

LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO INDIANO EN CHILE: LAS ACTAS DEL CABILDO DE LA CIUDAD DE SANTIAGO *

JUAN CARLOS SILVA OPAZO
Universidad Católica de Valparaíso

I. INTRODUCCIÓN

La costumbre como fuente del Derecho ha sido un elemento significativo dentro de la evolución del Derecho occidental, y lo ha sido con importancia diversa en los distintos periodos históricos. Así en el periodo Indiano, la costumbre jurídica alcanzó en la América española un desarrollo notable, a diferencia de lo que ocurría en Europa, donde la costumbre había empezado a perder importancia como fuente del Derecho, como consecuencia del creciente poder político alcanzado por los monarcas, quienes buscaron monopolizar la creación del Derecho.

El tema de la costumbre como fuente del Derecho en Indias, presenta como mayor dificultad, para el investigador que pretende abordarla con relativo éxito, la circunstancia, como lo señala Altamira en uno de sus trabajos¹, la gran pluralidad de fuentes dispares, que se hacen necesarias de estudiar y analizar, con el fin de rastrear aquellas que recogen la existencia de la norma consuetudinaria.

En las páginas que siguen no pretendo hacer un estudio acabado de la costumbre como fuente del Derecho en Indias, materia que ya ha sido abordada, por la

* ABREVIATURAS: CHCh. = Colección de Historiadores de Chile, la cita de estas fuentes se hará de la siguiente forma: el numeral romano indicará el tomo de la colección y el numeral arábigo la página respectiva; Partidas = Las Siete Partidas; R.I. = Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias.

¹ ALTAMIRA, R., *Estudios sobre las fuentes de conocimiento de la Historia del Derecho Indiano. La costumbre jurídica en la colonización española*, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*. Universidad Nacional Autónoma de México. (México 1946-1948) 31-40.

historiografía tanto nacional como extranjera², sino que me circunscribo a un aporte muy específico, el estudio de la costumbre vigente en Chile en el periodo indiano a partir de una fuente muy específica: las Actas del Cabildo de la ciudad de Santiago entre los siglos XVI y XVII.

Un trabajo similar ha sido ya hecho respecto de otros cabildos indios, específicamente los de las ciudades del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán, por el profesor argentino Víctor Tau Anzoátegui³, el cual sirvió de modelo e inspiración al presente estudio.

La investigación la he realizado en base al contenido de las Actas del Cabildo de la Ciudad de Santiago, publicadas en la *Colección de historiadores de Chile y documentos relativos a la historia nacional*. A través del examen de éstas, fue posible pesquisar variadas referencias de carácter consuetudinario relativas tanto a la composición y funcionamiento del órgano capitular, como de aquellas que dicen relación con el desarrollo y regulación de la vida urbana de Santiago.

Así, a partir de la documentación utilizada, he podido abordar el tema de la costumbre como fuente del Derecho de Indias, el que si bien no es ajeno a la literatura histórico - jurídica tanto chilena como extranjera, no había sido hasta el momento, por lo menos en nuestro país, enfocado desde el punto de vista de su génesis y desarrollo por parte de los cabildos indios. De este modo, se podrá apreciar a lo largo de estas páginas, el fenómeno jurídico representado por dos fuerzas distintas que tenían injerencia directa en la formación del Derecho de esta época: el poder local de la ciudad y el poder real. Igualmente se podrá advertir el paralelismo que existía entre la ley y la costumbre, en lo que se refiere a la potestad legislativa del cabildo, toda vez que ésta era ejercida preferentemente a través de esas dos fuentes principales del Derecho.

El periodo de estudio elegido corresponde a los siglos XVI y XVII, sin perjuicio de que, tal como podrá apreciar el lector, la primera centuria es la que presenta una mayor riqueza de manifestaciones jurídicas consuetudinarias. Circunstancia lógica si tenemos en cuenta que estamos en una primera etapa de formación del Derecho indiano, entendido éste como la legislación específica dictada para las Indias; lo anterior, sumado al carácter casuista y fragmentario que presentaba este

² LEVENE, R., *Historia del Derecho Argentino* (Buenos Aires 1945) 1, 96 y ss.; BASSADRE, J., *Los fundamentos de la Historia del Derecho* (Lima 1967) 69 y ss.; ZORRAQUÍN, R., *Historia del Derecho Argentino* (Buenos Aires 1966) 1, 230 y ss.; GARCÍA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid 1979) 1, 183 y ss.; DOUGNAC, A., *Variaciones introducidas por la costumbre y aceptadas por la jurisprudencia chilena en el procedimiento ejecutivo indiano*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 7 (Santiago 1978) 107 y ss.; DE AVILA, A.- BRAVO, B., *Aporte sobre la costumbre en el Derecho Indiano*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 10 (Santiago 1984) 41 y ss.; SALINAS, C., *Un aporte sobre la costumbre indiana como fuente del Derecho en Chile*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso 1986) 165 y ss.

³ TAU, V. *La costumbre como fuente del Derecho Indiano en los siglos XVI y XVII. Estudio a través de los Cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán*, en *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Actas y Estudios* (Madrid 1973) 115 y ss.

ordenamiento jurídico, permitió a la costumbre convertirse en un elemento integrador del mismo y posibilitó su adecuación a la realidad jurídica y social que éste pretendía regular.

1. La costumbre en Castilla al descubrirse América

A contar del siglo XVI en los reinos europeos cristianos se hizo más pronunciado el desplazamiento de la costumbre como fuente del derecho. Fue así resignando paulatinamente, y ante la ley, el primer lugar entre las fuentes jurídicas que había ostentado durante la alta edad media. Este cambio fue el producto de diversos factores: la recepción del Derecho Romano; el desarrollo científico alcanzado por el Derecho Canónico; el incremento de los estudios jurídicos; la concentración y afirmación del poder político en reyes, duques, condes, en el orden temporal; y en el Papa en el orden espiritual; y la creación y desarrollo de fuertes e importantes centros urbanos.

Contrastando con la época anterior, ahora son los reyes, por sí mismos con las cortes, quienes toman parte en la formación del derecho legislando activamente. En algunas regiones promulgan cuerpos normativos y en todas dictan disposiciones que encauzan el derecho, incluso el local, en una dirección determinada, o se reservan la facultad de interpretar el derecho.

Pese a que todas estas circunstancias históricas debilitaron la fuerza de la costumbre, aún durante mucho tiempo conservará una autoridad equivalente a la ley, e incluso a veces, superior a ella. Esa fuerza provenía de la misma ley y de la elaboración que realizaron los romanistas y canonistas en la baja edad media, los cuales sistematizaron una doctrina jurídica que la definió, caracterizó y estableció sus requisitos. De tal forma que, cumplidas estas exigencias, era obligación del rey guardarla y hacerla respetar a los vasallos, pero sólo debían guardarse las buenas costumbres, pues el Papa y los príncipes se arrogaban el derecho de derogar las que eran malas.

En el Reino de Castilla, a partir del siglo XIII ya se percibe una tendencia favorable, al menos teórica, a reconocer en el rey la plenitud de la facultad legislativa. Así con el fin de reducir la diversidad caótica que presentaba el derecho castellano, el derecho tiene en todas partes un ámbito de vigencia local, los reyes comienzan por difundir algún fuero determinado. Por ejemplo, ya a fines del siglo XII y a principios del XIII, Alfonso VIII (1158-1214) había favorecido la expansión del fuero de Cuenca hacia el sur y en las ciudades que había conquistado en la Extremadura leonesa, y Fernando III (1217-1252) había concedido primero el fuero de Cuenca a los pueblos de Jaén y más tarde el fuero Juzgo a Córdoba y Sevilla.

Posteriormente, será el propio Alfonso X (1252-1284) quien continuará con esta política, esforzándose en difundir un fuero, mezcla del fuero Juzgo y de otro semejante al de Cuenca, el de Soria, concediéndolo a muchas ciudades y villas de su reino para lograr si no bien la plena unidad jurídica, que una sola ley rija con vigencia general, al menos la uniformidad, que las leyes de las distintas ciudades coincidan o sean una misma. Por otro lado, Alfonso X redactó con el nombre de

Setenario, aquella obra doctrinaria que ya su padre Fernando III, había concebido para formar una recta conciencia jurídica, especialmente en los reyes y aún da un paso más formando un cuerpo legal nuevo al que habrán de atenerse el rey y sus oficiales en sus actuaciones.

Esta doble política se lleva a cabo a través de dos obras, conocidas desde el siglo XIV con el nombre de Fuero Real y Partidas. Lo característico de ellas es que mantienen los sistemas de fuentes hasta entonces en vigor y a la vez introducen otro nuevo al que han de atenerse el rey y sus funcionarios.

Sin embargo, será el Ordenamiento de Alcalá de 1348 el que, al imponer un sistema de fuentes legislativas consagrará en plenitud la facultad legislativa del monarca. Cuando se señala por García Gallo y por otros autores que con este ordenamiento se inició una nueva y larga etapa en el orden jurídico castellano, no es sólo por la prelación de fuentes consagrada en el mismo, sino también por que aquel ordenamiento implicó una decidida preferencia por la ley como fuente legislativa, y un desplazamiento del derecho consuetudinario⁴. En efecto, la ley de prelación no aludía en ningún momento a la costumbre como fuente general. Tan sólo se refería a la misma indirectamente al exigir el uso para la vigencia de los fueros locales, o al prescribir que se guarde la costumbre en los ríoptos. Finalmente, la mencionada ley declaraba enfáticamente que pertenecía al rey el poder de hacer fueros y leyes, interpretarlas y enmendarlas, por lo que ni siquiera la costumbre asumió papel supletorio alguno.

Otro factor importante, que vino a estrechar el ámbito de vigencia de la costumbre lo constituyeron los nuevos cuerpos de derecho o colecciones de leyes. Así a las Ordenanzas de Alonso Díaz de Montalbo, en el siglo XV, le sucedió en 1567 la primera gran Recopilación oficial de leyes castellanas, promulgada bajo el reinado de Felipe II con el nombre oficial de Recopilación de Leyes de estos Reinos, aunque se le conoce vulgarmente como Nueva Recopilación. De esta forma, las ventajas innegables que daba la difusión de la letra impresa, sumada al cada vez más minucioso trabajo de los juristas sobre las leyes y la constante actividad legislativa del rey y de su consejo real, significaron tanto en Castilla, como en otros reinos europeos, durante el siglo XVI la negación legislativa de la costumbre como fuente general del Derecho⁵.

Sin embargo, pese a lo expuesto en los párrafos precedentes no podemos dejar de mencionar, que tanto de la formulación que realizan los teólogos, como de la literatura jurídica y de los libros de instrucción política fluían en el siglo XVI y XVII doctrinas y pensamientos en favor del derecho consuetudinario, que nos permiten advertir la importancia que aún se le daba a la costumbre como fuente del derecho.

Un ejemplo de estas vertientes ideológicas, es la magna obra de Francisco

⁴ GARCÍA GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español* I (Madrid 1964) 385.

⁵ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, (n. 3) 122-123.

Suárez, "*Tratado de las Leyes y de Dios Legislador*", el que tuvo en el tema en estudio una significación propia, pues dedicó nada menos que un libro, de los diez que integran la obra, a la costumbre. Constituye el más completo y amplió estudio que de la misma se realizó por entonces, y el más claro reconocimiento de la importancia que aún tenía en el orden jurídico, pese a las limitaciones que la habían cercado y que el propio Suárez admitía y aún prescribía.

Tampoco podemos dejar de mencionar a Las Partidas como un ejemplo más de como la costumbre subsistía como fuente del derecho en este tiempo. Su texto originario provenía de una época en que la costumbre gozaba de una situación preferente, de forma que contiene pocas pero substanciosas leyes que se referían al uso, a la costumbre y al fuero.

Igualmente, si revisamos la literatura política, aquellos tratados o libros redactados para ayudar al buen gobierno de los príncipes, aparte de prevenir constantemente contra las peligrosas innovaciones y tentaciones de las leyes nuevas y contra la multiplicación legislativa, algunos calaban hondo en el tema de la costumbre, poniendo al descubierto sus ventajas y dando al príncipe la autorización para moderarlas y modificarlas en caso necesario.

Así en la difundida obra del Licenciado Jerónimo Castillo de Bovadilla, "*Política para Corregidores y Señores de Vasallos...*", que salió a la luz, por vez primera el año 1585, se sostenía que las costumbres no tenían menos autoridad que las leyes romanas reales y que era obligación del corregidor guardarlas. Siguiendo a Baldo y a otros doctores, decía que a las costumbres se les debía reverencia "*como madre, por que se equipara al Derecho Natural, y la mayor parte del mundo se gobierna por costumbres, y aún fueron primero introducidas en el mundo, que fueran recibidas las leyes...*"⁶. De ahí que los jueces estaban obligados a conocer, además de las leyes, "*las costumbres públicas y notorias de la ciudad y provincia que gobiernen y juzgan por ellas*", pues de sentencias en contra de lo prescrito por las mismas podían ser demandados en residencia y obligados a satisfacer los daños⁷.

Enseñaba en otro pasaje, "*que la costumbre tiene autoridad y potestad de príncipe y fuerza de ley*" y la "*municipal y de la patria se reputa ley y hace callar las leyes y rescriptos de los príncipes*"⁸. Tanta importancia daba Castillo de Bovadilla a la costumbre que recomendaba a los corregidores informarse de "*los buenos usos y fueros de su provincia*" y no ir "*contra las buenas costumbres de su lugar sin causa de utilidad muy evidente... y, cuando lo hubiere, comuníquela con los regidores y sabios del pueblo*"⁹.

⁶ CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para Corregidores y Señores de Vasallos...*, lib.2, cap.10, núm. 25 y 39, y lib. 3, cap.3 núm. 51. La edición consultada es la edición facsimil de Madrid de 1704 (Madrid 1978).

⁷ CASTILLO DE BOVADILLA (n. 6) lib.3, cap. 8, núm. 194-195.

⁸ CASTILLO DE BOVADILLA (n. 6) lib.1, cap., núm. 9-10.

⁹ CASTILLO DE BOVADILLA (n. 6) lib.1, cap., núm. 9-10.

Concluimos pues, que si bien durante esta época la costumbre tanto en Castilla, como en los demás reinos europeos pierde la importancia y preeminencia que tenía en los siglos anteriores como fuente del derecho, siendo desplazada por la ley, no es menos cierto que aún conserva su influjo tanto en la legislación real, como en el pensamiento y doctrina de teólogos y juristas.

2. La costumbre en Indias

Con la pragmática de 9 de julio de 1520, expedida por Carlos I, en la que expresaba: "*que agora de aquí en adelante en ningún tiempo del mundo las dichas islas y tierra firme del mar Océano, descubiertas y por descubrir, ni parte alguna ni pueblos dellas no será enajenado, ni apartaremos de nuestra Corona Real nos, ni nuestros herederos, ni sucesores en la dicha Corona de Castilla, sino que estarán y las tenemos como cosa incorporadas a ella; y si necesario es de nuevo la incorporamos y metemos, y mandamos que en ningún tiempo puedan ser sacadas ni apartadas... y que no haremos merced alguna dellas a persona alguna*"¹⁰, las Indias Occidentales quedaron formal y definitivamente incorporadas a la Corona de Castilla.

Esta incorporación se hizo a la Corona y no al reino castellano, lo cual significaba que pasaba a ser, no propiedad particular del rey, ni dependencia del Estado español, sino propiedad pública de la monarquía en calidad de bienes de realengo, es decir, sometidos al dominio directo de la corona real, y exentos de toda jurisdicción y vasallaje feudal.

Como bien dice Zorraquín Becú, la incorporación se había efectuado por vía de accesión. Si bien Castilla era el reino aglutinante de la monarquía fueron varios los reinos peninsulares que se unieron a él (Navarra, Granada etc...), en estos casos la incorporación dejaba intacto el sistema jurídico vigente en cada uno de los reinos incorporados. Sin embargo, dicho criterio no podía aplicarse para Indias, donde fue necesario transplantar el derecho castellano y dictar también normas especiales o particulares a los nuevos territorios¹¹.

De esta forma el descubrimiento de las islas y tierra firme del mar Océano provocó la expansión del derecho castellano a nuevos territorios, apoyándose en la doctrina medieval que consideraba que: «las tierras nuevamente conquistadas e acrecentadas al señorío antiguo se han de regir por las leyes del reino a quien se acrecienta». Pero, la realidad americana impuso que se fueran dictando normas que constituyeron paulatinamente un derecho especial, conocido como Derecho Indiano.

El derecho indiano procuró dar solución jurídica a los más variados y complejos problemas que presentaba la realidad del nuevo mundo. Aquellas soluciones

¹⁰ R.I. 3.1.1.

¹¹ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *La Organización Política Argentina en el Período Hispánico* (Buenos Aires 1969) 16-17.

en un primer momento, no fueron análogas para todas las regiones del vasto continente, ni pretendieron constituir una legislación de carácter abstracta y general, sino que particular y concreta. Paulatinamente se fue tendiendo a una generalización de las normas y a una ordenación legislativa de las soluciones jurídicas, que culminó con la recopilación del año 1680.

Del mismo modo, la costumbre alcanzó a tener una importancia fundamental como fuente del derecho, aun en contra de expresas normas legislativas. En efecto, las principales disposiciones que establecieron las fuentes del derecho en Indias no incluyeron a la costumbre por lo que esta aparecía desplazada del orden de prelación. Pero un análisis más detenido del orden legislativo nos presenta una excepción a ese principio y diversas manifestaciones específicas en las que el legislador admitió y reconoció la vigencia de la costumbre.

Una primera aproximación al tema nos lleva a observar la actitud del legislador indiano ante la costumbre jurídica. Sabemos ya que el derecho indiano presentaba un cuadro de fuentes del derecho múltiple. Dentro de él se incluyen al mismo tiempo diversas formas de legislación (provisiones, reales cédulas, instrucciones, cartas reales y ordenanzas), distintas clases de costumbres, dos tipos fundamentales de jurisprudencia, una práctica que deriva de los fallos de los tribunales y otra teórica que proviene de la doctrina de los autores.

La literatura jurídica indiana no elaboró ninguna teoría general sobre las fuentes del derecho. Tampoco la había en el derecho castellano, por eso los grandes juristas indianos como Solórzano Pereira en su *Política Indiana* o León Pinelo a través de su *Tratado de las Confirmaciones Reales de Encomiendas, Oficios y Casos*, en que se requieren para las Indias Occidentales, se limitaron a tratar la costumbre en Indias del mismo modo que lo hacían los grandes juristas castellanos, como Gregorio López o Jerónimo Castillo de Bovadilla. A través de unos y otros se conoce en América la doctrina sobre la costumbre, que es la del Derecho Común, y que es precisamente recogida por esos autores.

Solórzano alude varias veces al derecho consuetudinario indiano y exalta su importancia. Este ilustre jurista tenía el concepto de que el buen legislador: "*ha de acomodar sus preceptos, conforme las regiones, y gentes a quienes los endereza, y su disposición y capacidad*", debiendo, "*con su industria y humanidad mirar y disponer lo que les pueda convenir, como más le convenga.*" Solórzano consideraba que "*no menos diferentes suelen ser las costumbres de cada región que los aires que las bañan y los términos que las dividen*"¹², lamentándose, "*que varones tan doctos y prudentes hablaran fácilmente con tanta generalidad*"¹³.

La costumbre ganó terreno ante el desconocimiento de las leyes indianas y aun de las castellanas. Este desconocimiento tiene su causa aparente en el em-

¹² SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de, *Política Indiana*. 109, cit. por R. LEVENE, *Introducción a la Historia del Derecho indiano* (Buenos Aires 1929) 38.

¹³ SOLÓRZANO PEREIRA (n. 12) 127.

brionario desarrollo de muchas comunidades españolas en el Nuevo Mundo, donde no había letrados ni ejemplares de los cuerpos legislativos, además de la propia dispersión de las leyes indianas antes de la recopilación del año 1680.

Otro elemento que contribuyó al desarrollo de la costumbre en Indias, fue el poder que manifestaron, especialmente en el siglo XVI, algunas ciudades americanas, que encontraron en la costumbre el instrumento apto para oponerse al autoritarismo del rey y de sus funcionarios. Los cabildos, como órganos representativos de esas ciudades, asumieron muchas veces esa posición.

No hay duda, por último, que el dilatado escenario geográfico no permitió una labor de unificación jurídica, y al contrario facilitó indudablemente la introducción y arraigo de las innumerables costumbres refugiadas en el estrecho ámbito local, que, como veremos, el legislador no excluyó del orden jurídico, y hasta en ocasiones las estimuló.

De esta forma, el campo de aplicación de la costumbre en Indias era inmenso. Puesto que hubo de parte del legislador una general actitud de condescendencia hacia el hecho consuetudinario, esto es preciso apreciarlo en distintas manifestaciones legales en las que se reconocía el valor y fuerza de la costumbre aún contra la propia ley. Ello explicaría según Altamira el hecho de que frecuentemente el legislador permitiera la coexistencia de leyes y de costumbres divergentes en un mismo asunto en aspectos no substanciales; que consintiera en costumbres contrarias a la ley; o que hicieran a esta innecesaria; que extendiera costumbres de un lugar a otro; que fuera cuidadoso en la derogación de costumbres arraigadas; que defendiese las costumbres antiguas, asechadas por nuevas prácticas o usos; y que incluso llegase a someterse a posibles costumbres de cuya existencia no tenía certeza¹⁴.

A modo de ejemplo, a continuación reproducimos algunas de las leyes recopiladas en las que el legislador echaba mano a la costumbre para dar soluciones jurídicas:

1) La invocación que hacía el monarca para fundamentar el derecho de patronato. "*Nos pertenece por derecho y costumbre*"¹⁵.

2) Se recurría a la costumbre para regular la administración de la cuarta episcopal en sede vacante¹⁶.

3) Para regular los derechos que debían percibir los aguaciles mayores¹⁷.

4) La determinación de precedencias y ceremonias¹⁸.

5) Los nombramientos que estaban a cargo de los virreyes¹⁹.

¹⁴ ALTAMIRA, Rafael, *La Costumbre Jurídica*, cit. por TAU ANZOÁTEGUI (n. 3) 132.

¹⁵ R.I. 1.9.1.

¹⁶ R.I. 1.7.50.

¹⁷ R.I. 5.14.10.

¹⁸ R.I. 3.15.13,22,25,43,53.

¹⁹ R.I. 3.3.5.

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

No podemos dejar de hacer mención de la circunstancia de que entre la población indiana se desarrollaron con vigor nuevas costumbres jurídicas adaptadas a las peculiares condiciones de vida en América. Así hay instituciones, como los cabildos, cuya actividad se rigió casi exclusivamente por la costumbre.

Todo lo dicho se aplica en general a la costumbre indiana en sus diversas formas. Pero debemos hacer referencia, aunque sea someramente, a la costumbre indígena, la cual gozaba de una regulación especial.

Esta regulación tuvo su origen en las llamadas Leyes Nuevas de 1542-43. Allí se prescribía a los presidentes y oidores de las audiencias americanas: "*a que no den lugar a que en los pleitos entre indios o con ellos se hagan procesos ordinarios ni haya largos, como suele acontecer por la malicia de algunos abogados y procuradores sino que sumariamente sean determinados guardando sus usos y costumbres no siendo claramente injustos y que tengan las dichas audiencias cuidado que así se guarde por los otros jueces inferiores*"²⁰.

Esta disposición fue posteriormente reiterada en las ordenanzas de las distintas audiencias americanas. En ellas se reconoce plena vigencia a las costumbre indígenas, sin otra limitación que la de que no sean claramente injustas.

En 1555, Carlos V, a petición de Juan Apabaz, gobernador y cacique principal de las provincias de Vera Paz y de los otros caciques principales y moradores de las mismas, declaró en su favor: "*Aprobamos y tenemos por buenas vuestras 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 podemos añadir, los que fuéremos servidos y nos pareciera que conviene al servicio de Dios nuestro señor y nuestro y a nuestra conservación y policía cristiana, y no perjudicando a los que vosotros tenéis hecho ni a las buenas costumbres y estatutos vuestros que fueren justos y buenos*"²¹.

Esta disposición de alcance particular en su origen se convirtió en un amplio y general reconocimiento de la costumbre indígena en las Indias al ser recogida bajo una nueva forma dentro de la recopilación del año 1680. Allí se dice: "*Ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían*

²⁰ *Leyes Nuevas*, 20, ed. Antonio Muro Orejón, en *Anuario de Estudios Americanos* 2 (Sevilla 1945) 809 y ss.

²¹ ENCINAS, Diego de, *Cedulario*, ed. facsimilar de Alfonso García Gallo (Madrid 1945) IV, fol. 355.

los indios para su buen gobierno y policía, y usos y costumbres guardados después de 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; siendo necesario por la presente las aprobamos y confirmamos; con tanto que no podamos añadir lo que fuéremos servidos y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro señor y al nuestro y a la conservación y policía cristiana de los naturales de aquellas provincias no perjudicando a los que tienen hecho ni a las buenas y justas costumbres y estatutos suyos²².

De esta redacción es posible distinguir dos tipos de costumbre indígena: las antiguas, esto es, anteriores al señorío de los Reyes de Castilla sobre los indígenas y a su conversión al cristianismo, y las nuevas, es decir, posteriores a la implantación de ese señorío o a la conversión. Unas y otras, son reconocidas como plenamente válidas sin otras limitaciones que las de no oponerse ni a la religión católica ni a las leyes de la Recopilación o a las leyes posteriores.

II. LA COSTUMBRE REGULADORA DEL FUNCIONAMIENTO DEL CABILDO DE SANTIAGO

Las Actas del Cabildo de Santiago contienen numerosas referencias consuetudinarias con relación a la actividad del órgano capitular, tanto en lo que se refiere a las funciones relativas al gobierno urbano, la moralidad pública, la vida económica, lo edilicio, la actividad religiosa, la defensa, así como a todo lo relativo a las formas y el ceremonial, la elección de los oficios, a su ejercicio y a las funciones propias del ayuntamiento.

En este capítulo, bajo diferentes títulos y apartados, reproduzco las principales cuestiones en las que se efectuaron invocaciones a la costumbre jurídica, para establecer el funcionamiento propio del órgano capitular santiaguino.

1. Las formas y el ceremonial

a) Los acuerdos

A través de un prolijo estudio de las diversas fórmulas utilizadas en las actas capitulares, es posible concluir que era frecuente encabezar éstas con una referencia consuetudinaria. Las expresiones empleadas ofrecían numerosas variantes, aun dentro del mismo cabildo y en un solo año; las más utilizadas aludían a que la reunión se lleva a cabo "*como lo han de uso y costumbre*". "*según lo han de uso y costumbre*", "*como lo han de costumbre*" u otras maneras análogas. Bajo estas expresiones se comprendían todos los aspectos de forma y ceremonial; a saber, día, hora y lugar de los acuerdos, traje con que debía concurrirse, orden de precedencia en la ubicación, etc.

²² R.I. 2.1.4.

Así leemos en el Acta del Cabildo de Santiago de 1 de enero del año 1582, lo siguiente: *“En la muy noble y muy leal ciudad de Sanctiago del Nuevo Extremo deste reino de Chile, en primer día del mes de enero, año del nascimiento de nuestro Salvador Jesucristo de mil quinientos y ochenta y dos años, se juntaron en su cabildo é ayuntamiento, según lo han de uso y costumbre de se juntar, los ilustres señores Justicia y Regimiento desta dicha ciudad...”*²³ Es posible apreciar del texto transcrito la invocación con valor legal y potestativo que encierra la fórmula *“según lo han de uso y costumbre”*, máxime aún si se tiene en cuenta que el acta capitular reproducida corresponde al primer acuerdo adoptado por el cabildo en el dicho año 1582 y es precisamente en esa sesión donde se procede al nombramiento y elección de los nuevos alcaldes y regidores.

Otro aspecto de interés es aquel que dice relación con el lugar físico donde debían celebrarse las reuniones del cabildo. Por principio dichas reuniones debían efectuarse en la sede del ayuntamiento, estando terminantemente prohibido realizarlas en la casa del gobernador. *“Viernes siguiente, a once días del mes de marzo de dicho año, mandó el dicho señor teniente llamar a cabildo a los suso nombrados, y el mayordomo y procurador; y en presencia de mi dicho escribano, estando todos juntos en una casa que se señaló por de cabildo hasta tanto que se hiciere casa señalada para él según es de uso y costumbre...”*²⁴

En un principio, según antigua costumbre, los cabildos se reunían tres veces a la semana: lunes, miércoles y viernes, pero más adelante se acordó que las reuniones ordinarias fueran solamente los viernes, bajo una pena en pesos oro por la inasistencia, suma que debía percibir el portero para sí en pago de sus sueldos. *“En este cabildo se trató que, atento que muy de ordinario faltan los señores regidores ó la mayor parte dellos, de suerte que por falta de no venir al dicho cabildo se deja de hacer; por tanto, que mandaban y mandaren que se les notifique que de aquí adelante acudan todos los señores regidores al dicho cabildo, según es costumbre, sin faltar ninguno, sino fuere con justo impedimento y que lo envíen á decir al dicho cabildo, so pena que al que no viniere se les lleve dos pesos de pena por cada vez que faltaren en el dicho cabildo, los cuales se aplican para el salario del portero deste Cabildo; y con esto se cerró este cabildo y lo firmaron de sus nombres; y yo el dicho escribano doy fee que notifiqué el dicho auto á los dichos señores que lo proveyeron”*²⁵. De todos modos, no obstante las penas y los requerimientos, la asistencia mermaba por la guerra y otras razones, lo que movió a resolver que el cabildo podía sesionar con sólo la asistencia de un alcalde y dos regidores. *“Que atento que se tiene continúa guerra con los indios*

²³ Cabildo de 1 de enero de 1582, en CHCh. XIX. 1.

²⁴ Cabildo de 11 de marzo de 1541, en CHCh. I. 68.

²⁵ Cabildo de 9 de mayo de 1586, en CHCh. XX. 23. En 18-IV-1567 se obliga a alcaldes y regidores a asistir los viernes, bajo multa de 5 pesos oro. En sesión del 20-II-1578, se pena con dos pesos a los inasistentes los que pueden excusarse sólo por estar enfermos o impedidos.

*naturales, é que esta causa se hallan ausentes de esta ciudad algunos señores de este cabildo, e no pueden entrar a él todos juntos por ausencia de algunos; que en tal caso o habiendo causa legítima de no poder venir al dicho cabildo alguno de los alcaldes y regidores, en ausencia de los que faltasen puedan juntarse a su cabildo un alcalde e de dos o tres regidores; y que el tal cabildo sea tan válido como si todos juntos los susodichos señores se hallaren y estuviesen juntos a los cabildos y acuerdos y en cada uno de ellos mandado, proveído, acordado u ordenado*²⁶.

Se ordenaba que en Cuaresma se hicieren los cabildos el día jueves, así se desprende de un acta capitular que establecía *“que por honra de la Santa Cuaresma sus mercedes señores Justicia é Regimiento mandan que los cabildos que se acostumbra hacer los viernes, se hagan los jueves de ordinario los tales cabildos, e acudan a ellos los señores del cabildo”*²⁷.

El aviso a los alcaldes y regidores para que concurrieran a las sesiones del cabildo se efectuaba, según la costumbre, por medio de campana. En 1541, un acuerdo del cabildo ordenaba *“que el dicho Antonio de Pastrana, procurador de la dicha ciudad, mandó al pregonero público de ella Domingo, de color moreno, que llamase a consejo y tañese una campanilla con que se tañe a misa en este pueblo, porque no había otra mayor, para que al sonido de ella, como era costumbre, se juntare todo el pueblo y común en un tambo grande que está junto a la plaza de esta ciudad”*²⁸.

En cuanto a quién encabezaba las sesiones del cabildo, éstas podían ser presididas por el gobernador o capitán General o por su teniente, así como por el corregidor o alcalde mayor, pudiendo asistir los alcaldes ordinarios, pues así era la costumbre²⁹. Sin embargo ni el corregidor ni el teniente tuvieron voto en el cabildo, ni siquiera podían estar presente en las deliberaciones y acuerdos del ayuntamiento, así lo expresaba un acta capitular del año 1548 en los siguientes términos: *“y luego los dichos señores justicia y rejidores pidieron al dicho señor Francisco de Villagra, teniente jeneral, que su merced se saliere de este cabildo, por cuanto quieren proveer cosas que convienen al servicio de Dios y de Su Majestad. Y luego dicho señor teniente se salió deste cabildo. Y luego dichos señores justicia y rejidores platicaron en como se debía escribir a Su Majestad, e al Presidente licenciado Gasca, que reside en su Real Audiencia, corte y cancillería de las provincias de la Nueva Castilla”*³⁰. Igualmente se establecía que aquella persona

²⁶ Cabildo de 7 de febrero de 1554, en CHCh. I, 389.

²⁷ Cabildo de 17 de febrero de 1575, en CHCh. XVII, 382. En el mismo sentido véase: Cabildo de 3 marzo de 1607, 6 de marzo de 1615, 8 de febrero de 1641, 20 de febrero de 1643.

²⁸ Cabildo de 10 de junio de 1541, en CHCh. I, 88.

²⁹ Cabildo de 13 de noviembre de 1552, en CHCh. I, 305.

³⁰ Cabildo del 3 de septiembre de 1548, en CHCh. T I, 151, 152.

que hubiere manifestado o revelado el secreto del cabildo, aun al señor gobernador, será declarada infame y quedará excluida del cabildo y de cualquier oficio que tenga, sin perjuicio de otras penas, todo lo cual se ejecutará aunque se deduzca apelación³¹. De forma que sólo se limitaron a decidir, gobernar, asistir, autorizar, oír y ejecutar los acuerdos

b) Asiento, voz y voto de los funcionarios

El orden de los asientos de los alcaldes, regidores y demás funcionarios, constituía un aspecto fundamental dentro del conjunto de solemnidades característica de los acuerdos capitulares. Ya Castillo de Bovadilla en su texto recomendaba que el mejor orden era el de la antigüedad, y así aconsejaba al Corregidor que no quebrantara dicha costumbre, a menos que fuese por mandato del monarca o consentimiento de todo el Regimiento³².

En cuanto a la precedencia de los miembros del ayuntamiento santiaguino, se estableció que debían sentarse primero los alcaldes, luego los regidores por orden de antigüedad en el cargo y de ancianidad y, último se sienta el alguacil mayor, quien como veremos más adelante, en la sesión en que se aprobó lo anterior, rehusó aceptar dicha resolución y se retiró.

En Santiago, a fines del siglo XVI, en el acta capitular en donde consta el nombramiento de alcalde de Bernardino Morales de Alborno, se expresaba lo siguiente: "*y fecho el dicho juramento, el dicho señor Teniente General en señal de posesión dio y entregó la vara de tal alcalde al dicho señor Bernardino Morales de Alborno, y se sentó en el lugar acostumbrado donde se suelen sentar los semejantes alcaldes; de todo lo cual yo el presente escribano doy fee que pasó en mi presencia y es de la forma questá, y el dicho señor Babillés de Orellano apeló según apelado tiene, y lo pidió por testimonio; y los dichos señores Justicia y Regimiento lo firmaron de sus nombres...*"³³ Veamos a continuación algunos problemas que se plantearon, y cómo se invocó la costumbre en cada uno de ellos.

En 1588, se planteó el problema de que asiento y antigüedad le correspondía al Contador del cabildo, en aquella época don Arnao Segarra. En el acuerdo de fecha 5 de septiembre de dicho año se estableció que a tal funcionario le correspondía el asiento y voto inmediatamente después de los regidores del ayuntamiento. "*Asentóse Arnao Segarra detrás de un regidor en este Cabildo, sin perjuicio del derecho que tiene en el pleito que trato sobre cuál ha de ser más antiguo y sobre el asiento, y sin perjuicio de lo que esta juzgado é sentenciado en su favor, y ansimismo, sin perjuicio del dicho cabildo é de las costumbres é ordenan-*

³¹ Cabildo de 5 de enero de 1590, en CHCh. XX, 239. En el mismo sentido Cabildo de 2 de enero de 1591, en CHCh. XX, 300.

³² CASTILLO DE BOVADILLA (n. 6) lib.3, cap 7, núm. 14 - 15.

³³ Cabildo de 31 de octubre de 1585, en CHCh. XIX, 274.

zas que tiene el cabildo antiguamente³⁴. Es importante resaltar el hecho de que la referencia a la costumbre se mezcla con la invocación legal, al señalarse que el dicho lugar le corresponde al Contador del Cabildo “sin perjuicio de las costumbres é ordenanzas que tiene el cabildo antiguamente”, expresión ésta que podría denotar una progresiva merma de la costumbre como fuente del derecho.

También la costumbre fue invocada para resolver si los Alguaciles Mayores gozaban de voz y voto en los cabildos y para decidir su preferencia en el lugar con respecto a los alcaldes, regidores y otros funcionarios. Un caso ilustrativo, en el cual se planteó muy temprano esta dificultad, fue el ocurrido en el año 1548, al presentarse un título de Alguacil Mayor en el que se estableció que tenía voto de cabildo por provisión del señor Gobernador, pero dicha provisión no declaraba el voto que el gobernador le otorgaba. Así el cabildo de Santiago dispuso que: “de hoi demás se tenga el orden siguiente en los dichos asientos y votos, de esta manera. Que los señores alcaldes se asienten primero, é luego los regidores más antiguos en el oficio é los más ancianos en edad; y que el alguacil mayor, pues tiene provisión con voto de cabildo por el mui magnífico señor Pedro de Valdivia, electo gobernador y capitán general por S.M., que se asiente después de los alcaldes y regidores é su voto sea postrero, é firme postrero, como es razón, por que la provisión no declara el voto que dicho señor gobernador le da”³⁵. No obstante el nombrado Alguacil Mayor Juan Gómez se opuso a tal resolución señalando que siempre se ha usado y guardado que su voto y firma debe ir tras el voto y firma de los señores alcaldes, puesto que así ha sido en todas las provincias de las Indias y que tiene además provisión dada por el Señor Gobernador, en la cual se le nombra con voto de cabildo. Sin embargo, el Cabildo dispuso finalmente que le correspondía el lugar después de los regidores, ya que “el voto que tiene no se lo quitan, sino que lo tenga y entre a cabildo así como el señor gobernador se lo dio, más que no consienten que sea su voto ni firma, ni asiento el segundo, como él lo pide, sino el postrero pues no aparece por su provisión mas de tener un voto en cabildo juntamente con la vara de alguacil mayor que tiene desta manera la ha de tener y no de otra...”³⁶

Finalmente, la costumbre regulaba la no menos complicada solemnidad del asiento de los alcaldes ordinarios en los cabildos. Disponiéndose de acuerdo con la costumbre imperante en todos los cabildos de los Reinos de Indias, que los alcaldes se sentasen a ambos lados del Justicia Mayor, tanto en las sesiones ordinarias como en los actos públicos.

³⁴ Cabildo de 5 de septiembre de 1558, en CHCh. XVII, 45.

³⁵ Cabildo de 18 de enero de 1548, en CHCh. I, 139-140.

³⁶ Ibid.

c) Asistencia y participación en actos públicos, fiestas religiosas y populares

Como ya lo hemos indicado anteriormente, con motivo de la Cuaresma era costumbre cambiar el día de reunión del cabildo, con la finalidad de que sus miembros pudiesen asistir a los sermones del tiempo de Cuaresma. *“Que, por que los viernes de cada semana en los que solían juntarse sus mercedes á hacer cabildo y al presente, por ser Cuaresma y no perderse los sermones, es justo juntarse en otro día que no haya sermón, por tanto que de aquí adelante durante el tiempo desta Cuaresma se junten sus mercedes los jueves de cada una semana en este cabildo á proveer lo que conviniere, en lugar de los viernes, y que si no sean llamados todas sus mercedes, se junten el dicho jueves para el dicho efecto, sin que sea necesario llamarlo, so la pena que estaba puesta a sus mercedes sino se juntasen los viernes, y para ello se notifique este acuerdo á todos sus mercedes, á los cuales yo escribano los notifiqué en este dicho día y cabildo, y firmáronlo a pie de él”*³⁷.

Para la fiesta de Corpus Christi, se ordenaba que los sastres, calceteros y carpinteros debían sacar sus oficios e invenciones para dicha fiesta como era la costumbre en España y en las Indias, teniendo la obligación de declarar al alcalde con anticipación lo que quisieran hacer, bajo pena para el gremio que no saque las invenciones de seis pesos oro para las fiestas y regocijos de Corpus Christi y de sacarlas a costa de los infractores. *“En este dicho día se acordó que para la fiesta de Corpus Christi, que ahora viene, se les mande a todos los oficiales de sastrer, calceteros, carpinteros, plateros, jubeteros, que saquen sus oficios e invenciones, como es costumbre de se hacer en los Reinos de España y en la Indias; que dentro de los cinco días primeros siguientes, parezcan ante el señor alcalde Pedro de Miranda a declarar lo que lo quieran hacer y sacar las dichas invenciones, so pena de cada seis pesos de buen oro, aplicados para las fiestas y regocijos de la procesión de dicho día, demás de que a su costa se sacará la fiesta é invenciones que a sus mercedes les pareciere; é que así se pregone para que haya lugar y tiempo de se hacer a costa de los dichos oficios”*³⁸. Igualmente, para Corpus Christi se ordenaba que se limpiasen las calles y se aderezarán con paños y ornatos para la procesión y que se hicieren altares, todo lo cual debía pregonarse³⁹.

Relacionado con dicha festividad religiosa, en el año 1568 se planteó ante el Cabildo la discusión respecto de qué sitio y lugar dentro de la procesión les correspondía a los herreros. *“En este dicho día, en este dicho cabildo, se proveyó una petición que metió Sebastián Hernández, herrero el que pidió que quiere sacar un pendón, como oficial de herrero que es, y que le señalen el sitio y lugar donde debe ir en dicha procesión, y que ha de ser junto al Santísimo Sacramento,*

³⁷ Cabildo de 1 de febrero de 1582, en CHCh. XIX, 11

³⁸ Cabildo de 2 de mayo de 1556, en CHCh. I, 520.

³⁹ Cabildo de 11 de mayo de 1587, en CHCh. XX, 99.

como suelen ir los de su oficio, por que aquel es su lugar, de lo cual esta puesto a dar información..."⁴⁰ El cabildo resolvió recibir la información de testigos ofrecida, para lo cual los señores Justicia y Regimiento acometieron para dicha gestión al capitán Francisco de Riberos, alcalde ordinario, para posteriormente determinar el sitio y lugar que le correspondía al dicho Sebastián Hernández en la procesión.

Con motivo de la celebración de la festividad de la Semana Santa, le correspondía al cabildo, por costumbre, guardar y custodiar la llave del arca del Santísimo Sacramento de la Iglesia Mayor de la ciudad, así como la de los distintos conventos que tenían su asiento en ésta. Para lo cual, el órgano capitular nombraba una comisión la que tenía por misión en primer lugar obtener la respectiva autorización del Señor Obispo y en segundo concurrir el jueves santo a los respectivos oficios de Semana Santa, para luego guardar el santísimo sacramento y recibir la llave del arca. *"En este cabildo se trato que el capitán don Francisco de Zuñiga, alcalde de S.M. y Bernardino Morales de Albornoz, factor y veedor de la real hacienda de S.M. vayan en nombre de esta ciudad á tratar con el Señor Obispo, como nuevo en este reino, la loable costumbre que esta ciudad tiene para que la justicia mayor de ella asista a la iglesia mayor el jueves y viernes de la Semana Santa para recibir la llave del arca del Santísimo Sacramento y con ellos el escribano del cabildo para dar el testimonio que fuere necesario, y traten y confieran con él la orden que en ello se debiere tener..."*⁴¹

En cuanto a la forma de vestir de los cabildantes en los actos públicos, así como en las festividades religiosas, se establecía por costumbre que el color de sus vestimentas debía ser color carmesí, las que debían ser compradas o confeccionadas con los fondos del cabildo. *"Este día acordaron que por cuanto se ha recibido una carta de Su Majestad por la cual manda que en esta ciudad se reciba por rey a don Felipe nuestro señor, y que para ello se hagan las solemnidades que se deben é se acostumbran hacer; y para ello los dichos señores han acordado que los del dicho cabildo salgan el día que se hiciere la dicha solemnidad del dicho recibimiento, con ropas de carmesí, las cuales se saquen y compren de los propios del consejo y cualesquier peso de oro pertenecientes a él, por cuanto es uso é costumbre en las ciudades hacerse así..."*⁴²

Finalmente, se establecía que se corretán toros, como es costumbre, en las fiestas de San Juan, Santiago y de Nuestra Señora de Agosto, para lo cual los vecinos deberán hacer barreras y cercar las plazas con talanqueras en la proporción que les fije la justicia de la ciudad, so pena de multa de diez pesos oro para el infractor y de hacerse o determinar a su costa el trabajo que al vecino hubiere

⁴⁰ Cabildo de 18 de junio de 1567, en CHCh. XVII, 232-233

⁴¹ Cabildo de 6 de abril de 1604, en CHCh. XXI, 108-109.

⁴² Cabildo de 5 de abril de 1558, en CHCh. XVII, 10-11

correspondido⁴³.

d) El estandarte real

Aparecían regulados por el uso y la costumbre la elección y juramento del alférez real, la ceremonia de entrega del estandarte, el paseo que con el mismo se hacía por las calles de la ciudad con motivo de la festividad del Santo Patrono y hasta el reemplazo de aquel funcionario por el alcalde ordinario, en caso de ausencia o imposibilidad de ejercer el oficio.

Una minuciosa descripción de la ceremonia que se efectuaba en Santiago en 1581, con repetidas menciones a la costumbre, puede encontrarse en el acta del Cabildo de 7 de julio de aquel año. En tal ocasión, el cabildo de la ciudad nombró a don Alonso de Riberos Figueroa, regidor de la ciudad, alférez real por el presente año. *“En este dicho día y cabildo acordaron sus mercedes que, por cuanto es costumbre en esta ciudad nombrar en cada año á uno de los señores regidores desta ciudad para que saque el estandarte real el día del Señor Santiago, y por que viene ya cerca, dijeron: que nombran y nombraron por alférez desta ciudad para que saque el estandarte el dicho día y le tenga en su poder en guarda y custodia este presente año, á Alonso de Riberos Figueroa, regidor desta ciudad, al cual nombraron tal alférez todas sus mercedes «nemine discrepante»; y mandaron se le notifique luego lo acepte; y así lo proveyeron y firmaron de sus nombres”*⁴⁴. Asimismo, en el acta del 24 de julio de 1581 se detalla la ceremonia de entrega del estandarte real y el juramento del nuevo alférez don Alonso de Riberos, *“En la ciudad de Santiago de Chile, en veinticuatro días del mes de julio de mil quinientos y un años, habiéndose juntado los ilustres señores Justicia y Regimiento desta ciudad para efecto de traer á las casas del Cabildo della el estandarte real que tuvo este año próximo pasado en su poder Pedro Gómez, vecino y*

⁴³ Cabildo de 15 de julio de 1575, en CHCh. XVII, 406-407. En sesión de 4 XII-1573 se acordó que los vecinos jugaren cañas el segundo día de Pascua de Navidad ante el señor Capitán Corregidor y que haya toros el día de las cañas. Sesión de 14-VII-1582, se impone la obligación de cercar a los vecinos encomenderos, bajo pena de hacer los trabajos a su costa alzándoles el subsidio y que las agujas y varas pertenezcan a la ciudad, debiéndose correr toros el día de Nuestra Señora de Setiembre venidero. En sesión 4 -XII-1573 se obliga a los vecinos que el día de nuestra Señora de la Concepción hagan regocijo por el nacimiento del Príncipe y victorias de Juan de Austria, cabalguen esa noche con hachas y lumbres y en toda la ciudad y casa de ella se pongan luminarias y que nadie lo deje de cumplir, so pena de diez pesos.

⁴⁴ Acta del Cabildo de 7 de julio de 1581, en CHCh. XVIII, 311. En sesión del 11 VII 1578 se nombra alférez a don Juan de Ahumada y se ordena se le tome el juramento y solemnidades que son de uso y costumbre. En sesión del 23 VII 1578, se acuerda que el señor factor Nicolás de Gárnica saque el estandarte real la víspera y el día del Señor de Santiago, por estar enfermo e impedido don Juan de Ahumada alférez de la ciudad. 14 VI 1583, nombramiento de alférez de don Nicolás Quiroga. 7 VI 1585, nombramiento de alférez de don Juan Jufre. 30 IV 1593, nombramiento de alférez del capitán Luis de las Cuevas.

alférez, y habiéndolo traído y puesto en los corredores de las dichas casas del Cabildo con la solemnidad acostumbrada, trajeron de su posada al señor Alonso de Riberos, regidor y alférez nombrado por sus mercedes para este presente año, del cual para entregarle el dicho estandarte real, por ante mi, Alonso Zapata, escribano público del cabildo desta ciudad, tomaron y rescibieron juramento en forma de derecho por Dios, nuestro señor, y por una señal de cruz que se hizo con su mano derecha, so cargo del cual prometió de tener en su poder, en guarda y custodia, este presente año, de aquí al día del Señor Santiago que vendrá el año ochenta y dos, el dicho estandarte y pendón real y de no dar ni entregar a persona alguna si no fuere á quien por Su Majestad, ó por la Justicia, Cabildo y Regimiento desta ciudad en su nombre le fuera mandado..."⁴⁵

En el año 1592, el nombrado alférez capitán Agustín Briceño, se negó a aceptar el dicho nombramiento alegando que según la costumbre está acordado que el cargo de alférez deben desempeñarlo los regidores del ayuntamiento por turnos anuales, de manera tal que existiendo el día de su nombramiento cuatro regidores que nunca han sido nombrados en tal oficio y ya habiéndolo sido él con anterioridad, no le corresponde a él desempeñar el dicho oficio de alférez real. "*En este cabildo pareció el capitán Agustín Briceño, regidor, y presentó la petición siguiente: Agustín Briceño, vecino encomendero desta ciudad de Santiago, digo: que desde la fundación della, por ordenanza, uso y costumbre está acordado que uno de los regidores se nombre por alférez y saque el estandarte por su turno y aquel que le hubiere sacado una vez, habiendo en el Cabildo quien no le haya sacado, este tal se nombre, y por V.S. fui elegido en el cabildo pasado para el dicho efecto, habiéndole yo sacado y estando de presente cuatro regidores que no le han sacado, como todo constará por los autos y elecciones questán en poder del presente escribano en los libros de cabildo. A V.S. pido y suplico que en conformidad de la dicha ordenanza, uso y costumbre, se elija quien lo saque, que no le haya sacado, pues en las elecciones de cada un año siempre á esto se tiene consideración, nombrando para dicho efecto personas que no le hayan sacado; sobre que pido justicia*"⁴⁶.

El Cabildo de Santiago dispuso que se acogiera la petición del capitán don Agustín Briceño, ordenando realizar una nueva elección de alférez real entre aquellos regidores que no lo han sido con anterioridad, "*porque así es de derecho y está en costumbre en los reinos de Pirú y en éste; y contra este derecho y costumbre fue nombrado el dicho capitán Agustín Briceño y así haber sido ninguno el nombramiento que en él se hizo, por haber otros regidores en el Cabildo que no lo han sido...*"⁴⁷

⁴⁵ Ibid. 316.

⁴⁶ Cabildo de 15 de mayo de 1592, en CHCh. XX, 353.

⁴⁷ Ibid.

e) Recibimiento del gobernador

Era de uso y costumbre en Santiago, así como en el resto de las ciudades de Indias, hacer un recibimiento especial al nuevo gobernador que llegaba a la ciudad. De esta forma, los nuevos gobernadores al tiempo de ser recibidos por el cabildo debían hacer juramento de que respetarían y guardarían los mandamientos reales y de que mantendrían la paz y la justicia en nombre de Su Majestad. *"Mui magníficos señores Pedro de Miranda procurador de esta ciudad de Santiago por virtud del poder que tengo ante el presente escribano digo: que a mi noticia a venido, que vuestras mercedes quieren recibir al Ilustre Señor Pedro de Valdivia por gobernador de estas provincias del Nuevo Extremo nombrado por Su Majestad, y por que los gobernadores al tiempo de ser recibidos suele hacer juramento en cierta forma, pido, y si es necesario requiero a vuestras mercedes, que antes que se reciba su señoría le pidan que jure en la forma siguiente: Primeramente que su señoría guardará los mandamientos reales y nos mantendrá en paz y en justicia en nombre de Su Majestad. Otrósí, que guardará y mantendrá su señoría todas las libertades, franquicias, privilegios, gracias y mercedes que Su Majestad mande se guarden e gozen los caballeros hijosdalgo y todas las otras personas que descubren e conquistan e pueblan tierras nuevas, como estas son, hasta tanto que Su Majestad no haga las mercedes que por los procuradores de a ciudad se han enviado y enviasen a suplicar, o lo que su real servicio y voluntad fuere. Otrósí, que guardará su señoría y consentirá que goce esta ciudad, vecinos y moradores della, de los términos y jurisdicción que le fueron señalados y dados al tiempo de la fundación della; y que le dará e guardará e acrecentará propios, dehesas y valdios..."*⁴⁸ El cabildo ante la petición del procurador de la ciudad Pedro de Miranda, resolvió exigir al gobernador previo ha ser recibido en el cargo, dicho juramento solemne en los términos expuestos.

2. La elección de eficios

a) Alcaldes ordinarios y regidores

Una real cédula del año 1537 ordenaba que *"para el buen regimiento, gobierno y administración de justicia de las ciudades, sean elegidos cada año, en la forma que hasta ahora se ha hecho, y fuese costumbre, dos alcaldes ordinarios"*⁴⁹.

Bajo esta disposición y las respectivas ordenanzas dictadas por los fundadores de ciudades, se desarrollaron normas consuetudinarias, las cuales ofrecen una repetidísima invocación a *"la costumbre"* y *"al uso y costumbre"*, al punto que pocas veces faltaba la referencia consuetudinaria en el acta capitular de las elec-

⁴⁸ Cabildo de 17 de junio de 1549, en CHCh. T. I 177, 178, 179 y 180.

⁴⁹ *Ced. Encinas* II 271. Incorporada a R. I. 5.3.1.

ciones de alcaldes y regidores. Mientras que la mayoría de las veces la invocación era exclusivamente a la costumbre, en otras se le acompañaba con la referencia a las leyes del reino o a las ordenanzas del fundador. Así bajo estas denominadas reglas consuetudinarias caían: el día fijado para la elección; la forma de votación; la calidad de las personas que podían ser elegidas; la regulación de los votos, y la confirmación de la elección.

El teniente de gobernador Pedro de Valdivia nombró el primer cabildo de Santiago el año 1541, cifrándose en su composición al molde clásico: dos alcaldes y seis regidores⁵⁰. Más adelante, el cabildo se autogeneró y los regidores que habían terminado su período designaban a sus reemplazantes en la primera sesión de cada año. Los regidores duraban, pues, un año en sus funciones. En el cabildo de 14 de enero de 1550, Pedro de Valdivia, dando cumplimiento a una provisión real, dispuso que la elección se realizara sólo para designar dos alcaldes y tres regidores "cadañeros", nombrando él por su parte tres regidores perpetuos⁵¹. En 1575, el cabildo solicitó a Rodrigo de Quiroga que se aumentara a ocho el número de regidores "cadañeros", en razón de que dos de los regidores perpetuos habían fallecido y la ciudad iba en aumento y de que, por labores particulares que desarrollaban los demás regidores, era difícil reunir cabildo para tomar acuerdos. Aunque la petición fue acogida por Quiroga, el dictamen de tres letrados que fueron consultados al efecto fue contrario, porque según estos "no podían mudar los seis regidores de la ciudad"⁵². En cabildo de 29 de noviembre de 1576 se deja constancia de la recepción de una real provisión de la Audiencia de Lima por la que se ordena que de allí en adelante se elija en dicho cabildo, seis regidores y dos alcaldes "E por los dichos señores Justicia é Regimiento vista la dicha real provisión ejecutoria de suso incorporada, habiéndola obedecido en cumplimiento della, acordaron que de aquí adelante se elija la mitad del dicho cabildo, que se entien-de de los seis regidores y de dos alcaldes que se acostumbra nombrar, sea la mitad vecinos encomenderos desta dicha ciudad é que no sean vecinos de otras ciudades y la otra mitad, en vecinos moradores, que tengan vecindad en esta dicha ciudad é que no sean vecinos de otras ciudades ni personas que estén de-trás del mostrador de tiendas"⁵³.

Respecto al día y a la forma como se efectuaba la elección de los alcaldes y

⁵⁰ El nombramiento se hizo el 7 de marzo de ese año, resultando nombrados como alcaldes ordinarios los señores Francisco de Aguirre y Juan Dábalos Jufre; y como regidores los señores Juan Fernández Alderete, Juan Bohon, Francisco de Villagra, Martín Solier, Gaspar Villaroel y Gerónimo de Alderete. El nombramiento consta en el primer libro de las actas del Cabildo de Santiago llamado comúnmente Libro Becerro, de 1541 a 1557.

⁵¹ Cabildo de 14 de enero de 1550, en CHCh. I, 228-229.

⁵² Cabildo de 18 de noviembre de 1575 y 9 de diciembre de 1575, en CHCh. XVI, 414, 417 y 418.

⁵³ Cabildo de 29 de noviembre de 1576, en CHCh. XVII, 478.

regidores del cabildo, desde la fundación de la ciudad de Santiago se estableció de acuerdo a la costumbre que dicha elección debía efectuarse por regla general el 1° de enero de cada año⁵⁴, para lo cual se juntaban los señores justicia y regimiento en la casa del cabildo para los efectos de nombrar y hacer la elección de los alcaldes y regidores para el presente año. *“En la muy noble y muy leal ciudad de Sactiago del Nuevo Extremo deste reino de Chile, en primer día del mes de enero, año del nacimiento de nuestro salvador Jesucristo de mil quinientos y ochenta y dos años, se juntaron en su cabildo é ayuntamiento, según lo han de uso y costumbre dese juntar, los ilustres señores Justicia y Regimiento desta dicha ciudad, para efectos de nombrar y hacer elección de alcaldes y regidores para este presente año de ochenta y dos...”*⁵⁵

En cuanto a la forma de llevar a cabo la votación de los alcaldes y regidores, así como lo referente a la regulación de los votos, un acuerdo del 1593 estableció por orden del gobernador de la época don Martín García de Loyola, que cada capitular podía votar libremente por la persona que quisiese dejando constancia de su voto en un papel *“atento que por votar los alcaldes y regidores sentándose en el libro del Cabildo por la orden que lo han fecho otras veces como aparece en lo atrás escrito, resultan inconvenientes, por ser manifiestos sus votos a los capitulares que entran y á otros que lo podrían saber, mandó que los dichos capitulares voten libremente cada uno de por sí, nombrando en un papel á las personas que más idóneas sean, según lo tienen jurado, para usar y ejercer los oficios y cargos de alcaldes ordinarios y regidores de la ciudad; y así lo proveyó y mandó, y firmo de su nombre...”*⁵⁶

La regulación de los votos era hecha por el gobernador, el cual una vez que ya tenía el resultado de la elección y el nombre de los alcaldes y regidores electos, ordenaba que se les mandara a llamar para que comparecieran ante el cabildo con el objeto tomar y recibir el respectivo juramento de los nuevos alcaldes y regidores.

Una vez nombrados los nuevos alcaldes y regidores, éstos debían jurar que desempeñarían su cargo fiel y diligentemente, comprometiéndose a guardar la justicia y respetar las leyes y ordenanzas reales, así como a guardar el secreto del cabildo; una vez hecho el juramento el gobernador le entregaba a cada uno la respectiva *“vara de justicia”* en señal de su nueva investidura. *“Y su señoría del dicho gobernador tomó é recibió juramento en forma según derecho, por Dios nuestro señor, y por una señal de cruz que los dichos señores alcaldes, usarán bien y fielmente de sus oficios y cargos de alcaldes de esta ciudad, y así se los*

⁵⁴ Sin embargo numerosas actas del Cabildo de Santiago dejan constancia de que en varias ocasiones la elección de los nuevos alcaldes y regidores se efectuó el día 31 de diciembre, de forma que ya el primer día del nuevo año los alcaldes y regidores electos ya habían tomado posesión de sus respectivos cargos.

⁵⁵ Cabildo de 1 de enero de 1582, en CHCh. XIX, 1

⁵⁶ Cabildo de 1 de enero de 1593, en CHCh. XX, 422-423.

encargó y que guardaren justicia á las partes que ante ellos la pidieren, sin acetación de persona alguna, y no llevaran cohechos ni derechos demasiados de los contenidos en el arancel real y procurar siempre el servicio de Dios y de S.M. y bien de esta república y guardaran el secreto deste Cabildo; y lo propio juraron los regidores eletos, y los dichos alcaldes y regidores juraron que para ser eletos no han dado ni prometido dádiva alguna; y á la conclusión del juramento, dijeron sí, y amen...”⁵⁷

La confirmación de las elecciones de los alcaldes y regidores estaba a cargo de la autoridad real de la ciudad, ya fuere el gobernador o el teniente de gobernador. En las actas del cabildo de Santiago existe constancia de dos casos en los cuales existió confirmación de la elección por parte del gobernador. El primero de ellos tuvo lugar en la elección de alcaldes y regidores del año 1545. En aquella ocasión los alcaldes y regidores electos ese año, a saber Francisco de Aguirre, Alvaro de Monroy, alcaldes Juan Dábalos, Salvador Montoya, Juan Fernández Alderete, Francisco Miñez y Gabriel de la Cruz, regidores, se vieron en la obligación de concurrir al día siguiente al de su elección a la casa del gobernador don Pedro de Valdivia, a fin de que este confirmara la elección hecha por el cabildo y efectuara la entrega de las varas de justicia a los nuevos alcaldes y regidores nombrados⁵⁸.

Una situación análoga a la anterior se suscitó en el año 1581, con ocasión del nombramiento de don Antonio de Quevedo, como alcalde ordinario. En dicha oportunidad el gobernador junto con tomar el juramento acostumbrado al dicho señor alcalde, confirmó expresamente la elección efectuada por el Cabildo, en los términos siguientes: *“E luego incontinenti su señoría el señor gobernador tomó la dicha vara que depuso el dicho capitán Juan de Barahona, alcalde, y la entregó al dicho Antonio de Quevedo, y dijo que se le daba y entregaba en nombre de S.M., y como mejor derecho puede y debe; y que confirmaba y confirmo la elección de alcalde en el dicho Antonio de Quevedo fecho por el Cabildo y esta ciudad del año pasado en el día de año nuevo próximo que paso deste año ochenta y uno; y mando al dicho Cabildo le reciban y tengan por tal alcalde este presente año; y al dicho Antonio de Quevedo que haja el juramento acostumbrado”⁵⁹.*

Por último debemos señalar que si bien los alcaldes y los regidores constituían los cargos de mayor importancia dentro del órgano capitular, puesto que los primeros tenían como función primordial la administración de justicia, ministerio al cual debían dedicar dos horas todas las mañanas en audiencia pública junto al escribano del cabildo, y los segundos recibían comisiones especiales, general-

⁵⁷ Ibid. 423, en el mismo sentido véase Cabildo del 31 de diciembre de 1544, en CHCh. I, 106; Cabildo de 29 de diciembre de 1576, en CHCh. XVII, 478 y Cabildo del 1 de enero de 1582, en CHCh. XIX, 1.

⁵⁸ Cabildo de 31 de diciembre de 1544, en CHCh I, 106.

⁵⁹ Cabildo de 17 de junio de 1581, en CHCh. XVII, 301.

mente relacionadas con las funciones del cabildo, ninguno de los alcaldes ordinarios de cada una de las ciudades estaba autorizado para gobernar cuando muriese el gobernador. Sin embargo al momento de ocurrir la muerte de Valdivia los cabildos propusieron cada uno de ellos a un gobernador y el de Santiago asumió el gobierno “*como cabildo*” y de este modo se arrogó en nombre de S.M. la facultad de dar y encomendar indios “*por cuanto a su cargo está el gobierno de esta ciudad hasta tanto que S.M. no mande otra cosa; por tanto que tomaban y tomaron en si como Cabildo, para en nombre de S.M. dar y encomendar indios en los términos de ella, y para todo lo que más convenga, poder y comisión cumplida cual de derecho es necesario*”. En seguida, dieron a Juan de Cuevas un título de encomienda⁶⁰.

b) *El alguacil mayor*

En un principio su nombramiento fue hecho por el gobernador o su teniente, para luego convertirse en un oficio vendible⁶¹. Así el año 1541 Valdivia designó en Chile al primer alguacil mayor con voz y voto en cabildo, para que administrase la justicia real en la ciudad de Santiago y sus alrededores, recayendo dicha elección en la persona de don Juan Gómez. “*Por cuanto al servicio de Dios y de S.M., e al bien universal de sus vasallos, conviene haya oficiales y ministros para ejecutar la justicia real en esta ciudad y sus términos, e siendo como es nuevamente poblada, hañ necesidad de una persona que ejecute e use el oficio de alguacil mayor, que sea hábil e suficiente, temeroso de su conciencia y celoso del servicio de S.M. Por tanto, por la presente y hasta que la voluntad de su majestad sea, o la mía en su real nombre, a vos elijo don Juan Gómez, nombro y proveo en nombre de S.M., por alguacil mayor desta dicha ciudad de Santiago del Nuevo Extremo, e de todos sus términos e jurisdicción e juramento doi voto y asiento en el cabildo desta ciudad, para que podáis entrar y entréis todas las veces que en ella estuvieredes en el cabildo o cabildos e ayuntamientos que se hicieren, como acostumbran entrar y entran los alcaldes y regidores por mi nombrados; y vos doi poder para que como tal alguacil mayor, podáis usar e uséis el dicho oficio y cargo en todas las cosas y cosas a el anexas y concernientes, y para que por razón de el, podáis llevar todos los derechos e salarios que os pertenecen e acostumbran llevar todos los alguaciles mayores desta parte de la Indias, puestos por S.M. e por sus gobernadores en su nombre...*”⁶².

⁶⁰ Cabildo del 4 de abril de 1554, en CHCh. I, 447.

⁶¹ Las crecientes dificultades financieras por las que atravesaba la monarquía obligaron a recurrir a uno de los más graves errores administrativos: la venta de oficios. Desde el principio del reinado de Felipe II se autorizó este sistema para ciertos cargos; en 1581 y 1591 se amplió la lista de oficios vendibles, y posteriormente se la hizo aún más general.

⁶² Cabildo de 25 de abril de 1541, en CHCh. I, 72, 73 y 74.

En el caso de los alguaciles mayores se invocaba frecuentemente el uso y la costumbre para hacer referencia tanto a los derechos y privilegios que tal oficio concejil conllevaba “*é os guarden é hagan guardar todas las honrras, gracias, franquicias e libertades, preeminencias, prerrogativas é inmunidades y todas las otras cosas é cada una de ellas que por razón del dicho oficio os deben ser guardadas, é que os acudan é hagan acudir con los derechos y salarios á el pertenecientes, según que sea usado e guardado a los otros alguaciles que han sido de esta dicha ciudad...*”⁶³, como a la forma como debía ser desempeñado el cargo de alguacil mayor “*uséis y ejerzáis por vuestra persona é vuestros lugares tenientes é tenientes, en todas las cosas y cosas al dicho oficio debidas y pertenecientes, según é como acostumbran usar é lo han usado los demás alguaciles mayores puestos é nombrados por S.M. en todas las partes é lugares de sus reinos é señoríos...*”⁶⁴ También es frecuente descubrir en las actas referencias a la costumbre que existía de prestar juramento solemne ante el cabildo de que usarían bien y fielmente el oficio y cargo de alguacil mayor en servicio de Dios y de S.M. y de rendir fianzas previamente a desempeñar el cargo para el cual fueron nombrados. “*Y mando a los consejos, Justicias é Regimientos desta dicha ciudad de Santiago, que juntos en su cabildo é ayuntamiento, según lo han de uso é costumbre, tomen y reciban de vos el dicho Antonio de Azpeitia el juramento é solemnidad que debéis facer, el cual por vos fecho y dando las fianzas que es uso y costumbre, os reciban é hagan por recibido al dicho oficio y os hagan y tengan por tal alguacil mayor de gobernación para lo poder usar y ejercer por vos é por dichos vuestros tenientes...*”⁶⁵

Los alguaciles mayores estaban facultados, a su vez, para designar alguaciles menores y alcaides de cárcel los cuales conjuntamente con éste mantenían el orden en la ciudad y ejecutaban las decisiones judiciales emanadas de los alcaldes o regidores. “*É vos doy poder é comisión para que por vuestra persona é por vuestros lugares tenientes, podáis usar y ejercer el dicho oficio en todas las cosas é casos á él anexos é concernientes, y según que lo han usado é debido usar los demás alguaciles mayores que han sido della, y los dichos vuestros tenientes, alcaides, alguaciles menores los podáis poner, quitar y admover y nombrar otros de nuevo como mejor convenga á la ejecución de la real justicia...*”⁶⁶

En 1586 el alguacil mayor de gobernación don Alvaro de Navia, solicitó a los miembros del cabildo que recibiesen en el uso y ejercicio del cargo de teniente de alguacil a don Juan Rodríguez, recientemente elegido por éste para desempeñar

⁶³ Cabildo de 8 de junio de 1566, en CHCh. XVII, 102-103. En el mismo sentido ver Cabildo de 15 de mayo de 1592, en el cual se presenta el título de alguacil mayor de don Juan Muñoz de Ávila, en CHCh. XX, 354, 355, 356 y 357

⁶⁴ Cabildo de 5 mayo de 1567, en CHCh. XVII, 157, 158 y 159.

⁶⁵ Cabildo de 13 de octubre de 1581, en CHCh. XVIII, 333-334.

⁶⁶ Cabildo de 6 de junio de 1592, en CHCh. XX, 365.

dicho oficio "*pareció presente ante sus mercedes don Alvaro de Navia, alguacil mayor de gobernación, y dijo que él tenía necesidad de un alguacil para ejercer el dicho oficio y para que le ayude á usarle, que él nombraba y nombró á Juan Rodríguez por su teniente de alguacil mayor, y pidió a sus mercedes que lo resciban al uso y ejercicio del dicho oficio, y por sus mercedes visto el dicho pedimento, dijeron que parezca el dicho Juan Rodríguez y haga el juramento que es obligado y asimismo de las fianzas que debe dar de que usará bien y fielmente su oficio y de lo demás que es obligado, que sus mercedes están prestos de los recibir; y luego incontinenti pareció el dicho Juan Rodríguez y dijo que estaba presto de hacer el juramento y de dar las fianzas que de derecho es obligado*"⁶⁷.

Un caso anecdótico, dentro del tema que estamos abordando, lo constituye el nombramiento en el año 1591 de un alguacil cuya función específica era la de deshacer las borracheras en la ciudad de Santiago. "*En este cabildo se acordó, que atento que Su Señoría del Gobernador de este reino ha dado comisión á este Cabildo para que nombre personas que deshagan las borracheras que se hacen en la ciudad y su comarca, de que Dios, nuestro señor, deservido y los naturales vienen en disminución, por lo cual han acordado de nombrar un alguacil que con diligencia y cuidado se ocupe en lo susodicho, y confiando de Andrés Chávez, que es persona hábil y suficiente y que con cuidado hará lo que convenga le nombraban y nombraron por tal alguacil para que deshaga las dichas borracheras y castigue á los borrachos y autores de las borracheras, trasquilándolos y azotándolos con moderación; y por el trabajo que ha de tener le señalan ciento y veinte pesos cada un año que los sirviere, los cuales ha de repartir el corregidor entre los vecinos encomenderos de indios y otras personas que les paresca; y á los que dieren y acudieren con lo que dicho es y les cupiere, no se les han de llevar derechos algunos por los que se castigaren, y sino los quisieren pagar, se procederá contra los indios y por las costas se alquilarán hasta que paguen lo que debieren; y que se le de título en forma; y el dicho teniente general le entregó la vara de la real justicia y le dio comisión en forma para usar el dicho cargo*"⁶⁸.

c) Procurador general de la ciudad

Figuran en las actas los procuradores de la ciudad, el primero de los cuales fue designado al establecerse el cabildo junto con los alcaldes y regidores, cayendo dicha designación en don Antonio de Pastrana⁶⁹. Como su propio nombre lo indica, el procurador tiene la representación del cabildo, ya sea como procurador de la ciudad formulando peticiones al gobernador o a su teniente, o como procurador

⁶⁷ Cabildo de 9 de mayo de 1586, en CHCh. XX, 21. En el mismo sentido véase Cabildo 22 de abril de 1593, en CHCh. XX, 461.

⁶⁸ Cabildo de 18 de enero 1591, en CHCh. XX, 302-303.

⁶⁹ Cabildo de 7 de marzo de 1541, en CHCh. I, 67

extraordinario, cuando se confería alguna misión especial a los que por alguna circunstancia visitaran Lima o España.

Anualmente los cabildos, invocando el uso y costumbre, al elegir procurador general de la ciudad, exigían al recién electo en el cargo que prestara, al igual que los alcaldes y regidores, juramento de usaría bien y fielmente el dicho oficio de procurador. *"E luego, incontinentemente, el dicho señor Licenciado Hernando de Santillana y los dichos señores Rodrigo de Quiroga y Pedro Gómez y Pedro de Miranda y García Hernández, dijeron que nombraban, é nombraron por procurador y mayordomo desta ciudad a Francisco Martínez, vecino de ella, al que, haciendo juramento y solemnidad que en tal caso se requiere é acostumbra hacer, dijeron que le daban poder cumplido para usar y ejercer lo dicho é lo que conviene á la República é bien é pro común desta dicha ciudad, é firmaron"*⁷⁰.

En una situación similar se encontraban los llamados procuradores de causas, los cuales tenían por función el tramitar y expedir todos los pleitos y causas que se tramitaban en la ciudad, ya fueran éstas civiles o criminales, pudiendo usar y ejercer su oficio en todos los tribunales mayores y ordinarios, eclesiásticos y seculares, demandando y defendiendo a las partes ya fuera entablado demandas o acusando en su nombre. Igual que al procurador general de la ciudad, al procurador de causas se le exigía para poder ser recibido en el cargo, la solemnidad del juramento el cual debía prestarse ante los señores Justicia y Regimiento de la ciudad. Así por ejemplo en el título de procurador de causas presentado por don Francisco Vélez de Lara al cabildo en el año 1578, se establecía de forma expresa dicha obligación: *"por la presente a vos elijo, crío y señalo por procurador de causas en esta dicha ciudad de Santiago y sus términos para que, podáis parecer en juicio ante cualesquier Justicias mayores y menores de cualquier jurisdicción que sea, ansí demandando como defendiendo, en causas civiles como criminales en nombre é por todas é cualesquier personas que a vos diesen sus poderes para ello, é usar é uséis en todos los dichos casos é cosas a el anexas é concernientes según que los demás procuradores de causas lo han usado y ejercido, sin que en ello ni en parte dello a vos sea puesto impedimento. E mando al Cabildo, Justicia y Regimiento desta dicha ciudad que, juntos en su cabildo e ayuntamiento, según lo han de costumbre, tomen é reciban de vos el dicho Francisco Vélez de Lara el juramento é solemnidad que debéis hacer, el cual por vos fecho, a vos hayan é reciban é tengan por tal procurador de causas desta dicha ciudad..."*⁷¹.

d) Alférez real

Durante el siglo XVI y principios del siglo XVII, el cabildo designaba anualmente al alférez, otorgando dicho título a uno de los alcaldes y con mayor frecuencia

⁷⁰ Cabildo de 11 de febrero de 1558, en CHCh. XVII, 1.

⁷¹ Cabildo de 27 de noviembre de 1579 en CHCh. XVIII, 152-153.

al regidor de primer voto. *“En este dicho día y cabildo acordaron sus mercedes que, por cuanto es costumbre en esta ciudad nombrar en cada un año á uno de los señores regidores desta ciudad para que saque el estandarte real el día de Señor Santiago, y por que viene ya cerca, dijeron: que nombran y nombraron por alférez desta ciudad para que saque el estandarte el dicho día y le tenga en su poder en guarda y custodia este presente año, á Alonso de Riberos Figueroa, regidor desta ciudad, al cual nombraron tal alférez todas sus mercedes, y mandaron se le notifique luego lo acepto, y así lo proveyeron y firmaron de sus nombres”*⁷². Sin embargo dicha costumbre desaparecerá en el tiempo cuando dicho cargo se convierta en oficio vendible y por lo tanto perpetuo; pero no habiéndolo, seguía haciéndose su nombramiento por el cabildo.

*e) Alarife y almotacén*⁷³

Son pocas las actas capitulares que se refieren a la designación de estos funcionarios menores del ayuntamiento santiaguino. Así en el caso del primero, sólo en la sesión del 17 de junio del año 1580 existe una designación expresa por parte del cabildo en la persona de Pedro Martín como alarife, al parecer, y así se desprende de la lectura del acta capitular, el oficio de alarife iba indisolublemente unido al de alcalde de las aguas de la ciudad. *“En este dicho día y cabildo, los dichos señores justicia y regidores de suso nombrados dijeron: que por cuanto en el cabildo pasado que se hizo en diez días del mes de junio en que estamos, este cabildo nombró por alcalde de las aguas á Pero Martín, y con el dicho oficio suele andar el de alarife para medir las chácaras, estancias y tierras; y por que el dicho Pero Martín lo ha usado muchos años y lo entiende y tiene noticias y conocimiento dellas y más experiencia que otros, dijeron que nombraban é nombraron de común acuerdo é conformidad al dicho Pero Martín como tal alarife, para que mida las tierras, chácaras y estancias de fuera desta ciudad que le fueran pedidas y mandadas medir por los justicias y partes que lo pidieren, según cómo sea fecho y usado, pueda llevar por el trabajo que en ello ha de tener, el salario y derechos acostumbrados que se suelen pagar por ello, y á costa de quien lo suele pagar; para lo cual le dieron poder y facultades en nombre de Su Majestad...”*⁷⁴. Como se puede apreciar en el acta capitular sólo se invoca el uso y la costumbre, para referirse a la forma como debe desempeñarse tal oficio y al salario y derechos que puede percibir el alarife por su trabajo.

⁷² Cabildo de 7 de julio de 1581, en CHCh. XVIII, 381. En el mismo sentido ver Cabildo de 11 de julio de 1578, en CHCh. XVIII, 38.

⁷³ El cargo de almotacén correspondía a los oficios menores del Cabildo, los de poca estima y provecho, junto con el pregonero, el verdugo y el portero, entre otros. Era el encargado de contrastar los pesos y medida, reduciéndolas al patrón que se guardaba en el Ayuntamiento. Adjunto del fiel ejecutor y quien en su lugar recorría tiendas y mercados.

⁷⁴ Cabildo de 17 de junio de 1580, en CHCh. XVIII, 210 y 211.

En cuanto al oficio de almotacén, solamente en dos ocasiones y en una época muy temprana las actas capitulares registran la existencia de este funcionario. Este aparece mencionado por primera vez en 1553, cuando en la sesión de fecha 7 de noviembre los cabildantes designan como almotacén a Gonzalo Lepe, pregonero de la ciudad, *“al que tomaron juramento en forma de derecho y él lo hizo; so cargo del cual prometió de bien, fiel y diligentemente entender en el dicho cargo y denunciar de todas las personas que fueren o que pasaren contra las ordenanzas de esta ciudad; y los dichos señores del cabildo le dieron poder cumplido para que sea almotacén y pueda traer y traiga vara como tal; la cual sea corta y gorda, como es costumbre traer de los almotacenes...”*⁷⁵

La segunda mención es mucho más escueta y en ella las funciones de éste parecen haberse reducido. Afirmamos esto por que en la sesión de 19 de agosto de 1558, cinco años después, se nombra a Pedro o Pero Martín guarda del campo y almotacén de la ciudad de Santiago, encargándole que *“tenga cuenta con las acequias del pueblo y aguas de las chácaras”*. Como remuneración se dispone que los miembros del cabildo *“le señalen alguna comida por ello. E se le apliquen al dicho Pero Martín la mitad de la pena que pertenece al Consejo de lo que él denunciare y prendera”*⁷⁶. El acta terminaba con el juramento de rigor y en ella no se dice nada sobre el uso de la varas que, como sabemos, siempre se tuvo como insignia de los señores Justicia y Regimiento, aunque más corta, como lo establecía la costumbre, para los inferiores.

f) Mayordomo de la ciudad y otros oficios

También bajo la invocación de la costumbre se elegían al día siguiente a la elección de alcaldes y regidores otras personas para desempeñar distintos oficios, los que variaban según la época: mayordomos de la Iglesia, del Hospital, de la ciudad, alcalde y juez de bienes de difuntos⁷⁷.

Aparte del juramento de rigor se estableció como uso y costumbre, especialmente en el caso de los mayordomos de la Iglesia y Hospital, que éstos una vez finalizado su respectivo periodo debían rendir cuenta ante el cabildo de su gestión, el cual encomendaba a algunos de sus miembros tomar la dicha cuenta *“Estos señores deste cabildo proveyeron que los señores capitán Francisco de Riberos, alcalde ordinario desta ciudad por S.M., y Francisco Martínez, regidor, tomen las dichas cuentas al dicho Diego Cifuentes de Medina (mayordomo del hospital), como es uso y costumbre, para lo cual dijeron que les daban poder y*

⁷⁵ Cabildo de 7 de noviembre de 1553, en CHCh, I, 365

⁷⁶ Cabildo de 19 de agosto de 1558, en CHCh. XVII, 41.

⁷⁷ En cuanto a la elección de estos funcionarios ver a modo de ejemplo, Cabildo de 31 de octubre de 1578, en CHCh. XVIII, 64; Cabildo de 2 de mayo de 1586, en CHCh. XX, 22 y Cabildo de 1 de febrero de 1591, en CHCh. XX, 310.

*facultad cumplida...*⁷⁸

3. El ejercicio de los oficios

a) Facultades y uso de atribuciones

En muchas oportunidades, como ya lo observamos, se invocaba la costumbre como fuente de las atribuciones y jurisdicción de los funcionarios capitulares. Así, un título de alguacil mayor expedido en 1566 decía que el alguacil mayor “*use el dicho oficio como los demás alguaciles en todos los casos y causas a él anexas y concernientes é os guarden é hagan guardar todas las honras, gracias, mercedes, franquezas é libertades, preeminencias, prerrogativas é inmunidades y todas las otras cosas é cada una de ellas que por razón del dicho oficio os deben ser guardados, é que acudan é hagan acudir con los derechos y salarios á el pertenecientes, según que se ha usado e guardado a los otros alguaciles que han sido desta dicha ciudad...*”⁷⁹ En otro de escribano de cámara se expresaba que ejercería su oficio “*según de la forma y manera que lo han usado y debido usar é usan los nuestros escribanos de gobernación con los nuestros gobernadores que han sido y son en los dichos nuestros reinos de Chile...*”⁸⁰ Al entregarse las varas de justicia a los alcaldes ordinarios y de hermandad⁸¹ se decía que “*usarán bien y fielmente de sus oficios y cargos de alcaldes de esta ciudad, y así se les encargo, y que guardaran justicia á las partes que ante ellos lo pidieren, sin acetación de persona alguna, y no llevaran derechos ni cohechos demasitados de los contenidos en el arancel real y procurar siempre el servicio de Dios y de S.M. y bien de esta república y guardarán el secreto deste Cabildo...*”⁸² Al recibirse al alférez real se expresaba que usaría del oficio “*como es costumbre*”⁸³.

b) Reemplazo del alcalde

La importante función de administrar justicia que desempeñaban los alcaldes ordinarios, ministerio al que dedicaban dos horas todas las mañanas en audiencia

⁷⁸ Cabildo de 6 de noviembre de 1568, en CHCh. XVII, 261.

⁷⁹ Cabildo de 8 de junio de 1566, en CHCh. XVII, 102-103. En igual sentido ver Cabildo de 5 de mayo de 1567, en CHCh XVII, 157, 158 y 159 “según é como acostumbran usar é lo han usado los demás alguaciles mayores puestos é nombrados por S.M. en todos las partes é lugares de sus reinos é señórfos”.

⁸⁰ Cabildo de 15 de octubre de 1574, en CHCh. XVII, 357.

⁸¹ Funcionario especial que integraba el Cabildo, cuya función consistía en entender en los delitos de hermandad que se cometían en yermos y despoblados.

⁸² Cabildo de 1 de enero de 1593, en CHCh. XX, 424, en el mismo sentido ver Cabildo de 31 de diciembre de 1590, en CHCH. XX, 294 y 295.

⁸³ Cabildo de 7 de junio de 1585, en CHCh. XIX, 257.

pública junto al escribano del cabildo, obligaba, ante la ausencia o imposibilidad temporaria de uno de ellos o de los dos, a reemplazarlos inmediatamente por personas suficientemente idóneas. Ya en el año 1535 el Rey dispuso que cuando quedase en funciones uno de los alcaldes, el otro, durante su ausencia, no podía designar por sí al reemplazante y recomendaba asimismo la conveniencia de elegir siempre para esos importantes oficios a personas de suficiente calidad⁸⁴.

Otras disposiciones peninsulares del siglo XVI⁸⁵ ya establecían que en los casos de ausencia o de muerte de uno de los alcaldes, este debía ser reemplazado por el regidor más antiguo. No obstante estas disposiciones, desde fines del siglo XVI en los cabildos hispanoamericanos, aun adoptando la misma solución legal, se hizo frecuente invocar en tal ocasión a la costumbre, a veces sola, y a veces acompañada de una mención no precisa de las leyes reales.

Así el Cabildo de Santiago, en el año 1594, ante la ausencia de uno de sus alcaldes, debido al deceso del capitán Ramiriáñez de Saravia, se ordenó reemplazarlo, en base a la costumbre, por el regidor más antiguo. *"En este cabildo se trató que, atento que el capitán Ramiriáñez de Saravia, alcalde que fue de Su Majestad, es ya difunto, y para que la justicia no perezca, y conforme a la costumbre que el regidor más antiguo suceda en la vara y cargo de alcalde de esta ciudad y su jurisdicción; y así, por el capitán é corregidor y justicia mayor le fue entregada la vara de la real justicia al factor Bernardino Morales de Albornoz como á regidor mas antiguo, el cual recibió la vara de la real justicia, y juró por Dios, nuestro señor, y por una señal de la cruz que hizo con los dedos de su mano derecha de usar bien y fielmente del dicho oficio y cargo de alcalde de S.M. en Servicio de Dios y de S.M. y bien de esta república y que hará justicia a las partes sin acetación de persona alguna y que no llevará derechos demasiados, sino los permitidos por el arancel real, y que en todo hará lo que debe y es obligado; y á la conclusión del juramento, dijo: sí juro, y amen; y firmólo de su nombre"*⁸⁶.

Esta parte de la investigación, nos permite apreciar un nuevo aspecto del problema de la costumbre, en el cual resaltan dos elementos a considerar, que por el momento solamente los dejaremos enunciados: el desconocimiento de la ley y la exaltación de la costumbre por parte de los cabildos como criterio de solución.

c) El turno del fiel ejecutor

El fiel ejecutor, otro de los oficios capitulares, era desempeñado regularmente

⁸⁴ Encinas de, Diego (n. 21) 3-30.

⁸⁵ Incorporadas, junto con la de 1535, a la Recopilación de 1680 y fundidas en la ley 13, tít. 3, lib. 5. En dicha ley se disponía que el regidor más antiguo reemplazaba al alcalde donde no hubiere alférez real, el cual debía gozar por su título de precedencia de regidor más antiguo.

⁸⁶ Cabildo de 19 de agosto de 1594, en CHCh. XX, 623.

entre los regidores por turnos bimestrales o cuatrimestrales y sólo excepcionalmente, existieron fieles ejecutores con carácter de perpetuos. El fiel ejecutor se encargaba principalmente de los problemas relativos al abasto de la ciudad y del control de precios, aranceles, pesos y medidas, usando para el desempeño de su cargo vara de justicia, y ejerciendo las funciones judiciales necesarias para el cumplimiento de su comisión.

La designación, turno, duración y el uso de la vara se regulaba conforme "*al uso y la costumbre*". Esta comisión se dio por primera vez por Valdivia al alguacil mayor, mas luego acordó el cabildo que fueran fieles ejecutores los regidores por rueda, debiendo ejercer las funciones cada uno por uno o dos meses⁸⁷. Jerónimo de Alderete como procurador extraordinario de la ciudad, pidió y obtuvo del Rey la dictación de una Real Cédula por la que se concedió a la ciudad el título de fiel ejecutor, a perpetuidad, para lo que toca a la provisión y bastimentos y limpieza de ella, de acuerdo con unas ordenanzas que debía hacer la ciudad y aprobar la Audiencia de Lima; el oficio de fiel ejecutor debía ser usado por un alcalde y dos regidores cada mes, según un turno fijado por el cabildo⁸⁸. Las Ordenanzas de Policía de la ciudad de Santiago de Chile, aprobadas por la Audiencia de Lima de 1569, llama "*diputados*" a los que por turno mensual ejercen esas funciones y denomina "*fieles*" a los que debían tener en su poder los padrones para que se hagan y corrijan los pesos, pesas y medidas, uno de los cuales debía ser platero, que entendía en pesos y pesas, y otro carpintero, fiel de medidas y varas⁸⁹.

4. Las funciones del cabildo

En este apartado se tratarán algunas de las funciones capitulares, en cuyo ejercicio se hacía frecuente la invocación de la costumbre. Donde podremos apreciar con relativa claridad que la elección a la costumbre no sólo surgía como una frase rutinaria, sino que, también se invocaba para alegar derechos originados en ella.

Una de las más importantes atribuciones de los ayuntamientos indianos era la de que todos los funcionarios de gobierno, justicia y hacienda, estaban obligados a presentar ante el Cabildo de la ciudad, sus respectivos títulos de nombramiento. Los que una vez admitidos, prestaban juramento y ofrecían rendir fianza en garantía del desempeño de sus funciones.

Como ya hemos tenido oportunidad de apreciar, el juramento y la fianza se

⁸⁷ Sus facultades en Cabildo de 12 de enero de 1554, en CHCh. I, 108, y la obligación de desempeñar el cargo por los regidores en rueda en Cabildo de 13 de agosto de 1548, en CHCh. I, 146.

⁸⁸ La Real Cédula de 10 de mayo de 1554 se encuentra agregada en el acta del Cabildo de 28 de junio de 1558, en CHCh. XVII, 32.

⁸⁹ Disposición de las Ordenanzas de Policía de la Ciudad de Santiago de Chile, de 30 de marzo de 1569, publicadas por Claudio Gay, en Historia física y política de Chile, según documentos adquiridos en esta república durante doce años de residencia en ella. (París 1846) 290-291.

regían por normas de carácter eminentemente consuetudinario. Puesto que los mismos títulos de nombramiento señalaban que el nuevo funcionario debía dar el juramento y fianza "*que han acostumbrado*" o "*que de derecho y costumbre se requiere*"⁹⁰. El Cabildo, a su vez al admitirlo le exigía ante todo que "*haga el juramento acostumbrado y dé la fianza que en tal caso es uso y costumbre*"⁹¹

También se invocaba la costumbre y se regía conforme a ella el ejercicio del Derecho de Real Patronato⁹² que el Cabildo, Justicia y Regimiento tenía sobre todos los monasterios de la ciudad, en virtud del cual estos quedaban bajo la autoridad y jurisdicción del órgano capitular, pudiendo intervenir en todos los asuntos concernientes a su administración, como por ejemplo elección de Abadesa, admisión de novicias⁹³, rendición anual de cuentas etc.⁹⁴ Igualmente el Cabildo se comprometía formalmente, en ejercicio de este derecho, a aportar todos aquellos bienes necesarios para el sustento del monasterio o convento, ya sea ganados, tierras o bastimentos. Para lo cual nombraba un defensor del convento, función que generalmente recaía en el mayordomo de la ciudad, quien era el encargado de representar al cabildo, como patrón del monasterio en todo lo tocante al uso y ejercicio de este derecho⁹⁵.

Con relación a esta materia, destaco un caso ocurrido en el año 1604, en el cual este derecho de patronazgo fue vulnerado al admitirse en uno de los conventos de la ciudad a una novicia que no contaba con la autorización del cabildo para ser admitida en él. El cabildo, en dicha ocasión, comisionó al procurador general para que hiciera los requerimientos necesarios para lograr la expulsión de la novicia y que no fuera admitida en él sino una vez dada la autorización correspondiente por parte del ayuntamiento "*en virtud de la loable costumbre que siempre sea guardado desde la fundación de él y escrituras que en esta conformidad están*

⁹⁰ Dichas expresiones u otras análogas aparecen de manera frecuente en los títulos de nombramiento. Véase como ejemplos Cabildo de 17 de junio de 1588, en CHCh XX, 157-158; Cabildo de 4 de mayo de 1590, en CHCh. XX, 259, 250 y 251.

⁹¹ Cabildo de 14 de enero de 1605, en CHCh. XXI, 184, 185, 186 y 18. Otros ejemplos en Cabildo de 12 de junio de 1592, en CHCh XX, 371-372.

⁹² Se denomina Real Patronato indiano al conjunto de facultades ejercidas por el Rey en cuestiones relativas al régimen y disciplina de la Iglesia en Indias. Los virreyes, presidentes, gobernadores y cabildos, considerados como vicepatronos, debían hacer guardar y cumplir los derechos y preeminencias del Patronato, y las disposiciones que se dictasen al respecto, así como informar sobre las necesidades en esta materia y el estado de las órdenes religiosas. También a las audiencias se les encomendó la guarda y cumplimiento de esta prerrogativa real.

⁹³ En cuanto a la autorización que el Cabildo debía dar para la admisión de una novicia véase, Cabildo de 2 de diciembre de 1589 y Cabildo de 25 de octubre de 1591, en CHCh. XX, 230 y 334.

⁹⁴ En lo relativo a este punto véase la escritura de patronazgo inscrita en el libro capitular del Cabildo de Santiago de fecha 20 de junio de 1586, en CHCh XX, 27, 28 y 29.

⁹⁵ Cabildo de 20 de noviembre de 1603, CHCh. XXI, 67-68.

*otorgadas por el dicho convento*⁹⁶.

Igualmente es importante dejar constancia, en esta parte de la exposición, la costumbre establecida por el Cabildo de Santiago referente a la circunstancia de asentar en el libro capitular de éste, a solicitud de los propios interesados, los títulos correspondientes a mercedes de tierras hechas por el cabildo a los vecinos de la ciudad *“ante el temor de que los dichos títulos y autos de posesión se quemaren o se perdieren, en lo cual recibiría daño, a vuestras mercedes suplico manden al escribano del cabildo que asiente en el libro del cabildo de esta ciudad todo lo susodicho, para que esté en él asentado; y después de asentado en dicho libro, me vuelva los originales, para que los tenga en mi poder; en lo cual recibiré merced...”*⁹⁷

Finalmente el Cabildo con el fin de asegurar el abasto de la ciudad y evitar fraudes y abusos, tenía dispuesta la realización de visitas periódicas a tiendas y pulperías de la ciudad y a chacras y estancias fuera de ella. Al acordarse la realización de tales visitas, para determinar los funcionarios que debían hacerlas y los derechos que percibían se solía invocar la costumbre.

5. Los cabildos abiertos

Otra institución en la cual es posible encontrar normas de carácter consuetudinario fue la de los cabildos abiertos. Consistían estos en reuniones del vecindario para deliberar sobre problemas de interés general, en las cuales se tomaban decisiones que se consideraban obligatorias.

En efecto, como bien señala Zorraquín Becú: *“El sistema de los cabildos abiertos, que también tenía ascendencia hispánica, no fue nunca legislado. Funcionaba consuetudinariamente bajo tres reglas principales: era necesaria la autorización del gobernante político para realizar el cabildo abierto, el ayuntamiento estaba facultado para hacer la lista de los invitados, y a su vez lo presidía”*⁹⁸. Las reglas jurídicas que presidieron la celebración de estas reuniones (convocatoria, autorización, lugar, forma, asistentes, asuntos tratados, acuerdos etc.) no emanaban de leyes reales u ordenanzas de carácter local⁹⁹. De modo que se hace evidente, sostener, ante la ausencia de una regulación legislativa, el carácter consuetudinario de sus normas.

⁹⁶ Cabildo de 30 de abril de 1604, en CHCh. XXI, 110-111.

⁹⁷ Cabildo de 7 de diciembre de 1552, en CHCh. I, 318-319.

⁹⁸ Zorraquín Becú (n. 11) 362.

⁹⁹ Sobre los cabildos abiertos, sólo dos leyes se encuentran en la Recopilación de 1680 que hagan referencia a esta institución. Una de ellas la 3, tít. 10, lib.4, parece admitirlos sin nombrarlos, de una manera excepcional, para la elección de regidores en los lugares de nueva fundación, cuando el nombramiento de estos regidores «no se hubiere capitulado con los adelantados de nuevos descubrimientos y poblaciones». La otra ley es la 2, tít. 11, lib. 4, en la cual se establece que la elección de procurador sea por voto de los regidores y no por cabildo abierto.

La primera referencia que conocemos de un cabildo abierto es la de 10 de junio de 1541, elección de don Pedro de Valdivia como gobernador, en que el vecindario a instancias de don Antonio de Pastrana, procurador de la ciudad "*mandó al pregonero público della, que llamase a consejo y tañese una campanilla con que se tañe a misa en este pueblo, para que al sonido de ella, como es costumbre, se juntase todo el pueblo y común en un tambo grande que está junto a la plaza de esta ciudad*"¹⁰⁰. Si bien en este primer cabildo abierto, quien realiza la citación es el procurador de la ciudad, posteriormente en otras oportunidades dicho encargo recayó en otras personas, como por ejemplo, por acuerdo del propio cabildo¹⁰¹, en otras por el alcalde ordinario de primer voto¹⁰², o por el corregidor¹⁰³.

En cuanto a los participantes del cabildo abierto, podemos señalar que en un comienzo era costumbre que participara "*todo el pueblo y común*"¹⁰⁴. Para posteriormente reducirse sólo a ciertos estamentos de la población. Así las actas hablan de citar "*a los vecinos de esta ciudad*"¹⁰⁵: en el cabildo de 24 de septiembre de 1580, convocado para tratar la aplicación de una real provisión de la Audiencia de Lima de 1578, sobre la percepción del quinto y diezmo, el teniente de gobernador pide citar "*a algunos vecinos y personas principales de esta ciudad y así mismo a algunos mercaderes*"¹⁰⁶, o en el caso del cabildo abierto, de 19 de diciembre de 1606, citado para tratar asuntos de la guerra, participaron sólo "*los capitanes y gente de experiencia de la ciudad*"¹⁰⁷, o en otros casos "*algunos caballeros de esta ciudad que han sido de este cabildo e otras personas*"¹⁰⁸ o "*los demás señores, vecinos y moradores de esta ciudad*"¹⁰⁹. Podemos afirmar entonces que los participantes en los cabildos abiertos fueron cambiando, a través del tiempo, y son los asuntos que se tratan en ellos los que dan la tónica de los asistentes.

Finalmente, en cuanto a los acuerdos tomados en los cabildos abiertos, podemos señalar, que para que estos tuvieran validez, debían ser sancionados por las vías legales ordinarias, ya sea legalizándolo el cabildo ordinario o siendo sancionado el acuerdo por el gobernador u otra autoridad. Así, después de haber acordado el cabildo abierto de 10 de junio de 1541, a instancias del procurador de la

¹⁰⁰ Cabildo de 10 de junio de 1541, en CHCh. I, 88-95.

¹⁰¹ Cabildo de 3 de marzo de 1605, en CHCh. XXI, 193.

¹⁰² Cabildo de 7 de febrero de 1611, en CHCh. XXIV, 223-224.

¹⁰³ Cabildo de 13 de julio de 1643, en CHCh XXXII, 277-278.

¹⁰⁴ Ver nota 118.

¹⁰⁵ Cabildo de 29 de agosto de 1567, en CHCh. XVII, 172-176 y Cabildo de 15 de julio de 1575, en CHCh. XVII, 406-407.

¹⁰⁶ Cabildo de 24 de septiembre de 1580, en CHCh. XVIII, 233-245.

¹⁰⁷ Cabildo de 19 de diciembre de 1606, en CHCh. XXI, 356-358.

¹⁰⁸ Cabildo de 7 de febrero de 1611, en CHCh. XXIV, 223-224.

¹⁰⁹ Cabildo de 1 de septiembre de 1635, en CHCh. XXXI, 132-133.

ciudad, el nombramiento de Pedro de Valdivia como gobernador, éste dijo que “*aceptándolo vuestras mercedes y debajo de él, yo acepto el cargo de electo gobernador por el Cabildo, Justicia y Regimiento y por todo el pueblo desta ciudad de Santiago del Nuevo Extremo, en nombre de Su Majestad*”. Más adelante, con el fin de legitimar su elección y nombramiento, hace que el escribano del cabildo Luis de Cartajena certifique “*en manera que haga fe*” dicho acto¹¹⁰. Otro caso de ratificación de un acuerdo logrado en un cabildo abierto lo encontramos en el nombramiento de don Rodrigo de Quiroga como capitán general, en el año 1554¹¹¹.

III. LA COSTUMBRE REGULADORA DE LA VIDA URBANA DE LA CIUDAD DE SANTIAGO

La costumbre jurídica, ya sea introduciéndola o invocándola, fue un elemento al cual se recurrió frecuentemente para regular los variados aspectos que presentaba la vida urbana de la ciudad de Santiago y que caían bajo la órbita de acción del cabildo. Este aspecto, al decir de los autores, cobra más importancia si se tiene en cuenta que el Cabildo ejercía la representación del pueblo, pudiendo en su nombre, introducir costumbres, y que en su seno actuaba un funcionario, el procurador de la ciudad, cuya función esencial era ser el portavoz de la ciudad.

En el presente capítulo he reunido bajo tres títulos distintos algunas de las materias en las cuales era frecuente la aparición e invocación de la norma consuetudinaria como fuente de derecho para regular las diversas cuestiones que presentaba la vida urbana de Santiago durante este período.

1. El abasto de la ciudad

Una de las principales funciones de los cabildos indianos fue la de atender los problemas de abastecimientos de las ciudades. Así el ayuntamiento intervino activamente en todos los detalles relativos al abasto, ocupándose tanto de la provisión necesaria como de la elaboración, calidad y buen estado de los artículos alimenticios, así como de la fijación de los precios y otros aranceles por la prestación de servicios. Se encargaba además, como veremos, de autorizar el funcionamiento de tiendas y pulperías, de verificar los pesos y medidas y de controlar el margen de lucro de los comerciantes para que no sobrepasaran determinado límite, considerado razonable y justo desde el punto de vista moral y jurídico.

En este aspecto relativo al abasto y proveimiento de la ciudad, sin lugar a dudas, que le correspondió un rol preponderante a la figura del fiel ejecutor; era precisamente a éste a quien el cabildo comisionaba en términos generales a fin de que proveyera a la ciudad de los bastimentos necesarios “*En este cabildo se acor-*

¹¹⁰ Idem. (n.118).

¹¹¹ Cabildo de 11 de enero de 1554, en CHCh. I, 380-382.

*dó que el fiel ejecutor provea acerca del proveimiento de la ciudad lo que convenga acerca de que haya pescado y sebo y cordobanes y lo demás necesario para el proveimiento de la república*¹¹².

Para el mejor desempeño de su misión, se concedió a los fieles ejecutores el ejercicio de ciertas facultades jurisdiccionales en los asuntos de su incumbencia. Podían ejercer sus oficios o con el escribano del cabildo o con uno del número nombrado expresamente para ello.

Claudio Gay en su obra, Ordenanzas de Policía de la Ciudad de Santiago señala que se acostumbraba que los padrones de pesos y medidas se guardasen en una caja grande en las casa de cabildo, para que no se usen y con ello se gasten y disminuyan, y sirvan para corregir los padrones que estuvieren en poder de los fieles ejecutores. La caja debía tener tres llaves, una de las cuales estaba en poder de los alcaldes, otra en un diputado y la última en manos del escribano del cabildo¹¹³.

También, dentro de las actas capitulares es posible encontrar disposiciones que regulaban de forma bastante acabada la actividad comercial y mercantil dentro de la ciudad.

Así se establecía que aquellos que trajeran a la ciudad ropa de la tierra de las ciudades de arriba y demás cosas de comer y beber, debían manifestarlas al fiel ejecutor y al escribano del cabildo dentro de tercero día de llegadas las especies y exponer cómo las hubieron bajo la pena consignada en las ordenanzas¹¹⁴. Tampoco nadie podía comprar ningún género de ropa de los obrajes de la ciudad y sus términos para revenderla o sacarla de ella sin que se hubiese manifestado al fiel ejecutor dentro de tercero día después de haberla comprado, bajo la pena de pérdida de la mitad de la ropa que así compraren; en la misma incurría el que comprare para revender cualquier género de bastimentos, como por ejemplo, trigo, cecinas, sebo, cordobanes, vino y ropa, sin que primero lo manifestaren en la forma dicha¹¹⁵.

En cuanto al control de los oficios por parte del cabildo, se establecía en las actas que los oficiales o sus obreros no podían llevar por las obras que hicieren más precio que aquel que les fijare el cabildo por aranceles. Ningún oficial, así sastre como carpintero, espadero, herrero o zapatero podía usar de su oficio si no tenía el arancel en la parte y lugar en que ejerciera dicho oficio, para que cada uno vea el precio que debía llevar por cada hechura u obra que el tal oficial hiciera. El arancel debía llevar la firma del oficial y del escribano del cabildo¹¹⁶.

¹¹² Cabildo de 30 de abril de 1593, en CHCh. XX, 466, en el mismo sentido ver Cabildo de 19 de enero de 1590, en CHCh. XX, 240.

¹¹³ Gay, Claudio (n. 89) T. I. 300.

¹¹⁴ Cabildo de 10 de junio de 1580, en CHCh. XVIII, 209.

¹¹⁵ Cabildo de 22 de enero de 1588, en CHCh. XX, 143-144.

¹¹⁶ Cabildo de 22 de febrero de 1548, arancel de sastres, herreros y espaderos, Cabildo de 10 de

Un caso singular lo constituía la costumbre que obligaba a los sastres de la ciudad otorgar fianzas suficientes, por los daños que ocasionaran o pudieran ocasionar en las ropas de sus clientes¹¹⁷.

Finalmente, dentro de este mismo punto no podemos dejar de hacer mención a las visitas generales que por orden o comisión del Cabildo tenía la obligación de realizar el fiel ejecutor a todas las tiendas, mercaderes y en general a cualquier persona que vendiere o revendiere cualquier cosa dentro de la ciudad. Para estos efectos, los visitados debían exhibir todas las cosas que tenían en su poder, sin encubrir cosa alguna, bajo pena de diez pesos¹¹⁸.

2. *Derechos de los vecinos*

Durante esta época, la población de la ciudad de Santiago estaba compuesta principalmente, desde un punto de vista racial, por españoles, indios y negros. Los españoles eran libres y también tenían esa calidad los indios, los que a su vez podían ser encomendados, yanaconas o simplemente libres por el oficio que desempeñaban (carpinteros, herreros, talabarteros, etc.).

Entre los españoles, los conquistadores debían ser preferidos en la repartición de solares, pero la calidad más importante que otorgaba todos los derechos de la ciudad era la de vecino. Los vecinos podían ser encomenderos, los cuales tenían la obligación de residir en la ciudad, y los simplemente vecinos o domiciliarios y entre ambos grupos, por mitad, debían elegirse los miembros del cabildo, como se vio más arriba. Se establecía la obligación de avecindarse después de seis meses de residir en la ciudad, el avecinamiento se solicitaba al propio cabildo, el que conocía de dicha solicitud en sesión ordinaria¹¹⁹. Con la condición de vecino se podía optar al reparto de solares, los que no podían enajenarse en el plazo de cinco años y que, una vez obtenidos, era preciso cercar y edificar, pues, era vecino el que, encomendero o no, tuviese casa poblada. Los vecinos estaban obligados a tener armas y caballo, obligación que se hacía extensiva a los mercaderes. Finalmente no podían ser vecinos los que eran de otra ciudad o los que estaban detrás del mostrador de una tienda.

Generalmente, los derechos o privilegios de que gozaban los vecinos de la

diciembre de 1548, rebaja arancel de herreros; Cabildo del 7 de julio de 1549, aranceles de espaderos, sastres, herreros y zapateros, de 16 de noviembre 1552, arancel de herreros, Cabildo de 9 de octubre de 1556, arancel de herradores, Cabildo de 1 de julio de 1552, prohíbe el ejercicio de oficios sin arancel, Cabildo de 14 de julio de 1553, obliga a sastres, zapateros, calceteros, espaderos a sacar su aranceles dentro de tercero día bajo pena de 50 pesos oro, en CHCh. I. 140-144, 162-163, 185-188, 314 y ss. 544, .297 y 353, respectivamente.

¹¹⁷ Cabildo de 31 de enero de 1578, el acuerdo se tomó a petición del procurador de la ciudad, y Cabildo de 7 de febrero de 1578, relativo a fianza de los sastres, en CHCh. XVIII, 8-10.

¹¹⁸ Cabildo de 20 de enero de 1607, en CHCh. XXII, 10.

¹¹⁹ Cabildo de 19 de octubre de 1556, en CHCh. I, 545.

ciudad de Santiago en aquellas materias reguladas por el órgano capitular, se encontraban establecidos en normas de carácter netamente consuetudinario. Entre otros destaca, por la mención especial que se hacía de la costumbre, la admisión de un vecino, reparto de solares, licencias para cortar maderas y hacer corrales y cercas, y sobre el reparto y distribución de la sal. En todos estos casos, a los cuales me referiré, se invocaba y admitía a la costumbre como fuente de derecho.

Un primer aspecto en el cual encontramos invocaciones a la costumbre, lo constituye la admisión de un nuevo vecino a la ciudad, hecha por el cabildo. Así ante la petición de un residente formulada ante el cabildo, en el sentido de que lo admitan como vecino, el ayuntamiento junto con admitirlo como tal ordena expresamente que el nuevo vecino gozará de todas las preeminencias, privilegios, exenciones y libertades, que por costumbre les corresponden a todos los vecinos de la ciudad. En el año 1582 don Diego de Labera, residente de la ciudad de Santiago, solicitó formalmente al cabildo que lo admitiesen como vecino y morador de la ciudad de Santiago. Frente a esta solicitud el cabildo proveyó lo siguiente: *"E presentada la dicha petición é por sus mercedes vistas, dijeron: que admitían y admitieron por vecino desta dicha ciudad al dicho Diego de Labera, en cuanto ha lugar de derecho y conforme a lo que por S.M., dispuesto, y mandaron que como tal vecino, pueda gozar y goce de las preeminencias y privilegios, y libertades que los demás vecinos desta dicha ciudad gozan por fuero y costumbre, y que se le de el testimonio que pide, y ansí lo proveyeron y mandaron y lo firmaron de sus nombres"*¹²⁰.

En cuanto a la concesión por parte del cabildo de chacras y solares, por intermedio de la costumbre se establecieron una serie de condiciones y requisitos para su otorgamiento. Así se estableció que *"se hace la merced y repartimiento de tierra, con el adimento que ahora ni de aquí adelante vos y vuestros herederos no las podáis vender ni enajenar a clérigo, ni fraile, ni a iglesia, ni a monasterio, ni a otra persona eclesiástica, é si las vendiéredes o enajenáredes a tales personas, que las hayáis perdido y perdáis, y queden aplicadas para los bienes propios de esta dicha ciudad..."*¹²¹ Dentro del mismo contexto, en el año 1559 el Obispo electo de la ciudad de Santiago presentó una petición al honorable cabildo por la cual solicitaba a éste el otorgamiento de un solar y madera para construir, a lo cual el cabildo resolvió dar el dicho solar con las condiciones que es costumbre. *"Este día*

¹²⁰ Cabildo de 22 de marzo de 1582, en CHCh. XIX, 13-14. En el mismo sentido ver Cabildo de 12 de noviembre de 1568, en CHCh. XVII, 263 «que recibían y recibieron, al dicho Diego Hernández por vecino desta ciudad, y como á tal mandan que le guarden todas las honras, gracias y franquezas y libertades que se guardan y suelen guardar a todos los vecinos desta ciudad...»

¹²¹ Cabildo de 26 de abril de 1547, en CHCh. I, 122-127. Dicha condición se encuentra establecida en términos similares en la siguientes sesiones: Cabildos de 2 de mayo de 1547 y 30 de diciembre de 1547, en CHCh. I, 138-221, respectivamente.

el obispo electo presentó una petición del tenor siguiente: Muy magníficos señores: el gobernador don Pedro de Valdivia, que sea en gloria me hizo merced de una casa que está en el mar, que yo he techado dos veces, y agura esta quemada, y para recibir allí peregrinos la quiero. Vuestras señorías y mercedes lo tengan por bien, juntamente con un solar y también me hagan merced de seiscientas maderas ó vigas en el monte, por que quiero hacer aquí una casa, ó lo que vuestras señorías y mercedes mandaren, y más que saben que yo he servido medianamente capellan de vuestra señoría y mercedes. Don Rodrigo episcopus electus. Este día los dichos señores proveyeron que se le de el dicho solar con las condiciones que es costumbre, y que se le da los seiscientos palos que pide para hacer una casa..."¹²²

Se establecía igualmente, que ninguna persona podía cercar sus chacras o construir corrales sin licencia del cabildo, bajo pena de 50 pesos para obras públicas y que a sus costas se derriben las tapias hechas¹²³. *"Este dicho día, en éste Cabildo, los señores que en el están dieron licencia a Pedro de Llanos, maestro, para que haga el corral que quisiere en el solar que pide junto al de Martín Estévez en el carjal del río, con tal que no se entienda atribuirsele posesión ni propiedad, y que se le dan libremente, como es uso y costumbre, con tanto que se avcinda en esta ciudad; y así se salieron deste cabildo..."¹²⁴*

También encontramos reiteradas invocaciones a la costumbre jurídica, en todas aquellas materias referentes a las licencias y permisos concedidos por el cabildo para hacer adobes¹²⁵, cortar maderas¹²⁶ y repartimiento y distribución de la sal¹²⁷. En cuanto al derecho que les asiste a los vecinos para cortar madera, un acta capitular del año 1584 establecía que se otorgaba la tal licencia para cortar madera con las condiciones acostumbradas: *"Ilustres señores Diego Vázquez de Padilla, digo: que yo quiero hacer cien pies de casa y tengo necesidad de maderas de viga y umbrales y piernas de tijeras para hacella y pataguas para puertas, y otras maderas, las que fuera menester para el dicho edificio, pido y suplico á vuestras mercedes que me den licencia para que en los montes desta ciudad las pueda cortar. Y en ello se me hará merced. E presentada la dicha petición y por sus mercedes vista, dijeron que con que haga el edificio de casa que se ofrece y que no sea para otro efecto la dicha madera, y con las condiciones acostumbradas con que este Cabildo suele dar madera á los que edifican en esta ciudad, se le da la dicha licencia, y no de otra manera; y ansí lo proveyeron y firmaron..."¹²⁸.*

¹²² Cabildo de 17 de febrero de 1559, en CHCh. XVII, 59-60.

¹²³ Cabildo de 10 de febrero de 1559, CHCh. XVII, 58.

¹²⁴ Cabildo de 27 de agosto de 1568, en CHCh. XVII, 245.

¹²⁵ Cabildo de 5 de octubre de 1629, en CHCh. XXX, 128.

¹²⁶ Cabildo de 15 de mayo de 1584, en CHCh. XIX, 195.

¹²⁷ Cabildo de 27 de febrero de 1606, en CHCh. XXI, 298-299.

¹²⁸ Ver (n. 126).

Igualmente en cuanto al aprovechamiento de estos bienes comunes, se establecía en las actas capitulares la prohibición de cortar o mandar a cortar árboles de raíz en el monte y límites de la ciudad de Santiago, sin que se deje o mande dejar horca y pendón, bajo pena de dos pesos oro de multa por cada pie cortado¹²⁹.

Finalmente en cuanto al repartimiento de la sal, se estableció que ésta debía distribuirse conforme a la "*loable costumbre*" que en esta ciudad siempre ha habido, en cuanto a que cada uno lleve lo que es razón, conforme a la corta y cara que cada uno tuviere y no más, hasta que cada uno esté proveído de lo necesario¹³⁰. De la misma forma se ordenaba que ningún vecino o persona debía entrar en las salinas de los propios de la ciudad hasta el día primero de marzo y por sólo el mes de marzo de cada año, en el que podían recogerla indios y españoles, so pena para el que sacare sal antes de marzo o al que impidiera sacarla en ese mes de cincuenta pesos de oro, doscientos azotes al indio y en todo caso pérdida de la sal¹³¹.

3. Cargas y obligaciones de los vecinos

La costumbre fue invocada en distintas oportunidades, ya sea para imponer o para eximir de cargas y obligaciones a los vecinos. En este apartado he reunido algunos casos que se refieren principalmente a gravámenes y derechos de carácter eclesiásticos, como los diezmos, limosnas y tributos provenientes de la bula de la santa cruzada, conjuntamente con otras cargas a las que se encontraban sometidos los vecinos de Santiago durante el período en estudio.

Los gastos que originaba la atención del servicio religioso eran atendidos con el importe proveniente de los diezmos¹³². Así, se había establecido en la Indias una distribución proporcional fija de la recaudación obtenida en cada diócesis para sufragar los gastos de manutención de los prelados y sacerdotes, la atención del culto y hospitales. La Corona se reservaba para sí una pequeña parte de esos ingresos (aproximadamente el 11%), pero si la suma recaudada no alcanzaba a subvenir las necesidades indispensables, la real hacienda cubría ese déficit. En caso de que los cargos u oficios eclesiásticos asignados con determinada suma se

¹²⁹ Cabildo de 1 de julio de 1549, en CHCh. I, 185, en sesión de 18 de agosto 1559, en CHCh. XVII, 88, se establece la pena para el español de cuatro pesos y para el yanacona la pérdida del hacha para el alguacil y cincuenta azotes.

¹³⁰ Ver (n. 127) Con el fin de que existiera orden en el reparto de la sal, el Cabildo daba comisión a uno de sus alcaldes para que este fuera a las salinas y regulara todo lo relativo a la distribución de la misma.

¹³¹ Cabildo de 19 de abril de 1566, en CHCh. XVII, 101.

¹³² El diezmo consistía en la décima parte sobre todos los frutos agrícola-ganaderos. Era un impuesto eclesiástico, cuya percepción el Papado delegó en la Corona española a condición de que se difundiera la religión cristiana entre los indígenas, y se ayudara y mantuviera la Iglesia en indias. Los indios estaban exentos de este gravamen.

encontrasen vacantes, las rentas pertenecían a la Corona, pero fue común en todas las épocas que las mismas se destinasen a obras pías o a subvenir otras necesidades de orden eclesiástico.

En lo relativo a diezmos y limosnas, dentro de las actas capitulares se solía conceder un amplio margen a la costumbre. En 1580 se presentó ante el Cabildo doña Francisca de Guzmán, priora del convento de Nuestra Señora de la Concepción y expuso ante los señores Justicia y Regimiento, lo siguiente: *“pide á sus mercedes le hagan merced y caridad de pedir entre los vecinos de esta ciudad la limosna acostumbrada de trigo para el proveimiento de su casa deste año”*¹³³. Al año siguiente, se presentó ante el cabildo don Juan Baptista de Acurcio, en representación del mencionado convento, para dar noticia a los señores del cabildo del ingreso de una nueva novicia y recabar de éste la respectiva autorización. Igualmente solicitó en dicha oportunidad *“que se nombrasen dos personas del dicho cabildo para que pidiesen la limosna de trigo acostumbrada para el dicho convento”*¹³⁴. El ayuntamiento santiaguino, junto con consentir el ingreso de la nueva novicia al monasterio, comisionó a los capitanes señores Juan de Barahona, alcalde, y Pedro Ordoñez Delgadillo, regidor, para que pidieran y recolectaran entre los vecinos de la ciudad la dicha limosna de trigo para las monjas del convento de Nuestra Señora de la Concepción

Otro de los gravámenes al cual estaban sujetos los vecinos del cabildo era el llamado proveimiento de la bula de la santa cruzada, es decir, aquel derecho de carácter eclesiástico cuyo origen se remonta a la España Musulmana como una asignación destinada a la lucha contra el infiel, y que consistía en un monto que variaba de acuerdo a la indulgencia contenida en la bula y a la capacidad económica del beneficiario. En cuanto a los privilegios que se concedían a través de ella, Justo Donoso nos señala que por ésta se permite sin ninguna restricción el uso de huevos y lactinios en los días prohibidos; y en cuanto a la carne, concede que se pueda usar de ella en todos los ayunos de dentro y fuera de la Cuaresma, precediendo el consejo de ambos médicos, espiritual y corporal¹³⁵.

Un acta capitular del año 1637, establecía dicho tributo eclesiástico en los siguientes términos: *“En la ciudad de Santiago de Chile, martes, en treinta y un día del mes de marzo de mil seiscientos y treinta y siete años la Justicia y Regimiento desta ciudad, estando en su lugar acostumbrado, recibieron por mano del capitán Domingo García Corvalan, secretario de la santa cruzada, una cédula real de Su Majestad sobre el recibimiento de la predicación de la santa bula, la besaron y la pusieron sobre sus cabezas, y en cuanto al cumplimiento dijeron se hará y cumplirá lo que Su Majestad manda, como ha sido y es costumbre y seña-*

¹³³ Cabildo de 8 de enero de 1580, en CHCh. XVIII, 183.

¹³⁴ Cabildo de 13 de enero de 1581, en CHCh. XVIII, 274. «que se pida la limosna que se acostumbra para el Señor San Antonio», Cabildo de 9 de junio de 1545, en CHCh. I, 38.

¹³⁵ DONOSO, JUSTO. *Instituciones de Derecho Canónico Americano* (Valparaíso 1848) 226.

laron al maestro de campo don Luis de Ulloa y capitán don Martín de Santander, para que vayan con el tesorero al despedimiento, y el aguacil mayor é yo escribano, como es costumbre"¹³⁶. Asimismo, y en idénticos términos, un acta del año 1643 mandaba que en lo referente a la bula de la santa cruzada "*se guarde y cumpla y haga en su recibimiento lo acostumbrado*"¹³⁷.

Es posible apreciar en consecuencia, el importante rol que le correspondió jugar a la costumbre en todo aquello que decía relación con la regulación de esta institución eclesiástica, tanto en lo referente a su recibimiento por parte del ayuntamiento, como en lo relativo a su cumplimiento, predicación y proveimiento.

Finalmente, también dentro de esta parte de la exposición relativa a las cargas de los vecinos, debemos hacer mención a la obligación impuesta por el cabildo a los vecinos de tener herrado su ganado, fuera éste vacuno o caballar, una vez que estos hubieran cumplido un año de edad, según el uso y la costumbre, bajo pena de que si así no lo hicieren de tener por mostrencos a los tales ganados¹³⁸. Igualmente, y en consideración a la Guerra de Arauco, el cabildo estableció que todos los vecinos encomenderos de aquellos pueblos por los cuales debía pasar la gente de guerra en su camino hacia la región del Bío Bío, debían proporcionarles los camaricos necesarios para el buen avinamiento de la dicha gente de guerra, para lo cual el ayuntamiento mandaba al escribano del cabildo que notificase a los vecinos de los pueblos por donde debía pasar la gente de guerra "*y que tiene necesidad que en los dichos pueblos por donde ha de pasar la dicha gente de guerra estén prevenidos y aprestados los mantenimientos y camaricos necesarios para todo buen avinamiento para la dicha gente de guerra y que convenía que estuvieren lo suso dicho más bien proveído, es necesario que vayan los vecinos de tales pueblos por donde ha de pasar la dicha gente de guerra personalmente á ellos; por tanto que mandaban é mandaron, que yo el escribano deste cabildo, notifique a los vecinos de los pueblos por donde ha de pasar el dicho campo, que acudan personalmente, y á los demás vecinos que provean y ayuden a los que así asistieren con el camarico necesario, como comarcanos, con lo necesario, como siempre se ha acostumbrado para el buen avinamiento de la dicha gente de guerra y á las partes a donde se ha acostumbrado acudir...*"¹³⁹

IV. INTRODUCCIÓN, PRUEBA Y EXTINCIÓN DE LA COSTUMBRE

Hemos podido apreciar a lo largo de esta investigación la amplitud y desarrollo que logró la costumbre a través de los cabildos indianos, debido al carácter casuista y fragmentario de la legislación indiana. Sin embargo, tratar de precisar con me-

¹³⁶ Cabildo de 31 de marzo de 1637, en CHCh. XXXI, 233-234.

¹³⁷ Cabildo de 26 de junio de 1643, en CHCh. XXXII, 271

¹³⁸ Cabildo de 7 de octubre de 1558, en CHCh. XVII, 49-50.

¹³⁹ Cabildo de 17 de agosto de 1584, en CHCh. XIX, 210.

diana certeza las distintas etapas de desarrollo que presenta la norma consuetudinaria resulta una tarea casi imposible, toda vez que a diferencia de la Ley como dice Tau Anzoátegui, cuyo proceso de formación y sanción puede ser fácilmente reconstruido porque se dispone de texto, fecha y autoridad que la sanciono ¹⁴⁰, la costumbre es más difícil de precisar puesto que ésta no se ha fijado nunca.

En las siguientes líneas y a la luz del contenido de algunos trozos de las actas capitulares del cabildo santiaguino, pretendo perfilar de manera genérica las distintas etapas del desarrollo de la costumbre desde su gestación hasta su extinción.

1. Introducción de la costumbre

La mayoría de los historiadores, frente a la dificultad para poder determinar cuándo ha nacido una costumbre, suelen conformarse con precisar los testimonios que evidencian que se trataba según los casos de una costumbre inmemorial o superior, al menos, al tiempo regularmente exigido para que ésta tuviese fuerza legítima según los postulados de la doctrina jurídica.

En el caso de la costumbre criolla introducida por los cabildos indios durante los siglos XVI y XVII, fue frecuente utilizar como criterio para determinar la génesis de la norma consuetudinaria el retrotraer la costumbre hasta la fecha de la fundación de la ciudad, criterio que se veía favorecido por la existencia de los libros capitulares y otros documentos a los cuales se recurrió en busca de prueba del derecho consuetudinario. Sin embargo, como indica Tau Anzoátegui, esa invocación a la fecha fundacional no creo que tuviera en muchos casos verdadero asidero documental, sino que fue un recurso para dar mayor fuerza a la argumentación, sin que sus sostenedores supieran a ciencia cierta cuándo se introdujo la costumbre, aunque tuvieran conciencia de su antigua data¹⁴¹.

De esta forma podemos sostener que no resulta posible determinar en forma precisa el origen de la mayoría de las costumbres nacidas espontáneamente, sin fecha fija y sin que autoridad o documento alguno las haya registrado. Pero, en algunos casos, cuando expresamente se establecía la costumbre ya sea por sí, o se resolvía recibir la costumbre de otra ciudad, provincia o reino, esta labor de indagación puede conducir a un resultado positivo.

A continuación citaré algunos casos ilustrativos relativos a la introducción de la costumbre. En la sesión de 12 de febrero del año 1587 se planteó ante el cabildo la discusión acerca de quién debía tener las llaves del archivo de la ciudad, el corregidor o uno de los alcaldes. Finalmente se resolvió por el ayuntamiento que las llaves las debía tener uno de los alcaldes, puesto que, "*ansí lo han tenido de uso y costumbre después que esta ciudad se fundó y hay archivo en este Cabildo*"¹⁴².

¹⁴⁰ TAU ANZOÁTEGUI (n. 3) 185.

¹⁴¹ TAU ANZOÁTEGUI (n. 3) 185.

¹⁴² Cabildo de 12 de febrero de 1587, en CHCh. XVII, 83.

Este acuerdo del ayuntamiento santiaguino, en lo que se refiere a la introducción de costumbre puede ser enmarcado perfectamente dentro de aquellos casos de introducción de normas consuetudinarias que remontan su origen al tiempo de la fundación de la ciudad.

También es posible encontrar dentro de las actas capitulares casos que se refieren a otra modalidad de introducción de la costumbre, como lo es la recepción de costumbres de otro lugares.

De este modo, tanto los funcionarios reales como los capitulares observaban atentamente las costumbres de otros lugares. Ya fuese para resolver algunas cuestiones o para introducir costumbres, se citaban las de las ciudades o villas cercanas, o de otras provincias, o la de otros reinos de Indias y aún de Castilla o España.

Así por ejemplo, frente la discusión planteada el año 1548 respecto al orden en que debían votar y firmar los alguaciles mayores al concurrir a los acuerdos del cabildo. Uno de los argumentos que esgrimió Juan Gómez, a la sazón alguacil mayor, para afirmar que su voto y firma debían ir tras el voto y firma de los señores alcaldes fue el hecho de "*que así se usa en todas las provincias de las Indias*"¹⁴³.

2. Prueba de la costumbre

Debido a la falta de certeza que presentaba el proceso de formación de la costumbre, se hizo frecuente exigir, en determinadas circunstancias, que se acudiera a su prueba. Los principales medios de prueba que había para ello eran dos: La documental y la testifical. La primera, como señala Tau Anzoátegui, se obtenía mediante la revisión de los libros capitulares y, en su caso, por la expedición de testimonios de los documentos pertinentes y también por medio de certificados o constancias, que sirvieron en alguna ocasión para introducir usos y costumbres de otras ciudades¹⁴⁴.

Encontramos dentro de las actas algunos casos de certificación de costumbres en todo aquello que dice relación con la admisión de un nuevo vecino por parte del Cabildo, puesto que era frecuente que el nuevo vecino solicitara al ayuntamiento que le diera testimonio de su admisión, "*y que se le de el testimonio que pide*"¹⁴⁵, testimonio en el cual se dejaba constancia en primer lugar, de su admisión como vecino y en segundo lugar, de las preeminencias y privilegios que por derecho y costumbre le correspondían como vecino de la ciudad. "*y para ello pide y suplica á vuestras mercedes sean servidas de les rescibir y admitir por vecino y morador desta dicha ciudad y mandarlo asentar así en el libro del Cabildo para que conste dello en todo tiempo; y pide merced y justicia y testimo-*

¹⁴³ Ver (n. 36).

¹⁴⁴ TAU ANZOÁTEGUI (n. 3) 188-189.

¹⁴⁵ Cabildo de 9 de septiembre de 1581, en CHCh. XVIII. 323

nio”¹⁴⁶.

En cuanto a la prueba de la costumbre por medio de testigos el caso más destacado que he hallado es el ocurrido en Santiago en 1567; en dicha oportunidad Sebastián Hernández, herrero, solicitó al cabildo que declarara que el lugar que le correspondía, según la costumbre, en la procesión del Santísimo Sacramento era junto a la sagrada forma, para lo cual estaba presto a dar información. El Cabildo frente a dicha petición resolvió comisionar a los señores Francisco Riberos, alcalde ordinario, y Gregorio Sánchez, regidor, para que recibiesen la prueba testimonial ofrecida por Sebastián Hernández, para que posteriormente el órgano capitular determinare qué lugar en la procesión del Santísimo Sacramento le correspondía al herrero, “y, *por estos señores deste Çabildo, vista la dicha petición, dijeron: que mandaban y mandaron y cometían y cometieron en recibir los testigos de la dicha información al capitán Francisco de Riberos, alcalde ordinario, por Su Majestad, y al señor Gregorio Sánchez, regidor, para que, hecha la dicha información, determinen lo que hallaren por justicia y el lugar donde ha de ir el dicho Sebastián Hernández en la dicha procesión*”¹⁴⁷.

3. Extinción de la costumbre

Sabemos que la costumbre se rigió en América española conforme a legislación de las *Partidas*. A través de ellas se establecieron los requisitos de validez que debía reunir¹⁴⁸, su valor como norma de derecho¹⁴⁹ y su forma de extinción.

La Partida 1,2,6 junto con ocuparse del valor de la costumbre, distingue las tres situaciones de ella frente a la ley: costumbre fuera de la ley, según la ley y contra ley. También se refirió a la supresión de ella en los siguientes términos:

*“E desátese la Costumbre de dos maneras, aunque sea buena: La primera por otra costumbre que sea usada en contra de aquella que era primeramente puesta por mandato del Señor e con placer de los de la tierra, entendiendo que era mas su pro que la primera, según el tiempo y la razón que la usasen. La segunda, si fuesen después fechas leyes escritas o fueros, que sean contrarios dellas, entonces deben ser guardadas las leyes o el fuero, que fuesen después fechos, e nom la costumbre antigua”*¹⁵⁰.

Así, podemos señalar que la costumbre se extingue de dos maneras o formas principales, por una costumbre contraria posterior o por la ley. Sin embargo, no es fácil hallar indicios de ello. Si la costumbre es reemplazada por otra, se nos plantea nuevamente la dificultad para conocer el origen de la nueva costumbre. Igual-

¹⁴⁶ Cabildo de 22 de marzo de 1582. en CHCh. XIX, 13-14.

¹⁴⁷ Cabildo de 18 de junio de 1567, en CHCh. XVII, 232-233.

¹⁴⁸ Partidas. 1.2.5.

¹⁴⁹ Partidas 1.2.6.

¹⁵⁰ Partidas 1.2.6.

mente, si la costumbre cesa por el imperio de la ley o de una sentencia judicial¹⁵¹, no es posible tener plena seguridad de que cesa la vigencia de la costumbre, por sólo las palabras del texto legal o judicial.

A este respecto, dentro de las Actas del Cabildo de la ciudad de Santiago, correspondientes al periodo elegido para esta investigación, no fue posible hallar algunos casos ilustrativos que permitieran al lector hacerse una idea, al menos general, de cómo la norma consuetudinaria podía ser dejada sin efecto, ya sea por otra costumbre o por una norma de carácter legal.

V. CONCLUSIONES

La institución del cabildo fue un elemento gravitante en la formación del Derecho indiano durante los siglos XVI y XVII, no sólo por el hecho de tener facultad legislativa propia, la cual se expresaba a través de las ordenanzas y mandatos emanados de éste, sino porque contribuyó en gran manera al desarrollo y expansión de la costumbre jurídica indiana, la cual paulatinamente fue ganando terreno ante el desconocimiento de las leyes indianas y castellanas. Así lo demuestran las Actas del Cabildo de la Ciudad de Santiago, documentos que reflejan el importante papel que le correspondió a la norma consuetudinaria en la regulación de la vida jurídica de los pueblos del Nuevo Mundo. Del estudio realizado fluye:

1. A diferencia de lo que ocurría en Europa, donde la costumbre se encontraba en una etapa de franca decadencia, en las Indias, las especiales circunstancias que rodearon la conquista y población de los nuevos territorios descubiertos, así como la búsqueda de soluciones a problemas jurídicos nuevos no previstos por el ordenamiento jurídico castellano y la necesidad de adaptar éste a la realidad americana, produjeron el fenómeno inverso, surgiendo la manifestación consuetudinaria como expresión rudimentaria de la vida jurídica para dar solución a esos problemas.

2. Sin embargo, la costumbre no sólo surge como elemento integrador de las lagunas que presentaba la legislación indiana y castellana, sino que también fue el instrumento a través del cual las ciudades americanas se opusieron al autoritarismo del monarca y sus funcionarios. Los cabildos, como órganos representativos de las ciudades, asumieron muchas veces esa posición.

3. La potestad legislativa de los cabildos indianos se ejercía a través de las dos fuentes principales del Derecho: la ley y la costumbre. Junto a la legislación de origen capitular, se desarrollaba en forma amplia y variada la creación de derecho por la vía consuetudinaria, produciéndose la coexistencia de ambas fuentes en un mismo espacio territorial: la ciudad.

¹⁵¹ Se debe tener presente que la mayoría de los tratadistas entregaban al juez la misión de ponderar si es bueno o malo el fin de la costumbre, si acaso es contra o según la ley y si fue introducida por alguna otra razón justa, de modo que el derecho apruebe semejante costumbre y, consideradas las diversas razones, pueda ser racional aun contra una ley racional.

4. Dentro de las Actas del Cabildo de Santiago fue posible descubrir variadas referencias de carácter consuetudinarias, que decían relación tanto con la composición y funcionamiento del ayuntamiento santiaguino (formas y ceremonial, elección de oficios, ejercicio de los mismos etc.) como aquéllas relativas al gobierno urbano, la moralidad pública, la vida económica y la actividad religiosa de la ciudad.

5. Igualmente, la institución de los cabildos abiertos es rica en manifestaciones jurídicas consuetudinarias, toda vez que ésta nunca fue objeto de un ordenamiento de carácter legal, sino que se desarrolló en base a la costumbre jurídica bajo tres reglas principales: la autorización del gobernante político para realizar el cabildo, la facultad del ayuntamiento para hacer la lista de invitados, y la presidencia del cabildo abierto.

6. La costumbre fue un elemento al cual se recurrió frecuentemente con el fin de regular los variados aspectos que presentaba el desarrollo de la vida urbana de la ciudad de Santiago y que caían bajo la órbita de acción del cabildo. Así, durante los siglos XVI y XVII el ayuntamiento tuvo una manifiesta intervención en todo lo relativo al abastecimiento de la ciudad, ocupándose tanto de la provisión necesaria como de la elaboración, calidad y buen estado de los artículos alimenticios, así como de la fijación de precios y otros aranceles por la prestación de servicios.

7. De la misma manera, dentro de las actas capitulares santiaguinas, es posible encontrar variadas invocaciones consuetudinarias relativas a algunos derechos o privilegios de los vecinos de la ciudad, así como para imponerles o para eximirlos de cargas y obligaciones.

8. Finalmente, hemos tratado de reseñar las distintas etapas del proceso del desarrollo de la costumbre, desde su gestación hasta su extinción, reconociendo cuán difícil se hace precisar con mediana certeza el momento de su aparición, así como el de su posterior desarrollo y extinción.