

APORTE SOBRE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO INDIANO*

por

Alamiro de Avila Martel y Bernardino Bravo Lira

1. *Planteamiento.* Esta breve comunicación comprende dos secciones: en la primera examinamos lo que se pudiera llamar la teoría de la costumbre indiana —expresamente legislada en las *Partidas*¹ con gran generalidad y para Indias solamente en lo que toca a la costumbre indígena— y cómo opera el entrecruzamiento de las fuentes del derecho y el papel que en ese sistema tiene la costumbre. La segunda sección la destinamos a presentar la regulación de la costumbre en las fuentes del derecho canónico indiano —las leyes propiamente eclesiásticas— que tuvieron aplicación en el reino de Chile y a mostrar algunos casos peculiares.

I

LA COSTUMBRE EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO INDIANO

2. *La doctrina de la costumbre.* El derecho indiano presenta un cuadro de fuentes del derecho múltiple. Dentro de él se incluyen al mismo tiempo diversas formas de legislación, distintas clases de costumbre, 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 de las fuentes del derecho. Tampoco la había en el derecho castellano; por lo demás este trabajo era ajeno a la mentalidad de la época. Por eso, los grandes juristas indianos como Solórzano Pereira² o León Pinelo³ se limitaron a tratar de la costumbre en Indias del mismo modo que lo hacían los grandes juristas castellanos, como Gregorio López⁴ o Jerónimo Castillo de Bovadilla.⁵ 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.

* Comunicación enviada al Congreso de la Société Jean Bodin sobre la costumbre celebrado en Bruselas, en octubre de 1984.

¹ 1, 2.

² SOLÓRZANO PEREIRA, JUAN DE, *Política indiana*, Madrid, 1647, 2, 15, 35 y 6, 14.

³ LEÓN PINELO, ANTONIO, *Tratado de las confirmaciones reales de encomiendas, oficios y casos, en que se requieren para las Indias Occidentales*, Madrid, 1630, 1, 6, 19 y 20, además, 11, 13 y 14.

⁴ Glosa a las *Partidas*, 1555.

⁵ *Política para corregidores y señores de vasallos*, Madrid, 1597.

De esta manera, Juan Hevia Bolaños asienta, a principios del siglo XVII, en su *Curia Filípica*, sobre la triple base del derecho romano, castellano y canónico: "Asimismo de Derecho civil (romano), real y canónico tiene fuerza de ley la costumbre legítimamente usada y prescrita por diez años para con presentes y veinte para con ausentes, determinada al menos por dos actos en el discurso de este tiempo".⁶

Sobre los requisitos para que la costumbre tenga fuerza de ley dice el mismo autor: "Mas esta costumbre para tener fuerza de ley ha de ser afirmativa de usarse una cosa, pues siendo negativa de no usarse, no la tiene, aunque sea de mil años, si no es comprendiendo en sí algunos actos afirmativos, por lo menos tácitos, según Silvestro".⁷

Conforme a las *Partidas* esta costumbre positiva puede hallarse en una triple relación frente a la ley: ser fuera de la ley, según ella o aun contra ella.⁸ Incluso esta costumbre *contra legem* tiene en Indias plena fuerza y prevalece contra ley, como lo precisa el mismo Hevia Bolaños, apoyado en la glosa de Gregorio López: "procede aunque sea contra el mismo derecho, y para corregirle, salvo que, siendo contra el canónico, ha de ser de cuarenta años, como consta de unas leyes de Partida y su glosa Gregoriana".⁹

Por su parte, Gregorio López dice en su glosa: "Inducitur consuetudo ex usu populi per tempus decem et viginti annorum, sciente domino et non contradicente, et si dicto tempore tricies fuerit per eam iudicatum. . . Item non debet esse irrationabilis, vel contra ius naturale, sed bonum commune, nec per errorem debet introduci, qui alias esset corruptela et non teneret".¹⁰

Estos seis requisitos para la validez de la costumbre señalados por Gregorio López se aplican en principio a la costumbre en el derecho indiano.

En primer lugar ha de tener una antigüedad de a lo menos diez o veinte años. López aclara que basta con diez años, porque el pueblo está siempre presente y, por lo tanto, no se aplica el plazo de veinte años, que es para ausentes.¹¹ En cambio, Hevia Bolaños, como vimos, admite ambos plazos, según se trate de presentes o de ausentes y añade que la costumbre contra la ley canónica requiere al menos cuarenta años para prevalecer.¹²

En segundo lugar, la costumbre ha de introducirse con conocimiento del príncipe y sin que éste la contradiga. Este conocimiento no es necesario si se trata de costumbre inmemorial.

En tercer término, la costumbre debe ser racional. Según explica el propio López, el uso que mueve al mal, a pecados o a cosas absurdas no causa una costumbre que deba ser observada. En cuanto al juicio sobre la racionalidad de la costumbre, señala que según opinión común entre los autores del derecho común, como el Hostiense Enrique de Susa y Juan Andrés, está entregado al arbitrio del juez: "Quae autem consuetudo dicatur rationabilis, vel irrationabilis, relinquatur arbitrio iudicis".¹³

Por su parte, explica López que el juez en ejercicio de ese arbitrio debe 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 o repruebe semejante costumbre y consi-

⁶ Lima, 1603, 1, 8, 18.

⁷ *Ibíd.*

⁸ 1, 2, 6.

⁹ Ver nota 6 y *Partidas*, 1, 2, 7.

¹⁰ 1, 6.

¹¹ *Ibíd.*, 1, 2, 5.

¹² Ver nota 6.

¹³ *Partidas*, 1, 2, 3.

deradas las diversas razones, pueda ser racional la costumbre, aun contra una ley racional.¹⁴

El requisito de la racionalidad de la costumbre y el arbitrio judicial para juzgar de él tienen una enorme importancia en América. Por diversas causas, la costumbre tuvo en Indias mucho mayor significación que la que en la misma época tenía en Castilla. Si allí se veía en cierto modo reprimida por la legislación, en América, en cambio, pudo expandirse casi sin obstáculos. El arbitrio judicial hizo pues del juez un verdadero moderador de la costumbre.

En cuarto lugar, la costumbre no debe ser contraria al derecho natural. Esta exigencia también se aplica a la ley. Es consecuencia de la prioridad reconocida al derecho natural frente a cualquier derecho humano, sea introducido por ley o por costumbre.

En esta apreciación de la compatibilidad de la costumbre con el derecho natural, juega también un papel decisivo el juez. A través del arbitrio judicial está en condiciones de adecuar su sentencia a las circunstancias concretas del caso.

En quinto lugar, la costumbre no ha de ser contraria al bien común. Según hace ver López, la costumbre y la ley tienen la misma causa final: el bien común. Por eso, si la ley se hace para bien público, así debe hacerse también la costumbre.¹⁵

Por último, la costumbre se ha de introducir sin error, a ciencia cierta.

3. *La costumbre indígena.* Lo anterior se aplica, en general, a la costumbre indiana en sus diversas formas. Pero una de ellas, la costumbre indígena, goza de una regulación especial.

Esta regulación trae su origen de las llamadas *Leyes Nuevas* de 1542-43. Allí se prescribe a los presidentes y oidores de las audiencias americanas: "que no den lugar a que en los pleitos entre indios o con ellos se hagan procesos ordinarios ni haya largas 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".¹⁶

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

En 1555 Carlos V, a petición de Juan Apobazt, 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 buenas leyes y buenas costumbres que antiguamente entre vosotros habéis tenido y tenéis para vuestro regimiento y policía y las que habéis hecho y ordenado *de nuevo* todos vosotros juntos, con tanto que nos podamos añadir lo que fuésemos servido y nos pareciera que conviene al servicio de Dios Nuestro Señor y nuestro y a vuestra conservación y policía cristiana, no perjudicando a lo que vosotros tenéis

¹⁴ Ver nota 13.

¹⁵ Id., 1, 2, 2.

¹⁶ *Leyes Nuevas*, 20, ed. Antonio Muro Orejón, en *Anuario de Estudios Americanos* 2, Sevilla, 1945, p. 809 y s. y de nuevo, *Ibíd.*, 16, Sevilla, 1959, p. 561 ss.

hecho ni a las buenas costumbres y estatutos vuestros que fuesen justos y buenos".¹⁷

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* de 1680. Allí se dice: "Ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres, que *antiguamente tenían los indios* para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres guardadas *después que son cristianos* y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión, ni con las leyes de este libro y las que *han hecho y ordenado de nuevo* se guarden y ejecuten; y siendo necesario por la presente las aprobamos y confirmamos, con tanto que nos podamos añadir lo que fuéremos servido y nos pareciere que conviene al servicio de Dios Nuestro Señor y al nuestro y a la conservación y policía cristiana de los naturales de aquellas provincias, no perjudicando a lo que tienen hecho ni a las buenas y justas costumbres y estatutos suyos".¹⁸

En esta redacción se distinguen dos tipos de costumbres indígenas: las antiguas, esto es, anteriores al señorío de los reyes de Castilla sobre los indígenas o a su conversión al cristianismo, y las nuevas, es decir, posteriores a la implantación de ese señorío o a la conversión.

Unas y otras costumbres son reconocidas como plenamente válidas sin otras limitaciones que la de no oponerse ni a la religión católica ni a las leyes de la *Recopilación* o a las leyes posteriores.

Más aún, en atención a la doctrina del derecho común sobre la costumbre que, como vimos, exige para su introducción al menos el conocimiento del príncipe y su no contradicción, en el texto se aprueban y confirman expresamente las costumbres indígenas en caso de ser ello necesario.

4. *La aplicación de la costumbre en Indias.* El campo de aplicación de la costumbre indiana es inmenso. No sólo se refiere a los indígenas que, como acabamos de ver, conservaron sus antiguos usos y costumbres y adoptaron otros nuevos. También, entre la demás población indiana se desarrollaron con enorme 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.

En muchos casos, a falta de costumbre del lugar, se acude a la del más cercano, como mandan las *Partidas*.¹⁹ Esta práctica está incluso recogida por Hevia Bolaños en su *Curia Filipica*: "no la habiendo en el lugar, se ha de guardar la (costumbre) de la tierra más cercana, conforme a una ley de Partida".²⁰

En suma, la costumbre tiene un lugar preferente dentro del derecho indiano. En el caso de ser *contra legem*, prevalece sobre la propia ley. Sólo está limitada por un orden superior, cual es el derecho natural.

Esta preeminencia de la costumbre opera a través del arbitrio judicial. En virtud de él, el papel del juez no se limita a aplicar al caso una ley, una costumbre o una doctrina. Ante todo, debe buscar la solución justa. Con este objeto debe examinar la costumbre, la ley, la doctrina

¹⁷ ENCINAS, DIEGO DE, *Cedula-rio*, ed. facsimilar de Alfonso García-Gallo, Madrid, 1945, IV, fol. 355.

¹⁸ *Recopilación de Leyes de Indias*, 2, 1, 4.

¹⁹ 1, 2, 4.

²⁰ Ver nota 5.

hasta encontrar la solución que mejor se adecue a las condiciones y circunstancias del caso. Incluso, como veremos en seguida, en las fuentes y en la práctica del derecho canónico indiano no se aplican dos de las restricciones doctrinarias: la del tiempo y la de que la costumbre deba ser positiva.

II

LA COSTUMBRE EN LAS FUENTES DEL DERECHO CANÓNICO INDIANO APLICADAS EN EL REINO DE CHILE

5. *Las fuentes.* Las fuentes legales del derecho canónico vigentes en Chile indiano están compuestas por aquellas tradicionales del derecho canónico ecuménico; desde 1565, fecha en que fue promulgada en Lima la pragmática de Felipe II que mandaba guardar y cumplir el *Concilio de Trento*, pasó éste a ser el principal texto canónico. Con prioridad sobre él, por su particularidad y modernidad, tenemos los tres concilios provinciales del siglo XVI, celebrados en Lima en 1552 y 1567 por el arzobispo fray Jerónimo de Loayza y 1583 por Santo Toribio Mogrovejo. Hubo otros tres concilios limenses,²¹ los que no tuvieron sanción ni real ni apostólica: eventualmente nos referiremos a sus disposiciones como testimonio de algunas costumbres. En el territorio chileno tenemos los sínodos diocesanos de Santiago y de Concepción: conocemos sólo los textos de cuatro de los celebrados: de Santiago el del obispo Salcedo en 1626,²² el del obispo Carrasco de Saavedra en 1688,²³ y el de D. Manuel de Alday en 1763.²⁴ De Concepción ha llegado a nosotros uno solo: el del obispo Azúa de 1744.²⁵ Los demás, de que tenemos constancia de que se celebraron, no han sido encontrados hasta ahora. Fuera de ello y dentro del ámbito particular de Chile también constituyen leyes canónicas otros documentos episcopales: los autos de erección de cada catedral, las consuetas de éstas, destinadas a regular el culto, y los edictos de los prelados.

En materia de doctrina canónica existe una abundante bibliografía conocida y respetada en la época.

Además de las fuentes normativas de origen eclesiástico están todas las leyes emanadas de la corona, en ejercicio del patronato que ejercía sobre la iglesia en Indias y, además de estas cédulas, cabía cierta aplicación subsidiaria del derecho real de Castilla, de acuerdo con la prelación establecida por la ley primera de Toro, en cuanto fuese aplicable en cada obispado americano.

Los casos que vamos a exponer son sólo aquellos basados en las fuentes de origen eclesiástico del arzobispado de Lima y de los dos obispados

²¹ Estos concilios han sido publicados por Vargas Ugarte, Rubén, S.J.: *Concilios limenses (1551-1772)*, Lima, 1951-1954, 3 vols. En el primero están los textos de los Concilios I a V, en el segundo el del VI y documentos anexos; el tercer volumen es una historia de estas reuniones legislativas. En cada caso citaremos sólo: Vargas Ugarte y la indicación del tomo y de la página. El *Tercer Concilio* será citado por la edición original, Madrid, 1591.

²² *Sínodo diocesano de Santiago de Chile celebrado en 1626, por el ilustrísimo señor Francisco González de Salcedo. Transcripción, introducción y notas de Fr. Carlos Oviedo Cavada, O. de M.*, en *Historia* N° 3, Santiago, 1964, pp. 313-360.

²³ El *Sínodo de Carrasco* lo citaremos por su segunda edición, Lima, 1764.

²⁴ El *Sínodo de Alday* es citado por su primera edición, Lima, 1764.

²⁵ El *Sínodo de Azúa* es citado por su edición original, Madrid, 1749.

chilenos, contrastados, cuando sea oportuno, con testimonios de la práctica jurídica de la época y con normas del derecho real. Utilizaremos esas fuentes en un orden que no es el de su prelación, sino el cronológico.

El autor más sistemático de derecho canónico indiano, Pedro Murillo Velarde,²⁶ destina un cuidadoso capítulo a la costumbre y trata de sus requisitos, que deben ser su racionalidad, su duración y el consenso del legislador aunque sea simplemente pasivo. Acumula, como vemos, en tres puntos los que había desarrollado en seis Gregorio López. Trata también de su prueba cuando es alegada y resuelve algunos casos particulares. Las clases de la costumbre, confrontada con la ley, son: a) según la ley: *secundum ius, quae proprius dicitur observantia*, es decir que interpreta la aplicación de una norma legal; b) fuera de la ley: *praeter ius*, que se da en dos casos, cuando la ley se remite a ella y cuando prescribe algo no regulado por la ley, y c) contra la ley, caso en que su fuerza es derogatoria de una norma legal, *desuetudo*, o de reemplazo de ella, es decir, puede ser negativa o positiva.

Seguiremos esta clasificación, dejando de mano la primera clase, para exponer los casos.

6. *Casos de costumbre praeter ius*. En muchos puntos tocantes al ritual el Concilio de Trento dispuso que se guardasen las tradiciones no escritas y luego que éstas se promulgasen en cada catedral;²⁷ por ello el obispo de Santiago fray Bernardo Carrasco, asociado con el cabildo, redacta en 1689, las *Reglas consuetas, e instituciones consuetudinales de la Iglesia Catedral de Santiago de Chile*, en dieciocho párrafos.²⁸ En uno de ellos se establece que un prebendado, al tomar posesión, debe jurar "guardar todas las leyes, constituciones y costumbres" de su iglesia.²⁹

En lo que toca al ritual, el obispo Antonio de San Miguel, en la erección de la catedral de la Imperial, ordena que en esta materia se sigan las costumbres aprobadas de la catedral de Sevilla, de la de Lima o de alguna otra.³⁰

El *Sínodo de Azúa* recuerda que la lista de casos reservados que, sobre la base del mandato del auto de erección, se ha usado en la sede de La Imperial - Concepción ha sido, por la contigüedad de ésta, el establecido por la catedral de Santiago "por costumbre inmemorial"³¹ y dispone que así se siga observando. Ese mismo cuerpo legal afirma que, en materia de aranceles eclesiásticos, siempre "se ha ocurrido a la costumbre" y, en todo el obispado "se ha practicado el arancel del de Santiago de Chile", el que se incorpora al texto.³² También se establece que se guarde la costumbre en el pago de los diezmos por "los indios acimentados"³³ y por todos, en el pago de las primicias.³⁴

En el *Sínodo de Alday* se hace mención de la costumbre —que debe guardarse— que tienen los mestizos y mulatos, que en materia de fiestas y ayunos, se arreglan a la práctica de los españoles.³⁵

²⁶ *Cursus iuris canonici, hispani, et indici*, 3ª ed., Madrid, 1791. El capítulo *De consuetudo* es el IV del libro I y abarca los números 112 a 124.

²⁷ Ses. 4, y ses. 24, cap. 12, *de ref.* in fine.

²⁸ Están publicadas como complemento del *Sínodo de Carrasco*, pp. 89-111.

²⁹ Párrafo XV, p. 106.

³⁰ El acta de erección está publicada como introducción al *Sínodo de Azúa*, la disposición cit. en p. 24.

³¹ Cap. XII, pp. 129-130.

³² Cap. XIII, pp. 131 s.

³³ Cap. X, cont. IV, pp. 125-126.

³⁴ Cap. X, cont. V, pp. 126-127.

³⁵ Tit. XIX, cont. III, p. 127.

Asuntos vinculados con la celebración de los concilios provinciales y sínodos diocesanos aparecen regulados por la costumbre; así se establece quiénes tienen derecho de asistir y quiénes tienen en ellos voto deliberativo.

En las convocatorias a concilios y sínodos suele aparecer que se cita a "las personas que por derecho o costumbre deben concurrir".³⁶ El obispo Salcedo, por edicto de 25 de febrero de 1626, cita al *Sínodo* al deán y cabildo, a los curas y vicarios y a los prelados de las órdenes "y a todas las demás personas a quien toca por derecho o costumbre".³⁷ Al parecer la costumbre se refería a la presencia de los laicos, de un lado a los representantes de la corona y de otro a los de los cabildos seculares.³⁸

También hay testimonio de que estaba regulado por la costumbre que los representantes de los cabildos eclesiásticos tenían voto deliberativo en el Concilio. Celebrado el *Segundo Concilio* en 1567, los delegados de los cabildos eclesiásticos de Lima, Cuzco y Charcas dirigen un memorial al rey para representar que se había violado la norma consuetudinaria. Dicen que en el Concilio se les pidió voto consultivo, "porque decisivos no se nos quisieron dar aunque están las iglesias en costumbre dello".³⁹

7. Casos de costumbre contra ley

a) *La inhabilidad de los indios y mestizos para recibir órdenes.* El *Segundo Concilio* prohibió que se otorgasen órdenes mayores a los indios⁴⁰ y en otra constitución se recalca enfáticamente: "quod indi non initientur aliquo ordine, neque vestibus sacris ad altare indumentur".⁴¹ Esta disposición se consideró extendida a los mestizos y a todas las castas y varias cédulas reales insistieron en la prohibición al llamar la atención a algunos obispos que habían ordenado mestizos, entre ellos el obispo de Quito fray Pedro de la Peña, quien contesta al rey, en carta de 20 de enero de 1577, que sólo ha ordenado cuatro mestizos y justifica que a éstos "ningún español de buena vida les hace ventaja".

El obispo de Santiago de Chile fray Diego de Medellín en carta al rey, de 8 de marzo de 1578, en la que le da cuenta de su clero, menciona a Juan Blas, de quien dice: "aunque mestizo es virtuoso y buena lengua, lee gramática".⁴² Dos años después los progresos y calidades del mestizo llevan al prelado a proponerlo al rey para una dignidad: en carta de 15 de abril de 1580 le dice: "Juan Blas que sirve también en esta Santa Iglesia (la Catedral); es un clérigo hijo de un conquistador de estas tierras, y es el mejor eclesiástico que acá está, sabe muy bien la lengua de la tierra y la del Perú, ha oído artes y teología en Lima, es muy honesto y muy

³⁶ Convocatoria del *Sexto Concilio*, por el arzobispo Parada, el 8 de junio de 1770, en Vargas Ugarte, II, p. 216.

³⁷ pp. 316-318.

³⁸ He destinado un capítulo de mi estudio titulado *Actividades del cabildo secular de Santiago en el campo eclesiástico durante el siglo XVI* a la representación de ese concejo en el Tercer Concilio y en el primer Sínodo de Santiago. Ese escrito está en prensa en las *Actas del VI Congreso del Instituto Interna-*

cional de Historia del Derecho Indiano, reunido en Valladolid en 1980.

³⁹ El documento lo publica Vargas Ugarte, II, p. 153.

⁴⁰ Constituciones para los españoles, caput 27, en Vargas Ugarte, I, pp. 113-114.

⁴¹ *Pro indorum*, const. 74, Vargas Ugarte, I, pp. 192-193.

⁴² LIZANA, ELIAS, *Colección de documentos históricos recopilados del archivo del Arzobispado de Santiago*, t. I, Santiago, 1919, pp. 8 s.

virtuoso y muy celoso de la salvación de estos naturales, merece cualquier merced, que Vuestra Majestad fuere servido hacerle, porque además de las virtudes dichas, es muy buen cantor y gentil escribano; y sin él, el coro de esta Santa Iglesia vale muy poco".⁴³ Juan Blas no obtuvo una merced real pero el obispo lo nombró, en 1579, cura de la catedral.⁴⁴

El entusiasmo del obispo por los mestizos se vio contrastado por una amonestación real por haberlos ordenado. Se justifica ante el rey, por carta de 14 de setiembre de 1581, en que dice: "sólo cuatro tengo ordenados sacerdotes por autoridad apostólica, hijos de padres nobles y conquistadores, muy virtuosos y de buen ejemplo y que saben la lengua de los naturales muy bien, personas que ninguno pudiera decir mal dellos con razón y plugiera a Dios que todos los sacerdotes que por acá hay fueran tales y tan provechosos en esta tierra como ellos".⁴⁵ A pesar de la reprensión, fray Diego de Medellín continuó ordenando mestizos: ante otro llamado de atención, en carta al rey de 20 de enero de 1590, dice que ha ordenado dos mestizos que saben cantar, de órdenes menores, y de mayores a uno que vino del Perú muy recomendado.⁴⁶

Los prelados chilenos siguieron esa práctica: así nos consta que el obispo fray Gaspar de Villarroel lo hacía: en una carta suya al gobernador del reino don Francisco López de Zúñiga, dice: "Ilegítimos y mestizos no se pueden ordenar, éstos por cien cédulas de Su Majestad. . . Uno o dos mestizos he ordenado. . .".⁴⁷

El arzobispo de Lima y varios otros obispos indianos también ordenaron mestizos. Se llegó de esta manera a establecer una clara costumbre contra ley, gracias a la cual, por ejemplo, pudo entrar al sacerdocio el inca Garcilaso de la Vega. A pesar de que el Papa apoyó la actitud de los obispos,⁴⁸ el cambio de posición legal en el asunto sólo se produjo en la segunda mitad del siglo XVIII. El rey, en 1769, en el tomo regio para el *VI Concilio de Lima*, ordena que se establezca que en los seminarios diocesanos se admitirá "una tercera o cuarta parte de indios o mestizos"⁴⁹ y en una constitución de ese concilio se afirma que no tienen "los indios por su naturaleza impedimento para ser admitidos a las órdenes sagradas"⁵⁰ y se encarga a los obispos que cuiden especialmente la instrucción de los indios para que puedan obtenerlas.

b) *Problemas del matrimonio de los indios.* La ley indiana estableció que el derecho consuetudinario que tenían los indios americanos, durante su gentilidad, debía, como dijimos, ser respetado con dos excepciones: en cuanto no fuese contra expresas leyes reales y en cuanto no se opusiese a la religión cristiana.

Uno de los problemas que preocuparon permanentemente al legislador canónico fue el relativo al matrimonio de los indios pues era corriente que este se contrajese en grados prohibidos y además existía entre ellos la poligamia. Se advierte un constante esfuerzo por resolver el problema, que se planteaba cuando un indio casado recibía el bautismo. La costumbre indígena, contra la ley, sin embargo subsistió en cierta medida a través de toda la historia jurídica indiana, no obstante algunas concesiones hechas por el derecho legislado.

⁴³ LIZANA, *op. cit.*, t. I, pp. 18 s.

⁴⁴ PRIETO DEL RÍO, LUIS FRANCISCO, *Diccionario biográfico del clero secular de Chile (1535-1918)*, Santiago, 1922. Blas parece haber muerto antes de 1590.

⁴⁵ LIZANA, *op. cit.*, t. I, pp. 18 s.

⁴⁶ LIZANA, *op. cit.*, t. I, pp. 35 s.

⁴⁷ LIZANA, *op. cit.*, t. I, pp. 187 s.

⁴⁸ El relato de este asunto en Vargas Ugarte, III, pp. 43-47.

⁴⁹ VARGAS UGARTE, II, p. 210.

⁵⁰ Acción II, título IV, cap. 6, en Vargas Ugarte, II, p. 32.

En lo que se refiere a los impedimentos de parentesco se pretende resolverlo ya en el *Primer Concilio de Lima*.⁵¹ desde luego no se reconoce la existencia de un matrimonio en la línea recta; si se trata de hermanos el Concilio lo reconoce, suspendiendo juicio hasta consulta al Papa; en todos los otros grados canónicamente prohibidos lo considera válido.

El *Concilio Segundo*⁵² elimina la posibilidad de reconocer el matrimonio entre hermanos. En los sumarios en castellano, preparados por el *Tercer Concilio*, se llega incluso a decir que es opuesto al derecho natural.

En el *Tercer Concilio* se insiste en que nunca se celebra el matrimonio entre hermanos y si se hubiere realizado mientras eran infieles los contrayentes, ordena que se aparten al recibir el bautismo.

El otro problema referente al matrimonio de los indios fue el de la poligamia: respecto a él no hubo atenuaciones y se advierte una lucha canónica constante para lograr establecer el matrimonio monógamo; en la realidad sin conseguirlo del todo como se ve por la continuidad del tema. Entre los indios mapuches subsistió como costumbre contra ley el matrimonio polígamo.

Los cánones reconocieron el primer matrimonio celebrado antes del bautismo y cuando no se pudiese establecer cuál era el primero, el indio debía elegir una sola de sus mujeres.⁵³

c) *Costumbre incorporada a la ley y costumbre repudiada*. En el *Concilio Sexto*, de 1772, se discurió sobre si era admisible comer lacticios durante el ayuno de cuaresma, sin estar en posesión de la bula de Santa Cruzada y se resolvió que ello era lícito en virtud de la costumbre. El virrey Amat en su informe acerca del desarrollo del Concilio explica que esa decisión se basó en "la inveterada costumbre que había intervenido en esta América con justo título".⁵⁴

En el *Sinodo de Alday* se legaliza una costumbre contra ley que toca un problema de competencia; la constitución XI del título VIII dice: "Se aprueba la costumbre de este obispado, de que el párroco asistente al matrimonio de contrayentes de distintas parroquias, sea el de la esposa; aunque cuando ésta se halla en la del esposo, puede serlo el párroco de éste, habiéndose publicado las proclamas en ambas". Se anota, en la misma constitución, que esta costumbre modifica la regla del *Concilio de Trento* que establece que puede actuar cualquiera de los párrocos.⁵⁵

En cambio, frente a la costumbre de que los párrocos no predicasen y administrasen los sacramentos por sí mismos, sino por otros sacerdotes, el *Sexto Concilio* la rechaza terminantemente, afirmando que "de ningún modo sirva la costumbre de disculpa".⁵⁶

⁵¹ Constituciones de los naturales, cont. 17, Vargas Ugarte, I, pp. 16-17.

⁵² Constituciones para los españoles, Cont. 38, Vargas Ugarte, I, p. 178. También recuerda el *Segundo Concilio*, *Pro indorum*, Const. 69, el privilegio de Paulo III a los indios, que les permite el matrimonio en tercero y cuarto grado de consanguinidad o afinidad. Pero el privilegio paulino es aplicable a los indios cristianos, y es tema distinto al de reconocer qué matrimonio, contraído antes del bautismo, es válido.

⁵³ *Primer Concilio*, const. 15 y siguientes, Vargas Ugarte, I, pp. 15-16.

⁵⁴ El documento en Vargas Ugarte, II, p. 222. Años antes el obispo Alday, en largo informe al rey, de 26 de marzo de 1765 (Lizana, *op. cit.*, pp. 581-584), da testimonio de esa antigua costumbre, que en el obispado de Santiago databa desde la conquista y que, en opinión del prelado, no era posible variar.

⁵⁵ P. 54.

⁵⁶ Actio III, libro III, tít. III, cap. 2, en Vargas Ugarte, II, pp. 80-81.

En el *Sínodo de Alday* se rechaza la costumbre de que los párrocos de las ciudades y lugares poblados no enseñen la doctrina, como deben hacerlo, porque lo hacen los regulares.⁵⁷

En el *Sínodo de Azúa* tenemos testimonio de una interesante costumbre contra ley, cuya raíz está en una institución mapuche: la celebración del matrimonio por raptó consentido, que se practica entre "la más de la gente plebeya" del obispado de Concepción. El *Sínodo* condena rigurosamente esta costumbre.⁵⁸

d) *La cláusula de que no valga costumbre contra una ley.* Esta cláusula, que aparentemente impediría la costumbre contra ley, aparece en ocasiones; así en el *Tercer Concilio* se encarga a los prelados que hagan traducir a las lenguas indígenas de su obispado el catecismo aprobado por el Concilio en sus versiones castellana, quechua y aymará, y se agrega que la traducción aprobada por el obispo "se reciba sin contradicción por todos, sin embargo de cualquier costumbre en contrario que haya".⁵⁹

El *Concilio Quinto*, de 1601, estableció que el *Tercer Concilio* se guarde inviolablemente "sin embargo de cualquier costumbre que haya en contrario".⁶⁰

La cláusula indicada, según Murillo Velarde, rige para el tiempo anterior a la disposición que la contiene, pero no impide la formación futura de costumbres contrarias a ella.⁶¹ Eso muestra también una frase del edicto convocatorio al *Concilio Sexto*, de 1º de junio de 1770; en él el arzobispo Diego Antonio de Parada, al señalar las finalidades de la reunión dice: "se renueven las leyes que se hallan anticuadas y sin observancia".⁶² en concreto esas leyes eran las del *Tercer Concilio* que, a pesar de las disposiciones sobre su inderogable observancia, habían caído en *desuetudo*.

⁵⁷ Tít. XI, const. I, pp. 84-85.

⁵⁸ Cap. V, const. XXIV, p. 103.

⁵⁹ Actio II, cap. 3, fs. 23-24; texto en castellano en Vargas Ugarte, I, p. 323.

⁶⁰ Actio II, dec. 4, en Vargas Ugarte, I, pp. 395-396.

⁶¹ *Cursus*, lib. I, N° 123.

⁶² VARGAS UGARTE, II, p. 213.