, 306 y 310 (1773); AM-RAGA, III, 312 (1762); AM-AGN, XVI, 213 (1780); ARC, 228 y 241 (1807).

<sup>199</sup> ASE, IV, 10, 42 (1778) y V, 370 (1800). En este último caso decía corresponder “por ley, costumbre y Novísima Real Carta acordada de su Alteza...”

<sup>200</sup> La invocación consuetudinaria ya aparecía en las ordenanzas del Cabildo de Buenos Aires, art. 3. Con referencias a estas ordenanzas y la costumbre, ABA, 2, I, 203 (1703) y IX, 479 (1749).

<sup>201</sup> ABA, 3, I, 100, 105, 107, 134, 262 y ss.

expresa ley y más en materias de precedencias como la presente". Las razones expuestas impresionaron a tal grado al alcalde de primer voto que modificó su anterior dictamen "bien impuesto —decía— de la poderosa fuerza que tiene la costumbre mayormente cuando esta es inveterada sin justa contradicción, como sucede en el presente caso". No sólo le dio la razón al regidor fiel ejecutar, sino que sostuvo que debía tenerse al anterior acuerdo por carente de valor "como opuesto que es a la costumbre que debe prevalecer..." Lo mismo opinaron los demás capitulares. En consecuencia se le recibió a aquel en el ejercicio de la vara "según la antigua costumbre".<sup>202</sup> Aunque posteriormente el regidor decano afectado protestó ante lo ocurrido, sostuvo la vigencia de la ley que le daba preferencia y recurrió de la resolución, durante los años siguientes la práctica revela que prevaleció aquel criterio de raíz consuetudinaria.<sup>203</sup>

#### 4. *Las funciones del Cabildo*

Reúno en este apartado algunos testimonios vinculados a esa actividad capitular, pero la consideración del tema no puede separarse totalmente de otros aspectos que, para un mejor ordenamiento, se agrupan en el capítulo III. En efecto, si bien los aspectos allí tratados atañen particularmente a la regulación de la vida urbana y rural, no puede desconocerse que constituyen una de las funciones básicas del ayuntamiento indiano.

La recepción, juramento y fianza ante el Cabildo de los funcionarios reales que llegaban a la ciudad para ejercer sus funciones en la misma y en su distrito, constituía una de las principales funciones capitulares. Lo era tanto por el significado que revestía el acto de reconocimiento de la nueva autoridad, como por la publicidad del acto y del registro del despacho. En tal sentido, se encuentran frecuentes referencias consuetudinarias, expresadas en las fórmulas "el juramento acostumbrado" o "las fianzas acostumbradas", utilizadas en todo el siglo, sin apreciables diferencias.<sup>204</sup>

La costumbre regulaba lo relativo a las visitas de tiendas y pulperías, que se practicaban periódicamente: su objeto,<sup>205</sup> quienes la realizaban,<sup>206</sup> su periodicidad,<sup>207</sup> y los derechos que correspondía percibir.<sup>208</sup> Este últi-

<sup>202</sup> AM-RAGA, V, 279-281 y 287-290.

<sup>203</sup> Idem, V, 293-294 y 352-353. La práctica en ídem, V, 335, 423 (1800-1801) y VI, 26 y 88 (1802-1803).

<sup>204</sup> El legislador dejaba también a la costumbre la regulación de esta materia. Véase, por ejemplo, las instrucciones del rey al nuevo gobernador de Montevideo en 1763, en donde señalaban que antes de ejercer el empleo debía dar las fianzas ante el Cabildo "según la costumbre que hubiere y se practicar..." (AM-RAGA, IV, 8).

<sup>205</sup> ASE, III, 52 (1768), 304 (1773); AM-RAGA, I, 351 (1733).

<sup>206</sup> ASE, III, 540 (1777); AM-RAGA, VIII, 350-351 (1772).

<sup>207</sup> ABA, 2, III, 315-322 (1716); 3, II, 511 (1760); AM-RAGA, VIII, 350-351 (1772).

<sup>208</sup> ABA, 2, III, 319-322, 386, 387 (1716-1717); ASE, IV, 325 (1785); AM-RAGA, X, 40-41 (1773).

mo asunto dio lugar a algunos casos de interés. Así en 1775 unos comerciantes presentaron al Cabildo de Santiago del Estero un despacho del Virrey del Perú, expedido a solicitud de sus colegas de Moquegua (Perú) en donde se establecía que no se pagase más de un peso de derecho en las visitas de tiendas. Pretendían los comerciantes santiagueños que esa misma disposición se aplicara en su ciudad. El Cabildo rechazó el pedido sosteniendo que el mencionado despacho virreinal no "habla ni con este Cabildo ni con ninguna Ciudad de esta Provincia", y que por lo tanto debía guardarse "la costumbre de la ciudad como ley inviolable", percibiéndose "los derechos acostumbrados".<sup>209</sup> A su vez en 1788 el alférez real de Montevideo abogó por la supresión de los derechos que percibían los fieles ejecutores en las visitas particulares a las pulperías y la rebaja de los correspondientes a la visita anual. El asunto provocó un largo debate, resolviéndose requerir asesoramiento letrado a dos abogados de Buenos Aires. Estos dictaminaron que "debía seguirse la costumbre y práctica establecida hasta ahora en esta ciudad y su jurisdicción". Y así lo dispuso el ayuntamiento.<sup>210</sup>

También hubo invocaciones a la costumbre en lo referente al libramiento de fondos y aprobación de cuentas de los propios.<sup>211</sup> En 1724 registramos otro caso de oposición a la aplicación de una ley indiana, fundado en la costumbre. En efecto, el Teniente General en lo político de las provincias rioplatenses dispuso que se observase y guardase puntualmente la ley 2, tit. XII del lib. IV de la Recopilación, que prohibía hacer a los cabildos gastos extraordinarios sobre sus propios que excedieran los tres mil maravedíes, sin autorización real. El Cabildo de Buenos Aires sostuvo en la ocasión que dicho auto debía enmendarse por ser contrario a "la costumbre inmemorial de que están llenos los libros capitulares en que ha sido y es dueño este Cabildo para librar de sus propios y rentas infinitas y mayores cantidades que las prohibidas en la ley que se cita...".<sup>212</sup>

El Cabildo asimismo se acogía a la costumbre para repartir tierras en el ejido,<sup>213</sup> disponer el nombramiento de ministros o porteros,<sup>214</sup> y practicar el reconocimiento de los términos y mojones de los propios, ejidos, y dehezas de la ciudad.<sup>215</sup>

Era también invocada para suspender el trámite de las causas judiciales

<sup>209</sup> ASE, III, 435 y 439-440.

<sup>210</sup> AM-AGN, XVII, 254-259 y 292-293.

<sup>211</sup> ASE, I, 244 (1731); 338-339 (1739), 462 (1745); ABA, 3, IV, 468, 475 y 480 (1772) y XI, 262-263 (1797); AM-AGN, 257 y 275 (1780).

<sup>212</sup> ABA, 2, V, 284-285 y 294. El Cabildo citaba también en su favor la ordenanza 48 y la ley 5, tit. 13, lib. IV de la Recopilación. No conozco el desenlace del asunto.

<sup>213</sup> ABA, 2, VII, 232 (1735) y 353 (1736).

<sup>214</sup> Idem, 2, VI, 414-415, 441, 445, 453, 459-460 (1731).

<sup>215</sup> AM-AGN, XVI, 468 (1782).

durante los días de semana santa,<sup>216</sup> y desde el 24 de diciembre hasta el 7 de enero.<sup>217</sup> En San Juan, hubo también receso en carnaval.<sup>218</sup> Esta suspensión comprendía sólo a los juicios civiles, aunque en algunos cabildos —como el de Montevideo— el receso se extendió también a las causas criminales.<sup>219</sup> Asimismo se mencionó la costumbre al practicar las visitas de cárcel.<sup>220</sup>

### 5. *Los cabildos abiertos*

En mi anterior trabajo efectué algunas consideraciones sobre el punto, que no cabe ahora reiterar.<sup>221</sup> El resultado de la investigación en esta centuria no modifica lo ya expuesto.

En los cabildos abiertos desaparecía la invocación consuetudinaria habitual de las reuniones ordinarias. Tampoco se recurría a otras normas de ese mismo origen. Así lo he podido observar en Buenos Aires, Santiago del Estero y Montevideo.<sup>222</sup> Hay algunas excepciones. Por ejemplo, en la mayoría de los cabildos abiertos montevidianos apareció la fórmula consuetudinaria que servía de cabeza a las actas, pero la misma estaba rererida a la sesión ordinaria del ayuntamiento —dentro de la cual se insertaba la consulta a los demás vecinos— y no propiamente a la reunión abierta. En cuanto a la forma de convocarlo, aparecen en las actas santiagueñas algunas referencias concuetudinarias. Así la reunión se anunciaba tocando la campana “según costumbre”<sup>223</sup> o “con la seña acostumbrada”.<sup>224</sup>

### III. *La costumbre, reguladora de la vida urbana y rural*

A través de la orbita capitular es posible detectar como distintas cuestiones de la vida urbana y rural reconocían una base jurídica consuetudinaria o al menos se recurría a la misma en algunas oportunidades. He

<sup>216</sup> Ejemplos: ABA, 2, I, 201 (1703), IV, 159 (1720, VIII, 411 (1743); 3, IV, 258 (1771), VI, 654 (1781). Alguna vez la invocación era sólo a las leyes reales (Idem 2, II, 492, 657 (1712-1713). ASJ, 78 (1784), 121-122 (1797); ASE, I, 166 (1730), II, 372 (1763), IV, 470 (1789).

<sup>217</sup> Ejemplos: ABA, 2, I, 72 (1701), V, 557 (1725), VIII, 374 (1742); 3, III, 457 (1766), VII, 641 (1785); ASJ, 42 (1753); ASE, I, 457 (1744), II, 237 (1758), III, 378 (1773), IV, 408 (1787); ARC, 54 (1798), 260 (1807); 331 (1810).

<sup>218</sup> ASJ, 118 (1790).

<sup>219</sup> AM-RAGA, II, 93 (1743); 472 (1756); AM-AGN, XVII, 377 (1790); AM-RAGA, V, 415-416 (1800), IX, 192 (1808).

<sup>220</sup> ABA, 2, I, 780 (1707); ASE, III, 379 (1774), IV, 438 (1788) y V, 655 (1804).

<sup>221</sup> La costumbre, 167-168.

<sup>222</sup> Especialmente en este Cabildo debido al útil trabajo de ordenamiento y estudio de Edmundo M. NARANCO, “Los cabildos abiertos en Montevideo” (1730-1148) en “Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene”, No. 14, Buenos Aires, 1963, pp. 110-117.

<sup>223</sup> ASE, III, 124 (1770).

<sup>224</sup> Idem, IV, 116 (1780).

reunido en diferentes apartados los temas más salientes, en donde la costumbre desempeñó un papel digno de análisis. Quedan algunos otros que al menos merecen ser recordados sumariamente. Así a la luz de la costumbre se resolvía: el monto de libras que, en concepto de tara, debía descontarse de cada arroba de mercadería;<sup>225</sup> el pago del mes entero de alquiler, aunque el inquilino no hubiera ocupado la casa en todo ese lapso;<sup>226</sup> la distribución de los réditos del ramo del Real Hospital entre los pobres enfermos o necesitados;<sup>227</sup> y la forma de nombrar a los contadores de menores en las testamentarias.<sup>228</sup> De origen consuetudinario era también el principio de pagar sólo las cuentas de misas cuando constasen en los testamentos.<sup>229</sup> Asimismo se fundó en la costumbre la oposición del Cabildo de Buenos Aires a las nuevas medidas adoptadas por el Obispo, que perjudicaban a los que iban a recibir las órdenes sagradas,<sup>230</sup> o al público en general.<sup>231</sup>

### 1. *El abasto de la ciudad*

Era esta una de las tareas fundamentales del cabildo.<sup>232</sup> Como ya vimos, en los siglos anteriores, continuó la costumbre desempeñando un importante papel en esta materia durante la centuria en estudio.<sup>233</sup> Así el Cabildo la inobcaba para: dictar y repartir el arancel de abasto;<sup>234</sup> exigir fianza a los que abriesen pulperías;<sup>235</sup> disponer el sellado de las medidas con que se expedía el vino;<sup>236</sup> determinar los precios del transporte de materiales y mercaderías,<sup>237</sup> de las hechuras de los sastres,<sup>238</sup> y de la molienda del trigo;<sup>239</sup> y regular la extracción de la sal, organizando la expedición, determinando la contribución de las carretas y el reparto del producto que le correspondía entre los pulperos para su venta.<sup>240</sup>

El más interesante de los casos planteados fue el ocurrido en Buenos Aires a partir de 1748 con respecto al precio de la molienda de trigo. El Cabildo, al advertir que los tahoneros estaban cobrando, sin motivo que

<sup>225</sup> ABA, 2, VII, 423-424 (1737).

<sup>226</sup> Idem, 3, I, 72 (1751).

<sup>227</sup> ASE, V, 384-385 (1800).

<sup>228</sup> ABA, 3, VIII, 250-251 (1786).

<sup>229</sup> Idem, 3, VI, 541 (1780).

<sup>230</sup> Idem, 3, IX, 652 (1791).

<sup>231</sup> Idem, 3, VII, 187, 195-197, 199-201 y 203-206 (1783).

<sup>232</sup> Véase *la costumbre*, 169-170.

<sup>233</sup> Algunos ejemplos: ABA, 2, III, 531 (1718); 3, III, 126 (1763); IV, 120 (1770), 554 (1773), X, 56 (1792) y 4, I, 112 (1802).

<sup>234</sup> ABA, 2, I, 109 (1702).

<sup>235</sup> Idem, 2, VIII, 330 (1742).

<sup>236</sup> Idem, 2, II, 205.

<sup>237</sup> Idem, 2, IX, 411 (1748).

<sup>238</sup> Idem, 2, I, 327 (1705), III, 531 (1718).

<sup>239</sup> ASE, 443-444 (1744).

<sup>240</sup> ABA, 2, IV, 221 (1720); 3, II, 420 (1759); VII, 91 (1782) y 4, I, 217 (1803).

lo justificara, un precio que superaba en el 50% al que se tenía por costumbre, decidió intimarlos para que lo redujeran, al monto anterior. Como los afectados hicieron caso omiso a la intimación, el fiel ejecutor expidió un auto obligándolos a que "observen la inmemorial costumbre y establecimiento de esta ciudad". La resistencia de los dueños de las tahonas fue en aumento y adoptaron el temperamento de dejar de moler el trigo, lo que llevó al fiel ejecutor a tomar presos a los principales responsables. La cuestión se prolongó y agitó a la ciudad en los años siguientes. Las autoridades gubernativas apoyaron al Cabildo y dispusieron que se guardase la costumbre en el precio de la molienda. Los afectados llevaron el asunto ante la Audiencia y allí también el Cabildo defendió su derecho, en base a la costumbre.<sup>241</sup> El caso ofrece interés porque tanto la posición del Cabildo como de la autoridad gubernativa para mantener el precio de la molienda se fundaba exclusivamente en la costumbre, aunque se apoyaba también en que no había razón factica para admitir su modificación.

## 2. *Retribución del trabajo*

Se dejaba a la costumbre la determinación de ciertas retribuciones: los honorarios de los asesores letrados,<sup>242</sup> los derechos de los oficios de justicia,<sup>243</sup> el estipendio del maestro,<sup>244</sup> el salario de los oficiales y maestros de obra (carpinteros y albañiles),<sup>245</sup> la paga y alimentación de los indios de mita que trabajaban en obra pública.<sup>246</sup>

Un interesante caso fue el que se suscitó a propósito del derecho de décima sobre las ejecuciones a favor del alguacil mayor. La ley 7, tít. 21, lib. IV de la Recopilación castellana lo concedía siempre que hubiera costumbre en ello. En 1774 el alguacil mayor de Montevideo solicitó ese derecho al Gobernador. Este pidió informe al Cabildo. El ayuntamiento requirió a su vez el asesoramiento de un letrado, quien sostuvo que en esta materia, conforme con las leyes castellanas e indianas, se debía atender "a costumbre del lugar" donde se despachaban o libraban las ejecuciones. Así decía que en Montevideo no existía esa costumbre y por lo tanto no cabía aplicar la ley invocada. Agregaba que para introducir el derecho de décima en esta circunstancia era necesaria una particular disposición del rey. El Cabildo se conformó con este dictamen y así lo hizo saber el

<sup>241</sup> Idem, 2, IX, 410-413 (1748), 507 (1749); 3, I, 11 (1751), 332-333 (1753) y II, 619-620 (1761). En 1779 se volvió a reavivar el conflicto, pero no se aludía a la costumbre (VI, 386).

<sup>242</sup> AM-RAGA, III, 302 (1762). Véase asimismo ABA, 3, III, 262, 276, 306-307 (1764-1765).

<sup>243</sup> Sobre esto, véase el arancel general de costas expedido por la Audiencia de Charcas en 1727 (AM-RAGA, III, 7496).

<sup>244</sup> ABA, 2, VI, 203 (1730).

<sup>245</sup> ASE, III, 179 (1771).

<sup>246</sup> Idem, IV, 29 (1778).

gobernador.<sup>247</sup> Más que nada se advierte a través de lo expuesto el papel complementario desempeñado por la costumbre que se manifiesta en las más variadas cuestiones.

### 3. *Tierras, ganados y fronteras*

Se invocaba la costumbre para regular: la mensura de tierras; el reparto de solares, tierras y estancias;<sup>248</sup> la guarda del ganado en tiempo de sementeras;<sup>249</sup> la venta de cueros; la limosna de granos para los gastos de los novenarios de la fiesta patronal;<sup>250</sup> la custodia de la campaña y las fronteras;<sup>251</sup> y la distribución del agua de la acequia en las chacras.<sup>252</sup>

Uno de los casos más salientes fue el ocurrido en la jurisdicción de Luján sobre la mensura de tierras. En 1744 varios vecinos se presentaron al Cabildo quejándose por el procedimiento del juez comisionado para la mensura de tierras que poseían, comprendidas entre los ríos de Luján y Conchas. Dicho juez, al practicar la operación y pese a las protestas de aquellos, habían incluido en las suertes de estancias el bañado que formaba el río Luján sin atender ni a los mojones existentes ni a "la práctica general que se ha observado desde que se pobló este río". De esta manera, al hacer la mensura desde la misma margen del río y no desde la barranca del bañado "según ha sido costumbre", les quitaba a los quejosos unas 1.700 varas de tierras por los fondos. La parte del bañado, agregaban los afectados, era absolutamente inútil para criar ganado y por ello consideraban que esta mensura era "una innovación la más perjudicial y por lo mismo arbitraria y de ningún valor", destinada a obligarlos a constituirse en arrendatarios del Sargento Mayor Manuel Pinazo, quien aparecía como el beneficiado por este procedimiento. El Cabildo acogió la solicitud y dispuso informar al Gobernador para que se sirviese, a su vez, mandar a Pinazo "no innove en esto la costumbre inmemorial de mensurar las tierras desde las barrancas del bañado quedando este libre". No conozco el final de la tramitación, aunque hay indicios que permiten suponer que fue desfavorable para los intereses defendidos por el Cabildo.<sup>253</sup> No obstante lo que cabe destacar es el fundamento consuetudinario utilizado por los vecinos y acogido por el Cabildo local.

Como en la época anterior, la costumbre apareció también en el siglo XVIII en la regulación del rubro vital del comercio bonaerense; la venta de cueros. Se invocaba tanto en el derecho para ejercer la acción al

<sup>247</sup> AM-RAGA, X, 91-96.

<sup>248</sup> ABA, 2, V, 163 (1735), 232 (1735) y 353 (1736); AM-RAGA, I, 432 (1737).

<sup>249</sup> ABA, 3, IV, 295 (1771) y VI 542-543 (1780).

<sup>250</sup> AM-AGN, XVI, 8 (1776); AM-RAGA, IV, 283-284 (1777).

<sup>251</sup> AM-RAGA, VIII, 228 (1771) y 385 (1773).

<sup>252</sup> ASE, V, 241 (1797).

<sup>253</sup> AL, 86-88.

ganado,<sup>254</sup> como para hacer el repartimiento de los cueros entre los accioneros,<sup>255</sup> o en el ajuste del precio que el Cabildo hacía con el capitán de los navíos.<sup>256</sup>

En 1723, en oportunidad de la aprobación de uno de estos ajustes, el gobernador observó que entre los beneficiados figuraban individuos del Cabildo y determinó que ellos no podían incluirse en los repartimientos mientras no obtuvieran una especial autorización del rey. El ayuntamiento consideró que el auto gubernativo era opuesto a "la costumbre que este Cabildo ha estilado con justificado y maduro acuerdo", con el consentimiento de los gobernadores y "la tácita aprobación de sus superiores", llegando a señalar que el mismo rey había prestado su aprobación a anteriores repartimientos análogos. Por todo ello suplicó al gobernador la reforma del auto cuestionado. Pese a que no tuvo éxito en este reclamo, volvió a insistir, representando nuevamente "la posesión inmemorial" de su derecho y señalando que lo que se había asignado en el repartimiento a cada individuo del Cabildo era "la porción que es costumbre por ser todos accioneros y tener legitimadas sus acciones y por el continuo trabajo que tienen por razón de sus oficios..." Dispusieron el nombramiento de una diputación para que suplicaran al gobernador que mantuviera al Cabildo "en la posesión en que se halla así por la costumbre inmemorial como por el referido real despacho que aprueba el modo de repartir que ha tenido este Cabildo". La gestión condujo a un nuevo fracaso: el gobernador resolvió que se guardasen y cumpliesen los autos anteriores.<sup>257</sup> El Cabildo, como se advierte, hacía hincapié en la existencia de una costumbre sólidamente establecida, tanto por el tiempo de vigencia como por el consentimiento e incluso aprobación que había obtenido de la autoridad real. Todo esto, sin dejar de apuntar las razones de hecho que justificaban la conservación de este derecho.

#### 4. *Alcabalas y diezmos. Otras contribuciones y cargas*

Era también importante la gravitación que la costumbre tenía en lo referente al cobro de gravámenes y contribuciones, determinando su procedencia, monto y objeto sobre los que recaía. Especialmente fue invocada en materia de alcabalas y diezmos.

El cobro de la alcabala provocó en Buenos Aires diversas dificultades, a las que pasaré revista desde la óptica capitular en aquella parte en que la costumbre aparecía como fundamento jurídico del derecho que se alegaba. En 1730 se denunciaba en el Cabildo que el recaudador estaba cobrando sin derecho alguno el 4% cuándo sólo correspondía el 2% "con-

<sup>254</sup> ABA, 2, III, 227 (1715).

<sup>255</sup> Idem, 2, II, 641 (1713).

<sup>256</sup> Idem, 2, II, 530 (1712).

<sup>257</sup> Idem, 2, V, 224-228, 249, 355-356 y 360.

forme —se decía— a leyes reales y a la antigua costumbre de que esta ciudad ha gozado”.<sup>258</sup> Aunque no se la individualizaba, la ley citada era seguramente la 14, tít. XIII, lib. VIII de la Recopilación indiana. Finalmente, luego de intensas gestiones, se obtuvo por reales cédulas de 16 de septiembre de 1735 a 25 de agosto de 1743 la suspensión de la diferencia, primero, y luego la definitiva confirmación de que la alcabala sólo alcanzaba al 2%.<sup>259</sup>

Años después, en 1756 se denunciaron nuevos excesos cometidos en la recaudación del gravamen. Esta vez se referían a los objetos sobre los cuales recaía la imposición. Era entonces cuando el Cabildo le pedía al Gobernador que se atendiera a “la costumbre que ha habido en estos parajes de no pagar alcabala de todas aquellas especies de que hoy se cobra” y agregaba que en virtud de la “anticuada e inmemorial posesión en que ha estado dicho vecindario” de no satisfacerla debía considerarse que estaba en derecho liberado de semejante gravamen.<sup>260</sup>

Otra vez en 1770 resurgió el planteo, a raíz, de que el receptor de alcabala pretendía cobrar el impuesto sobre rubros de abasto, hasta entonces no comprendidos en la percepción. El Cabildo no atendió de inmediato el problema. El desorden del archivo no le permitía —al parecer— encontrar la documentación que le sirviese de apoyo legal, pero al fin apareció la real cédula de 1735. Con todo, se decía que era suficiente para desvanecer aquella pretensión del recaudador “la costumbre... de no pagarse este derecho en las ventas de dichas especies”. Esa costumbre, agregaba, no sólo era inmemorial sino que se remontaba a la fundación de la ciudad, y por lo tanto bastaba para liberar del pago de la contribución.<sup>261</sup> El mismo fundamento consuetudinario reiteraban comerciantes de Buenos Aires en 1808 para no pagar alcabala.<sup>262</sup>

También el cobro de los diezmos provocó diversas cuestiones a lo largo del siglo y la costumbre ocupó lugar destacado en las diferentes controversias en razón de la importancia que se le concedía a esta materia.<sup>263</sup>

Ante una real cédula del 24 de febrero de 1724 disponiendo que se pa gase diezmo sobre cal, ladrillo, teja, cebo, grasa y cuernos de toro, el Cabildo bonaerense opuso “la costumbre legítimamente introducida de más de cien años... de no pagar dichos diezmos”. Afirmaba que ambos Derechos, el civil y el canónico, convenían que en materia de diezmos “se debe estar a la costumbre, legítima introducida”. El recurso llevado al rey

<sup>258</sup> Idem, 2, VI, 261-262 y 334-355.

<sup>259</sup> Idem, 2, VI, 347-348 (1731), VII, 320, 326, 329-339 y 406-407 (1736), y VIII, 479 (1744).

<sup>260</sup> Idem, 3, II, 146-147.

<sup>261</sup> Idem, 3, IV, 173-174, 395, 399, 406, 419, 442-443.

<sup>262</sup> LEVENE, *Historia del Derecho*, I, 100. Sobre la preocupación de un oficial real montevidiano acerca del pago de la alcabala de un producto no acostumbrado, véase AM-AGN, XVI, 235-237 (1780).

<sup>263</sup> Véase *La costumbre*, 180.

no tuvo resolución favorable a las pretensiones capitulares y la cédula suplicada infructuosamente tuvo que cumplirse, aunque nuevos problemas se suscitaron en su aplicación.<sup>264</sup>

Años después, en 1744, tenemos otra vez los diezmos sobre el tapete. Ahora era un propietario de calera en Montevideo quien hacía saber al Cabildo local que había recibido una intimación del juez de rentas eclesiásticas para pagar diezmo de la cal que fabricaba. El afectado sostenía que “desde la fundación de esta ciudad y erección de su Iglesia hasta el presente no se ha pagado semejante diezmo” ni hay ejemplo de que “se pague de frutos o efectos meramente industriales y personales como lo es la cal”. El Cabildo, recogiendo esta inquietud, solicitó al recaudador que suspendiera la cobranza hasta que hubiera resolución del obispo al respecto. Meses más tarde, antes una nueva exigencia de abonar diezmos a los que tenían hornos de cal, ladrillo y teja y fábricas de madera en los montes, el ayuntamiento, sosteniendo que no era costumbre pagar dicho diezmo, convocó a un cabildo abierto. Los vecinos reunidos acordaron entonces que “no podían ni debían obligarse a pagar más diezmos que los acostumbrados” y decidieron suplicar la nueva medida al obispo y al gobernador. Alegaban asimismo los vecinos que ese nuevo gravamen tenía un origen y destino preciso, y había sido establecido con anterioridad a la fundación de Montevideo. No cabía decían, aplicarlo a una ciudad nueva poblada por familias europeas a quienes el rey “ha hecho libres por el tiempo de su voluntad”, sino sólo a aquellas constituidas con anterioridad. Los recursos no tuvieron resultado favorable, pero entre tanto el Cabildo informaba al rey sobre la situación planteada, reiterando que “nunca ha sido costumbre” pagar ese género de gravamen.<sup>265</sup>

En el último cuarto del siglo, las imposiciones agobiaban al vecindario si nos atenemos a la denuncia que hacía el comercio montevideano en 1779. Al pedir un alivio de los gravámenes decía que “el mayor obstáculo que tiene el comercio contra su subsistencia es el aumento de derechos: queremos decir aquellos impuestos que siendo muchos son también repugnantes a la razón, y que aun cuando su exacción esté prevenida por ley se altera la costumbre y se establece un nuevo método que aniquila enteramente al vasallo y le imposibilita la carrera de su giro”.<sup>266</sup>

La costumbre se invocaba también en otros gravámenes, como los derechos de sisa,<sup>267</sup> anclaje,<sup>268</sup> pulperías,<sup>269</sup> o la misma contribución que los corraleros del abasto de carne debían hacer para los presos de la cárcel.<sup>270</sup>

<sup>264</sup> ABA, 2, V, 515-516, 518, 535-544, VI, 24-26, 55-57, 78-79. Los problemas que ocasionó su aplicación: ídem, VI, 214 y ss., 242 y ss., 308-309, 370 y ss.

<sup>265</sup> AM-RAGA, II, 149-152, 171-172, 180-185.

<sup>266</sup> Ídem, IV, 310.

<sup>267</sup> ASE, I, 271 (1735), 442 (1744), 502 (1747).

<sup>268</sup> ABA, 2, I, 378-380, 417-418 (1705); 3, IV, 124 (1770).

<sup>269</sup> ASE, IV, 76-77 y 89 (1779); y ABA, 2, VIII, 419 (1743).

<sup>270</sup> ABA, 3, II, 647-648 (1761).

La norma consuetudinaria servía además para fundamentar otras obligaciones, como la que pesaba sobre los artesanos para el adorno de esquinas y calles en la festividad de Corpus Christi,<sup>271</sup> y sobre los tenderos para atender los gastos de la celebración;<sup>272</sup> la que exigía a los zapateros, sastres y carpinteros no españoles trabajar en la siega del trigo;<sup>273</sup> o la que imponía a los vecinos la limpieza del desaguedero de la ciudad.<sup>274</sup>

##### 5. *Las fiestas religiosas, reales y populares*

Como en los siglos anteriores, continuaron en el XVIII usándose las invocaciones consuetudinarias al momento de disponerse la celebración de las principales fiestas religiosas, reales y populares. Ellas eran las de los patronos de cada ciudad, el día de Corpus Christi, la jura de un nuevo rey, otras festividades religiosas de menor significación o algún acontecimiento extraordinario que se considerase digno de celebrar. Eran numerosas y constantes esas referencias cuando se trataba de festividades organizadas por el cabildo. Se regulaba de este modo la manera de atender a los gastos que implicaban, el nombramiento de diputados para que corrieran con los preparativos, los adornos y arreglos de las calles, etc.<sup>275</sup> También lo referente a las corridas de toros, diversión popular que completaban las celebraciones más importantes. Se recurría a la costumbre en este caso no sólo para determinar la realización de las mismas, sino también los días de la semana en que se realizaban, sí como la distribución de asientos o arcos en las casas consistoriales para presenciarlas.<sup>276</sup>

Tanto por la forma como por el motivo y la autoridad que lo disponía, la invocación consuetudinaria no era —como pudiera tal vez creerse cuando se repara en la monótona reiteración de una fórmula— simplemente una expresión modal ajurídica, sino que era precisamente el fundamento de derecho que autorizaba al cuerpo capitular a dictar la medida y llevar a cabo la celebración. Esto se exteriorizó al producirse conflictos acerca de la autoridad encargada de organizar estas funciones. Así en 1775 a raíz de una cuestión planteada por el gobernador interino desautorizando al Cabildo por haber dispuesto celebrar por su cuenta el nacimiento de la infanta Carlota, el ayuntamiento porteño pedía al rey que “en adelante,

<sup>271</sup> AC, 53 (1810). Lo mismo, la asistencia de “algunos mulatos libres y mozos” para la atención y provisión de la celebración del día de Corpus Christi (ASE, I, 247-1733).

<sup>272</sup> ABA, 3, II, 90 (1756), IV, 265 (1771), 571-572 (1773).

<sup>273</sup> Idem, 2, III, 634 (1718) y IV, 252.

<sup>274</sup> ASE, II, 487 (1766), III, 23 (1767).

<sup>275</sup> Algunos ejemplos sobre la festividad de Corpus: ABA, 2, I, 49 (1701), 269 (1704), IV, 165 (1720); 3, II, 90 (1756), VI, 278 (1778); AM-RAGA, I, 297 (1731), II, 11 (1739), VII, 10 (1764), VII, 88 (1766); AM-AGN, XVII, 368 (1790); ASJ, 30 (1753) ASE, II, 451 (1765), VI, 23 (1806) y 214 (1810).

<sup>276</sup> Ejemplos: ABA, 2, VII, 138 (1734), IX, 419 (1748); 3, III, 321 (1764), 682-683, 688-689 (1768), IV, 318 (1771), VI, 299 (1778), 590 (1780), VII, 263 (1783).

conforme a lo que siempre se ha practicado en esta ciudad y es costumbre se sirva declarar... que estas funciones corresponden a este Ilustre Cabildo disponer de su ejecución con noticia del Señor Gobernador según se ha practicado anteriormente".<sup>277</sup> Por esos mismos años, ante un pedido de informe de la autoridad gubernativa, el Cabildo bonaerense se mostraba preocupado en determinar la costumbre existente acerca de las funciones religiosas que se celebraban en acción de gracias por algún acontecimiento extraordinario y a quien correspondía disponerlas.<sup>278</sup>

#### 6. *La publicidad de las normas.*

Con frecuencia a través de la centuria se invocó la costumbre en lo relativo a la publicidad de las disposiciones gubernativas y capitulares tanto las más importantes, provenientes del rey, como los meros autos o bandos de buen gobierno, o los anuncios para posturas sobre el remate de géneros de abasto o para subastar una obra pública. La mención consuetudinaria hacía también a veces especial referencia a la forma de llevarla a cabo —“los nueve pregones que se acostumbra”, “o son de caja de guerra”, “por bando”, etc.—, al lugar —“en los parajes acostumbrados”, “en las calles acostumbradas” o en el “lugar acostumbrado”—, e incluso al tiempo de duración del acto —“pregonándose hasta puesto el sol como es costumbre”—.<sup>279</sup>

### IV. *Introducción, prueba y extinción de la costumbre*

En el anterior trabajo<sup>280</sup> efectué algunas consideraciones generales y presenté testimonios acerca del proceso de introducción, prueba y extinción de la costumbre. Al volver sobre el tema nada debo agregar a aquellos conceptos ni tampoco sobre la forma y objeto en que se hace el aporte, dada la dificultad de la tarea, que debe encararse sin base alguna, ya que no existe redacción de las costumbres, ni índice de las mismas.

#### 1. *Introducción y requisitos.*

La indagación acerca del momento en que se introduce la costumbre es de suyo difícil, por no decir imposible, cuando la misma responde a la más genuina acepción del vocablo. En cambio, es posible constatar el

<sup>277</sup> Idem, 3, V, 507

<sup>278</sup> Idem, 3, VI, 690 (1781).

<sup>279</sup> Ejemplos: ABA, 2, II, 400 (1711), 655 (1713), VIII, 318 (1742); AM-RAGA, I, 316, (1732), 450 (1738), III, 129 (1760); AM-AGN, VI, 192 (1804); ARC, 253 (1807), 311.

<sup>280</sup> (1809); ASJ, 18 (1750), 76 (1784); ASE, IV, 65, 81 (1779), 188, 209, 211-212 (1782) y VI, 12 (1806).

<sup>280 bis</sup> La *costumbre*, 184-185.

origen de otros tipos de costumbre jurídica, menos ajustado a aquella acepción, pero que igualmente formaron parte del concepto reinante en la época. Ello se daba particularmente cuando la costumbre se introducía o establecía por decisión del cabildo. Veamos algunos casos.

En 1742 el Cabildo de Montevideo acordó que los pulperos de la ciudad contribuyeran al pago de los gastos de la festividad de Corpus Christi, disponiendo que “se establezca esta orden todos los años por uso y costumbre desde este próximo año”.<sup>281</sup> También en Montevideo se produjeron otros casos, en los que se dispuso introducir una costumbre de Buenos Aires. En 1741, para el abasto de carne a la ciudad, se obligó a los vecinos a hacer mataderos “como es suso y costumbre en la Capital de Buenos Aires”, y determinándose que ello “se observe y guarde de hoy en adelante. . .”<sup>282</sup> En 1773 se adoptó “el ejemplar o práctica” bonaerense en cuanto a los derechos de visita a las tiendas y pulperías de la ciudad.<sup>283</sup> En 1809 el Cabildo decidió lo siguiente con respecto al uso de la vara y el bastón: en atención a que “en la Capital Buenos Aires no usan de vara ni bastón en las funciones en que concurre el Cabildo sino sólo los Capitulares que ejercen jurisdicción se observe aquí igual práctica desde ahora para lo sucesivo, ejecutándose en la primera función que ocurra, el acompañamiento de los regidores que no ejercen jurisdicción, sin vara ni bastón, para qu establecido ya por esta primera demostración este nuevo y debido orden, se siga y no se altere de modo alguno, pues que será muy notable, la continuación del antiguo abuso que probablemente ha motivado durante él una grande confusión por no ser fácil en aquellos actos distinguirse los Capitulares que ejercían jurisdicción de los que no la ejercían”. Y agregaba: “Por todas estas razones de unánime parecer hemos acordado establecer y establecemos la práctica indicada. . .”.<sup>284</sup> Como se observa, en los dos últimos casos no se utilizaba el vocablo “costumbre” sino el de “práctica”. No obstante, resultaban bastante expresivos —a falta de otros— para dar cuenta de esta modalidad consuetudinaria.

En la introducción de la costumbre —en su más genuina acepción— se cuidaba el cumplimiento de los requisitos exigidos por la doctrina clásica.<sup>285</sup> Sin necesidad de volver sobre los mismos desde un punto de vista doctrinario, es oportuno ahora enfrentar la realidad jurídica.

En cuanto a la exigencia de la pluralidad de actos, las únicas leyes indianas que abordaban el tema —con relación a la concesión de mercedes reales— afirmaban que la costumbre “no se ha de entender en dos o tres actos solo sino en muchos continuados, sin interrupción, ni orden

<sup>281</sup> AM-RAGA, II, 67.

<sup>282</sup> Idem, II, 43.

<sup>283</sup> Idem, X, 40-41.

<sup>284</sup> Idem, IX, 329.

<sup>285</sup> Véase *La costumbre*, 135-139.

en contrario".<sup>286</sup> Un mismo criterio de pluralidad, aunque no tan exigente, se percibe en los pocos casos hallados. En 1765 el gobernador rioplatense decía que para que "se haga costumbre son necesarios no solo uno o dos actos, sino más";<sup>287</sup> y en 1767, en el Cabildo bonaerense se sostenía que un "único acto no puede inducir costumbre".<sup>288</sup> Como veremos enseguida, en un conflicto planteado en 1790 entre el Cabildo de Buenos Aires y la Audiencia se aceptaba implícitamente la posibilidad de una costumbre nacida de solo dos actos.

En este último caso, el meollo de la discusión residía en otro de los requisitos exigidos para la existencia de la costumbre: la intención de crearla. Se trataba de una divergencia suscitada a raíz de que el regente de la Audiencia pretendía que los días de besamanos el Cabildo en cuerpo acompañara a la Audiencia a cumplimentar al Virrey, tanto en el trayecto de ida como de vuelta al Palacio virreinal, y que sólo después de haber terminado esta ceremonia, el ayuntamiento volviera a hacer su saludo al Virrey. Como en 1788 y 1789 así se había hecho, el regente consideraba que ello era ya una obligación para el Cabildo. Este, en cambio, sostuvo que tan sólo se trataba de una "condescendencia amistosa", practicada a solicitud del impulsivo regente, sin ánimo de inducir costumbre. La diferencia era fundamental y le permitía remarcar que este acto de cortesía hacia la Audiencia "no constituye costumbre... porque esta no se ha de caracterizar por la materialidad de los actos, sino por el fin e intención con que se hacen, como que es axioma de Derecho, que los actos de los obran no se extienden a más de su intención".<sup>289</sup> El planteo del Cabildo no tuvo éxito ante el Virrey, pero sí ante el rey.

En lo relativo al requisito de la repetición de los actos durante determinado tiempo, se mencionaban los conocidos lapsos de diez, cuarenta y cien años, para caracterizar los distintos tipos y modos de norma consuetudinaria. Pero era tal vez más frecuente —en vez de la precisa determinación temporal— el uso de expresiones como "antigua costumbre" o "costumbre inmemorial". También era punto de referencia para determinar su antigüedad el que existiera "desde la fundación de la ciudad".<sup>290</sup> En el Montevideo de 1774 un letrado decía que ésta era "la inmemorial más antigua que en lugares de nueva Población se puede apetecer pues trae su origen desde su primera instancia..."<sup>291</sup> En otro caso, al alegarse por la exención del pago de alcabala, se sostenía que había en su favor

<sup>286</sup> Ley 21, tít. II, libr. II de la *Recopilación de Indias*.

<sup>287</sup> ABA, 3, III, 284-286.

<sup>288</sup> Idem, 3, III, 472.

<sup>289</sup> Idem, 3, IX, 438-442, 445-446; y *Cedulario Audiencia de Buenos Aires*, II, 45-47.

<sup>290</sup> Las expresiones se repetían. Algunos ejemplos: ABA, 2, I, 110-112 (1702), VII, 124 (1734); 3, III, 192 (1763), III, 346 (1766); ASE, I, 394-396 (1741); AM-RAGA, II, 230, 239 (1748); AM-AGN, XVII, 21 (1783).

<sup>291</sup> Parecer del licenciado Eusebio Felises de Molina al Cabildo de Montevideo (AM-RAGA, X, 91-96).

una costumbre que "no solo es cuadragenaria o inmemorial sino que no se dará ejemplar desde la fundación de esta ciudad de haberse satisfecho este derecho en tales ventas".<sup>292</sup>

Por último, cabe señalar que para determinadas cuestiones, la creación del Virreinato significó el momento adecuado para iniciar el cómputo del tiempo exigido para la formación de la norma consuetudinaria.<sup>293</sup>

Es también interesante observar como se jerarquizaba una costumbre desarrollada en ciudad donde residía audiencia. Ello se explica si tenemos en cuenta la exigencia de que la costumbre contara con el consentimiento o tolerancia del rey. Más modernamente la doctrina había admitido que se podía manifestar a través de los Consejos o Chancillerías.<sup>294</sup> Un caso ocurrido en Buenos Aires en la primera mitad de la centuria nos coloca frente al problema. Se trataba de la facultad del Cabildo para distribuir tierras en el ejido, considerada como "uno de los privativos privilegios de las ciudades y con particularidad de esta por su costumbre inalterada". El regidor Matías Solares elaboró entonces sutilmente los argumentos en que se fundaba esa posición, manifestando que, entre otras razones, se basaba en "la inconcusa costumbre de todo este Reino en donde apenas se hallará ciudad que ni esté circunvalada de edificios, obrajes, huertas, viñas y arboledas...". Entre esas ciudades, mencionaba a Lima y Santiago de Chile, donde había audiencia, "con cuyo consentimiento, ciencia y paciencia se ha introducido tal costumbre lo que es bastante para su legítima prescripción según la comunísima opinión de los doctores citados y seguidos de dicho Bobadilla... y el doctor Azevedo..." Solanes deducía enseguida que si las audiencias debían informar obligatoriamente al rey acerca de los pastos, aguas, y cosas públicas, "es patente que S. M. no ignora la introducción de tal costumbre y consiguientemente por lo inmemorial de ella no admite duda haber consentido S. M. de que las tierras consejiles se planten y edifiquen...".<sup>295</sup>

En otra oportunidad un gobernador afirmaba al notoriedad y continuidad de una costumbre señalando que se había practicado durante "todo el tiempo que han mandado Gobernadores y Capitanes Generales estas Provincias".<sup>296</sup>

Sin embargo, la práctica revela que la invocación del consentimiento de la autoridad real se hacía muchas veces difícil. Mientras la doctrina jurídica dieciochesca acentuaba por entonces la necesidad de este requisito, no aparece en la realidad una equivalente inquietud o preocupación por alcanzarlo.

<sup>292</sup> ABA, 3, IV, 442-443 (1772).

<sup>293</sup> Idem, 3, IX, 539-540 (1791); X, 154-155 (1792).

<sup>294</sup> Jerónimo CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos*, Madrid, 1759, lib. 2, cap. 10. No. 34.

<sup>295</sup> ABA, 2, VII, 232 y 353 (1736). Otro caso en el que se invocó el tiempo que residió en Buenos Aires la primera Audiencia, en ídem, 2, III, 387 (1717).

<sup>296</sup> Idem, 2, I, 725-728 (1707).

La costumbre propia de cada ciudad gozaba de respeto y estabilidad. Se prefería así la conservación de una costumbre arraigada y útil, que la introducción de una norma consuetudinaria extraña.<sup>297</sup> Ello llevaba en todo el territorio indiano, en cada uno de sus reinos y provincias, a aceptar la existencia de una pluralidad de costumbres. Esta misma pluralidad estaba consagrada en la Recopilación de 1680 cuando en innumerables casos, se dejaba obrar a la costumbre de la ciudad frente al precepto legal, ya sea para ejecutarlo, complementarlo, o aun para contradecirlo. Esta misma interpretación hacía en 1707 un gobernador del Río de la Plata con respecto a una de las leyes indianas, al decir que la misma disponía que se observase la costumbre “introducida en cada una de las ciudades que las más difieren en sus estilos sin ser argumento el de la una para la otra. . .”.<sup>298</sup>

Esta fuerza natural de la costumbre local no impedía que con frecuencia se observara con interés la costumbre practicada en otros lugares, especialmente “la de la tierra más cercana”, como recomendaba un autor.<sup>299</sup> Ello se hacía para confrontarla con la existente en la propia ciudad o para invocarla como apoyo en determinado planteo, sobre todo cuando se trataba de una norma propia de una importante ciudad o un conjunto de ellas. También a veces servía a falta de toda norma, para cubrir el vacío del orden jurídico. Veamos algunos ejemplos típicos.

Para una ciudad virreinal nueva, como lo era Buenos Aires en el último cuarto del siglo, la costumbre de las otras ciudades de igual rango y mayor antigüedad y sobre todo la más cercana —Lima—, era ejemplo exclusivo en todas aquellas materias que tan solo incumbían a las empuñadas capitales. Así en Buenos Aires se aludía durante este período a la práctica o costumbre limeña.<sup>300</sup>

El prestigio que tenían las capitales, fueran virreinales o no, hacía que también sus demás usos fueran apreciados e invocados. Así Montevideo, ciudad nueva de la primera mitad del XVIII, seguía con frecuencia los usos y costumbre de la capital Buenos Aires.<sup>301</sup> Aunque en menor medida también lo hacían otras ciudades y villas, tanto respecto a la capital virreinal como a la provincial.<sup>302</sup>

Para apoyar determinada costumbre a veces se solía decir que una norma análoga regía en otras ciudades de la provincia, en las provincias inmediatas

<sup>297</sup> Idem, 2, I, 170-172 (1702); y 3, X, 154-155 (1792).

<sup>298</sup> Idem, 2, I, 725-728 (1707).

<sup>299</sup> J. M. DOMÍNGUEZ VICENTE, *Ilustración y continuación de la Curia Filipica*, I, 42.

<sup>300</sup> Véase ABA, 3, VI, 147-150 (1777); 241 (1778), 374-375 (1779), VII, 429-431 (1784), 616 (1785), IX, 187 (1789), 244-245 (1790); y 4, I, 189 (1802).

<sup>301</sup> Ejemplos: AM-RAGA, II, 43 (1741); VIII, 226 (1771), 321, 352 (1772), IX, 329 (1809).

<sup>302</sup> Como ejemplos: ASE, IV, 224-225 (1782) y 257 (1783); AL, 91 (1774), 153 (1779).

o aun en todo el reino.<sup>303</sup> Excepcionalmente, se invocaba la costumbre universal de "todos los reinos de América".<sup>304</sup> En alguna materia específica, como la mercantil, prevalecía la costumbre de las ciudades con las que se mantenía giro comercial. Este último fue el criterio expuesto en Buenos Aires al adoptar en 1784 la vara de medir de Cádiz.<sup>305</sup>

## 2. *La prueba*

Cuando la costumbre era cuestionada, dudándose de su propia existencia, se imponía acreditarla fehacientemente. Ello se hacía de tres modos principales —aunque no independientes—: a) los libros capitulares; b) las certificaciones e informes; y c) las informaciones sumarias. No siempre apareció claramente diferenciado el aporte documental del testimonial.

Los libros capitulares fueron a veces invocados, como fuente específica, para respaldar la introducción y vigencia de una costumbre. Era el caso de los regidores santiagueños que en 1741 al acogerse a una norma consuetudinaria hacían "manifestación de todos los dichos libros así corriente como antiguos".<sup>306</sup> Pero también otras veces el registro de los acuerdos capitulares y demás papeles del archivo era la tarea que imponía la contestación de un informe o la preparación de un certificado.<sup>307</sup>

No había, al parecer, una precisa distinción entre las certificación y el informe. Este era más bien la forma en que una autoridad (rey, virrey, gobernador u otro cabildo) pedía al ayuntamiento relacionara la existencia de determinado estilo o costumbre.<sup>308</sup> Generalmente no se establecían las pautas a las que debía sujetarse el cabildo para evacuarlo. Excepcionalmente, se solicitaba sobre un medio de prueba concreto, como los libros capitulares.<sup>309</sup> El informe tanto servía para resolver una cuestión pendiente de interés para la propia ciudad, como para utilizarla de guía o apoyo en la solución de un problema de otra ciudad.

La certificación, en cambio, era la forma en que el escribano del cabildo daba fe de la existencia de una costumbre, ya fuera en base a la documentación capitular o a lo que él mismo había observado. Este último es el que interesa destacar. A veces el escribano del ayuntamiento certificaba sobre una costumbre observada durante el tiempo que había ejer-

<sup>303</sup> Ejemplos: ABA, 2, III, 264-265 (1716), V, 515-516 (1725), VII, 329-330 (1735); 3, I, 72 (1751), X, 61 (1792); AM-RAGA, II, 289-290 (1750), 401 (1754); ASE, I, 65-66 (1727), II, 17 (1748), IV, 419 (1788) y V, 388 (1800); AL, 172-175 (1781).

<sup>304</sup> ABA, 3, VI, 147-150 (1777).

<sup>305</sup> Idem, 3, VII, 381.

<sup>306</sup> ASE, I, 394-396 (1741).

<sup>307</sup> Como ejemplo: ABA 2, 441 (1732), 3, III, 284-285 (1765).

<sup>308</sup> Véase ABA, 2, II, 197-198 (1709), VI, 441 (1732); 3, IV, 84 (1768), VI, 197 (1778), IX, 190-192 (1789); X, 439-444 (1794).

<sup>309</sup> Idem, 3, III, 284-286 (1765).

cido su oficio.<sup>310</sup> En algún caso, certificaba tanto la costumbre existente como la falta que a ella se había cometido.<sup>311</sup> En otra oportunidad, el notario certificaba sobre una costumbre alegada por el Virrey, expresando que no la había visto practicar desde 1773 hasta el año de la aserción, 1792.<sup>312</sup>

Finalmente, un tercer modo probatorio era la "información sumaria" Revestía ya forma judicial y se promovía por el Procurador General<sup>313</sup> ante el alcalde o el gobernador. No tenía carácter contencioso, aunque en algún caso se pretendió hacerlo con citación de la parte afectada.<sup>314</sup> Reposaba principalmente en la declaración testimonial de vecinos principales o funcionarios, según fuera el asunto a esclarecer. Cuando se trataba de una cuestión referida a un oficio capitular, se convocaba a declarar a los que habían ocupado el cargo.<sup>315</sup> Se dio el caso de un oficial real llamado a declarar sobre lo que había observado en otra ciudad donde había prestado servicios, aunque el asunto en cuestión era ajeno a su función específica.<sup>316</sup>

### 3. Vigencia, suspensión y extinción.

En primer lugar, dos casos relativos a la vigencia. El primero de ellos es una curiosa ratificación de costumbre. El Cabildo de Catamarca resolvió en 1810 que la "costumbre inconcusa" de contribuir los artesanos en el adorno de las calles para la festividad de Corpus Christi se continuase "haciéndola inalterable ahora y en lo sucesivo".<sup>317</sup> Era evidente la intención de dar mayor fuerza a la norma consuetudinaria y posiblemente ello consistiese en su registro en las actas capitulares.

El otro caso ocurrió en Buenos Aires en 1762 con motivo de la presencia del escribano en la diputación capitular que entrevistó al gobernador. Al ser objetada dicha presencia, el Cabildo se vio obligado a explicar al Gobernador la razón que la justificaba y así dijo que había sido acordada "por costumbre y uso antiguo", pero enseguida agregaba que "esta costumbre, unas veces se observa, y otras se omite".<sup>318</sup> Se trataba en realidad de un singular caso de costumbre potestativa, que parece contraria a la propia naturaleza de la norma consuetudinaria.

<sup>310</sup> Idem, 3, V, 121 (1774) y IX, 190-192 (1789).

<sup>311</sup> Idem, 3, IX, 188 (1789).

<sup>312</sup> Idem, 3, X, 23-27 (1792).

<sup>313</sup> Véase ídem, 2, I, 714-715 (1707), V, 240-422 (1724), VI, 45 (1729), VII, 329-331 (1736); 3, III, 310-311 (1765), IV, 93-95 (1764); VII, 429-431 (1784), IX, 652, (1791); y 4, I, 116 (1802).

<sup>314</sup> Idem, 2, V, 420-422 (1724).

<sup>315</sup> Así con los alfereces reales (Idem, 2, I, 721-723, (1707).

<sup>316</sup> Idem, 3, VII, 429-431 (1784).

<sup>317</sup> AC, 53.

<sup>318</sup> ABA, 3, III, 58.

Otros dos casos nos enfrentan con la suspensión de la costumbre. Ambos se refieren a una misma materia: el paseo del estandarte real. El Cabildo de Buenos Aires dispuso en 1734 que dicho paseo se hiciera a pie y no a caballo ante la falta de alférez real y el poco tiempo disponible para prepararlo, pero “dejando en su vigor y fuerza la costumbre antigua que ha habido...”<sup>319</sup> A su vez, el ayuntamiento de Montevideo resolvió en 1777 suspender esa misma costumbre por motivos circunstanciales “sin que esto pueda servir ni traerse por ejemplar en lo sucesivo para que se deje de hacer dicho paseo a caballo, cuyo establecimiento y práctica deberá continuarse en lo venidero siempre que haya las proporciones de tropa y vecinos de que hoy se carece”.<sup>320</sup> En ambas oportunidades, como vemos, se hacía una escrupulosa advertencia sobre el carácter transitorio de la suspensión y los motivos que justificaban la determinación.

Otro caso sobre la misma materia nos lleva a una reivindicación de costumbre. En efecto, en 1802 el Cabildo de Santiago del Estero resolvió cortar “el abuso” introducido en la ciudad en los últimos años por el cual el Comandante de Armas convocaba a los vecinos y forasteros a concurrir a caballo al paseo de estandarte real. El Ayuntamiento consideraba que la convocatoria era facultad propia y privativa del cuerpo. Y después de esperar infructuosamente el regreso del Comandante de Armas, que se hallaba fuera de la ciudad, para que “diese razón o exhibiese providencia superior de su origen contra la antigua costumbre de este Ayuntamiento... para desempeñar esta carga consejo como puede verse desde tiempo inmemorial...”, acordó reasumir esa función.<sup>321</sup> Véase como se plantea este interesante caso. El Cabildo se apercebía que había perdido una atribución, fundada en “la antigua costumbre”. Consideraba que se le había despojado de la misma por abuso y no en base a otra costumbre. Fue entonces cuando resolvió pedir explicaciones al Comandante de Armas para que manifestara la razón o providencia superior contraria a la costumbre invocada. Como éste demoró excesivamente, a juicio de los capitulares, su regreso a la ciudad, el Cabildo resolvió reasumir esa atribución sin esperar más.

Finalmente he registrado algunos casos —todos en la segunda mitad del XVIII— que permiten obtener interesante conclusiones en lo relativo a cómo y quien podía extinguir una costumbre. En la mayoría de ellos se admitía que sólo era la autoridad real —virrey o gobernador— quien podía hacerlo. Así se pronunciaba el Cabildo de Buenos Aires en 1791 al decir que no podía alterar la costumbre sin “precedente noticia y orden del Exmo. Señor Virrey, su Jefe y Cabeza...”<sup>322</sup> Pero ya con anterioridad,

<sup>319</sup> Idem, 2, VII, 134.

<sup>320</sup> AM-AGN, XVI, 45-46.

<sup>321</sup> ASE, V, 551. Para los años posteriores, véase idem, 607-608, 702 y VI 25 y 172.

<sup>322</sup> ABA, 3, IX, 538-539.

al pedir en un caso autorización al gobernador para contrariar una "costumbre anticuada"<sup>323</sup> y en otro consultarlo sobre si "ha de seguir con una costumbre o no",<sup>324</sup> haba abierto el camino a aquel pronunciamiento. El Cabildo de Montevideo también siguió el mismo criterio.<sup>325</sup> En cambio, en Santiago del Estero la abolición de una costumbre se produjo por el propio Cabildo.<sup>326</sup>

Estos pocos casos, algunos incompletos pero ilustrativos, nos permiten advertir las vicisitudes experimentadas por diversas costumbres, una vez introducidas. Constituyen, tan sólo, modestos elementos para alcanzar una mejor comprensión del desarrollo e importancia del perfil consuetudinario en la realidad jurídica indiana.

<sup>323</sup> *Idem*, 3, II, 145, 262 y 264 (1756-1757).

<sup>324</sup> *Idem*, 3, III, 496 (1767).

<sup>325</sup> Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares, LIV, 274-275 (1795).

<sup>326</sup> ASE, IV, 346 (1785).