

## EL DERECHO CONSUETUDINARIO A TRAVÉS DE LAS VISTAS DEL MINISTERIO PÚBLICO DEL REINO DE CHILE<sup>1</sup>

ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ

Universidad de Chile

Miembro de número de la Academia Chilena de la Historia

### I. GENERALIDADES

El Ministerio Público está constituido en el reino de Chile por el fiscal de la Real Audiencia -desde 1776, dos, uno para lo civil y otro para lo criminal- y sus colaboradores, los agentes o solicitadores fiscales. Las amplias labores que competían a la Real Audiencia en Indias, que rebasaban lo meramente judicial para adentrarse en aspectos gubernativos y administrativos, implicaban que el fiscal también debiera emitir dictámenes en esos amplios campos. Se le encargaba que velara por los intereses comunes y de la Corona, particularmente en lo relativo a Hacienda Real y Patronato. El rol que se les asignaba en cuanto a defensa de los intereses de la corona los hacía particularmente delicados en cuanto a obtener la preeminencia de la legislación real sobre cualesquiera costumbres que pudieran mermar su imperio. De ahí que resulte interesante observar la actuación de ellos frente a esta fuente del derecho.

La costumbre podía ser metropolitana -la que se fraguaba en España con relación a las Indias- o indiana propiamente tal y ésta, según quién la creara podía ser criolla o indígena. La costumbre indiana metropolitana no ha sido objeto de estudio hasta el momento<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido posible gracias a la ayuda económica de FONDECYT, a quien el autor agradece la colaboración.

<sup>2</sup> Puede consultarse la siguiente bibliografía ubicada en orden cronológico: LEVENE, Ricardo, *El derecho consuetudinario y la doctrina jurídica en Hispanic American Historical Review* 3 (Durham, 1920); Altamira y Crevea, Rafael, *La costumbre jurídica de la colonización española en Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia* 10 (México, 1948); MANZANO MANZANO, Juan *Las leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del derecho indiano en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* 18 (Buenos Aires, 1967), pp. 65 y ss.; MARILUZ URQUIJO, José María, *El derecho prehispánico y el derecho indiano como modelos del derecho castellano en III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*

Era costumbre criolla la emanada de españoles y criollos. En el título 2 de la Partida primera, Alfonso X, siguiendo la tradición romana, daba a la costumbre una enorme importancia. Podía tener valor según la ley, cuando ésta se remitía a ella; valor en silencio de la ley, cuando nada se decía en la legislación y aun en contra de ley, a la que se refiere Juan de Hevia Bolaños en 1603<sup>3</sup>. Decían Partidas 1, 2, 6 de la costumbre que: *puede tirar las leyes antiguas que fuesen hechas antes de ella, pues que el rey de la tierra lo consintiese usar contra ellas tanto tiempo como sobre dicho es o mayor. Esto se debe entender cuando la costumbre fuere usada generalmente en todo el reino; mas si la costumbre fuere epecial entonces no desataría la ley sino en aquel lugar tan solamente donde fuere usada.* La doctrina se refirió particularmente a la costumbre contra ley, que es la más llamativa, a la que se exigía: a) repetición de actos (comprobado por dos sentencias o aun podían bastar dos casos en que se hubiera invocado la costumbre); b) que fuera racional (lo que, siguiéndose a Enrique de Susa y Juan Andrés quedaba entregado al criterio del juez, quien con su arbitrio la moderaba); c) públicamente utilizada; d) por un cierto tiempo, que se equiparó al de la prescripción, distinguiéndose diez años entre presentes y veinte entre ausentes (para Gregorio López el pueblo siempre estaba presente por lo que sólo se utilizaría el plazo de diez años; Hevia Bolaños, en cambio, admite la diferenciación y agrega que, en materia de derecho canónico el plazo es de cuarenta años); d) tolerada por el príncipe; e) que no fuera contraria al derecho natural; e) que no fuera contra el bien común y f) que se estableciera sin error, a

---

(Madrid, 1973), pp. 101 y ss.; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La costumbre como fuente del derecho indiano en los siglos XVII y XVIII: estudio a través de los cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán* (Madrid, 1973); TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Costumbre en el derecho del siglo XVIII en Revista de Derecho de México XXVI 101-102* (México, enero-junio, 1976); TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La costumbre en el siglo XVIII* (México, 1976); DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio, *Variaciones introducidas por la costumbre y aceptadas por la jurisprudencia chilena en el procedimiento ejecutivo indiano en Revista Chilena de Historia del Derecho 7* (Santiago de Chile, 1978); DÍAZ REMENTERÍA, Carlos, *La costumbre indígena en el Perú hispánico* (Sevilla, 1976); GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Angel, *El elemento indígena en la formación del derecho indiano en Revista de Historia del Derecho 11* (Bs. As., 1983), pp. 427 y ss.; AVILA MARTEL, Alamiro de y BRAVO LIRA, Bernardino, *Aporte sobre la costumbre en el derecho indiano en Revista Chilena de Historia del Derecho 10* (Santiago, 1984); TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La costumbre jurídica en la América Española (siglos XVI-XVIII) en Revista de Historia del Derecho 14* (Buenos Aires, 1986), pp. 355 y ss.; STORNI, Carlos Mario, *Notas acerca de la costumbre en el derecho agrario en Revista de Historia del Derecho 14* (Buenos Aires, 1986), pp. 499 y ss.; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Elementos consuetudinarios en la "Política Indiana" de Solórzano en Revista de Historia del Derecho 15* (Buenos Aires, 1987); MARGADANT S., Guillermo Floris, *La consuetudo contra legem en el derecho indiano a la luz del ius commune. (Análisis del pensamiento de Francisco Carrasco y Sáiz, jurista indiano, sobre este tema)* en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho II* (México, 1990).

En cuanto al Ministerio Público, lo más completo que conozco es: SUAREZ, Santiago-Gerardo, *Los Fiscales Indianos Origen y Evolución del Ministerio Público* (Caracas, 1995), 703 pp. más índices.

<sup>3</sup> HEVIA BOLAÑOS, Juan de, *Curia Filipica* 1a. parte. VIII. 18.

ciencia cierta. Aun se admitió, como se ha visto, la costumbre contra derecho canónico, caso en el cual el tiempo de uso era considerablemente mayor.

La amplitud de utilización de la costumbre es explicable por lo casuística y fragmentaria que era la legislación, de manera que aquélla permitía integrar lagunas legales. Además y sobre todo en su vertiente contra ley, permitía adecuar el derecho a la realidad. Mucho se la utilizó en derecho público, al punto que generalmente los títulos expedidos hacían referencia al desempeño del oficio en los términos en que lo habían hecho los antecesores. También se esgrimió frecuentemente la costumbre a efectos de determinar la etiqueta que debía presidir las relaciones entre diversas autoridades. Los cabildos recurrieron a ella para temas protocolares, determinación de sus funciones y muchos más. El derecho agrario se desenvuelve utilizando profusamente la costumbre. Los tribunales, y en particular las Reales Audiencias, fueron constituyendo un estilo de actuar que sale corrientemente a relucir en diversos escritos donde aparecen prácticas originales en el radio jurisdiccional respectivo que no se hallan en otros.

La costumbre indígena obtuvo sanción oficial habiendo sido confirmada en 1530, 1542 y 1555, entre otras. Los corregidores de indios creados en Nueva España se rigieron por unos Capítulos, de 12 de julio de 1530, en los que se les encargaba, entre otras cosas, *que vean la orden y manera de vivir, que en los mantenimientos y policía tienen los naturales indios en los pueblos que estuvieren debajo de su gobernación, y lo envíe al presidente y oidores para que lo ven y con su parecer de lo que ordenaren, lo envíen al Consejo, y entre tanto se guarden sus buenos usos y costumbres en lo que no fueren contra nuestra religión cristiana.* A petición de Juan Apobezt, cacique en Vera Paz (Guatemala), declaraba Carlos I en real cédula de 6 de agosto de 1555: *aprobamos y tenemos por buenas vuestras buenas leyes y buenas costumbres que antiguamente entre vosotros habéis tenido y tenéis para vuestro regimiento y policía, y las que habéis hecho y ordenado de nuevo todos vosotros juntos, con tanto que nos podamos añadir lo que fuéremos servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios Nuestro Señor y nuestro y a vuestra conservación y policía cristiana, no perjudicando a lo que vosotros tenéis hecho ni a las buenas costumbres y estatutos vuestros que fueren justos y buenos...*, que algo modificado originó Rec. Ind. 2, 1, 4: *ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión ni con las leyes de este libro y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y ejecuten...*

En consecuencia, la costumbre indígena tenía como limitaciones el no afectar la religión católica ni la legislación real. El conocimiento del derecho indígena fue rastreado por misioneros y laicos. Algunos lo ponderaron debidamente como Juan Polo de Ondegardo en su famosa *Relación de los fundamentos acerca del notable daño que resulta de no guardar a los indios sus fueros* y Gaspar de Escalona y Agüero que consideraba las costumbres aborígenes entre los "privilegios reales". Al establecerse en Chile en 1580 pueblos de indios, se les dio una organización de policía y expresamente se permitió juzgar de

acuerdo a sus usos y costumbres en lo que no fuesen contrarios al derecho natural.

Gracias a la colaboración de FONDECYT se ha podido formar un *corpus* documental de vistas fiscales, cuyo análisis ha permitido detectar la posición del Ministerio Público frente a la costumbre en distintos aspectos, refiriéndome en el presente trabajo a su incidencia en derecho penal, procedimiento penal, derecho administrativo, derecho comercial, procedimiento civil y derecho financiero.

## II. EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA COSTUMBRE EN MATERIA DE DERECHO PENAL.

Alamiro de Avila Martel en su *Esquema del Derecho Penal Indiano* (Santiago, 1941)<sup>4</sup> dejó convenientemente aclarado que la dureza de muchas disposiciones penales -algunas provenientes del siglo XIII, como las de las Partidas- obligaba a atemperar su aplicación. Los jueces, al través del ejercicio del *arbitrio* que les era propio, aplicaban penas considerablemente diversas de aquéllas que la legislación señalaba. El mismo Avila Martel cita a Pedro de Medina, que expresa en el siglo XVI: *No se ejecutan en nuestra España las crueles justicias y tormentos que entre otras naciones: a nadie empalan, a nadie quebrantan los huesos ni apedrean, a nadie mata o condena la voluntaria pasión o deliberación del juez, ni se admite solo arbitrio de jueces particulares; sola la ley justa, establecida y admitida en la república es la que mata y condena al delincuente nadie se puede quejar con razón*<sup>5</sup>. En más de alguna vista fiscal se advierte su concordancia con esta manera de actuar. Así, el fiscal Miguel de Gomendio Urrutia, en vista de 4 de octubre de 1715, se opone a que el negro Andrés Negro, homicida de Gabriel Varas, sea condenado a flagelación como aditamento a una posterior ejecución. Expresa que *aunque consiente en la pena principal en que a este reo se ha condenado por parricida a muerte, pide se confirme como en ella se contiene, pero la especialidad de que sea verberado antes de padecer la muerte, se ha de servir V. A. de modificar esta agravación, porque esta circunstancia penal es según ley cesárea de Partida, pero es opinión de los autores regnícolas el no practicarse en nuestro reino*<sup>6</sup>. La

<sup>4</sup> En pág. 37-38, 9 se lee: "*Arbitrio judicial*. Esta facultad, considerada hoy de nuevo como elemento importante de un buen sistema penal, la encontramos ampliamente en la legislación castellana. Presenta dos formas: la una incide en la apreciación que debe hacer el juez de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal [...], para imponer la pena correspondiente, que en ausencia de una tabla de penalidad, queda en gran parte a su criterio. La otra es la delegación que hace el legislador en el juez para que establezca la pena, indeterminada, para un delito que le ordena castigar, o cuando se remite a los principios generales de justicia."

<sup>5</sup> MEDINA, Pedro de. *Libro de las grandezas y cosas notables de España* (1543), Part. I, cap. XI.

<sup>6</sup> Archivo Real Audiencia vol. 433. fs. 223

ilustración, incipiente en la época en que se produce este dictamen, daba fundamento a la petición referida.

También parece ser llevado por ideas ilustradas el primer fiscal del crimen de la Audiencia de Santiago, Ambrosio Cerdán y Pontero, cuando en 24 de junio de 1777 se manifiesta perplejo frente a una draconiana disposición del gobernador Francisco Javier de Morales dada en 28 de mayo de 1770. Por ella se había impuesto pena capital y confiscación de bienes para los que directa o indirectamente tratasen o contratasen con indios adentrándose en sus tierras. Dice: *si esta pena fue dispuesta ad timorem o ad executionem no consta al fiscal, mas se persuade lo primero por no haber llegado a su noticia que se haya verificado en alguno en siete años que han corrido desde su publicación.* Como la pena no se había aplicado nunca, llega a la conclusión de que sólo se la había dado con intención de mero amedrentamiento y sin ánimo de aplicarla realmente. Consecuente con ello, dictamina que no resultaba aplicable a unos individuos que se habían adentrado en tierras aborígenes para comerciar con ellos<sup>7</sup>.

La inobservancia de disposiciones reales da pábulo para diversas posturas de los fiscales. A veces se insiste en su cumplimiento, como lo hace Joaquín Pérez de Uriondo y Martiarena en vista de 14 de febrero de 1788 relativa a la penalización del uso de cuchillos. Para él ha habido *un abuso reprehensible sin otro principio que la inobediencia y falta de respeto de la plebe insolente o el descuido o disimulo de las justicias que han debido celarlo y corregirlo con tesón*<sup>8</sup>.

En otras ocasiones, en cambio, se estima que la inaplicación de ciertas normas legales implicaba su derogación. Es lo ocurrido en vista, de alrededor de 1780, del agente que hacía de fiscal en lo civil<sup>9</sup>, recaído en juicio del Fisco contra Francisco Javier Errázuriz sobre decomiso de unas piñas de plata. Se refiere ahí a la inobservancia en el reino de Chile de diversas disposiciones incorporadas a la Recopilación de Leyes de Indias.

Dice que *en los principios de la pacificación de estos dominios fueron expedidas diferentes reales cédulas, que se hallan incorporadas en el título 24, libro 4º y título 10, libro 8º de la Recopilación, prohibiéndose en unas contratar en oro que no estuviese fundido, ensayado y quintado, pena de perderlo; en otras, para precaver la falta de numerario que ocasionaba la contratación con el oro y plata sin quintar se prohibió también comerciarla en pasta; en otras fue prohibida toda extracción de estos metales, tanto para los reinos de España como de unas a otras de estas provincias, pena de perderlos; y en otras, que no se celebrase contrato alguno a pagarse en piña o plata ni se labrase alhaja alguna sin quintarse.* Se refiere, luego a una disposición de 1622 de Felipe IV, incorporada a Rec. Ind. 8, 10, 15, que *ordena que en la ciudad y*

---

<sup>7</sup> Archivo Real Audiencia vol. 117, p. 2a., fs. 51 v.-54.

<sup>8</sup> Manuscritos Medina vol. 357, fs. 36-39.

<sup>9</sup> Desgraciadamente sólo se conoce el texto de esta vista mas no su autor, toda vez que aparece sin firma en Manuscritos Medina, vol. 357.

*puerto de Veracruz se admitiese a cualquier persona que viajase a España las manifestaciones que hiciesen de plata por quintar, y que pagando estos derechos se les devolviese a sus dueños aun la aprehendida sin molestia.*

*Refiere que las antes citadas leyes se hallaban naturalmente inobservadas en esta gobernación, esto es, se contrataba el oro y plata y se labraban alhajas sin quintarse, concediéndose las licencias necesarias para su amonedación en otras Casas de Moneda. Ello varió con el establecimiento en Chile de la Real Casa de Moneda y con este motivo en uno de los capítulos de la real cédula de erección de 1 de octubre de 1743 se prometió a su establecedor librársele otra real cédula revalidatoria de la que prohibía la extracción de oro en pasta y tejos de unas provincias a otras, y que constando para lo de adelante por bando público, se comisase lo que así saliere fuera de este reino de suerte que todo lo que produjesen sus minas fuera enteramente amonedado en esta Real Casa". Más tarde, a instancia del Superintendente de la Casa, se publicó un bando "para que ninguna persona extrajere oro ni plata en pasta so pena de ser declarado por decomiso el que se encontrase en esa forma por los guardias de la Cordillera y de Valparaíso".*

*Pero después que ha meditado [el agente fiscal] que en el curso de tantos años no hay hasta hora un ejemplar de iguales decomisos -o sea, una costumbre había derogado la disposición- y habiendo traído a la vista real cédula de 12 de octubre de 1776, similar a la de 1622 antes citada, y que por el artículo 42 del Reglamento de Libre Comercio de 1778 parece admitirse la contratación y comercio de estos metales estando quintados: no puede menos que suspender el juicio, inclinándose más bien a que guardándose por ahora la práctica invariable en que se ha estado desde que se publicó el bando del año 1774 de no extraerse oro ni plata en piña sin amonedarse, se pasen desde luego a la Real Casa las aprehendidas este año en la guardia de la Cordillera, libres de la pena de decomiso a consecuencia de la expresada cédula del año 76 para que, pagados los quintos y demás derechos de cuño, se entregase a sus dueños el correspondiente numerario.*

*Termina pidiendo se dirija consulta al monarca con testimonio del expediente la duda ocurrida en que pueda declarar la regla que para lo sucesivo debe guardarse en asunto tan escrupuloso y de inmediato interés de la Real Hacienda por una parte y de las franquicias del comercio, por otra, de no pequeña consideración respecto a las ganancias que ofrece la contratación de pastas dentro de estos dominios y su extracción a los de España. Como puede apreciarse, se ha dado valor derogatorio de aquella disposición penal a la *desuetudo*.*

### III. EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA COSTUMBRE EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO PENAL

Las vistas fiscales acumuladas en la presente investigación permiten encontrar diversas referencias a la costumbre procesal penal, las que van desde su apli

cación a personas -como los procesados o los verdugos- hasta la habilitación de un recurso procesal de tanta relevancia como la suplicación.

El fiscal Miguel de Gomendio, ya citado, en una vista de 4 de octubre de 1715 hace caudal de la no aplicación en Chile del tormento a esclavos, a pesar de que ello era conceptuado plausible por los autores, que se fundaban en P.7, 17, 10<sup>10</sup>. También en relación a las personas el mismo fiscal, en dictamen de 12 de marzo de 1722 recordaba que *es constante que los presos se curen en la cárcel: es fuera de práctica intentar lo contrario...*<sup>11</sup>, con lo que salía al paso a la pretensión de José Martínez de Herrera, preso en la cárcel de Santiago por comercio ilícito con los franceses, que pretendía salir de su encierro para someterse a tratamiento médico.

Una interesante vista de Ambrosio Cerdán ilumina el uso de la costumbre en lo tocante a derechos del verdugo, a cómo se lo designaba y a la conveniencia de establecer uno permanente, a ejemplo de lo que se acostumbraba en Madrid y otras ciudades de Europa. En atención a que no había verdugo estable en la ciudad de Santiago, ya que normalmente se utilizaba para estos efectos a algún reo al que se le asignaba este encargo con un moderadísimo arancel, sugiere Cerdán se establezca el oficio mediante proposición de 10 de enero de 1779. Basábase en Rec. Cast. 4, 32, 1, que *manda que haya verdugo señalado y establece que si por razón de dicho oficio se le hubiere de dar salario, que se saque de los Propios del Concejo, si los tuviere y que, careciendo de ellos, se reparta y pague su importe, según se acostumbran repartir y pagar los otros pechos y repartimientos, señalándole al mismo tiempo los derechos que sobre el salario debe percibir. Por ello propone que se provea con la posible prontitud el oficio de verdugo en algún mulato, negro, zambo o sujeto de casta semejante. Para facilitar que cualquiera aspire a servirlo voluntariamente, es indispensable dotar al cargo con un salario fijo y competente, que según la ley se asigne en el ramo de propios de esta ciudad, en la cantidad anual de doscientos cincuenta pesos, aumentando esta suma la costumbre que está de antemano señalada al verdugo. Tal costumbre era: que por cualquiera mujer u hombre que fuese condenado a muerte y ejecutada la sentencia, debe llevar las ropas que tuviese vestidas al tiempo de la ejecución, entendiéndose en el hombre el sayo, calzas y jubón y en la mujer las sayas que llevase vestidas; que de cualquiera persona que fuese azotada o sacada a la vergüenza públicamente por las calles, lleve seis reales no quitándole los vestidos ni llevándole cosa alguna en caso de que las tales personas fuesen pobres; que de cualquier sujeto a quien enteramente se diese tormento lleve seis reales; si fuese sólo conminación, tres y siendo pobre, nada. Estima que el oficio de verdugo podría ser compatible con el de pregonero llevando al efecto los aranceles pertinentes. Concluye señalando que el Fiscal pudiera proponer el arbitrio de que se comprase un esclavo a quien en calidad de tal se destinase al semejante oficio y aun insinuar algunos otros, pero prefiere por ahora el expuesto así por hallarse*

<sup>10</sup> Archivo Real Audiencia vol. 433, fs. 223.

<sup>11</sup> Archivo Real Audiencia vol. 2830, p. 1.a, fs. 43.

*apoyado en la citada ley como por ser nivelado por la práctica observada en otras ciudades y cortes de Europa.*

El importante principio de la economía procesal aparece en un dictamen tardío, de 1 de julio de 1815, del fiscal chileno, nacido en Chillán, José Antonio Rodríguez Aldea, relativo al procedimiento en casos de asonada, sedición, tumulto, alboroto, levantamiento, conmoción, bullicio o motín. Recuerda, frente a demasiados procesos que sobre ello se habían incoado, que *es contra Derecho y práctica multiplicar los sumarios*. Al efecto aduce que *en los delitos de asonada, sedición, tumulto, alboroto, levantamiento, conmoción, bullicio o motín, que son lo mismo, se practica nombrar un juez de comisión para descubrir los delincuentes, y entre éstos, los cabezas, cuando hay complicidad con la mayor parte de un pueblo o reino, para que el castigo recaiga en pocos y el miedo llegue a muchos, según la juiciosa máxima del sabio criminalista Lardizábal*. Cita como casos que han sido precedentes los siguientes: *cuando sublevada Guatemala por don Diego Padilla ordenó S. M. en cédula de 23 de noviembre de 1652 que, substanciada la causa, se le remitiera para su real determinación y cuando en la ruidosa de los alborotos de Puno contra los dos hermanos José y Gaspar Salcedo se advertía al virrey Conde de Lemos en cédula de 15 de julio de 1673, siendo esta causa de la importancia que se deja considerar y en la que han estado tan a la mira esas provincias, era muy de razón que la hubieran remitido aun sin aguardar orden para ello, como después no se esperó para hacerlo en la de Tupac Amaru, en la de Felipe Velasco Tupac-Yuga, Yupanqui, Isidiaco Flores y en la primera de esta clase que juzgó en Lima el Excmo. señor marqués de la Concordia, habiendo precedido en los dos últimos dos votos consultivos de Real Acuerdo de Justicia...*<sup>12</sup>

La práctica de la Audiencia santiaguina de hacerse las relaciones de los juicios criminales verbalmente y no por escrito motivó un áspero entrevero que agrió las relaciones entre el fiscal Cerdán y el relator. A los relatores se encargaba que informaran a la Audiencia sobre los asuntos sometidos a su conocimiento. Tratándose de autos interlocutorios, la relación era verbal, pero en sentencias definitivas se imponía la escrituración salvo que el asunto fuera ínfimo, según consta en el título 22 del libro 2º de Rec. Ind. Ello incitó a una interesante presentación del referido fiscal del crimen, de 17 de abril de 1779, por la que solicitaba se declarase que el relator debía llevar relación escrita en apelaciones de sentencias definitivas en asuntos criminales. Ante ello, el relator Miguel Rocha había hecho presente *con ceño de gravedad y magisterio que en ninguna Audiencia de las que había conocido ni en ésta había visto nunca se hiciese relación por escrito de las causas criminales porque los señores jueces antes de sentenciar las causas debían ver los procesos*. Contra tal argumentación, Cerdán en un muy documentado escrito, en que cita las disposiciones de la Recopilación castellana y de la indiana que hacían al caso, expresa que *mayormente citando las leyes que lleva expuestas, autorizadas con la práctica de esta Real Audiencia en donde el fiscal mismo ha presenciado relaciones por*

<sup>12</sup> Fondo Varios vol. 841, fs. 50v.-53 v.



*escrito de esta propia clase de causas, y aun en caso necesario podría informar sobre esta práctica el señor don José de Traslaviña, oidor jubilado de ella y declarar el doctor José de Ureta, don José Antonio Badiola, y con Rafael de Arteaga, relatores que han sido de este Superior Tribunal y también el actual interino don Nicolás de Gandarillas. A continuación cita la práctica que al respecto existía en España: El Fiscal no ha conocido otra Audiencia que ésta en América, pero ha oído algunas veces en las Reales Chancillerías de Valladolid y Granada, en las Audiencias de Valencia y Sevilla y en Madrid, con mayor frecuencia en la sala criminal de los señores Alcaldes de Corte, varios memoriales ajustados de causas graves de que corren impresos algunos, donde presentaron los relatores con orden y exactitud toda la serie de los hechos contenidos en ellas, y los supuestos necesarios para la comprensión de los procesos, las pretensiones reciprocas de las partes, el actual estado de los autos en que se llevaban a la vista, y aun el literal contexto de las deposiciones de los testigos examinados, declaraciones y confesiones de los reos, usando otras veces el arbitrio más común y conveniente de hacer en el apunte nota de la remisión para leerlas íntegramente desde el lugar mismo de los autos en su propio origen*<sup>13</sup>.

La procedencia del recurso de suplicación en materias criminales queda aclarado en vista de José Antonio Rodríguez Aldea de 9 de junio de 1815. Ahí señala que *se admite el recurso de súplica por el principio de que es apelable lo que es suplicable o vice versa, a no ser de aquellas sentencias que por la naturaleza y gravedad de la causa se pronuncian con la calidad de que sin embargo no se admita súplica y se proceda a la ejecución de lo juzgado, lo que, además procede por una práctica inveterada de los Tribunales inferiores, que hace fuerza de ley y por el inmediato atento y debido respeto al Superior de V.A. [Real Audiencia] se conceden y admiten con franqueza estos recursos...*<sup>14</sup>

#### IV. EL MINISTERIO PUBLICO Y LA COSTUMBRE EN MATERIA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

En el ámbito del derecho administrativo hay varias vistas en que, frente a la invocación de la costumbre, los fiscales intentan poner en su debido lugar el cumplimiento o no de normas sobre nombramientos en diversos empleos públicos; cuestionan la facultad del gobernador para otorgar mercedes de tierras en algunas circunstancias; dilucidan dudas sobre el funcionamiento de los cabildos y sus integrantes y amparan a unos quejosos escribanos que ven mermados sus ingresos, como se verá.

El importante tema de la confirmación, que dio lugar al célebre *Tratado de confirmaciones reales de encomiendas, oficios; casos en que se requieren* (Madrid, 1630) de Antonio de León Pinelo, da pie para sendas vistas de 8 de

<sup>13</sup> Archivo Real Audiencia vol. 1698, p. 5.a, fs. 89-96.

<sup>14</sup> Fondo Varios vol. 841, fs. 36 v. y 37.

mayo y 27 de junio de 1697 del fiscal Gonzalo Ramírez de Baquedano. Según ellas, por costumbre basada en el derecho natural, no habiendo armada para España -como había acontecido entre 1690 y 1696- se suspendía la obligación de obtener del Consejo de Indias la confirmación de cargos obtenidos en América. Es lo que se argumenta en juicio contra Juan Vásquez de Novoa, escribano público y de cabildo de Concepción, quien había rematado el cargo en 21 de mayo de 1691 y no había obtenido la confirmación del mismo, de lo que reclamó el fiscal aludido, quien terminó aceptando temporalmente la excepción referida opuesta por el escribano<sup>15</sup>.

La costumbre soluciona las aprensiones del fiscal Francisco Manuel de Herrera en cuanto al otorgamiento de fianza por un empleado público. Aunque Herrera es contrario a la costumbre contra ley, sí acepta la *praeter legem*. En el expediente seguido sobre la recepción de Francisco Antonio de la Carrera al ejercicio de subdelegado de Santa Rosa de Los Andes, expresa el 24 de enero de 1804 que *...la práctica que generalmente ha obrado en semejantes pretensiones es que los subdelegados han presentado certificaciones de estar otorgadas las fianzas de tributos y de residencia...* Dando por regla aplicable al concreto caso sub-lite la referida costumbre concluye su vista dictaminando *que parece correspondiente se sirva V. A. mandar que la presente [la fianza de residencia no otorgada hasta entonces] o admitirle desde luego el juramento, anotando la diligencia que la pueda dar en aquel partido dentro del término de la ley, enviando constancia de haberlo así ejecutado...*<sup>16</sup> La costumbre, por otra parte, libera a un empleado de exacciones por concepto de montepío en razón de carecer de título real. Tal predicamento fue aceptado por Joaquín Pérez de Uriondo agregando que *tampoco hay prácticas ni ejemplar que se realice semejante exacción*<sup>17</sup>.

La fuente del derecho que motiva estas líneas sirvió para solucionar un caso relativo a duración en sus cargos de algunos consiliarios del Tribunal del Consulado. Producida en Chile la restauración absolutista después del primer conato emancipador, fueron removidos del Tribunal del Consulado diversos consiliarios por su adhesión a la causa patriota, nombrándose otros del bando realista. Se planteó la cuestión de cuánto debían durar los nuevamente incorporados. Mediante vista de 11 de enero de 1816 estimó el fiscal Rodríguez Aldea que su duración sería la de sólo dos años: *como se practica en las demás asociaciones civiles o eclesiásticas y también es más conforme al artículo 40 de la Real Cédula de erección cuando se advierte que si en el término de un bienio muriese algunos de los propietarios y también su teniente, entonces se nombre otro que supla hasta acabar aquel bienio, pues es sabido en Derecho que para los efectos jurisdiccionales a la muerte natural se equipara la civil, de cuyo*

---

15 Archivo Real Audiencia vol. 2713, p. 6.a, fs. 135 y 140 v.

16 Archivo Real Audiencia vol. 1286, p. 6.a.

17 Manuscritos Medina vol. 357, fs. 32. Véase en torno al ejemplar, TAU ANZOATEGUI, Víctor, "El ejemplar, otro modo de creación jurídica indiana" en *X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, T. II (México, 1995), pp. 1610 y ss.

*carácter participan los remitidos [en destierro a la isla de Juan Fernández] por el mismo hecho de serlo*<sup>18</sup>.

Como acérrimos defensores que eran de los derechos de la corona, los fiscales suelen presentar oposición a la aplicación de la costumbre *contra legem*. Así, el fiscal de la Real Audiencia de Santiago, Gonzalo Ramírez de Baquedano, en vista de 8 de febrero de 1703 relativa a merced de tierras dictaminó que como por reales cédulas se ordenaba *que todas las tierras baldías como incorporadas en el dominio real se vendiesen en beneficio de la Real Hacienda en pública almoneda, conforme a lo prevenido en las leyes 14, 15 y 16 título 12, lib 4.º de las Indias y a ellas y su tenor se debe estar después de su publicación por deberse observar sin embargo de libre costumbre y ordenanza por inmemorial que sea por estar todas derogadas...* Al efecto se argumentaba que *los gobernadores del Reino siempre han hecho mercedes de tierras y las hacen en virtud de la facultad real que tienen...* El fiscal interpretaba esta facultad en el siguiente sentido: *porque se hallará que esta facultad la tuvieron vuestros Virreyes y Gobernadores en el principio de la población de las Indias y la conservaron [según el fiscal] para el caso de fundarse nuevas ciudades, repartiéndolas a los nuevos conquistadores y pobladores como por todos derechos está prevenido, pero después de las nuevas poblaciones y repartimientos que se hicieron en los principios, por las reales cédulas de los años de 1615 y 1617 se limitó la facultad y dispuso que todas las tierras baldías como incorporadas en el dominio real se vendiesen en beneficio de la Real Hacienda ...* Por estas mismas razones el fiscal pidió la nulidad de una merced que se había otorgado por el gobernador respecto de tierras baldías: en su opinión se debía de sacar en pública almoneda esas tierras *sin embargo de estatutos o costumbres o actos en contrario de cualquier calidad que sean...*<sup>19</sup>

El cabildo se presenta como particularmente amparado por la costumbre. Por ejemplo, en vista de 1 de marzo de 1692 del fiscal de la Audiencia de Santiago Pablo Vásquez de Velasco (1687-1692) sobre confirmación de las ordenanzas de la ciudad de San Bartolomé de Gamboa de Chillán, expresa que se han de guardar *las del señor don Angel de Peredo, gobernador que fue de este reino en lo que no fueren contrarias a las que hizo el mariscal Martín Ruiz de Gamboa, llevando en todo por norma la observancia y costumbre que hubiera habido*<sup>20</sup>. El mismo fiscal mediante dictamen de 8 de mayo de 1692 recurría a la costumbre para determinar el valor de un cargo de regidor perpetuo. Ello ocurría porque se había producido la renuncia del regidor perpetuo de la ciudad de Mendoza, capitán Gregorio de Arce, en la persona del capitán José Rodríguez de la Fuente. Era necesario que éste pagase la parte que le correspondía al Fisco. Para ello se hizo necesario avaluar el cargo y no habiendo mayores antecedentes sugiere el fiscal Pablo Vásquez de Velasco que se le dé el de \$ 300 que se había

<sup>18</sup> Fondo Varios vol. 841, fs. 127.

<sup>19</sup> Archivo Real Audiencia vol. 2905, p. 3.a.

<sup>20</sup> Archivo Real Audiencia vol. 1206, p. 4.a., fs. 243 v.

pagado por él con anterioridad<sup>21</sup>. En otra oportunidad, el fiscal Gonzalo Ramírez de Baquedano, en vista relativa a la suspensión de una elección de alcaldes en la ciudad de San Juan señalaba: *Se podrá V. A. servir de mandar alzar la dicha suspensión de la elección de alcaldes y demás capitulares y que la puedan hacer conforme a la costumbre y privilegio de dicha ciudad*<sup>22</sup>. Algunos de los infaltables casos de etiqueta fueron zanjados mediante la costumbre. Habiéndose planteado en La Serena problema sobre corresponderle al alguacil mayor de la ciudad un asiento después de las justicias, el fiscal emite vista el 24 de mayo de 1802 haciendo presente que Rec. Ind. 3, 19, 84 *manda que después de las Justicias lleve su lugar en las iglesias y cabildos el alguacil mayor de la ciudad, donde no hubiese especial determinación contraria. Con que, no habiéndola en el cabildo de Coquimbo, parece que al alguacil mayor corresponde la preferencia declarada por la antecitada ley*<sup>23</sup>. He aquí un caso de costumbre *secundum legem*.

Será también a la costumbre que se acuda para solucionar la queja de un escribano. Ante la Real Audiencia elevó una petición Pedro José de Guíñez, escribano público y de cabildo de la villa de Quirihue, para que se suspendiera una autorización que el Gobernador Intendente de Concepción había conferido. Se trataba de que a los jueces diputados territoriales de los partidos de aquella provincia se les había permitido autorizar testamentos, codicilos y demás actos propios de los escribanos públicos, habiéndose aumentado, por otra parte, considerablemente el número de aquéllos. Emite al efecto su vista el fiscal Francisco Manuel Herrera en 11 de agosto de 1803 expresando: *M.P.S. El Fiscal de S.M.: Visto este escrito, con los documentos presentados por el escribano de la villa de Quirihue, Pedro Guíñez, en la provincia de Concepción, dice: Que los perjuicios que dice haberle inferido ciertas providencias de nombramiento de diputados por aquella intendencia no pueden ser creídos en toda su extensión, y sin saberse la práctica anterior del manejo de otros diputados y su número, vistos los tiempos presente y juntamente las razones de haberlos multiplicado el sr. Gobernador Intendente. Por tanto, convendría oírlo pidiéndole el correspondiente informe con los autos que hubiere formado en la materia. V.A. podrá disponerlo así o como parezca más de justicia. Santiago y 11 de agosto de 1803. Herrera. Dictaminó la Audiencia: Santiago y agosto 17 de 1803. Vistos: Como parece al señor Fiscal, pidase informe con los autos de la materia al señor Intendente de Concepción remitiéndole para el efecto este expediente.*

---

<sup>21</sup> Archivo Real Audiencia vol. 2141, p. 18, fs. 265.

<sup>22</sup> Archivo Real Audiencia vol. 1318.

<sup>23</sup> Real Audiencia vol. 2124, p. 4.a.

## V. EL MINISTERIO PUBLICO Y LA COSTUMBRE EN MATERIA DE DERECHO COMERCIAL

En unas pocas vistas fiscales se observa la ocurrencia a la costumbre para dilucidar asuntos mercantiles. V. gr., la determinación de precios quedaba entregada a lo que se acostumbrara pagar por determinado bien o servicio. Tal es el criterio seguido por el fiscal Pablo Vásquez de Velasco en dictamen de 6 de abril de 1688. Se trataba de fijar el valor del flete de un bajel para el transporte de víveres a la plaza de Valdivia, que en definitiva fue fijado *hasta cantidad de cuatro a cinco mil pesos*, suma acostumbrada para tales trayectos<sup>24</sup>. Por su parte, el fiscal Gonzalo Ramírez de Baquedano, intentando determinar el precio del trigo y pan para el ejército del reino recurre también a la costumbre en vista de 4 de diciembre de 1697. Esa determinación era indispensable para fijar la responsabilidad de Agustín de Arévalo, Francisco García de Sobarzo, Mateo del Solar y otros por falsificación de unos recibos cometiendo fraude en la compra de granos para el sustento del ejército. Pudo señalar así ciertas sumas que se pagaban por estas adquisiciones y que eran *las legítimas y aprobadas por costumbre inmemorial para los pagos [...] por los alimentos de trigo y pan de el Real Ejército de este Reino*<sup>25</sup>.

Ciertas costumbres náuticas de los comerciantes de Concepción resultaron sospechosas al fiscal Miguel de Gomendio Urrutia en cuanto favorecían el contrabando. En vista de 8 de diciembre de 1720 asienta *ser costumbre en el puerto de la Concepción que unos navíos se valen de las lanchas de otros para su descarga. Y más adelante expresa ser la costumbre de que los españoles se valgan de las lanchas de los navíos extranjeros que no tienen permiso de comerciar*. Efectivamente, basado en esa costumbre de auxiliarse unos navíos a otros, Nicolás Daniel de Pradel se había aprovechado para contrabandear. Ante ello dice el fiscal que *en los españoles fuera gravísimo delito el valerse de lanchas extranjeras que no tienen permiso de comerciar, de suerte que la menor pena fuera el comisarse la ropa que en ella se condujesen*<sup>26</sup>.

En vista de 1 de febrero de 1816, José Antonio Rodríguez Aldea ante una solicitud de *corredor numerario* que hace Francisco González advierte que éste confunde el *oficio de corredor reducido principalmente a facilitar los contratos procurando avenir voluntades y mediando entre los contrayentes sin otro interés que el salario o corretaje que se halle asignado con el de "faltas"*, comerciantes ambulantes que ofrecían mercaderías de Europa o Asia casa por casa. De éstos dice: *aquella clase de comercio siempre ha sido permitida en esta ciudad por lo que estima que su ejercicio nada tiene que ver con el oficio de corredor para el cual sólo existía un cierto número que fijaba el Real Tribunal del Consulado*<sup>27</sup>.

24 Archivo Real Audiencia vol. 2506, p. 1.a, fs. 35 v.

25 Archivo Real Audiencia vol. 437, p. 1.a, fs. 239.

26 Archivo Real Audiencia vol. 1528, p. 2.a.

27 Fondo Varios vol. 841, fs. 137.

## VI. EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA COSTUMBRE EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO CIVIL

En un estudio publicado hace ya varios años, llamé la atención sobre la importancia de la práctica o estilo de los diversos tribunales -centrándome en Santiago de Chile- para la regulación de un pequeño aspecto del procedimiento, el juicio ejecutivo. Llegaba a la conclusión de que "el juicio ejecutivo utilizado en Santiago de Chile estaba regulado no sólo por la legislación, sino que también por un abundante repertorio consuetudinario, que era reforzado por la sanción jurisprudencial. Algunas son costumbres en silencio de la ley, otras según la ley y otras, en fin, en contra de la ley. Ello nos demuestra hasta qué punto esa fuente del derecho tenía una vigencia real y efectiva"<sup>28</sup>. Y concluía con una advertencia general: "establecido lo anterior, queda en claro que, cuando se elabore un estudio de derecho indiano, no puede recurrirse únicamente a los textos legales. Es necesario hurgar en la práctica jurisprudencial -en el estilo de los diversos tribunales- en la práctica notarial y en cualesquier otros elementos que permitan confrontar el texto jurídico con la praxis"<sup>29</sup>. El examen de las vistas fiscales a que me vengo refiriendo confirma lo entonces aseverado: el procedimiento, tanto civil como penal, estaba normado en una buena medida por las costumbres del lugar, de lo que suelen hacer caudal los fiscales. El mismo juicio ejecutivo es objeto de la incorporación de nuevas costumbres, incluso foráneas. El fiscal José Antonio Rodríguez Aldea sugiere en una vista de 17 de agosto de 1815 que se practique también en Chile la costumbre que existía en Madrid de dar noticia por la prensa de los remates de *todos los predios rústicos y urbanos, los efectos, frutos, oficios y cualquiera otra cosa que se haya de llevar a pública almoneda*. Ello, con el objeto de que hubiera mayor conocimiento del público y no salieran los bienes rematados a precios irrisorios<sup>30</sup>.

La competencia de diversos tribunales y, en su caso, el radio jurisdiccional que les correspondía, queda determinado consuetudinariamente. El 4 de julio de 1778 dictamina el fiscal Ambrosio Cerdán reconociendo la costumbre de que el gobernador conozca causas criminales, las substancie y determine en primera instancia y que, luego, las remita a la Real Audiencia en consulta *a imitación de lo que se practica en la metrópoli de estos reinos*<sup>31</sup>. Una vista de José Antonio Rodríguez Aldea de 29 de enero de 1816 sugiere se utilice en Chile la costumbre, existente en Lima, de que las alzadas en asuntos mineros sean conocidas por un ministro de la Real Audiencia, toda vez que la jurisdicción que se concedió por real orden de 8 de diciembre de 1789 al Superintendente

28 DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Variaciones introducidas por la costumbre y aceptadas por la jurisprudencia chilena en el procedimiento ejecutivo indiano en Revisita Chilena de Historia del Derecho* 7 (Santiago de Chile, 1978), p.111.

29 *Ibidem*, p. 112.

30 Fondo Varios vol. 841, fs. 65 v. y 66.

31 Archivo Real Audiencia vol. 1226, p. 2.a, fs. 111 v.-112 v

Subdelegado de Real Hacienda lo había sido en razón de la visita extraordinaria que practicaba Jorge Escobedo en el Perú<sup>32</sup>. El radio de competencia de los tenientes de corregidor de Santiago estaba determinado por la costumbre: así lo expresa en vista de 15 de mayo de 1777 Ambrosio Cerdán y Pontero: *los tres tenientes de corregidor que llaman de San Miguel, San Isidro y la antigua Alameda, ejercen jurisdicción por extramuros de la ciudad desde inmemorial tiempo no sólo en los barrios señalados de ella, sino también en toda su campaña, partido de Chuchunco y Lomas de Ñuñoa, Rosario y Llanos de Maipo*<sup>33</sup>. En similar posición, pero respecto de los alcaldes ordinarios en conflicto de jurisdicción con los de Hermandad, José Antonio Rodríguez Aldea mediante vista de 22 de abril de 1816, ante una presentación del gobernador político de la plaza de Valdivia, informa que *con arreglo a la ley 19 título 2.º lib. 5.º de la Recopilación de Indias y en conformidad a la costumbre que se observa en esta capital, es extensiva al término de cinco leguas en contorno la jurisdicción de los alcaldes ordinarios en primera instancia, tanto en lo civil como en lo criminal y sólo pueden conocer de casos de Hermandad en defecto del alcalde de ella, según el tenor de la ley 18 del mismo título y libro y también por ser acumulativa esta jurisdicción con la ordinaria, cuando por cualquiera de estos dos jueces se previene en el conocimiento o en la aprehensión de algún delincuente: de este modo están deslindadas las dos jurisdicciones en cuyo concepto podrá V. S., siendo servido, así declararlo y prevenirlo a aquella gobernación para que evite en lo sucesivo las diferencias que puedan ocurrir en igual naturaleza*<sup>34</sup>.

Aun el juicio de residencia recibía particularidades provenientes de la costumbre. Cuando se nombraba un juez de residencia, generalmente lo era el reemplazante respecto del reemplazado; pero no bastaba el nombramiento pues era *costumbre* que se expidiera una *real provisión de residencia*, que habilitaba al residenciador, previo juramento de aceptación ante la Real Audiencia, para iniciar el juicio y *por parte del fiscal se acostumbra dar [instrucción] a los*

<sup>32</sup> Fondo Varios vol. 841, fs. 133 v. Una real orden de 8 de diciembre de 1785 contemplaba una de las pocas modificaciones que se hicieron a las Ordenanzas de Minería de Nueva España en la metrópoli, consistente en el establecimiento de un tribunal de alzada que conociera en segunda instancia de lo determinado por el Real Tribunal o las diputaciones territoriales. Tal juzgado de apelaciones estaría compuesto por el Superintendente General de Real Hacienda, el Director General del ramo y un ministro elegido trienalmente. Como el Director General había sido eliminado de la planta para Chile por el Regente Tomás Álvarez de Acevedo en las disposiciones adaptantes de aquellas Ordenanzas novohispanas, se dispuso que el tribunal lo formarían el Superintendente y dos mineros elegidos por él. En la práctica, sin embargo, actuó como juzgado de alzada el Superintendente con un minero hasta el 14 de setiembre de 1798, lo que había sido autorizado por la corona por real orden de 8 de diciembre de 1789. Vid. DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *La Real Administración del Importante Cuerpo de Minería de Chile (1787-1802)* en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 8 (Santiago de Chile, 1981), p. 116, notas 37 y 38.

<sup>33</sup> Manuscritos Medina vol. 196, n. 4714, fs. 278-286.

<sup>34</sup> Fondo Varios vol. 841, fs. 182.

*jueces de residencia*. No habiéndose producido ninguna de estas formalidades, el fiscal José Márquez de la Plata en vista de 24 de diciembre de 1781, relativa a la residencia que debía tomar Pedro Pascual Jarpa, sucesor en el corregimiento de Puchacay, a su antecesor Gregorio Alvarez, dictaminó que debía anularse lo actuado por el residenciador<sup>35</sup>.

Como es sabido, 1776 fue un año de terremotos administrativos en Indias: la llegada a la Secretaría del Despacho Universal de Indias y Marina de José de Gálvez en reemplazo de fray Julián de Arriaga significó una cantidad de transformaciones. No pocas de ellas alcanzaron hasta Chile. Como *longa manus* del poderoso ministro llegaron a la Real Audiencia del Mapocho dos fiscales: Ambrosio Cerdán y Pontero en lo criminal y Lorenzo Blanco y Cicerón en lo civil. Ambos eran hechura de Gálvez y sabían cabalmente de las intenciones de éste para desarmar totalmente al tribunal chileno. Por ello es que, escudados en la protección que les brindaba el ministro, tuvieron atrevimientos harto grandes frente a los oidores. Llegados a Santiago el 2 de abril de 1777, a poco más de un mes de estancia, el 16 de mayo de aquel año, elevaban un requerimiento al tribunal para que cortara ciertos abusos que le imputaban. El 8 de junio de igual año se dirigían a Gálvez acusando a los oidores de Chile: *Excusamos detenernos en hacer una descripción del actual estado de esta Audiencia, pues ninguno sabe tan individualmente como V.S. Ilma. las calidades de los jueces que la componen supuesta su resolución a mudar enteramente la faz de ella, sin cuya renovación subsistirán siempre los obstáculos que resultan de pasar los remedios por las manos mismas de los que se resisten a ellos*<sup>36</sup>. Veamos las costumbres contra ley que, según los referidos fiscales, se cometían en Chile por la Audiencia o bajo su lenidad:

1. *No uso de varas de justicia*. En las Audiencias virreinales había, a imitación de las castellanas, alcaldes del crimen, que debían administrar justicia en asuntos penales dentro de la ciudad en que estaban asentados y en un radio jurisdiccional determinado, para lo cual llevaban vara. Esta, según Solórzano, representaba el cetro real<sup>37</sup>. En las demás Audiencias, como la de Chile, cumplían sus funciones los oidores por turno<sup>38</sup>. Al respecto *han advertido los fiscales que está en práctica de los señores oidores de esta Real Audiencia, que aunque Alcaldes de Corte al mismo tiempo, no traen o cargan la respetable insignia de varas de justicia que (según la expresión de la ley 11.a, título 2.o, libro 5.o de la Recopilación de Indias) el honroso distintivo por donde son reconocidos los jueces a quienes han de acudir las partes para que se les administre igualmente*.

2. *Sin embargo, existe muy olvidada la ley 26, título 16, libro 2.o de la Recopilación, por cuya inobservancia reprendió a este tribunal el señor rey don*

<sup>35</sup> Archivo Real Audiencia vol. 1109, p. 1.a.

<sup>36</sup> Manuscritos Medina vol. 196, no. 4716, fs. 290-297.

<sup>37</sup> SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de, *Política Indiana* lib. 5, cap. 5, n. 2.

<sup>38</sup> *Rec. Ind.* 2, 15, 68.



*Felipe IV, en carta de 10 de diciembre de 1626, que existe a fs. 78, tomo 2.º de las archivadas. Y no hallan los fiscales motivos para que, a pesar de tan estrechas providencias, se han de ver ambas privadas infelizmente del efecto que se merecen.*

3. Los oidores que desempeñaran el rol de alcaldes del crimen debían, asimismo, asumir el *juzgado mayor de provincia*. Al efecto asistirían a la plaza mayor los martes, jueves y sábados para juzgar asuntos civiles y criminales -incluidos casos de corte- en única, primera o segunda instancia hasta un radio de cinco leguas<sup>39</sup>. Decían los fiscales: *Asimismo están en la inteligencia de que el juzgado de provincia turna entre los señores ministros cada cuatro meses en circunstancia que, de acuerdo a Rec. Ind. 2, 1, 7 debía serlo cada tres meses.*

4. *y por un año el de Bienes de Difuntos.*

*En las leyes 7.ª título 1.º y 7.ª, título 32, libro 2.º de las Recopiladas, se establece que se sirva por turno el primero cada tres meses y de dos en dos años el segundo, con que mientras no se manifieste su derogación no hay mérito para que dejen de observarse.*

5. *Igualmente han reparado que en los más de los pleitos entre partes agitados en este tribunal, y aunque se contravienen materias de crecido interés, se determinan por sola la simple relación del relator, sin hallarse presente en ellas los interesados a fin de que según sus informes pudiese afianzar mejor el tribunal sus determinaciones y quedar las partes satisfechas de que aun cuando la providencia fuese contraria habían expuesto todas las razones de su derecho y defensa.*

*Esta observancia es contraria a toda práctica legal, atropella los fundamentos de la equidad y expone el acierto de la justicia en las resoluciones y sentencias. Justo será, pues, que se reforme este abuso mandándose por V. A., si fuere de su agrado, que asistan indispensablemente a la relación y vista de pleitos los abogados de ambas partes, o éstas o sus procuradores, a menos de que no conste de que se han conformado en renunciar a este privilegio.*

6. *En lo varios pedimentos que han oído leer, hasta ahora han notado que los abogados no firman con sus nombres, no obstante estar mandado expresamente que lo ejecuten bajo la multa de dos pesos en la ley 13, título 24, libro 2.º de la Recopilación de Indias. El fin que tiene la ley no es únicamente el conocer por ellos a los letrados, sino que precaver que usando de la excesiva confianza de representar con media firma a un Tribunal Superior, dejen de guardar todo el respeto y decoro que se merecen; o se abroguen una facultad que por privilegio y diferente carácter se permite a los fiscales de S.M. Por tanto, parece conveniente se les notifique se arreglen puntualmente a la sabia disposición de dicha ley poniendo firma entera al pie de las alegaciones en derecho o pedimentos que no sean de mera substanciación.*

---

<sup>39</sup> *Rec. Ind. 2, 17, 1 y 2, 19, 2.*

7. *También han reparado que al tiempo de hacerse la votación de pleitos no se exponen siempre las causas y razones que obligan al dictamen, haciéndose conferencia recíproca de la materia sin hablar cada uno de los señores jueces en su lugar ni fundar en determinación el primer votante, que debe ser el más moderno.*

8. *Las leyes 42 y 45 título 5.º libro 2.º de la Recopilación de Castilla y la ley 83, título 15 libro 2.º de Indias claman su observancia en todas las causas y negocios, mayormente estando apoyadas en el estilo de las Reales Audiencias y Chancillerías de España, que está mandado se observe en ésta por las leyes 61, título 2.º y 83, título 15, libro 2.º de la Recopilación de Indias.*

9. *Ultimamente saben los fiscales de esta Real Audiencia carece de varios libros que mandan las leyes del título 5.º libro 2.º tengan todas las ambas Américas, como son el separado donde asienten los señores oidores de su propia mano los autos en materia de gobierno; los que contengan las cartas ordinarias escritas a S.M. que por mano del escribano del acuerdo o las secretas que se le dirijan por medio de alguno de los señores ministros; el de los nombres de los vecinos con expresión de sus servicios y premios; y el de las consultas de todas las residencias que se tomasen.*

10. *No hace muchos días, que uno de los exponentes pidió en este tribunal un testimonio de los gobernadores, corregidores y alcaldes mayores de el distrito de esta Real Audiencia, y sus partidos, expresivos del tiempo de sus empleos y residencia, cuyas noticias debía tener V. A. muy pronta en su archivo, en cumplimiento de la ley 165, título 15, libro 2.º de la Recopilación, en cuyo caso no daría motivo a que ahora pidiesen ambos el remedio para la observancia de éstas y otras igualmente contravenidas. Más adelante expresan que debía llevarse un libro formal de asiento donde pueda hallarse íntegramente las noticias que pidió dicho fiscal. He aquí un retrato de prácticas contrarias a la ley. No parecen ser, sin embargo, de la trascendencia que un tanto farisaicamente exageran los fiscales.*

## VII. EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA COSTUMBRE EN MATERIA DE REAL HACIENDA

Como se ha dicho al comienzo de este trabajo, una de las materias respecto a la que mayor preocupación tenían los fiscales era la Real Hacienda. Entre otras funciones, les competía que los contadores de cuenta les dieran traslado de sus expedientes (Rec. Ind. 2, 18, 11); debían defender los pleitos de Real Hacienda que pasaran ante los oficiales reales, para lo que debían ser citados (Rec. Ind. 2, 18, 12), correspondiéndolos lo propio en las apelaciones; integraban con el presidente, el oidor decano, los oficiales reales y un escribano la Junta de Hacienda que debía reunirse todos los jueves (Rec. Ind. 2, 15, 159). Eran estas juntas de dos clases: ordinarias, en que se analizaba la marcha normal del fisco (salarios, ventas a crédito, estado de las finanzas) y extraordinarias, para tratar

asuntos graves como algún gasto inesperado. Había que mandar copia de los acuerdos al Consejo de Indias, lo que competía hacer al fiscal (Rec Ind 2 18. 20).

Los fiscales, constreñidos por tantas disposiciones que los obligaba a defender el real patrimonio, se mostraban bastante duros frente a cualquier costumbre que pudiera menoscabar aquel interés. Joaquín Pérez de Uriondo en vista de 10 de mayo de 1790 afirmaba que la alcabala debía pagarse por trueque o compraventa *aunque tenga costumbre inmemorial* [en contrario]. Citaba al efecto Rec. Cast. 9, 18, 1. Versaba el juicio sobre la procedencia del pago de alcabala por la venta de bienes del doctor José del Pozo Silva, dignidad de la Catedral de Santiago a raíz de una capellanía de legos de \$ 4.000 fundada por él<sup>40</sup>. Pero hay algunos casos en que se admite el derecho consuetudinario en lo que, por cierto, fuera favorable al Fisco. Miguel de Gomendio dictaminaba en 25 de octubre de 1715 que, por costumbre de Santiago de Chile, se podían admitir posturas aun fuera de los pregones en remates para el arrendamiento de los quintos reales de oro y plata<sup>41</sup>. José Antonio Rodríguez Aldea, en vista de 24 de agosto de 1815 favorecía una petición del gremio de panaderos para que se les permitiera administrar el impuesto de harinas. Ello, a pesar de que ya había un remate en favor de un tercero. Cohonestaba tal actuación por su similitud con otras figuras jurídicas: *hallándose introducido por equidad en varios casos el derecho de pedir por el tanto la especie subastada, como sucede con el dueño, jeudor o acreedor de ella y atendiendo, asimismo, que aun las rentas reales después de solemnizado su arriendo, pueden concederse al pueblo o comunidad por encapitación según ley de Castilla*, procedía, consecencialmente, dejar sin efecto el remate ya efectuado<sup>42</sup>.

Frecuentemente se recurría a la costumbre para determinar la extensión de los arrendamientos de los derechos de alcabala y almojarifazgo. Así lo hace el fiscal Miguel de Gomendio Urrutia en vista de 23 de julio de 1715, que incidía en determinar las facultades del arrendatario de los derechos referidos. El alcahalero Nicolás Salvo pretendía derecho a un comiso ocurrido en Concepción: *Quéjase don Nicolás que si supiera se habría de poner duda en estos derechos ni por la mitad hubiese puesto la venta: a cuya pretensión responde el Fiscal que más dijese si hubiese pactado de algún modo en su asiento estos derechos o si hubiese justificado que sus antecesores lo habrían cobrado inconcusamente, que en este reino era práctica antigua el percibirlos sin contradicción y que se estilaba en otros reinos y provincias de S.M. cuando deben saber que esta pretensión es nueva y exorbitante es resistida por los señores Fiscales de la Real Audiencia habiendo sido sólo causa la inadvertida de tal cual comiso*. El mismo fiscal, mediante vista de 13 de julio de 1722, recurre a la costumbre para salir al paso a la pretensión del alcahalero de Concepción Juan Meléndez, que aspiraba a que se le hiciese entrega de una suma depositada a título de alcabalas

<sup>40</sup> Manuscritos Medina vol. 357, fs. 10 v.

<sup>41</sup> Archivo Real Audiencia vol. 1921, p. 4.a, fs. 222.

<sup>42</sup> Fondo Varios vol. 841, fs. 72 v.

por el primer navío de registro que llegó a Chile y salió de este reino rumbo a España. *El Aguila Volante*. Señala que no corresponde pagársele ya que por los capítulos 12 y 13 del Real Proyecto de Galeones de 5 de abril de 1720 los derechos de los productos que se envíen a España se pagan en Cádiz. Expresa en la vista referida que *la referida cantidad pertenece a Su Majestad inmediatamente, sin que el dicho arrendador tenga derecho alguno a ella por razón de arrendamiento ni que se haga descuento alguno, la razón es que porque sólo tiene derecho a todo aquello que ha estado en uso y práctica de arrendarse y no a lo que por providencia especial y no imaginada se introducen y establecen, como quiera que el dicho bajel sea el primero que con registro pasa de estas naciones a España, no le tocan al dicho arrendador los derechos que ha causado en su salida, respecto de que en su remate no expresó esta circunstancia ni por razón de ella aumentó precio alguno. Y era necesario que dicho don Juan Meléndez al tiempo que remató estas rentas hubiese capitulado que su contrato se había de extender para los navíos que iniciasen viaje a la Europa por Cabo de Hornos, y aun en este caso no debía percibir dicha cantidad sin especial orden de S. M., estantes los dichos capítulos 12 y 13 del Real Proyecto, porque mandándose en ellos se paguen estos derechos en Cádiz y no en Indias registrándose en estos reinos sólo los géneros y especies que los causasen y esto sea sin intervención de los arrendadores*<sup>43</sup>.

Frente a los tributos indígenas la costumbre actúa a veces en su favor y en otras en contra. En vista del fiscal Gonzalo Ramírez de Baquedano, de 30 de octubre de 1697, que incide en juicio que afectaba a los herederos de Ignacio de la Carrera Iturgoyen expresa que no es costumbre que los indios de depósito paguen tributo, aunque en opinión del Fiscal sí deberían pagarlos<sup>44</sup>. No resulta, en cambio, favorecedora de los indios la costumbre que, en vista de 3 de diciembre de 1720, invoca el fiscal Miguel de Gomendio respecto de los indios menores de edad los cuales, atendida la práctica, debían pagar 10 pesos por concepto de tributo<sup>45</sup>.

## VIII. CONCLUSIONES

La circunstancia de encargarse al Ministerio Público la defensa de los intereses de la corona hace atractivo analizar su posición frente a la costumbre, que muchas veces podía vulnerar la legislación real. Su labor debía ser facilitada por la misma Audiencia, a la que se encargaba participarle las disposiciones reales e

43 Archivo Real Audiencia vol. 2598, p. 6.a, fs. 132.

44 Archivo Real Audiencia vol. 824, p. 1.a, fs. 42.

45 Archivo Real Audiencia vol. 1221, p. 2.a. Al respecto cabe recordar que, como dice Jaime EYZAGUIRRE en su *Historia de Chile. Génesis de la Nacionalidad* (Santiago, 1965), p. 260, con el paso del tiempo la tributación de los indios había subido hasta 14 pesos y 4 reales, de lo que reclamó en 1720 el protector Tomás Ruiz de Azúa solicitando que se rebajase a lo que establecía la Rec. Ind. en la Tasa Real, cuyo máximo era 8 pesos y medio.

instruir a los escribanos para que le entregaran expedientes y escrituras (Rec. Ind. 2, 18, 7, 8 y 9). Un abundante número de vistas fiscales permite dilucidar este aspecto de sus tareas. Del estudio realizado fluye:

1. En materia penal se recurre, mediante el arbitrio judicial, a la costumbre *contra legem* cuando se trata de aminorar las penas o excluirlas, lo que permite a los ilustrados poner en práctica sus postulados humanitarios. Tal actitud ha podido apreciarse en vistas de 4 de octubre de 1715 sobre que no se azotara a un condenado a muerte y de 24 de junio de 1777, que estimaba como meramente *ad timorem* una disposición que fulminaba pena capital y confiscación de bienes a quienes comerciaron con los indios más allá de la frontera. Similar solución se observó hacia 1780 al declararse que se hallaban derogadas por *desuetudo* ciertas disposiciones de Rec. Ind. que penaban con decomiso las contrataciones en oro no quintado, fundido o ensayado o en plata en piña, el comercio de oro y plata en pasta, labrar alhajas en metal no quintado y extraer metales preciosos para España u otras provincias. Tales prohibiciones, nacidas al comienzo de la conquista y que habían sido reiteradas al implantarse la Casa de Moneda en Chile, no se habían cumplido en la práctica por lo que, en opinión del Ministerio Público, procedía hacer amonedar cierta plata aprehendida cuando se la intentaba traspasar por la Cordillera y, sin pena de decomiso, entregarla en numerario a su dueño previo pago de derechos de quinto real y acuñación. Solitariamente aparece una vista de 1788 que atribuye a *abuso reprehensible* el reiterado desuso de penas que debían aplicarse a los portadores de cuchillos;

2. La costumbre *praeter legem*, aplicada al procedimiento penal, produce efectos positivos o negativos respecto del procesado. Le favorece cuando en 1715 se estima que no debe darse tormento a un esclavo. En cambio, le perjudica al determinarse en 1722 que un reo enfermo ha de medicarse en la cárcel. Queda fijado por la costumbre el conjunto de derechos del verdugo respecto de ropas de la víctima y otros aranceles; sin embargo, se pretende introducir en Chile la *costumbre metropolitana* de contarse con un verdugo permanente. También se esgrime en 1815 la *costumbre formada fuera del reino* para que los muchos procesos por sedición fueran vistos por un único juez de comisión lográndose una mayor economía procesal. En el mismo año se dictamina, con base en la práctica inveterada, la procedencia del recurso de suplicación en materia penal;

3. Diversos aspectos del derecho administrativo son iluminados mediante la costumbre. Esta es *contra legem* cuando se admite que quien ha rematado el cargo de escribano en 1691 no haya podido obtener la confirmación pertinente por falta de armadas. No obstante, en otros casos, se desestima la costumbre contra ley: tal ocurre, por ejemplo, en 1703 al dictaminarse que no cabe oponer costumbre, ni aun remota, contra el derecho del monarca a incorporar a su erario los terrenos baldíos: consecuentemente, no podía el gobernador, amparado en inmemorial costumbre de otorgar mercedes de tierras, hacerlo respecto de las que ahora debían ser consideradas fiscales. En *silencio de la ley* se admite en 1804 la de tomar posesión de su oficio un subdelegado otorgando fianza en el partido donde va a ejercer y en 1814 la determinación del período de vigencia

del cargo de consiliario del Tribunal del Consulado. Igualmente la práctica de autorizar los intendentes a los diputados para autorizar testamentos y otros documentos fue considerada vital para determinar si un intendente había incurrido en abuso de poder. Este mismo tipo de costumbre permitió solucionar diversas situaciones relativas al cabildo, aunque en un caso se invocó la costumbre *secundum legem* a que se refiere Rec. Ind. 3, 19, 84. Tal disposición dejaba entregada a la costumbre de cada sitio el lugar del alguacil mayor en iglesias y cabildos;

4. La costumbre *praeter legem* mercantil determinaba diversos precios, como los de fletes y productos varios. Igual costumbre autorizaba discriminar entre corredores numerarios y simples "*faltes*". Mas, resultando sospechosa de inductiva a contrabando la práctica náutica de permitir que botes de barcos extranjeros auxiliasen a navíos españoles, dictaminó en su contra el fiscal en 1720;

5. Es mediante costumbre *praeter legem* que queda precisada la competencia judicial de diversos oficios, como los de gobernador (1778), tenientes de corregidor de Santiago (1777), alcaldes ordinarios y alcaldes de Hermandad (1816). A veces se recurre a *costumbres foráneas* como cuando en 1815 se pretende que, a imitación de la práctica metropolitana, los avisos de remate en juicios ejecutivos se den a conocer por medio de la prensa. La costumbre peruana es recogida en 1816 al estimarse que las alzadas en juicios mineros fueran conocidas por un ministro de la Audiencia. La inobservancia de ciertas costumbres hizo invalidar en 1781 la actuación de un juez de residencia que no había obtenido previamente real provisión de residencia ni había recibido las instrucciones pertinentes de la Real Audiencia. Once casos de costumbres *contra legem* detectaron en la Audiencia los noveles fiscales Ambrosio Cerdán y Lorenzo Blanco a poco de haber llegado a Chile en 1777, ninguna, a decir verdad, de real gravedad. Entre ellas se contaban las de no llevar los oidores que oficiaban de alcaldes de Corte la correspondiente vara de justicia; el turnar el juzgado de provincia cada cuatro meses y no tres y el de bienes de difuntos cada año y no de dos en dos; el no ser siempre públicas las relaciones; el no firmar los abogados con sus nombres sino mediante media firma y la carencia de diversos libros. Quizá la costumbre contra ley de mayor enjundia fuera la relativa a la votación de los pleitos en que *no se exponen siempre las causas y razones que obligan al dictamen, haciéndose conferencia recíproca de la materia sin hablar cada uno de los señores jueces en su lugar ni fundar en determinación el primer votante, que debe ser el más moderno*;

6. En sede de Hacienda, el Ministerio Público, que debía velar particularmente por los intereses económicos de la corona, sólo aplica la costumbre en lo que pudiera beneficiar a ésta. Así lo hace al retacear los derechos de los alcabalersos exigiéndoles *práctica antigua* en sus pretensiones y al estimar incorporado al remate respectivo sólo lo que hubiera estado *en uso y práctica de arrendarse*. Al no existir esto último en 1722, cuando operan por primera vez llevando mercaderías desde Chile los navíos de registro, quedó sin percibir alcabala por ello el arrendador de estos derechos en Concepción. La posición de los fiscales

al aplicar la costumbre a los tributos indígenas es de absoluta imparcialidad, favoreciéndolos en 1697 cuando declaró horros de ellos a los indios de depósito y disponiendo el pago de impuestos por los indios menores de edad en 1720; y

7. Puede concluirse de lo dicho que la tendencia de los fiscales es la de aceptar la costumbre *contra legem* cuando va con los cambios del tiempo: en el XVIII si favorece la filantropía en materia de penas o si apoya una postura liberalizante frente a la economía. Se advierte, también en los siglos XVIII y comienzos del XIX, una mayor tendencia a amparar costumbres metropolitanas que modernizaran el contexto general de la vida y, en particular, el procedimiento judicial. En este último aspecto, sin embargo, los fiscales dieciochescos hacen gala, desde el ascenso de José de Gálvez a la secretaría de Indias, de una marcada preocupación por la aplicación pragmática de la legislación vigente.