

**UNIVERSIDAD DE CHILE**

Facultad de Derecho  
CIENCIAS DEL DERECHO

# **EL DOMINIO Y SU PRECARIEDAD EN EL DERECHO INDIANO.**

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Alumnos:

**Lorena A. Correa Jara.**

**Juan Cristóbal Díaz Toro.**

Prof. Guía: Sr. Antonio Dougnac Rodríguez.



|                                                                                                                                  |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>INTRODUCCIÓN .</b>                                                                                                            | <b>1</b>   |
| <b>CAPITULO PRIMERO: EL DOMINIO EN GENERAL; SUS LIMITACIONES EN LA ESCOLASTICA Y EN EL DERECHO INDIANO. . .</b>                  | <b>3</b>   |
| <b>I. <u>Sección Primera</u>: El Dominio en general. . .</b>                                                                     | <b>3</b>   |
| <b>I. 1. Dominio y propiedad. . .</b>                                                                                            | <b>4</b>   |
| <b>I. 2. Fundamentos teóricos del dominio. . .</b>                                                                               | <b>5</b>   |
| <b>I. 3. Definición, contenido y objeto del dominio. . .</b>                                                                     | <b>10</b>  |
| <b>II. <u>Sección Segunda</u>: Las limitaciones al Dominio. Introducción al tema. . .</b>                                        | <b>11</b>  |
| <b>II. 1. El dominio y sus limitaciones a la luz de la Escolástica. . .</b>                                                      | <b>13</b>  |
| <b>II. 2. El dominio y sus limitaciones a la luz del Derecho Indiano. . .</b>                                                    | <b>37</b>  |
| <b>CAPITULO SEGUNDO: LA PRECARIEDAD DEL DOMINIO EN INDIAS. . .</b>                                                               | <b>47</b>  |
| <b>I. <u>Sección Primera</u>: La Propiedad de las Tierras. Legislación Aplicable. . .</b>                                        | <b>47</b>  |
| <b>I. 1. Origen y Fundamento de los Repartimientos gratuitos. . .</b>                                                            | <b>48</b>  |
| <b>I. 2. Instrumentos que pueden originar una merced de Tierras. . .</b>                                                         | <b>50</b>  |
| <b>I. 3. La Propiedad Indígena. . .</b>                                                                                          | <b>69</b>  |
| <b>II. <u>Sección Segunda</u>: La Propiedad Minera. . .</b>                                                                      | <b>75</b>  |
| <b>II. 1. Evolución legislativa en torno al dominio minero. . .</b>                                                              | <b>75</b>  |
| <b>II. 2. Características de la propiedad minera en el Derecho Indiano. . .</b>                                                  | <b>79</b>  |
| <b>II. 3. De las mercedes de minas propiamente tales. Modalidades que puede adoptar la adquisición de yacimiento minero. . .</b> | <b>80</b>  |
| <b>II. 4. Limitaciones. Mecanismos de Impugnación. . .</b>                                                                       | <b>87</b>  |
| <b>III. <u>Sección Tercera</u>: La Propiedad en Materia de Aguas. . .</b>                                                        | <b>92</b>  |
| <b>III. 1. Las Aguas como Bienes de Realengo. Evolución legislativa. . .</b>                                                     | <b>92</b>  |
| <b>III. 2. Principios que regían en materia de aguas, su uso y reparto. . .</b>                                                  | <b>97</b>  |
| <b>III. 3. Mercedes de Aguas propiamente tales. . .</b>                                                                          | <b>101</b> |
| <b>III. 4. Limitaciones. Mecanismos de Impugnación. . .</b>                                                                      | <b>104</b> |
| <b>CAPITULO TERCERO: PRAXIS JURIDICA INDIANA Y LA PRECARIEDAD DEL DOMINIO. . .</b>                                               | <b>107</b> |
| <b>I. <u>Sección Primera</u>: En materia de Tierras. . .</b>                                                                     | <b>107</b> |

|                                                                                                                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. 1. Propiedad de las Tierras. . .                                                                                                                                                        | 107 |
| I. 2. Propiedad Indígena. .                                                                                                                                                                | 113 |
| II. <u>Sección Segunda</u> : En materia Minera. . .                                                                                                                                        | 116 |
| II. a. SOBRE QUE SE HAGA MERCED A DON JORGE SANTA MARÍA DE LA MINA QUE TRABAJÓ DON JUAN MARTÍN DE MADARIAGA, EL MINERAL DE TALCA. VOLUMEN 33, PIEZA 22, ARCHIVO DE LA CAPITANÍA GENERAL. . | 116 |
| II. b. ADJUDICACIÓN DE ESTACA MINA EN EL CERRO SAN PEDRO NOLASCO, SANTIAGO A DON JOAQUÍN JOSÉ TÉLLEZ. VOLUMEN 33, PIEZA 47, ARCHIVO DE LA CAPITANÍA GENERAL. .                             | 118 |
| III. <u>Sección Tercera</u> : En materia de Aguas. . .                                                                                                                                     | 119 |
| III. a. APELACIÓN DE REPARTO COMISIONAL DE DON PEDRO SERRANO ANTE LA REAL AUDIENCIA DE SANTIAGO, AÑO 1807. ARCHIVO DE LA REAL AUDIENCIA, LIBRO II DEL CATÁLOGO, VOLUMEN 2336, PIEZA 3. .   | 119 |
| CONCLUSION. .                                                                                                                                                                              | 123 |
| BIBLIOGRAFÍA .                                                                                                                                                                             | 125 |
| ANEXO N° 1 . .                                                                                                                                                                             | 133 |
| ANEXO N° 2. .                                                                                                                                                                              | 135 |
| ANEXO N° 3. .                                                                                                                                                                              | 139 |
| ANEXO N° 4. .                                                                                                                                                                              | 141 |

# INTRODUCCIÓN

Al comenzar la labor de investigación para el proyecto de memoria que en estas páginas se concreta, enfocamos nuestro estudio fundamentalmente en la propiedad desde el punto de vista de las mercedes (de tierras, de aguas, de minas) concedidas por la Corona y sus mecanismos de impugnación, vale decir, las maneras cómo éstas podían dejarse sin efecto. A medida que nuestro estudio avanzaba, pudimos observar la existencia de una profusa bibliografía acerca del tema, consistente en numerosos ensayos, monografías y memorias de prueba de diversos y muy autorizados investigadores de distintas épocas. Lo anterior nos llevó a pensar que el tema ya había sido suficientemente tratado, y que por tanto se encontraba agotado, más aún considerando que no fue raro encontrar dentro de las obras estudiadas algún grado de reiteración, o citas referidas siempre a los mismos autores, lo que evidentemente hubiera impedido dar un enfoque novedoso al tema, quedando nuestro proyecto limitado a una simple labor recopiladora.

Al plantear esta situación a nuestro profesor guía, don Antonio Dougnac Rodríguez, nos sugirió que más que abordar el tema únicamente desde un punto de vista histórico – jurídico, fuéramos un poco más allá, con el objeto de encontrar los fundamentos que sustentaron el tratamiento que la Corona dio a la propiedad en Indias, tarea a la que en adelante nos dedicamos.

Sabido es que desde el descubrimiento, el actuar de la Corona española en Indias siempre estuvo marcado por el carácter profundamente religioso de sus reyes –que por algo pasaron a la historia como los Reyes Católicos- y de sus sucesores. Paralelamente, la filosofía cristiana, llamada Escolástica, experimentaba un sostenido desarrollo desde la

Edad Media en su búsqueda de armonizar los dogmas de la fe con la razón. La influencia de este pensamiento, cuya cúspide ya había sido alcanzada durante el siglo XIII, con la llamada alta escolástica (Santo Tomás de Aquino) revive durante el siglo XVI, precisamente en España, a través de autores como Francisco Suárez y Francisco de Vitoria. Siendo todos los pensadores escolásticos miembros de órdenes religiosas católicas, su doctrina se imponía a quienes profesaran esta fe. De ahí entonces que la cosmovisión cristiana se viera reflejada en las políticas adoptadas por los reyes españoles en Indias, y específicamente en las relativas a la propiedad.

Al buscar fuentes que sirvieran de base para nuestro trabajo, nos encontramos con que muchos autores han tratado el tema de la propiedad en el derecho indiano, y otros tantos la filosofía escolástica; sin embargo, ninguno relacionaba un tema con el otro, a pesar de que al interiorizarse en el estudio de cada uno de ellos, su interacción se hace evidente.

Para profundizar de manera adecuada cada punto de vista, dividimos la investigación en dos: por un lado el aspecto filosófico, y por otro el histórico-jurídico. Por lo mismo, el lector podrá notar una buscada diferencia en los estilos de redacción, según el tema tratado. Es así como podrá observarse un estilo un poco más recargado en el capítulo primero, y más puntual y positivo en los capítulos segundo y tercero. Lo anterior no obsta, evidentemente, a que cada vez que exista alguna relación entre lo expuesto en cada uno de los capítulos con lo señalado en los demás, se haga la debida referencia, con el objeto de dar la necesaria unidad y coherencia a la obra.

Hechas estas consideraciones previas, invitamos al lector a adentrarse en la lectura del presente trabajo, el cual más que constituir una obra definitiva sobre el tema, sólo busca dejarlo planteado, con la intención de efectuar un aporte al dar a esta materia un enfoque que, a nuestro juicio, no ha sido suficientemente explorado.

Lorena Correa J..Juan Cristóbal Díaz T.

# CAPITULO PRIMERO: EL DOMINIO EN GENERAL; SUS LIMITACIONES EN LA ESCOLASTICA Y EN EL DERECHO INDIANO.

## **I. Sección Primera: El Dominio en general.**

Conocida es la importancia de la propiedad privada, o por lo menos de la concepción que de ella se tenga, en el desarrollo de una nación. Su trascendencia se extiende, en consecuencia, mucho más allá del campo jurídico, dentro del cual este tópico se encuentra de por sí revestido de una singular importancia, sino que alcanza también el ámbito social, económico y filosófico. Todos ellos factores que nunca han sido ni pueden ser indiferentes al legislador de cualquier época al momento de reglamentar el dominio o la propiedad. De esta manera, la concepción del régimen de propiedad, así como de los alcances y límites de la misma, está por regla general íntimamente relacionada con el sistema jurídico y político imperante en un momento determinado. Por ello, el contenido del concepto ha variado a lo largo de la historia, de forma que su estudio debe siempre

tener a la vista esta vinculación. Estas diferencias pueden verse no sólo desde un punto de vista temporal, sino que también espacial o territorial, como sucede con las antagónicas tendencias que en relación a este tema existen en Occidente –cuyos estados por regla general se encuentran adscritos al sistema capitalista- frente a Oriente, en aquellos países de raigambre socialista. Si bien con los sucesos acaecidos en las últimas décadas, como la caída del muro de Berlín y la consiguiente reunificación de Alemania, o el derrumbe y disolución de la ex Unión Soviética las antedichas diferencias –centradas fundamentalmente en torno a la existencia y extensión de la propiedad- han disminuido, éstas siguen existiendo en mayor o menor grado.<sup>1</sup>

En conclusión, es necesario tener presente que en materia de propiedad, la naturaleza del tema y su trascendencia han dado origen a muchas discrepancias en cuanto a sus concepciones fundamentales, por lo que resulta sumamente difícil elaborar un concepto unitario de la misma. Tanto su contenido como su extensión, cuanto sus fundamentos y las limitaciones a las que pudiera encontrarse sujeta, han sido objeto de interminables disquisiciones en las distintas culturas a lo largo de la historia, encontrándose los diversos planteamientos infiltrados por diferentes visiones de orden ideológico, político, e incluso religioso, por lo que la discusión excede con largueza el ámbito jurídico, para entrar de lleno en el económico, sociológico y filosófico.<sup>2</sup> De esta manera, el enfoque jurídico –obviamente, el que más nos interesa- es tan sólo uno más de aquellos desde los cuales la propiedad puede abordarse. Sin embargo, necesariamente la concepción que se adopte bajo el prisma de alguno de los demás puntos de vista (sociológico, filosófico, etc.) influirá, debido a la evidente interacción existente entre ellos, en la posición jurídica frente al tema.

### I. 1. Dominio y propiedad.

---

Los términos “propiedad” y “dominio” desde el punto de vista jurídico se emplean regularmente como sinónimos, y es ésa la doctrina que en nuestros días se impone, la cual ha sido acogida y recepcionada por diversas legislaciones. Entre ellas, como es bien sabido, se encuentra la chilena, que al definir el concepto en nuestro Código Civil, habla del dominio “*que se llama también propiedad*”.<sup>3</sup> Sin perjuicio de lo anterior, algunos autores, aun cuando no distinguen diferencias significativas en cuanto a la extensión o contenido de ambos conceptos, sí lo hacen en relación al punto de vista desde el cual deben abordarse. De esta manera, el dominio tendría un cariz marcadamente subjetivo, puesto que implica un poder del titular sobre una cosa; la propiedad, en cambio, tendría más bien un sentido objetivo, por cuanto hace hincapié al hecho de la pertenencia de una cosa a una persona.

<sup>1</sup> Néstor Jorge Musto, “*Derechos Reales*”, Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000. Pág. 334.

<sup>2</sup> Daniel Peñailillo Arévalo, “*Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales*”, colección manuales jurídicos, Editorial Jurídica, Santiago, 1991. Pág. 59.

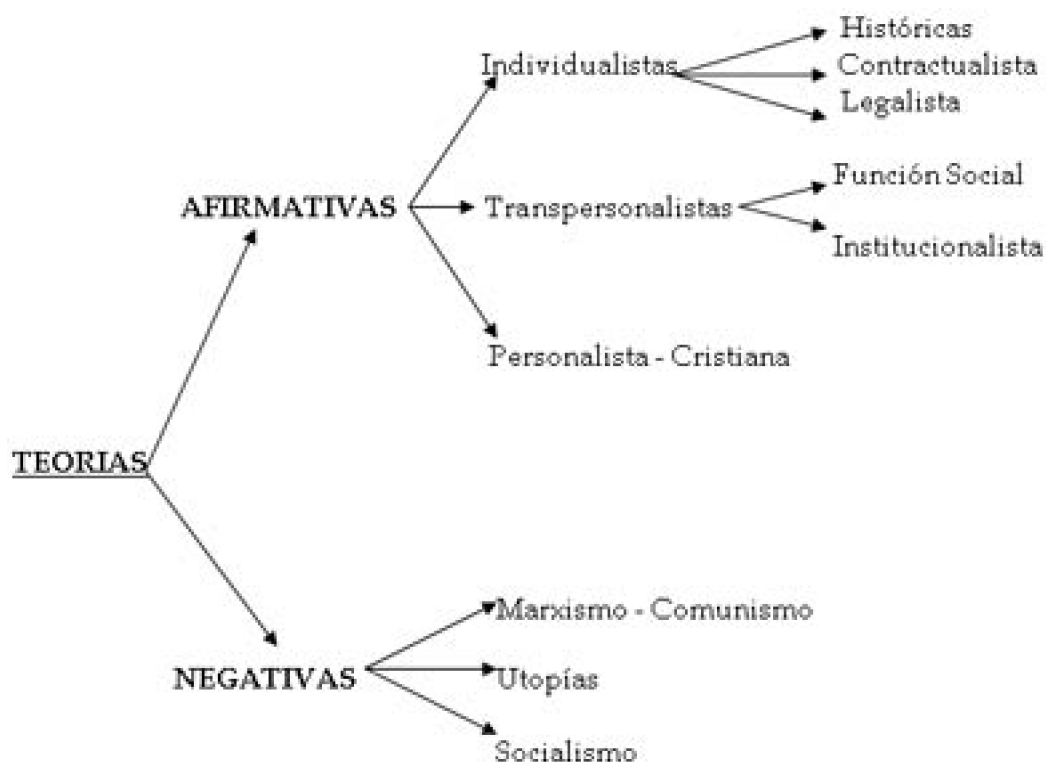
<sup>3</sup> Ver artículo 582 Código Civil.



Otros autores atribuyen a estas palabras significados diversos, si bien estrechamente vinculados. De esta manera, reservan el concepto “dominio” únicamente para el derecho real que recae sobre cosas materiales, y dan aplicación al de “propiedad” en un sentido más genérico. Se enmarca así dentro de este concepto, todo tipo de derecho susceptible de apreciación pecuniaria respecto del cual sería inadmisibles el uso del vocablo “dominio” (por ejemplo, un crédito o una marca comercial), precisamente por encontrarse la utilización de éste limitada a las cosas materiales.<sup>4</sup> De lo anterior, y del hecho de que suele utilizarse el término “propiedad” para designar también el objeto sobre el cual recae, se concluye que el término “dominio” posee un alcance más acotado y preciso, y sería el más adecuado para referirse al derecho real que nos ocupa.<sup>5</sup>

## I. 2. Fundamentos teóricos del dominio.

Diversos planteamientos se han elaborado para dar un sustento intelectual y teórico a la existencia de la propiedad. Se pueden esquematizar esas teorías, de manera un tanto general pero muy clara, a través del diagrama que ofrecemos a continuación, el cual ha sido elaborado siguiendo fielmente el cuadro que en relación a este tópico contiene una de las obras que hemos consultado para la elaboración de esta sección primera, el volumen acerca de los derechos reales del autor argentino Néstor Jorge Musto.



<sup>4</sup> Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, “*Tratado de los derechos reales*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997. Pág. 35.

<sup>5</sup> Edmundo Gatti, “*Propiedad y dominio: Origen, concepto, caracteres y terminología*”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996. Págs. 26 y siguientes.

Examinaremos a continuación, y de manera muy breve, cada una de las teorías antes señaladas.

### I. 2. 1. Teorías afirmativas.

Sostienen la necesidad de la existencia de la propiedad. Por oposición, lógicamente, las teorías negativas postulan la posición contraria, negándole fundamentos que validen su existencia. Nos referiremos a ellas un poco más adelante.

Dentro de las teorías afirmativas, y siguiendo el esquema antes propuesto, encontramos:

A) El individualismo, que concibe la propiedad como un derecho absoluto, en algunos casos un fin en sí mismo, de existencia anterior al ordenamiento positivo y que por tanto puede ser regulado en sus aspectos formales por el estado, mas no en cuanto a su contenido. Sin embargo, tal concepción del dominio desemboca necesariamente, debido a la escasa intervención del Estado, en una desigual distribución de la riqueza, permitiendo su concentración en unas pocas manos. Examinaremos tres de sus variantes, dando alguna mayor profundidad al análisis de la teoría contractualista:

i) Histórica: Propugna que la propiedad individual constituye un hecho de carácter histórico, cuya larga, lenta y sostenida evolución en el tiempo le ha dado tal fuerza social que se impone al legislador, el cual no puede sino reconocerlo y ampararlo. El insigne jurista francés Planiol fue un gran defensor de esta tesis.<sup>6</sup>

ii) Contractualista: Basada fundamentalmente en el pensamiento de Jean Jacques Rousseau y John Locke, concibe los derechos subjetivos como una especie de entes metafísicos, correspondientes a un orden superior y anterior a cualquier ordenamiento jurídico de carácter positivo. De esta manera, las leyes dictadas por los hombres no pueden más que reconocer dichos derechos y entregarles protección, reglamentando únicamente sus aspectos externos y formales, tales como su adquisición, pérdida o conservación. La propiedad, en tanto derecho subjetivo, participa de estas características, por lo que pasa a ser un ente absoluto e intangible, que constituye según Locke un fin en sí mismo.

La premisa fundamental de Locke a este respecto consiste en que antes de la existencia de la vida en sociedad, no hay propiedad personal, y todos tienen derecho a sacar sus medios de subsistencia de todo cuanto ofrece la naturaleza. Para que un individuo pueda utilizar los productos de la tierra, es necesario que previamente se haya apropiado de una parte de ella, y esa apropiación no puede llevarse a cabo sino a través del trabajo. Cada quien se pertenece a sí mismo; por tanto, lo mismo sucede con la actividad de sus manos, de tal manera que el producto de la actividad de ellas también le pertenece.<sup>7</sup> El hombre, por consiguiente, tiene un derecho natural a todo aquello con lo que ha “mezclado” el trabajo de su cuerpo. En conclusión, la tesis de Locke sostiene que la propiedad privada surge porque el hombre, a través de su trabajo, extiende su propia

---

<sup>6</sup> Néstor Jorge Musto, Ob. Cit. Pág. 339.

<sup>7</sup> Felicien Challaye, “*Histoire de la propriété*”, Presses Universitaires de France, Paris, 1958. Pág. 74.

personalidad a los objetos producidos, y al consumir su energía interna en ellos, los convierte en parte de sí mismo. Se trata por tanto de un derecho que cada individuo –al igual que la energía en su cuerpo- lleva en sí mismo, y por consiguiente a la sociedad. Ni esta última ni el gobierno son los que crean el derecho (que existe “*s in pacto expreso de todos los individuos*”), y sólo dentro de ciertos límites pueden regularlo, pues su existencia está orientada precisamente –al menos en parte- a proteger el derecho privado de propiedad anterior a ellos.<sup>8</sup>

Rousseau, por su parte, fundamenta la propiedad en la doctrina del contrato social, sosteniendo “*no la existencia de un contrato social, real y cronológicamente celebrado, sino que ella consiste en una vuelta espiritual y permanente a la esencia de la ley fundamental de la comunidad societaria*”.<sup>9</sup> No es sino la aplicación en materia de propiedad de la idea central del filósofo francés, acerca de la superioridad del estado natural por sobre el estado social, y la necesidad del regreso a la naturaleza misma en la vida social. En su estado natural, todos los hombres son libres e iguales, cosa que cambia al llegar a su estado social, con la consiguiente aparición de la propiedad individual. Es por ello que Rousseau sostenía que “*el primer hombre a quien, cercando un terreno, se le ocurrió decir esto es mío, y halló gentes bastante simples para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil*”.<sup>10</sup> Como sabemos, Rousseau hace descansar la vida social en un contrato, en virtud del cual el hombre renuncia a sus libertades naturales y a los bienes de los que pudo apropiarse. Pero a la vez, recibe del Estado ciertas libertades civiles, que son aquellas de sus libertades naturales que no sean contrarias al interés legítimo de un tercero. La sociedad se compromete a proteger esos derechos contra cualquier ataque. Así las cosas, antes del contrato social, podía haber posesión, como resultado de la fuerza o de la primera ocupación; después del contrato, hay propiedad, sobre la base de un título positivo, de un derecho.<sup>11</sup>

Aun cuando el filósofo francés en su discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres contiene una visión bastante crítica de la propiedad<sup>12</sup>, nunca fue partidario de su abolición. De hecho, en su artículo sobre “economía política” para la Enciclopedia de Diderot, se refiere a ella como “*el más sagrado de todos los derechos de la ciudadanía*”, e incluso en la misma obra citada en la nota anterior la considera un derecho social indispensable.

<sup>8</sup> Georges H. Sabine, “*Historia de la teoría política*”, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1999. Págs. 405 y 406.

<sup>9</sup> Néstor Jorge Musto, Ob. Cit. Pág. 339.

<sup>10</sup> Jean Jacques Rousseau, “*Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*”, Editorial Edeval, Valparaíso, 1979. Pág. 131.

<sup>11</sup> Félicien Challaye, Ob. Cit. Pág. 80.

<sup>12</sup> Dice el filósofo: “*Pero desde el instante en que un hombre tuvo la necesidad de la ayuda de otro; desde que se advirtió que era útil a uno solo poseer provisiones por dos, la igualdad desapareció, se introdujo la propiedad, el trabajo fue necesario y los bosques inmensos se trocaron en rientes campiñas que fue necesario regar con el sudor de los hombres y en las cuales viose bien pronto germinar y crecer con las cosechas la esclavitud y la miseria*” (Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres).

iii) Legalista: Busca el fundamento de la propiedad en la ley. Ambas nacen conjuntamente como un modo de hacer desaparecer la situación de permanente conflicto que se suscita entre los hombres mientras no exista una ley que los regule y rijan.

B) En segundo lugar, y siempre dentro de las teorías afirmativas, corresponde examinar las teorías denominadas transpersonalistas, específicamente la doctrina de León Duguit y la teoría de la Institución.

i) La doctrina de la función social de Duguit: Siguiendo a Auguste Comte, el famoso fundador del Positivismo (quien consideraba que la propiedad debía ser abordada como una indispensable función social, destinada a formar y a administrar los capitales por los cuales cada generación prepara los trabajos de la siguiente <sup>13</sup>), León Duguit concibe la propiedad como una función social. Este autor se rebela contra la concepción de la propiedad como derecho subjetivo, enfocándola más como una institución de carácter jurídico que responde a una necesidad económica de las sociedades. Dada la cada vez más estrecha interrelación e interdependencia de los distintos elementos que conforman la sociedad, surge para el propietario una misión que cumplir ante la misma, que se determina precisamente en base a esa vinculación. De esa forma, el propietario será protegido sólo en la medida que cumpla con la función social que su propiedad le impone. Si no la cumple, o la cumple de manera deficiente, las autoridades estarían facultadas para intervenir, forzándolo a cumplir las funciones sociales que como propietario le competen, que consisten básicamente en asegurar el empleo de las riquezas de que dispone conforme a su destinación. El contenido de la propiedad como función social, según Duguit, se traduce primeramente en el deber y la facultad del propietario de utilizar los bienes que detenta en el cumplimiento de necesidades individuales –las suyas particularmente-, y en el desarrollo de actividades físicas, intelectuales y morales. En segundo lugar, la función social se traduce en que el propietario tiene el deber y la facultad de utilizar sus bienes en la satisfacción de necesidades comunes, sean de la colectividad entera, sean de colectividades secundarias. <sup>14</sup>

ii) Teoría de la Institución: Distingue esta teoría entre las instituciones-grupos y las instituciones-cosas, considerando al dominio como una de estas últimas. Fundándose esta teoría en el Derecho natural, se le ha intentado compatibilizar con la doctrina cristiana.

iii) La última de las teorías que hemos denominado individualistas es la cristiana, también llamada Doctrina social de la Iglesia. La encontramos dentro de los últimos cien años, en diversas encíclicas dictadas por los Papas, en las cuales se expresa el pensamiento de la Iglesia en relación con la propiedad y con el interés de los pueblos, sobre todo el de sus integrantes más desfavorecidos. Lo anterior sin perjuicio de que la posición de la Iglesia Católica frente a la propiedad haya sido objeto de profundo estudio y tratamiento por numerosos pensadores desde los albores del cristianismo, como podremos ver con mayor detalle más adelante, en la segunda parte de este mismo capítulo. En consecuencia, simplemente resumiremos la posición de la Iglesia en lo

---

<sup>13</sup> Félicien Challaye, Ob. Cit. Pág. 111.

<sup>14</sup> Alessandri, Somarriva y Vodanovic, "Tratado de los derechos reales", Págs. 41 y 42.

tocante a este tema en los siguientes postulados, a nuestro parecer los más trascendentes: a) La propiedad individual es un derecho natural de la persona humana; b) La propiedad privada tiene una función social; c) No es un derecho absoluto ni un fin en sí mismo; d) Los bienes de la tierra deben llegar a todos en forma equitativa, por cuanto su destino natural es ser usados por todos los hombres y pueblos por igual; e) La propiedad tiene como origen el trabajo humano, le sirve y lo hace fructificar. Por lo mismo, no deben contraponerse; f) No se niega la propiedad sobre los medios de producción, pero ésta debe ser objeto de constante revisión, a través del prisma de los Derechos del Hombre.<sup>15</sup>

### **1. 2. 2. Teorías negativas.**

Son negativas todas aquellas teorías que de un modo u otro postulan la desaparición de la propiedad, o niegan fundamento a su existencia, sea en forma absoluta, sea en forma parcial, vale decir circunscribiéndose únicamente a ciertas modalidades de propiedad privada. Revisaremos a continuación tres corrientes adscritas al negativismo: el Marxismo, el Socialismo y las Utopías.

A) El Marxismo constituye una teoría ampliamente debatida, condenada y defendida con encono por diversos y muy variados pensadores, que ha sido objeto de agrias polémicas incluso entre sus mismos sostenedores. Postula básicamente que con el advenimiento de la era industrial, la sociedad burguesa trae como consecuencia la desaparición de la propiedad primitiva, basada en el trabajo personal, por cuanto la producción de mercaderías que alcanza cierto nivel o magnitud, se convierte en capital. El dinero lanzado a la circulación capitalista aumenta, crece, y eso es precisamente lo que lo convierte en capital. El mero intercambio de mercaderías no produce plusvalía, por lo que el dueño del dinero, en orden a obtenerla, requiere de una mercadería cuyo valor de uso sea a la vez fuente de valor. Esa mercancía es la fuerza de trabajo del hombre, que el dueño del dinero compra a determinado precio. Una vez cubierto ese valor con cierta cantidad de trabajo realizado, todo el exceso trabajado genera una plusvalía al capitalista, que no es retribuida al trabajador.

Para Marx, la historia del hombre es una historia de lucha de clases, entendiendo por tal un grupo de hombres que cumplen la misma función económica, vale decir, juegan el mismo rol en la producción, tienen el mismo estilo de vida y pueden tomar conciencia de su solidaridad. La sociedad, para el autor alemán, se divide cada vez más en dos sectores opuestos, directamente antagónicos: la burguesía y el proletariado. El proletario no puede encontrar trabajo si no es aumentando el capital del burgués, que es el que posee los medios de producción. Los proletarios en consecuencia, con el objeto de destruir la sociedad capitalista y crear una nueva, entran en conflicto con los burgueses que los explotan. Por lo mismo, para Marx la propiedad privada en sí misma conduce, por el movimiento económico, a su propia desaparición, pues ella misma es la que genera al proletariado. La lucha de clases llevará en definitiva al proletariado a adueñarse de los medios de producción, cuya propiedad pasará en una primera etapa (dictadura del proletariado) al Estado, y una vez extinguido éste, se llegará a la sociedad comunista, en

---

<sup>15</sup> Néstor Jorge Musto, Ob. Cit. Pág. 349.

la cual ya no habrá lucha de clases, las que habrán desaparecido, y los medios de producción pertenecerán a la comunidad, de manera tal que el capital se convertirá en una propiedad colectiva, perteneciente a todos los miembros de la sociedad.

Marx niega que el comunismo quiera abolir la propiedad de manera general, sino sólo la propiedad burguesa. Por ello, el comunismo no arrebató a nadie la posibilidad de apropiarse de los productos sociales; sólo quita el poder de sojuzgar el trabajo ajeno por medio de esta apropiación.<sup>16</sup>

B) El socialismo, por su parte, se inspira en la tesis marxista, pero dándole un enfoque más moderado en cuanto a sus conclusiones. El socialismo tiende, por ejemplo, a la desaparición de sólo ciertas formas de propiedad privada, en vez de la abolición total del régimen de propiedad. En todo caso, es importante destacar que las tendencias modernas sobre el derecho de propiedad, sin considerar evidentemente aquellas que postulan su desaparición en mayor o menor grado, tienen un matiz claramente socializador, en la medida que consideran que el propietario debe de alguna manera compartir los beneficios que sus bienes le proveen con la sociedad, que se los garantiza y valora.<sup>17</sup>

C) Las utopías, sostenidas en diversas épocas por distintos pensadores -Tomás Moro en su "Utopía", o Tomás Campanella en su "*Ciudad del sol*"-, postulan sistemas de comunidad a través de la imaginación de "paraísos terrenales" en los cuales el hombre se encontraría en un estado de felicidad y un acabado desarrollo espiritual y material. Su importancia es evidentemente menor a la de las corrientes antes tratadas, y radica esencialmente en el hecho de que sirvieron de inspiración a otros pensadores, incluyendo a los precursores del marxismo.

### I. 3. Definición, contenido y objeto del dominio.

---

No nos detendremos demasiado en el análisis de esta cuestión, por cuanto su estudio es propio de la disciplina del Derecho Civil, y por lo demás bastante extenso, si se quisiera lograr una acabada visión del tema. Sin embargo conviene dar, con un fin aclaratorio, un somero vistazo a cada uno de los temas propuestos.

Las definiciones del dominio se aglutinan en torno a dos grandes tendencias, la analítica y la sintética. La primera hace hincapié en el aspecto cuantitativo, concibiendo el dominio como una suma de atribuciones que el dueño tiene sobre el objeto de su derecho. Un buen ejemplo de definición analítica es la contenida en nuestro Código Civil.

<sup>18</sup> La segunda, por el contrario, refuerza y pone de relieve el aspecto cualitativo del derecho de propiedad, abstrayéndose respecto del mayor o menor número de facultades

<sup>16</sup> Carlos Marx y Federico Engels, "*Manifiesto del Partido Comunista*", Editorial Austral, Santiago, 1965. Págs. 60 (N°12) y 64 (N° 33).

<sup>17</sup> Alessandri, Somarriva y Vodanovic, Ob. Cit. Pág. 41.

<sup>18</sup> El artículo 582 dispone que el "*dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real sobre una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno*".

que pudiera otorgar, para tratar de dar un concepto unitario y abstracto del dominio, definiéndolo como “*el señorío unitario, independiente, y cuando menos, virtualmente universal, sobre una cosa corporal*”.

El dominio confiere una serie de facultades a su titular, facultades que de acuerdo con la doctrina moderna son ilimitadas, y por tanto imposibles de enumerar, dada la incontable y variada gama de actos que se pueden realizar sobre un objeto. Sin perjuicio de lo anterior, como es bien sabido, tradicionalmente se han enumerado desde los tiempos del derecho romano tres facultades inherentes al dominio, que son el uso, el goce (facultades materiales) y la disposición (facultad jurídica). Existe también lo que se denomina el contenido pasivo del derecho de propiedad, dentro del cual encontramos las llamadas obligaciones reales o “*propter rem*”, que son aquellas que obligan al dueño de una cosa por el solo hecho de ser tal; las cargas reales, entendiendo por tal el gravamen que periódicamente o no, nace como consecuencia de un contrato o de la misma ley, y que recae sobre el dueño o poseedor de una cosa, el cual para cumplirlas deberá entregar alguna cosa o ejecutar alguna prestación personal.<sup>19</sup>

Finalmente, en cuanto a su objeto, y de acuerdo con la tradición romana, el dominio debe recaer sobre una cosa corporal, aun cuando se ha admitido que aquél recaiga sobre derechos o cosas inmateriales. Nuestro Código Civil señala que puede existir una “*especie de propiedad*” sobre las cosas incorporales<sup>20</sup>. Al respecto hay posiciones diversas, pues algunos autores consideran que la expresión “*especie de propiedad*” se explica por las alteraciones que sufre el dominio atendida la especial naturaleza de la cosa sobre la que recae, sin que exista diferencia sustancial entre la propiedad que recae sobre una cosa corporal y la que tiene por objeto una cosa incorporal. Otros en cambio, consideran que el dominio sobre cosas inmateriales constituye un derecho similar a la propiedad de las cosas corporales, pero a la vez, distinto a ella.

Con estas últimas consideraciones concluimos la primera parte del capítulo primero de esta obra, que con una finalidad introductoria, no buscaba otra cosa más que refrescar los conceptos necesarios para abordar con mayor claridad el estudio específico del dominio en el Derecho Indiano, desde el punto de vista de los principios teológicos, jurídicos y filosóficos –los de la escolástica– que inspiraron a la corona española en su labor colonizadora y su política indiana, los que se reflejaron precisamente en la inestabilidad de que adolecía esta institución en la legislación de Indias.

## II. Sección Segunda: Las limitaciones al Dominio. Introducción al tema.

<sup>19</sup> Alessandri, Somarriva y Vodanovic, Ob. Cit. Págs. 51 y siguientes.

<sup>20</sup> Reza como sigue el artículo 583 del Código Civil: “*Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.*”

Hemos visto ya cómo los diversos postulados políticos y filosóficos influyen en la concepción y en la regulación que en un momento determinado se puede tener del dominio. Entre los aspectos en que dichos postulados pueden tener una injerencia de particular importancia, encontramos precisamente el de los límites que pueden establecerse a la propiedad. El objetivo de la segunda parte de este capítulo, es entregar una visión panorámica –que será profundizada en el capítulo siguiente- del tratamiento que a este tema se le dio en el derecho indiano y también de las ideas que lo inspiraron, configurando la precariedad del dominio a que hace referencia el título de esta obra. Ahora bien, parece evidente que antes de entrar en el estudio de las limitaciones al dominio en el derecho indiano y del pensamiento de los teólogos, juristas y filósofos que brindaron el sustento teórico a las mismas, resulta de una importancia capital para un cabal entendimiento del tema tener un panorama general del entorno en el cual dichos fenómenos se desarrollaron. A ese esfuerzo nos abocaremos en lo que resta de esta breve introducción.

Durante el siglo XVI, la filosofía escolástica experimentó en España un esplendoroso renacimiento a través de la obra de insignes pensadores, tales como Francisco Suárez o Francisco de Vitoria, cuya obra dejó una marca indeleble que subsiste hasta nuestros días. Consignemos, simplemente a modo de ejemplo de la grandeza y permanencia de sus aportes, que debemos a Vitoria el haber sentado las bases del moderno Derecho Internacional.

El pensamiento escolástico de fines del siglo XV se encontraba sumido en un sostenido proceso de decadencia y degradación –al que nos referiremos al tratar, un poco más adelante, la llamada “primera escolástica”- que había empezado casi un siglo antes, del cual fue liberado por el trabajo de estos pensadores, recibiendo un soplo de renovadora frescura y vigor.<sup>21</sup> Evidentemente, ello redundó en que tanto en España como en Indias, durante la primera mitad de la colonia, reinara prácticamente sin contrapesos la filosofía escolástica. Lo anterior se vio reforzado por el hecho de que la filosofía fue introducida en América por las órdenes religiosas, que consideraban como un deber que su hábito les imponía el de defender las doctrinas de sus doctores. Con ello, las corrientes de pensamiento independientes que también existían a la sazón en España (el criticismo de Vives, el escepticismo de Sánchez, el armonicismo de Fox Morcillo) quedaron sumidas en un desconocimiento prácticamente total, con un muy reducido y casi inexistente grupo de seguidores –generalmente extranjeros- en los primeros tiempos de la ocupación española, circunstancia que se vio acentuada debido a la falta de adecuación de esas corrientes filosóficas a la labor misionera de la Corona, lo que tampoco contribuyó a la difusión de las mismas en Hispanoamérica.

Es así como Dominicos, Jesuitas y Franciscanos se enfrascan en apasionadas disputas dialécticas por el predominio en el ámbito de las ideas, invocando la autoridad de nombres ilustres como los de Santo Tomás, Duns Escoto y Francisco Suárez, reproduciendo en Indias las escaramuzas intelectuales que en el viejo mundo, a miles de kilómetros de distancia, dividían a los pensadores católicos. Todos ellos tuvieron seguidores y grandes discípulos en América: Francisco de Vitoria los tuvo en Fray Pedro

---

<sup>21</sup> Ramón Insúa Rodríguez, *“Historia de la filosofía en Hispanoamérica”*, Imprenta de la Universidad, Guayaquil, 1945. Pág. 34.



de Parvia, Fray Julián Garcés y Fray Domingo de Mendoza, así como Suárez en Antonio Rubio, y Escoto en Fray Alfonso Briceño.<sup>22</sup>

La influencia de teólogos y moralistas fue un factor que influyó decididamente en las políticas de la Corona en Indias, y que jugó asimismo un rol fundamental en el origen y desarrollo del derecho indiano<sup>23</sup>, especialmente en lo tocante al tema de la juridicidad de la ocupación de las Indias y de la determinación de la condición jurídica de los indios, a través del denominado problema de los justos títulos, que analizaremos con mayor detenimiento al tratar la propiedad indígena, en el capítulo segundo de este trabajo.

De esta forma, el pensamiento de los teólogos, juristas y filósofos escolásticos, y también el de aquellos que los precedieron e inspiraron, fue de una u otra forma moldeando el derecho indiano, y su influencia, si bien especialmente fuerte en relación al tema de la protección del indígena, se hizo sentir también en otros ámbitos de la legislación indiana, dándole una impronta profundamente espiritual que marcó un gran número de instituciones, y entre ellas, evidentemente, se encuentra la propiedad. Es desde este punto de vista que la concepción escolástica del dominio se engarza con la precariedad del mismo y sus limitaciones en Indias.

## **II. 1. El dominio y sus limitaciones a la luz de la Escolástica.**

---

Nos dedicaremos en primer lugar a la tarea de dar una visión general de lo que es la filosofía escolástica y de la forma cómo ésta se desarrolló, para con posterioridad abordar el pensamiento que en materia de propiedad nos legaron en sus obras sus más grandes exponentes.

### **II. 1. 1. Orígenes, características y desarrollo de la Escolástica.**

Cuando escuchamos hablar de la filosofía Escolástica, inevitablemente ello evoca imágenes de una etapa histórica en particular: la Edad Media. Ahora bien, sabido es que el medioevo, dentro de la cronología de la historia del hombre, no se caracteriza precisamente por su fugacidad, de manera que identificar una corriente filosófica con “la Edad Media” resulta un simplismo casi inaceptable, considerando que el desarrollo y las variaciones que el pensamiento filosófico experimentó durante tan prolongado período de tiempo hacen imposible dar una visión unitaria del mismo, pasando por alto las distintas fases de su evolución. Por lo mismo, no está de más antes de entrar a revisar la materia que nos ocupa, dar un breve vistazo al ambiente general que se vivía durante la Edad Media, desde el punto de vista de la propiedad.

Durante este período, bajo el influjo de las legislaciones bárbaras, y sobre todo de la organización feudal, la propiedad –específicamente la propiedad raíz- sufre una profunda transformación.

La sociedad feudal se caracteriza por una extrema fragmentación del derecho de

<sup>22</sup> Ibid. Pág. 5.

<sup>23</sup> José María Ots y Capdequí, “*Historia del derecho español en América y del derecho indiano*”, Editorial Aguilar, 1969. Pág. 85.

propiedad, la cual trae aparejada una jerarquía de los derechos sobre la tierra, que va de la mano con la jerarquía existente en los lazos de dependencia de hombre a hombre (vasallaje) que también caracterizan este tipo de sociedad.<sup>24</sup>

El carácter de la propiedad adquiere un sesgo de tipo político, debido a que los Reyes y señores alodiales, disponiendo de las tierras como de su propio patrimonio, la cedían a los señores feudales en retribución a los servicios que éstos pudieran prestarles, en el marco de estas relaciones de vasallaje, que imponían derechos y obligaciones para ambas partes.

En una época en que la agricultura representaba la más importante actividad económica y la mayor fuente de riquezas, podía parecer suficiente retribución la cesión de una tierra para sostenimiento del beneficiario. Empero, debe destacarse que aun cuando la tierra podía ser donada al señor feudal en plena propiedad, no era ello de tan común ocurrencia. Sin ir más lejos, en una primera época –léase siglos VI y VII-, en la que encontramos los orígenes del sistema feudal, no parecen haber textos o documentos que revelen de manera indubitada la existencia de esta situación. En lugar de ello, el señor solía conceder la tierra en concepto de tenencia, vale decir el propietario concedía al vasallo el uso y disfrute por un prolongado lapso de tiempo, de forma tal que el tenedor ejercía sobre la tierra un poder inmediato y directo, asimilable a lo que hoy en día llamamos derecho real.<sup>25</sup>

Así entonces, en una primera época la naturaleza de los derechos respectivos de las partes sobre el feudo no presenta complicación alguna: el señor es titular de un derecho asimilable a la propiedad civil romana, y el vasallo de uno asimilable al usufructo, originando un desmembramiento del derecho de propiedad. Pero esta detentación directa del feudo permitió al vasallo extender de manera persistente su derecho sobre el mismo, ocasionando, como en un reloj de arena que llena su mitad inferior mientras la superior se vacía, la disminución correlativa del derecho del señor. De esta forma, alrededor del siglo XI, el derecho del vasallo llega a ser notablemente más amplio que un simple usufructo. Esta situación se encuentra al origen de la teoría del “dominio dividido”, por la cual se entendía que el señor conservaba un dominio directo o eminente sobre el feudo, mientras el vasallo adquiría un dominio útil.<sup>26</sup>

Es importante recordar que la Iglesia Católica se adaptó a las condiciones económicas y políticas del medio social, integrándose al régimen antes descrito, convirtiéndose de hecho en uno de los más poderosos señores feudales. Ya en ese entonces numerosos pensadores, desde los tiempos de los Padres de la Iglesia, pasando por Santo Tomás de Aquino y Guillermo de Occam, hasta llegar al gran Francisco Suárez, entre muchos otros, fueron configurando dentro de su pensamiento una visión del dominio desde la perspectiva de la Iglesia, que con posterioridad marcaría a fuego las políticas que al respecto adoptaría la corona española en América, tema al que en este

---

<sup>24</sup> F. L. Ganshof, *“El Feudalismo”*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1963. Pág. 19.

<sup>25</sup> F. L. Ganshof, Ob. Cit. Págs. 32 y 33.

<sup>26</sup> *Ibid.* Págs. 169 y 170.

mismo trabajo dedicaremos un análisis más en profundidad en el capítulo segundo.

La Edad Media se extiende desde el fin del mundo antiguo, el cual suele situarse alrededor del siglo V, con la caída del imperio romano, hasta que el imperio bizantino cae en poder de los turcos, el año 1453. Son, como vemos, diez siglos de historia, por lo que necesariamente debemos establecer ciertas diferencias al momento de estudiarlos, sea cual sea el punto de vista desde el cual se aborden –en nuestro caso, el histórico filosófico-.

En la filosofía medieval, debemos distinguir en primer lugar una etapa llamada “obscura”, que comprende cuatro siglos (del V al IX), durante los cuales no hay filosofía propiamente tal. Con la caída del Imperio romano, se produce un gran fraccionamiento desde el punto de vista de la unidad política, con los bárbaros tomando por asalto y casi totalmente el territorio de Europa, constituyendo dentro de lo que antes brillaba como un gran imperio, sus propios reinos independientes, inconexos, y que tardarán mucho en establecer vínculos comunes, sofocando de esta manera la cultura clásica, cuyos elementos quedan sumamente dispersos y prácticamente perdidos. Perdidos, mas no destruidos. Es por ello que la labor fundamental de los intelectuales de la época consistió, más que en elaborar un pensamiento propio, en reflatar y conservar los restos de una cultura gloriosa, hasta entonces sepultada. Durante todo ese tiempo y en forma paralela, figuras como San Isidoro de Sevilla en España, Boecio en Italia, Rhaban Maur en Alemania o Beda el Venerable, monje de Jarrow, en Inglaterra, elaboran obras de carácter enciclopédico, sin contenido original, en los que recopilan todo lo que se conservaba del saber de la antigüedad, jugando de esa manera un rol fundamental en la continuación de la cultura occidental más allá de esta época de barbecho intelectual, durante la cual fermentarán las bases sobre las cuales se edificará más tarde la nueva comunidad europea.<sup>27</sup>

Termina este período de penumbras con la brillante luz que entrega el faro del renacimiento carolingio, durante el cual se reunieron los dispersos elementos de la tradición clásica y de la patrística, revitalizados como fundamento de la nueva cultura. Desde ahí, del mismo centro del imperio franco, fue gestándose la unidad de Europa, política y social, a la vez que espiritual y filosófica, con la ayuda del gran aliado con el que contó la internacionalización de la ciencia: un lenguaje común y entendido por todos, el latín.<sup>28</sup> Es así como a partir del siglo IX, bajo el imperio de Carlomagno, comienzan a aparecer diversas escuelas, en las cuales se cultiva un saber específico, llamado Escolástica. La gran característica de este saber, a diferencia de las conocidas siete artes liberales<sup>29</sup> es su claro tenor teológico y filosófico. De hecho, su carácter fundamental es que constituye de manera esencial *“un pensamiento religioso y, por tanto, no responde a problemas sociales ni es de naturaleza social directamente, sino que sólo*

<sup>27</sup> Julián Marías, *“Historia de la Filosofía”*, Manuales de la revista de occidente, Madrid, 1956. Págs. 123 y siguientes.

<sup>28</sup> Hans J. Störig *“Historia universal de la Filosofía”*, Empresa Ercilla S.A. Santiago, 1961. Pág. 201.

<sup>29</sup> Se denominaba como *“las siete artes liberales”* a las que componían el *Trivium* (gramática, retórica y dialéctica) y el *Quadrivium* (aritmética, astronomía, geometría y música).

*accesoriamente y por extensión, en cuanto a los mismos presentan un aspecto moral y religioso*<sup>30</sup> En efecto, la visión del mundo y de la filosofía en la Edad Media se basa en la creencia de que el mundo es un cosmos, un todo ordenado con arreglo a un plan, un conjunto que se mueve tranquilamente según leyes y ordenaciones eternas, las cuales nacidas con su principio en Dios, tienen también en Dios su referencia final<sup>31</sup> (un poco más adelante veremos cómo, desde este punto de vista, los escolásticos distinguieron un aspecto metafísico en la propiedad). Es así como filosofía y teología conviven en la escolástica, en una relación de subordinación, por la cual la teología se serviría para sus fines propios de una disciplina auxiliar, la filosofía.

La enseñanza de la escolástica se hace fundamentalmente a través de “*lectiones*”, vale decir en base a textos que se leen y se comentan, a veces provenientes de las Escrituras, y muy frecuentemente, de las obras de los Padres de la Iglesia. Asimismo, la vida de escuela provoca las llamadas “*disputationes*”, en las que se debaten cuestiones o temas de trascendencia, y los participantes se ejercitan en la argumentación y demostración.<sup>32</sup> Son éstas las características generales de la escolástica en su origen, y aun cuando podría establecerse un motivo general o denominador común de todo el pensamiento escolástico, dicho motivo presenta diversas modalidades en sus distintas fases, fundamentalmente debido a las distintas circunstancias históricas y sociales que predominaron en cada una de ellas, por lo que se hace necesario un acercamiento parcelado, con una consideración separada de cada etapa.

### **II. 1. 1. a. La primera escolástica.**

La primera escolástica se extiende hasta ya entrado el siglo XIV, por lo que dentro de ella pueden distinguirse a su vez distintas fases de desarrollo. En la primera etapa, de formación, los escritores eclesiásticos se vieron enfrentados a la dispersión en numerosos escritos de las ideas y enseñanzas de los Santos Padres de la Iglesia, las que carecían de cualquier tipo de sistematización en su tratamiento. En consecuencia, el primer objetivo fue el de recopilar los principios formulados por los Padres de la Iglesia (quienes estructuraron el contenido de las Sagradas Escrituras en una serie de dogmas), para darles un orden determinado y hacerlos inteligibles a los pueblos. Este sello compilatorio, de carácter preferentemente dogmático y moral, más que social, es lo que de mejor manera caracteriza a esta primera fase, sin perjuicio de la existencia de autores que elaboraron una obra de carácter propio y relativamente original, como Abelardo y San Anselmo, considerado el verdadero fundador de la escolástica. Pero esta labor recopiladora se encuentra ya más que agotada al llegar el siglo XIII, hecho que abre la puerta de entrada a la segunda fase, de la alta escolástica.

<sup>30</sup> Restituto Sierra Bravo, “*El pensamiento social y económico de la escolástica. Desde sus orígenes al comienzo del catolicismo social*”, Tomo I, Instituto de sociología Balmes, Madrid, 1975. Pág. 12.

<sup>31</sup> Paul – Ludwig Landsberg, “*La Edad Media y nosotros: ensayo filosófico histórico sobre el sentido de un época*”, Revista de occidente, Madrid, 1925. Pág. 18.

<sup>32</sup> Julián Marías, Ob. Cit. Pág. 126.

Concluida la recopilación y sistematización de los dogmas, el terreno estaba ya preparado para entrar a una fase de desarrollo más avanzado. En este sentido, la finalidad de la filosofía escolástica no es la de encontrar la verdad, por cuanto ésta ya ha sido revelada. Como los principios y dogmas que constituyen esa verdad ya han sido recopilados y sistematizados, lo que se busca ahora es fundamentarla y comentarla mediante el pensamiento racional –la filosofía- teniendo a la vista tres objetivos fundamentales: obtener mediante la razón una mayor comprensión de las Verdades de la fe y aproximar su contenido a la inteligencia del hombre; darle a la Verdad revelada una forma ordenada y sistemática mediante métodos filosóficos; y refutar con argumentos filosóficos las objeciones que contra la Verdad revelada pudieran derivarse de la razón. Esto es lo que se denomina como el método escolástico, en un sentido amplio.<sup>33</sup> Así entonces, los problemas de la Escolástica son ante todo teológicos, e incluso lisa y llanamente dogmáticos (formulación, explicación racional, demostración del dogma), pero éstos dan origen a nuevas cuestiones, de carácter filosófico, que surgen con ocasión de aquéllas religiosas y teológicas.

Al mismo tiempo, empiezan a conocerse en Europa –vía traducciones árabes y judías, a su vez traducidas al latín y al griego- las obras completas de Aristóteles, completamente ignoradas hasta entonces. Esto revolucionó el ambiente intelectual de la época, y se llegó a considerar al maestro griego como el filósofo por antonomasia, y a su sistema la verdad racional por excelencia. Su prestigio llegó a tal nivel, que incluso se le consideraba antecesor de Cristo en cuestiones laicas, al nivel de San Juan Bautista en relación a las espirituales. Es más, durante el siglo XIV se dispuso que nadie pudiera optar al título de maestro sin haber leído a Aristóteles. Este dominio mundial de la filosofía aristotélica se mantuvo hasta el siglo XVI, e influyó fuertemente en la necesidad de poner esta filosofía en armonía con los dogmas cristianos, en poner de acuerdo razón y fe. Dentro de esta etapa, el rol consular lo juega Santo Tomás de Aquino, quien realiza la síntesis racional del pensamiento cristiano, tributario de los Santos Padres, conjugándolo con la filosofía de Aristóteles. Este proceso llevará a la escolástica a la cima de su desarrollo e importancia, a través de la labor realizada en los dos más importantes centros del pensamiento: las universidades –París, Oxford, Colonia, Padua, Bolonia-, en donde se estudiaban todas las ciencias haciéndolas confluir en la teología cristiana, y las órdenes mendicantes de dominicos y franciscanos.<sup>34</sup> Los filósofos y teólogos de esta fase son los continuadores de la anterior, y aun cuando en su obra los problemas sociales siguen ocupando un lugar menor en importancia, la influencia aristotélica y la trascendencia que en el pensamiento del estagirita tienen los aspectos sociopolíticos, hacen que sobre todo en Santo Tomás, encontremos un pensamiento filosófico-social germinal, no completamente elaborado ni sistematizado.

Paradójicamente, la filosofía de Santo Tomás, con la cual la escolástica alcanzó un vuelo de alturas insospechadas, no tuvo una aceptación general en su tiempo; es más, fue objeto de tenaz oposición por parte de algunos autores, como Duns Escoto -con su

<sup>33</sup> Hans J. Störig, Ob. Cit. Pág. 202.

<sup>34</sup> De hecho, algunos de los más importantes exponentes de la alta escolástica pertenecieron a dichas órdenes, como San Buenaventura (franciscano) y Santo Tomás y Alberto Magno (dominicos).

empirismo, voluntarismo y su crítica al derecho natural- y Guillermo de Occam –que con su orientación nominalista y empírica quiebra la unión entre razón y fe característica de la escolástica-. Con ellos, empieza lenta e imperceptiblemente a producirse la entrada a la tercera fase de la primera escolástica, la llamada escolástica decadente, ya plenamente alcanzada a mediados del siglo XIV. Para ese entonces, los cambios sociales y políticos que supuso la desintegración del mundo social medieval, sumados a la crisis que la Iglesia estaba atravesando como consecuencia del gran cisma de occidente, brindaron el marco acorde a la disolución del pensamiento escolástico clásico, por la decisiva influencia de las tendencias positivas y prácticas que introdujeron los autores antes señalados. Sin perjuicio de ello, y a pesar de la orientación de su pensamiento, la escolástica decadente no presenta, al igual que en las fases anteriores, una ampliación en cuanto a su preocupación por temas sociales. Es más, las tendencias ideológicas de Occam supusieron de cierta manera un efecto negativo desde el punto de vista social, en la medida que constituyeron la semilla individualista y laicista incorporada en el pensamiento de los filósofos modernos, que la burguesía adoptó con posterioridad para terminar convirtiéndose en la clase social dominante.

### **II. 1. 1. b. La segunda escolástica.**

Nos hemos referido con anterioridad al resurgimiento que experimentó la escolástica durante el siglo XVI, el cual estuvo al origen de su predominancia en los primeros tiempos de la América española. Corresponde ahora señalar brevemente las razones del origen de esta segunda escolástica, que surge como consecuencia de una serie compleja de causas, quizás no tan nítidamente definidas como en el caso de la etapa que le precedió, pero que supusieron una transformación radical del mundo medieval. Las hay de índole religiosa y política, y van de la mano, respectivamente, con el fenómeno de la Contrarreforma y con los problemas del Imperio, en el caso de la escolástica española.

La escolástica llevaba ya casi un siglo y medio (XIV y gran parte del XV) de capa caída, debido a la predominancia durante ese tiempo del Occamismo, hasta que la labor del cardenal Cayetano y Silvestres de Ferrara, comentando las Sumas de Santo Tomás, dio al tomismo un nuevo impulso, devolviéndole en parte el protagonismo perdido; a ello deben agregarse los ataques y críticas a los que se vio expuesta la escolástica por parte del humanismo renacentista y de la reforma protestante, todas razones que generaron un ambiente propicio para su renovación, tanto por el estimulante ambiente que desde el punto de vista intelectual se vivía, como por razones de defensa, mantenimiento y supervivencia de la fe católica<sup>35</sup>. A lo anterior debe sumarse a la necesidad de difusión de la misma entre los naturales de los territorios descubiertos, constituidos en nuevos súbditos de la Corona, y cuya condición jurídica en una primera época no fue del todo clara. Veremos en su oportunidad, al tratar la propiedad indígena, cómo este fenómeno generó una serie de polémicas entre los pensadores escolásticos de la época, sobre todo en relación a lo que se denominó la “*cuestión indígena*” y al problema de los justos títulos.

Con la reforma propiciada por Lutero y su rebelión en contra de Roma, quedaron establecidos dos bandos antagónicos, tomando España la bandera de lucha en defensa

---

<sup>35</sup> Restituto Sierra, Ob. Cit. Pág. 17.

de la Iglesia como una tarea impuesta por el destino, azuzada por la recientemente adquirida unidad nacional, y por el descubrimiento de nuevas tierras para evangelizar. Sus políticas en adelante estarán impregnadas por este sentimiento, derivado de estas profundas transformaciones, las que también explican la especial atención que la segunda escolástica –diferenciándose nítidamente de la primera- brinda a cuestiones de orden jurídico, político y económico, manteniéndose eso sí, dada la supremacía de estos temas, siempre al margen de la preocupación social, la que se vió eclipsada por la importancia entregada a las cuestiones económicas.

Dentro del marco de florecimiento intelectual del renacimiento, España no se cierra a él, sino que más bien lo incorpora, pero moldeándolo de manera armónica con este espíritu que le animaba y manteniéndolo siempre dentro de los límites de la fe católica. Este es el entorno dentro del cual surge el pensamiento de teólogos como Francisco de Vitoria, que siguiendo la tradición de la escolástica, pero adecuada a los nuevos tiempos, polemizan acerca de la validez de los derechos de la Corona sobre los pueblos conquistados en América. Mientras el pensamiento escolástico agonizaba en el resto de Europa, en España experimentaba un rejuvenecimiento que alcanza su máxima expresión de perfección en la obra de Francisco Suárez, siempre al amparo de las Universidades, guardianas y difusoras de este espíritu, con la de Salamanca como alma mater.<sup>36</sup>

La segunda escolástica mantiene su influencia durante el siglo XVII, pero sin renovación alguna, por lo que los embates de la filosofía laica durante ese siglo acarrearón la pérdida de su posición dominante, con el advenimiento del racionalismo cartesiano.

### **II. 1. 1. c. La neoescolástica.**

Debido a que floreció y se desarrolló en un período en el cual los movimientos independentistas comienzan a florecer en la América española, y por tanto no significó mayor influencia en relación al tema objeto de este trabajo, no dedicaremos a la neoescolástica, también denominada tercera escolástica, más que un par de líneas a modo meramente ilustrativo.

Se dice que la neoescolástica tuvo su origen en Italia, a principios del siglo XIX, a través de la obra de Piacenza Buzetti y Angel Testa, quienes entendieron la restauración de la escolástica como una vuelta a Santo Tomás. Sin perjuicio de ello, la obra del español Jaime Balmes también juega un rol de importancia en los comienzos de esta tercera etapa. La neoescolástica fue básicamente promovida por hombres no formados en la escuela y procedentes de diversas ideologías, conversos al tomismo. Su característica esencial radicaba en una postura antiliberal y contraria al espíritu de la Revolución francesa, pero con una posición antisocialista en lo económico.

### **II. 1. 2. La Escolástica y el dominio. Los cuatro aspectos de la propiedad.**

---

<sup>36</sup> Manuel Calvillo, "*Francisco Suárez: La filosofía jurídica, el derecho de propiedad*", Editorial El Colegio, México, 1945. Págs. 26 y siguientes.

La visión que del dominio nos dan los autores escolásticos no es en ningún caso orgánica o sistemática, y mucho menos particularizada, por lo que esa visión debe desprenderse del tratamiento que se le da a otras instituciones análogas, de su utilización a modo ejemplar –como sucede frecuentemente con Francisco Suárez-, o bien deben buscarse las referencias directas al dominio que se encuentran dispersas a lo largo de sus distintas obras. Con todo, podemos decir que son cuatro los aspectos que desde la perspectiva escolástica tiene la propiedad. En primer lugar, el metafísico, vale decir la ubicación que dentro de la visión cristiana del orden total del universo y sus causas ocupa esta institución. La propiedad forma parte del mundo económico, éste del mundo humano, y éste a su vez del cósmico, el que tiene cierta estructura y orden, principios según los cuales pueden apreciarse como corresponde las realidades inferiores –entre ellas las económicas-, que se incardinan a las superiores. En este escalonamiento jerárquico, todas las realidades se encaminan directa o indirectamente a un mismo fin que, en definitiva, es Dios. Todo lo que de El salió, a El debe volver. “*Ex Deo in Deum*”, de Dios hacia Dios, en un círculo gigantesco, que en el creador comienza, y en el creador termina.

Un segundo aspecto es el jurídico, sobre el cual podemos desde luego señalar dos principios básicos, provenientes de textos contenidos en el Decreto de Graciano (1140), en torno a los cuales orbita de manera general la concepción escolástica del dominio –exceptuando a Santo Tomás, como veremos más adelante-. De acuerdo con estos principios, la comunidad de bienes es de derecho natural, mientras que la división de los mismos es de derecho positivo;<sup>37</sup> y en segundo lugar, el fundamento de la posesión privada es la iniquidad o el pecado, y aquella corresponde a un estado de naturaleza corrompida, por oposición al estado original de naturaleza íntegra que se asocia a la comunidad de bienes. Cabe destacar que por regla general los escolásticos no hablan directamente de “propiedad privada”, reticencia que se justifica por el sentido absolutista que veían en ese término, incompatible con la concepción cristiana de la posesión de los bienes económicos.<sup>38</sup>

Los escolásticos reconocen la existencia de tres clases de derecho, a saber: el natural, de gentes y el positivo. En sentido estricto, para ellos la propiedad no constituye una imposición de la naturaleza (sólo tendría este carácter el hecho de que la totalidad de los bienes de este mundo sirven para el sustento y bienestar de todos los hombres). En consecuencia, el establecimiento de la propiedad queda entregado a los hombres, para lo cual dispondrán de dos caminos: o bien a través de sus autoridades legítimas –en cuyo caso la propiedad sería de derecho positivo-, o bien a través de una especie de plebiscito en el que tomen parte los hombres, por medio de sus palabras o por medio de sus hechos. Esta es la vía que la humanidad tomó, pues casi en forma universal y en todas las épocas los hombres se han manifestado de manera favorable a la propiedad privada. En este caso, la propiedad sería de derecho de gentes, un derecho superior al positivo y emparentado al derecho natural, pero que carece de su inmutabilidad y de su fuerza;<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Vale decir, por derecho natural todas las cosas son comunes a todos, mas por derecho de las costumbres o de las constituciones, determinadas cosas pasan a ser de uno o de otro.

<sup>38</sup> Restituto Sierra, Ob. Cit. Pág. 121.



un derecho intermedio, ubicado entre el natural y el civil. No es establecido por Dios, sino que creado por la razón, pero se fundamenta en el derecho natural y de él se deriva, pero con la diferencia que sus disposiciones no son intrínsecamente buenas o malas –según si en ellas se impone o prohíbe algo-, pues responden a una razón de conveniencia al hombre. Por lo mismo no es inmutable ni absolutamente necesario, como el derecho natural, de manera que no se excluye la posibilidad que lo contrario al derecho de gentes pueda ser más justo, pero tampoco es tan particular y efímero como el civil, precisamente debido a su fundamento natural.<sup>40</sup> Al formar parte del derecho de gentes, la propiedad no sería una creación del Estado, pero ello no implica que éste no pueda reglamentarlo, orientándolo de manera que siempre contribuya al bien común y respete las exigencias de la Justicia. Fue precisamente este el fundamento de una de las principales características que la regulación impuesta por la Corona dio al dominio en el derecho indiano: su condicionalidad en base al bien común. En efecto, para lograr una cabal comprensión de la propiedad indiana, es necesario tener siempre en vista esta particularidad, la que se ve reflejada en los tres ámbitos de aplicación del dominio en Indias –tierras, minas y aguas- que serán tratados en nuestra memoria de prueba. Ahora bien, ¿en qué consisten las exigencias del bien común? ¿cuáles son los límites de la intervención del Estado? Para la España del siglo XVI, la respuesta era bastante simple: la utilidad de la propiedad. Cultivar la tierra, hacer producir el yacimiento minero, distribuir equitativamente las aguas, etc. Sin perjuicio de lo anterior, aún en nuestros días no son estas cuestiones completamente zanjadas, y al plantearlas, la Escolástica hace referencia al tercer aspecto que presenta la propiedad, el legal.

El último aspecto de la propiedad, desde la perspectiva escolástica, es el moral. Todo derecho nace de un deber, y por él se justifica. Por lo mismo, todo propietario adquiere, junto con su derecho, una serie de deberes y cargas que pesan sobre él en su calidad de tal y que ha de cumplir. La principal preocupación del hombre cristiano debe ser buscar el reino de Dios, ajustando el actuar en su vida a las normas que dicta la moral, no siempre fáciles de cumplir en un mundo en el que las tentaciones se presentan de manera permanente y sostenida, y en el que el camino que lleva a la perfección no es generalmente el más placentero. Dentro del actuar del hombre en la tierra, se incluye evidentemente el uso que éste pueda darle a sus bienes, y de ahí la visión católica de la propiedad como un derecho lo mismo que un deber. Es así como a quien posee se le imponen una serie de cargas –algunas determinadas por el Estado, otras por la conciencia- que juegan el rol de cortapisas, de limitaciones al impulso naturalmente egoísta del propietario, que busca obtener de las cosas un provecho exclusivo. En consecuencia, es desde este aspecto que los autores escolásticos abordan los tópicos de la licitud de la propiedad privada, y de la manera como los bienes poseídos deben ser usados por el propietario, de forma que se cumpla la norma valedera para todo el régimen económico, cual es que todo sirva para provecho y bienestar de todos.<sup>41</sup> Un

<sup>39</sup> José María Gallegos Rocafull, *“La visión cristiana del mundo económico”*, Editorial Taurus, Madrid, 1959. Pág. 190.

<sup>40</sup> José María Gallegos, Ob. Cit. Pág. 203.

<sup>41</sup> José María Gallegos, Ob. Cit. Págs. 232 y 236.

ejemplo evidente de todo lo antes expuesto lo constituye la legislación indiana en materia de propiedad de aguas, cuya regulación aparece claramente orientada al beneficio de la comunidad toda, más que al del beneficiario mismo. Por ello, éste se encontraba sometido a una serie de disposiciones acerca de la limpieza de acequias, pautas de construcción y de mantenimiento de las mismas, distribución de las aguas, entre otras, cuyo cumplimiento era permanentemente fiscalizado por la autoridad.

Conocidos ya los cuatro aspectos que la Escolástica distingue al tratar la propiedad, los que se intentaron relacionar a lo largo de la exposición con la regulación que la Corona dio al tema en Indias, procederemos a continuación a exponer brevemente la posición que sobre esta institución adoptaron sus más grandes exponentes -con especial atención en Santo Tomás, Francisco de Vitoria y Francisco Suárez- previa reseña biográfica de cada uno de ellos, siguiendo un estricto orden cronológico.

### **II. 1. 2. a. San Alberto Magno. (Doctor Universalis)**

No está clara la fecha de nacimiento de San Alberto Magno, nacido Alberto de Bollstaedt en Lauingen, cerca del Danubio, y proveniente de una familia de ilustre prosapia. Se dice que su nacimiento se habría producido en 1193 o 1207. Estudió las artes liberales en la universidad de Padua, así como ciencias naturales, medicina y filosofía aristotélica. Luego de ello, siguió cursos de teología en la universidad de Bolonia. Ingresó a la orden dominica, que lo envió a Colonia, para enseñar filosofía y teología en la escuela de la congregación, tarea que realizó tan exitosamente que fue enviado a París, corazón de la sabiduría de la época. En 1260 fue nombrado obispo de Ratisbona. Renunció a dicha posición, y pasó las dos últimas décadas de su vida en Colonia, dedicado a la labor científica y literaria, para morir en 1280. Gran parte de su obra consiste en comentarios a las obras de Aristóteles, a cuya filosofía introdujo al mismísimo Tomás de Aquino, el más grande de sus discípulos.

La grandeza de su sabiduría le valió de entre sus contemporáneos el título de Magno, y el honorífico de *Doctor Universalis*.

Su pensamiento en materia de propiedad podría definirse como ecléctico, por cuanto considera de derecho natural que todas las cosas sean comunes, y a la vez también da ese carácter a que alguna cosa sea propia. Las cosas eran comunes en un estado en el que no existía rapiña ni usurpación, pero si éstas llegan a existir, no sería contrario al derecho natural tener lo propio, para proveer lo de uno mismo y de los más pobres. Nótese que San Alberto lo plantea de manera negativa, en el sentido de que no se trata de una imposición del derecho natural, sino que sencillamente de algo que no se opone a él, y que por tanto no está prohibido.<sup>42</sup> Es este un planteamiento común, con algunas variaciones, a la generalidad de los pensadores escolásticos.

En sus "*Comentarios en el evangelio de San Mateo*", Alberto Magno señala que a las riquezas se les da el calificativo de iniquidad no porque sean reunidas inicualemente, sino porque siendo encomendadas por Dios, son retenidas injustamente, vale decir se dividen de manera desigual e irregular. Señala asimismo que "*todo aquello debo dar, que puedo*

---

<sup>42</sup> Restituto Sierra, Ob. Cit. Pág. 116.

*dar honestamente, y aquél a quien doy, recibir honestamente*”, siendo éstas las dos condiciones que determinan a quiénes se ha de dar. En efecto, cosas que para un hombre considerado singularmente son superfluas y que por tanto deben darse, pueden no serlo atendida su situación familiar, por cuanto necesita proveer para su mujer e hijos, de manera que otro no podría pedirle esas cosas honestamente.

Vemos claramente en la posición de San Alberto la aplicación de los principios generales antes señalados, en la medida que hace referencia a los dos

estados del hombre, y el vínculo existente entre la propiedad privada y la iniquidad, o en definitiva, con la condición de pecado de la humanidad.<sup>43</sup>

### **II. 1. 2. b. San Buenaventura. (Doctor Seraficus)**

Nació el año 1221, en Bagnoregio, cerca de Viterbo. Su verdadero nombre era Juan de Fidanza. Poco se sabe acerca de su vida, salvo que aparentemente tomó los hábitos en 1243, y que en París tuvo por maestro a Alejandro de Hales, quien lo versó en el pensamiento Aristotélico, mientras Alberto Magno hacía lo propio -¡en la misma universidad!- con Tomás de Aquino. En 1256 entra al grupo de doctores y maestros de la Universidad de París. Asiste al concilio de Lyon en 1274 y colabora en su organización. Fallece ese mismo año, tan sólo tres meses después de Santo Tomás, a quien la muerte encontró camino a ese mismo concilio.<sup>44</sup>

Su pensamiento en materia de propiedad es similar al de Alberto Magno, afirmando en sus *“Comentarios a las sentencias de Pedro Lombardo”* que *“Dios sea honrado lo dicta la naturaleza en todo estado de la misma, que las cosas sean comunes lo dicta la naturaleza según el estado de naturaleza íntegra y que algo sea propio lo dicta la naturaleza en el estado de naturaleza caída para remover riñas y pleitos”*. Se ve aquí como Buenaventura da a la propiedad un sentido de conveniencia , y no el de algo necesario y exigido por la naturaleza del hombre en sí misma. Como consecuencia de ello, entendemos que no podría decirse que la propiedad, en este segundo estado del hombre, sea un derecho natural para Buenaventura.

### **II. 1. 2. c. Sto. Tomás de Aquino. (Doctor Angelicus)**

El Doctor Angélico, como también es llamado –debido a la pureza y suavidad de su carácter- Santo Tomás, nace en 1225 cerca de Aquino, en Italia, a medio andar entre Roma y Nápoles. El hijo del Conde Landulfo de Aquino es entregado a los benedictinos para su educación, a la edad de cinco años. Estudió las siete artes liberales en la universidad de Nápoles, y antes de cumplir los veinte años entra a la orden de los Dominicos, la cual en menos de un año lo envía a París con el fin de perfeccionar sus estudios. Allí conoce a Alberto Magno, su mentor, quien lo introduce en la lectura de

<sup>43</sup> San Alberto Magno, *“Comentarios en el Evangelio de San Mateo”*, citado por Restituto Sierra Bravo, *“El pensamiento social y económico de la escolástica. Desde sus orígenes al comienzo del catolicismo social”*, Tomo II, Instituto de sociología Balmes, Madrid, 1975. Págs. 314 (Nº 64) y 316 (Nº 71).

<sup>44</sup> Humberto Giannini, *“Breve historia de la filosofía”*, Editorial Universitaria, Santiago, 1991. Pág. 147.

Aristóteles, cuya obra, como ya hemos señalado, comenzaba a hacerse conocida por ese entonces. Bajó el alero de su maestro, fue a Colonia, donde estudió cuatro años, para regresar a París en 1252, comenzando su actividad universitaria docente en 1256. Se desempeñó también como teólogo de la corte de papal en Orvieto, Italia, donde conoce a Guillermo de Moerbeke, traductor de numerosas obras griegas, fundamentalmente de Aristóteles. Así es como adquiere un superlativo y profundo conocimiento del sabio griego, incluso superior al de su maestro Alberto Magno. Vuelve a París en 1269 convirtiéndose en el más apreciado y respetado profesor de Teología, hasta 1272, cuando ante un llamado de su orden emprende camino a Nápoles para organizar el estudio general de la Teología en una universidad de su congregación. Muere dos años más tarde, camino al concilio que iba a tener lugar en la ciudad de Lyon, en un monasterio cerca de Terracina.

La obra de Santo Tomás es sencillamente monumental y prodigiosa, caracterizada por una clara articulación y un estilo transparente, la que puede ser agrupada de la siguiente forma: a) Comentarios a Aristóteles; b) Escritos filosóficos menores; c) Exposiciones teológicas de conjunto, donde se agrupan dos de las obras más importantes de este autor, la Suma Teológica y el Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo; d) Las llamadas cuestiones disputadas, expresión escrita de diversas disputas teológicas organizadas cada cierto tiempo en las universidades (La Verdad, la potencia de Dios, El Alma, la unión del Verbo encarnado, etc.); e) Escritos menores sobre dogmática cristiana; f) Obras apologéticas, vale decir, en defensa de la fe cristiana (Suma contra Gentiles, por ejemplo); g) Escritos sobre filosofía del Derecho, del Estado, y de la sociedad; h) Escritos sobre la esencia de la orden y las reglas de la orden; y h) Escritos exegéticos sobre las interpretaciones de las Sagradas Escrituras.<sup>45</sup>

De toda esta portentosa creación, son la “*Suma Teológica*” y la “*Suma contra Gentiles*” las obras de mayor trascendencia, en las cuales encontramos dispersas diversas consideraciones de Santo Tomás acerca del dominio, las que pasamos a revisar.

El aspecto más sobresaliente de la postura de Santo Tomás respecto del dominio está constituido por su carácter de equilibrio y moderación, basado en una alta idea de responsabilidad del propietario. Concibe el derecho de dominio como emanado de una obligación para con la sociedad y para con Dios, ideando una construcción teórica en la que el orden económico se implanta dentro del orden moral, sometiendo la actividad económica del hombre a la consideración de fines de un orden más elevado.<sup>46</sup>

Señalábamos un poco más atrás los dos principios básicos en torno a los cuales gira la concepción escolástica del dominio, con la salvedad de Santo Tomás. Éste, más que desautorizar o refutar dichos principios, lisa y llanamente los supera, a través de una brillante síntesis entre la concepción cristiana y el pensamiento aristotélico. Veamos de qué manera aborda el Doctor Angélico cada uno de esos principios:

Respecto de la comunidad de bienes de los primeros cristianos en Jerusalén<sup>47</sup>,

---

<sup>45</sup> Hans Joachim Störig, “*Historia Universal de la filosofía*”. Pág. 217.

<sup>46</sup> René Gonnard, “*Historia de las doctrinas económicas*”, M. Aguilar Editor, Madrid, 1931. Pág. 38.

Santo Tomás señala que no es posible que ésta haya tenido una duración demasiado larga, por fundarse en la venta de las posesiones, hecho del cual se deriva en forma evidente que, dado el sistema adoptado, los Apóstoles previeron que no iban a permanecer mucho tiempo en aquella ciudad, debido a las persecuciones que habían de sufrir de parte de los judíos, o bien a la inminente destrucción de la ciudad y de sus habitantes. Por ello, sólo fue necesario proveer a los fieles por poco tiempo, por cuanto al dispersarse entre los gentiles, entre los cuales la Iglesia se afirmaría y perduraría, no se desprende necesariamente que establecieran este género de vida.<sup>48</sup> Santo Tomás postula, en relación a este principio, según el cual por derecho natural todo es común, una teoría negativa de la comunidad de bienes, la cual se atribuiría al derecho natural no en el sentido de que todas las cosas deban ser poseídas en común y nada sea propio, sino en el sentido de que la distinción de posesiones no es de derecho natural, pero tampoco contraria a él. En efecto, aquélla sería una consecuencia del derecho positivo, de una convención humana. Ha sido introducida y anexada al derecho natural por la razón del hombre.

Con respecto al segundo principio enunciado, Santo Tomás no funda la propiedad privada en la iniquidad, rapiña o usura como antes de él lo hicieron autores como Graciano, San Alberto y San Buenaventura, respectivamente, sino que simplemente la basa en tres hechos conocidos: a) *“porque cada uno es más solícito en gestionar aquello que con exclusividad le pertenece que lo que es común a todos o a muchos (...)”*; b) *“porque se administran más ordenadamente las cosas humanas si a cada uno le incumbe el cuidado de sus propios intereses; sin embargo, reinaría confusión si cada cual se cuidara de todo indistintamente”*; y c) *“porque así el estado de paz entre los hombres se mantiene si cada uno está contento con lo suyo”*.<sup>49</sup> De esta manera hace depender el régimen de posesión de bienes de circunstancias de carácter social, y por tanto variables, a diferencia de quienes lo fundan en el estado de pecado de la humanidad.

La teoría de Santo Tomás en la relación a la posesión privada es bastante más compleja que todas las que hasta entonces se habían formulado, y en ella distingue diversos grados de propiedad. Existe un dominio divino, principal y plenario, sobre todas las criaturas. Dentro de él se comprende todo dominio del hombre, por cuanto si éste ejerce su dominio sobre las cosas, es porque está dotado de razón, que es la imagen de Dios, a su vez propietario de todo cuanto Él ha creado. Por tanto el hombre, creado a imagen y semejanza de Dios, tiene por delegación divina el poder de utilizar las cosas puestas a su disposición, en la medida de sus necesidades.

<sup>47</sup> El comunismo de los primeros cristianos aparece claramente en La Biblia, Ediciones Paulinas y Ediciones Verbo Divino, España, 1981. En Hechos 5, 32, se señala respecto de la primera comunidad de cristianos: *“La multitud de los fieles tenía un solo corazón y una sola alma. Nadie consideraba como suyo lo que poseía, sino que todo lo tenían en común.”* En el mismo sentido, Hechos 5, 34-35: *“No había entre ellos ningún necesitado, porque todos los que tenían campos o casas los vendían y ponían el dinero a los pies de los apóstoles, quienes repartían a cada uno según sus necesidades”*.

<sup>48</sup> Santo Tomás de Aquino, *“Suma contra los gentiles”*, Editorial Católica, Madrid, 1952. Libro 3, capítulo 135.

<sup>49</sup> Santo Tomás de Aquino, *“Suma de teología”*, Parte II-II, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1998. Cuestión 66, artículo 2.

En segundo lugar, existe un dominio natural del hombre sobre todas las cosas creadas, variante reconocida por Santo Tomás específicamente en relación con los animales. Este dominio representa la participación del hombre en el dominio divino y constituye un poder participado y limitado.<sup>50</sup> En tercer lugar, Santo Tomás contempla el derecho natural del hombre al uso de los bienes creados. Como el hombre se encuentra bendecido con el uso de la razón y la voluntad, es por naturaleza capaz de utilizar las cosas. Dice el Santo: "(...) *en este sentido, tiene el hombre el dominio natural de las cosas exteriores, ya que, como hechas para él, puede usar de ellas mediante su razón y voluntad en propia utilidad, porque siempre los seres más imperfectos existen por los más perfectos (...)* Este dominio natural sobre las demás criaturas, que compete al hombre por su razón, en la que reside la imagen de Dios, se manifiesta en la misma creación del hombre (...)"<sup>51</sup> Poder utilizar una cosa según las propias necesidades es tenerla en propiedad, y no se puede concebir la vida humana sin este mínimo que es el derecho a la propiedad de los bienes necesarios para vivir, lo que le da a la propiedad el carácter de derecho natural y sagrado, por lo demás.<sup>52</sup>

Con lo anterior queda clara la justificación que Santo Tomás da al derecho natural de uso de las cosas exteriores, pero si lo pensamos bien, ello es perfectamente posible en un régimen donde todas las cosas sean comunes. Por lo mismo, cabe preguntarse si para Santo Tomás es lícita o no la propiedad privada. Como un primer paso para acercarnos a la concepción tomista sobre el particular, es necesario señalar el doble poder del hombre sobre las cosas, según la teoría del Aquinatense: *potestas procurandi et dispensandi* (gestión y distribución) y la *potestas* natural de uso a la que ya nos hemos referido. Mientras la primera confiere derechos al individuo, la segunda impone al individuo obligaciones en interés de la comunidad.<sup>53</sup> Hecha esta distinción podemos decir que Santo Tomás considera lícita la propiedad privada en relación a la facultad de gestión y distribución, mas no a la de uso. Esa posesión sería entonces un poder propio de gestión y distribución, una administración en orden al uso común de la cosa –vale decir, a la comunicación de su disfrute, cuestión que en materia de reparto de tierras por la vía de las capitulaciones puede verse de manera bastante clara.<sup>54</sup> Para Santo Tomás, la propiedad implica responsabilidad, de tal manera que la afectación de una cosa al uso personal sólo podrá hacerse mediante una decisión del dueño basada en un juicio distributivo.<sup>55</sup>

<sup>50</sup> Restituto Sierra, "El pensamiento social y económico de la Escolástica", Tomo I. Págs. 118 y 119.

<sup>51</sup> Santo Tomás de Aquino, "Suma de teología". Cuestión 66, artículo 2.

<sup>52</sup> Etienne Gilson, "El Tomismo: Introducción a la filosofía de Santo Tomás de Aquino", Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1978. Pág. 552.

<sup>53</sup> Eric Roll, "Historia de las doctrinas económicas", Fondo de Cultura Económica, México, 1955. Pág. 48.

<sup>54</sup> V. Infra I. 2. 1. b. Las Capitulaciones como justo título para adquirir la propiedad.

<sup>55</sup> Pierre Bigo, "Doctrina social de la Iglesia", Instituto Católico de estudios sociales, Barcelona, 1967. Págs. 51 y 52.

El dominio es concebido en consecuencia como un poder, no un uso, pues en cuanto a él, las cosas siguen siendo comunes, y por tanto no susceptibles de poseerse en forma propia. Desde este punto de vista, la propiedad no sería un derecho natural, ni tampoco positivo, sino uno intermedio, que ha sido sobreañadido por la razón al derecho natural, y al que un poco más atrás mencionamos como derecho de gentes.<sup>56</sup>

En conclusión, se puede señalar que Santo Tomás aborda la propiedad privada desde un triple punto de vista: como derecho natural, cuando se trata del uso por todos los hombres de todos los bienes creados; como integrante de un derecho intermedio –el de gentes–, y por tanto no contrario al derecho natural, pues éste no impone directamente ni el régimen de comunidad ni el de división de los bienes; y finalmente, a contrario sensu, también puede haber una posesión particular contraria al derecho natural, en la medida que implique una lesión al derecho de uso los bienes creados por parte de todos los hombres, en particular los más menesterosos.<sup>57</sup>

### **II. 1. 2. d. Juan Duns Escoto. (Doctor Subtilis)**

Inglés y franciscano, nacido poco antes de 1270, seguramente en 1266. A la temprana edad de veintitrés años ya era profesor de teología en la Universidad de Oxford; desarrollaría la misma labor en París, y posteriormente en Colonia. Fue un celebrado maestro de muy fecunda producción literaria, a pesar de su corta vida, la que le valió un lugar entre los inmortales de la filosofía medieval y de la escolástica en particular. Muerto en 1308, fue conocido entre sus contemporáneos con el sobrenombre de “el agudo” (*Doctor Subtilis*).

Al tratar la evolución histórica de la Escolástica, pusimos de relieve que la filosofía de Santo Tomás no fue de general aceptación en su momento, y que aun más, dio origen a una serie de brillantes y autorizados críticos, de entre los cuales sobresale sin duda alguna Duns Escoto, junto a Guillermo de Occam. Escoto, sin perjuicio de ser tributario de Santo Tomás y de Alberto Magno en más de algún aspecto –sobre todo en cuanto a sus superiores conocimientos de la obra de Aristóteles, para los cuales la labor de los maestros de la alta escolástica allanó el camino–, frecuentemente polemizó con ellos, en la medida que su manejo y sapiencia de la filosofía del estagirita crecía y se perfeccionaba. Es así como concluye que la perfecta concordancia entre la filosofía aristotélica y la teología que Santo Tomás creyó encontrar, era imposible, y criticó a quienes establecían un vínculo demasiado estrecho entre ellas. Para el doctor sutil, demasiado grande era la brecha existente entre el pensamiento de un filósofo pagano, orientado hacia el mundo y la naturaleza, y la posición dogmática de la fe católica.

En materia de propiedad, Escoto vuelve su mirada al decreto de Graciano, cuyos dos postulados fundamentales ya tuvimos oportunidad de tratar. Señala el filósofo inglés que la pérdida de vigencia de la ley divina que establecía la comunidad de bienes en el estado de inocencia se justifica en base a su revocación por Dios después del pecado original, y una vez revocado ese precepto, Dios no estableció en su lugar la división de

---

<sup>56</sup> V. Supra II. 1. 2. “La escolástica y el dominio. Los cuatro aspectos de la propiedad.”

<sup>57</sup> Restituto Sierra, Ob. Cit. Tomo I. Pág. 124.

bienes, sino que entregó a los hombres la posibilidad de instaurarla, cuestión que hicieron a través de la ley positiva. Esta primera división de bienes “*pudo ser justa por una ley positiva justa, dada bien por el padre o bien por el príncipe o bien por la comunidad, justamente reinante o regente*”.<sup>58</sup> Así, la propiedad privada fue introducida y se justifica, según Escoto, por el objetivo de la obtención de la paz social, cuestión que por lo demás no representa ninguna novedad respecto de las teorías hasta entonces formuladas.

Duns coloca a la voluntad por sobre el pensamiento y la razón, invirtiendo el orden que antes había establecido Santo Tomás. Vemos concretado ese voluntarismo en la revocación de la ley natural por Dios, y en el posterior establecimiento de la propiedad por los hombres a través de una vía convencional.

### **II. 1. 2. e. Guillermo de Occam. (Doctor Invencibilis)**

Al igual que varios de los ilustres filósofos cuyo pensamiento hemos revisado hasta ahora, la fecha de nacimiento de Guillermo de Occam no es del todo clara, pero se encuentra ubicada a fines del siglo XII, entre 1290 y 1300. Vio por vez primera la luz del mundo en Surrey, Inglaterra, recibiendo su educación en Oxford, para con posterioridad ingresar a la Orden Franciscana. Considerado la última gran figura de los escolásticos y a la vez la primera gran figura de la Edad Moderna, fue llamado por sus discípulos “el príncipe de los nominalistas” (pues para él los géneros y las especies, pretendidas realidades, son meros nombres, cuya existencia es simplemente mental y lingüística), y sobre todo “Doctor Invencible”, debido a la irrefutable e implacable lógica de sus argumentaciones. Exigió el retorno a la sencillez en la vida y costumbres del clero con vehemencia, lo que le acarrió una serie de enemigos. Precisamente una tesis suya en relación a la pobreza de Cristo le obligó a huir de la ciudad papal de Avignon, para asilarse en la corte de Luis el Bávvaro. Exiliado, muere en Munich en 1349. De sus numerosas obras de corte filosófico y político, una de las más importantes, el “*Comentario a las Sentencias*”, fue censurada y condenada en su época en más de cincuenta artículos. Escribió además, dos obras de Lógica, algunas Cuestiones disputadas y un Tratado de principios de teología.<sup>59</sup>

En cuanto a la propiedad, Occam sigue básicamente el mismo esquema que antes ya usó Duns Escoto, pero introduciendo una ligera modificación, pues para Occam, debe efectuarse una triple distinción en cuanto a las etapas del dominio. En efecto, el Doctor Invencible sigue reconociendo el dominio común existente en la ordenación originaria propuesta por Dios para el estado de inocencia del hombre, cuya caída en pecado no supuso necesariamente la destrucción de la comunidad de bienes, sino que simplemente hizo necesaria una decisión humana para establecer las propiedades privadas. Así entonces, es la voluntad humana, mediante el derecho humano, la que introduce el dominio privado, como único modo de contener la avaricia y la codicia de poseer y usar no rectamente los bienes temporales. Es después de la Caída que encontramos la

<sup>58</sup> Juan Duns Escoto, “*Cuestiones sutilísima sobre las Sentencias*”, citado por Restituto Sierra, Ob. Cit. Tomo II. Págs. 432 (N° 482 y N° 483) y 433 (N° 487).

<sup>59</sup> Humberto Giannini, Ob. Cit. Pág. 157.



variación introducida por Occam, que distingue dos etapas, dentro del estado de pecado que sobrevino a aquélla; en la primera, que abarca desde la Caída hasta antes de la primera división de bienes, los hombres “poseyeron la potestad de dividirse y apropiarse de cosas. Y si a tal potestad se la llama dominio, puede concederse que tuvieron el dominio común de los seres”. En la segunda etapa, que comienza con la división de los bienes, empezaron “los dominios propios, que existen ahora entre los hombres del mundo”.<sup>60</sup>

La introducción de la propiedad privada por el hombre no significa para Occam, como para los escolásticos en general, que la comunidad de bienes de derecho natural quede eliminada, sino simplemente en una especie de latencia, pudiendo resurgir si es que determinadas circunstancias se dan, como por ejemplo un caso de extrema necesidad.<sup>61</sup>

### **II. 1. 2. f. Francisco de Vitoria.**

Hijo de Pedro De Arcaya -de ascendencia vasca y natural de Vitoria, de ahí el toponímico que adoptó también su ilustre hij- y Catalina Compludo, de sangre castellana, Francisco de Vitoria nació seguramente entre 1480 y 1486<sup>62</sup> en la ciudad de Burgos. En 1504 ingresó al convento dominico burgalés, y cinco años más tarde partiría a estudiar Humanidades y Teología a la Universidad de París, doctorándose en 1523, año en que regresa a España para explicar la Suma de Santo Tomás en el colegio de San Gregorio de Valladolid. En 1526 gana la cátedra de prima de Teología de la Universidad de Salamanca. Quedó semiparalítico desde 1544, cuando un ataque de gota le dejó en tal condición, la que le impidió asistir al concilio de Trento, y falleció en 1546.

Gozó de inmenso prestigio en su época –el que subsiste hasta hoy- lo que le valió formar una multitud de discípulos, ávidos de conocer su particularmente lúcida doctrina y métodos pedagógicos, por medio de los cuales renovó los estudios teológicos –introdujo la Suma Teológica de Santo Tomás, bastante olvidada en ese entonces, como texto base de las explicaciones escolares-, y en general la escolástica española del siglo XVI. Su trabajo se divide básicamente en dos grupos: lecciones sobre la obra de Santo Tomás y *relectiones theologicae*, que resumían toda la materia del año académico, o bien trataban algún tema de actualidad, desarrollados frente a todo el alumnado, lo que explica el esmero y detenimiento con el que fueron elaboradas, llegando a constituir la parte más importante de la obra de Vitoria. Entre ellas encontramos las célebres “*De iure belli*” y “*Relectio Prior de Indis recenter Inventis*”, en las que aborda el tema de la validez de la ocupación española en Indias y de si es posible y lícito a la Corona hacer la guerra a los

<sup>60</sup> Restituto Sierra, Ob. Cit. Tomo II. Pág. 472 (Nº 617).

<sup>61</sup> José Justo Megías Quirós, “*Propiedad y Derecho Natural en la historia. Una relación inestable*”, Servicio de publicaciones Universidad de Cádiz, 1994. Pág. 166.

<sup>62</sup> Algunos autores, como V. Beltrán Heredia, retrasaron su fecha de nacimiento hasta 1492 o 1493, lo que sin embargo generó ciertas incongruencias, específicamente en relación a la precocidad que ello supondría respecto de datos fehacientes su profesión monacal. Otro de sus biógrafos, Ramón Hernández, estableció a través de nuevos estudios el año 1483 como la más probable de sus fechas de nacimiento.

indios. En otras aborda el poder civil (“*De potestate civilis*”) o el poder eclesiástico (“*De potestate ecclesiae prioris*” y “*De potestate ecclesiae posterioris*”).<sup>63</sup>

Su lenguaje sobrio y claro contrasta con las complicaciones de la escolástica decadente, y junto a Francisco Suárez, es uno de los grandes responsables del rejuvenecimiento de la Escolástica en España durante el siglo XVI, y de esa manera, a través de la autoridad e influencia de su doctrina, jugó un papel de importancia en las políticas adoptadas por la corona respecto de Indias.

La segunda escolástica, a la cual pertenece Vitoria, estructura una teoría de la comunidad general de bienes y división de los mismos más cercana al decreto de Graciano que a Santo Tomás, y tiene como característica más sobresaliente el ser de una complejidad y desarrollo más amplios que la de la primera escolástica, llegando prácticamente a constituir, a partir de Vitoria, una teoría general del dominio.

Francisco de Vitoria entiende el concepto *dominium* de una manera tradicional, vale decir como un status de superioridad de una persona en relación a otra. Por ello el príncipe, que ejerce un poder sobre sus súbditos, puede ser llamado *dominus*. Pero en un sentido más amplio, que es el que nos interesa, se puede también hablar de dominio para referirse a la propiedad de alguna cosa, vale decir la relación entre un sujeto y un objeto, por la cual ésta queda sometida al poder de aquél, constituyendo algo distinto al uso y a la posesión. Porque el uso consiste en tener la cosa, pero no su dominio, pues el dominio de propiedad mira especialmente la sustancia misma de la cosa. De ello se deriva la distinción entre los dos sentidos del concepto, pues el mismo propietario podría hacer injuria al poseedor si, teniendo derecho al uso, le priva de él.<sup>64</sup>

Vitoria distingue un dominio natural de un dominio civil. El primero existe en el estado de inocencia del hombre, en el cual recibe un derecho de uso sobre todas las cosas. El civil, en cambio, es establecido o recogido por el derecho humano una vez que ha sido instituida la propiedad particular. Sigamos ahondando en este punto: existe un dominio natural de Dios sobre todo aquello que Él ha creado, por derecho natural. Se trata del primer dominio existente, directo y que recae sobre toda la creación, que corresponde únicamente a Dios. Por su parte, el dominio que corresponde al hombre es participado y cedido por Dios, pero únicamente respecto de las criaturas irracionales, cesión que Vitoria justifica por medio de la superioridad de la criatura racional sobre el resto de la creación. Así, al ser el hombre la más perfecta de las criaturas –o la menos imperfecta, si se prefiere-, se constituye en fin, por lo que las demás se ordenan a él.<sup>65</sup> Y como “*nunca dudó alguien que sea lícito usar de las cosas temporales para sustentarse a sí mismo, luego tienen derecho y dominio sobre todas ellas*”.<sup>66</sup> Es importante dejar en claro que para Vitoria este dominio concedido por Dios al hombre consiste exclusivamente en el

<sup>63</sup> Antonio Truyol y Serra, “*Historia de la filosofía del derecho y del estado*”, Vol. 2, Alianza Universitaria Textos, Madrid, 1995. Pág. 80.

<sup>64</sup> Carlos Hamilton D. “*Filosofía jurídica del maestro Fray Francisco de Vitoria*”, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1948. Pág. 81.

<sup>65</sup> José Justo Megías, Ob. Cit. Pág. 181.

uso de las cosas, y no en su apropiación con exclusión de los demás. Es además de derecho natural, y ello se justifica en el instinto de conservación del hombre, pues *“es de derecho natural que el hombre conserve su existencia. Pero esto no puede tener lugar sin otras criaturas, porque todas las otras criaturas son para la conservación de los hombres (...) Por tanto, como Dios todo lo otro lo hiciera, se ha de decir que hizo aquellas cosas para la conservación del hombre. Luego tiene derecho de usar de todas ellas”*.<sup>67</sup>

Siguiendo aguas ya surcadas por Santo Tomás, Vitoria distingue dos formas por las que se pueden poseer los bienes externos por el hombre. Por un lado, a través de la facultad de procurarse y administrar los bienes externos, y por el otro, una segunda forma de poseer estaría dada por la división de las cosas para tenerlas como propias con exclusión de los demás. Como se ve, es evidentemente el primero de estos modos el que coincide con el dominio natural que Dios concede a los hombres sobre los bienes externos.

En definitiva, para Vitoria, en un principio todas las cosas eran comunes, y todos tenían el derecho natural a usarlas y a abusar de ellas, con tal de que no dañara a los demás o les impidiera el uso correspondiente. Cuando el estado de inocencia se perdió ese dominio no se acabó –nótese la clara reacción contra la tesis de la revocación de la ley natural de Duns Escoto-, de manera que el hombre *“todavía es dueño de todas las cosas. Se prueba porque como todos afirman, por el pecado no se pierden los dones naturales y ni los ángeles los pierden; pero conviene al hombre naturalmente que sea dueño de las cosas”*. Señala asimismo Vitoria que en el Génesis se señala que la pena impuesta al pecado fue que en cualquier momento, el que comiese (del árbol) moriría, pero no que perdería el dominio. Por tanto el hombre sigue siendo dueño de las cosas.<sup>68</sup> En consecuencia, las cosas siguen siendo comunes en cuanto al uso, aun cuando se produzca la división de bienes o se pierda el estado de inocencia, y de esta manera se justifica que una vez establecida la propiedad, se produzca eventualmente la apropiación de un bien ajeno en caso de necesidad grave, reviviendo entonces la comunidad. Pero si bien el pecado original no significó la pérdida del dominio natural del hombre sobre las cosas, si dio en cambio lugar a la desaparición de las circunstancias morales que hacían conveniente la comunidad de bienes en el estado de inocencia, y como contrapartida, se produjo el nacimiento de un entorno que haría conveniente la división de bienes.<sup>69</sup>

Hemos visto ya cómo justifica Vitoria la comunidad de bienes que se habría dado en el principio de los tiempos. Ahora bien, resulta evidente que en algún momento se tiene que haber producido la disolución de la comunidad para ser reemplazada por la propiedad particular de los bienes. El derecho natural legitima la comunidad de bienes, pero ¿qué sucede con la división de los éstos? ¿Qué es lo que la legitima? Nuevamente,

<sup>66</sup> Francisco de Vitoria, *“Comentarios a la secunda secundae de Santo Tomás”*, Biblioteca de teólogos españoles, Salamanca, 1932. Cuestión 62, artículo 1, 12.

<sup>67</sup> Francisco de Vitoria, Ob. Cit. Cuestión 62, artículo 1, 13.

<sup>68</sup> *Ibid.* Cuestión 62, Artículo 1, 17.

<sup>69</sup> Restituto Sierra, Ob. Cit. Tomo I. Pág. 134.

Vitoria sigue a Santo Tomás a este respecto, concibiendo una comunidad de bienes, pero en forma negativa. Esto es, la comunidad de bienes es una institución de derecho natural, pero que éste no impone de manera directa, sino que simplemente permite. De esa manera, la caída del estado de inocencia no hizo necesaria una derogación de la ley natural que imponía la comunidad, como postuló Escoto, por cuanto aquella imposición en realidad nunca existió. “Y como Dios tenía presciencia de que la naturaleza había de caer, aunque existía obligación de que todas las cosas fuesen comunes, sin embargo no estableció ley que obligara ahora a que todas las cosas fuesen comunes y a su no división”.<sup>70</sup> En consecuencia, y aun cuando desde esta perspectiva permisiva podría hablarse de una división de bienes realizada por derecho natural permisivo, en el sentido de que no prohíbe ni establece expresamente que las cosas sean comunes, ni tampoco lo contrario, Vitoria postula que es el derecho humano, específicamente el de gentes, el que introduce la propiedad particular, la que será regulada por el derecho civil. El pecado sembró el germen de la discordia entre los hombres y dio origen a la propiedad privada por derecho de gentes, como una manera de conservar la paz. Y justamente son dueños algunos, porque por ser dueños todos pudieron repartirse como quisieron, y esto pudo hacerse incluso con la oposición de una minoría, pues es de derecho natural que la mayoría venza en las decisiones a la menor parte.<sup>71</sup> Sin perjuicio de la división de bienes que ello conlleva, existirán bienes que serán comunes siempre, como sucede por ejemplo con el mar, las aguas corrientes, los ríos, etcétera.

En cuanto a las razones para instituir la propiedad, Vitoria sigue básicamente la postura de Santo Tomás. La razón fundamental para Vitoria es la conveniencia de la propiedad para permitir la subsistencia de la sociedad una vez salido el hombre del estado de inocencia. Antes de ello, si bien se hubiera podido realizar una división de bienes (pues el derecho natural no lo prohibía), ella era innecesaria; producida la Caída, su no realización al parecer hubiera impedido una pacífica convivencia entre los hombres. Coincide también con el Doctor Angélico, al señalar que, perdida la inocencia, los hombres se inclinan más a lo propio que a lo común.

Al constituir el dominio un derecho –establecido por el derecho de gentes y regulado por el civil-, en concepto de Vitoria sólo puede ser ejercido por seres racionales. En consecuencia, ni los animales, ni aquellos que se encuentren privados de intelecto y voluntad podrán ser titulares de tal derecho. Con respecto a los indígenas americanos, ellos sí pueden ser titulares del derecho y no se les podrá privar de sus bienes aduciendo su falta de razón o el no ser cristianos.

No podemos concluir nuestra exposición respecto de Vitoria y su concepción del dominio sin poner de relieve la importancia que le otorga al bien común, y a la dimensión social que le asigna a la propiedad. Veamos cómo el maestro español estructura estas tesis.

En primer lugar, considera Vitoria que si bien los bienes de los súbditos les pertenecen a ellos y no al príncipe, cuando por alguna justa causa fuere necesario, el

---

<sup>70</sup> Francisco de Vitoria, Ob. Cit. Cuestión 62, artículo 1, 20.

<sup>71</sup> Carlos Hamilton, Ob. Cit. Pág. 86.

gobernante podrá no sólo privar a un administrado de sus bienes como sanción por algún delito, o por el incumplimiento de alguna obligación como sucedía por ejemplo en el otorgamiento de mercedes de aguas. Al gobernante corresponderá también establecer normas de regulación del dominio que sean acordes con el derecho natural o el de gentes, y también la facultad de repartir, si lo estima procedente, bienes comunes entre sus vasallos, cuyo uso se sujetará a las disposiciones que dicte. El hombre pertenece a una sociedad, a la cual exige la tutela de sus derechos; por lo mismo, se encuentra en la obligación de permitirle a su vez a la sociedad que los armonice con los de los demás y con los de la sociedad misma.<sup>72</sup> Eso es precisamente lo que hace el Estado al determinar y regular el derecho de propiedad. Y *“cuanta sea la facultad del hombre para disponer de sus propios bienes, tanta será la facultad del estado para servirse de ellos en provecho del bien común, si existiera causa justificada que lo reclamara”*.<sup>73</sup>

Con respecto al segundo aspecto que destacábamos, vale decir, la dimensión social de la propiedad, quizás sea mejor dejar hablar al propio Francisco de Vitoria: *“Afirmando –y es necesario subrayarlo por ser fundamental en esta materia– que el hombre, en lo que se refiere a su personalidad, y por lo mismo, aun respecto de sus bienes, más es de la sociedad que de sí mismo”*. El hombre, ya lo decía Aristóteles, es un ser social. Ningún hombre es una isla, suele decirse, y efectivamente resulta muy difícil concebir a un hombre aislado, privado de relacionarse con sus semejantes. Ahora, si el hombre es un ser social, ¿por qué no han de serlo sus acciones y posesiones? Dentro de esta permanente interacción del hombre con sus semejantes, es evidente que lo que haga o tenga repercute en los demás. Su conducta será para los demás un ejemplo a seguir, o bien una vergüenza a evitar; de la misma forma, sus bienes y riquezas serán una fuerza que impulsa y arrastra a los demás hacia un mayor bienestar para todos, o bien una carga que desangra a todo el cuerpo social en su exclusivo beneficio. Señala Vitoria que es indudable la licitud de la tenencia de bienes propios por parte de los cristianos, lo que se prueba por las Escrituras y especialmente por san Pablo, que advierte a los hombres que den limosna, de lo que necesariamente se concluye que, como la limosna se da de lo propio, es lícito para los cristianos poseer bienes como propios; y en segundo lugar, se concluye también que ya en esa época algunos eran ricos (cosa imposible cuando todas las cosas son comunes), del texto de la segunda carta de San Pablo a Timoteo, en la que dice: *“Manda a los ricos de este siglo que no se ensoberbezcan, sino que comuniquen liberalmente”*.<sup>74</sup> En consecuencia, debemos entender que para Vitoria las riquezas han de ser comunes, debiendo cubrirse con ellas las necesidades de otros integrantes más necesitados de la sociedad. Nadie puede ser propietario hasta un punto en que no pueda estar obligado a compartir con otros, que lo necesitan, sus riquezas.

## **II. 1. 2. g. Francisco Suárez. (Doctor Eximius)**

<sup>72</sup> V. Infra III. 3. 1. Generalidades. Definición de Merced de Aguas, en relación a la aplicación práctica de este planteamiento.

<sup>73</sup> José Justo Megías, Ob. Cit. Págs. 194 y 222.

<sup>74</sup> Restituto Sierra, Ob. Cit. Tomo II, Pág. 600 (N° 1057).

Francisco Suárez de Toledo y Vázquez de Utiel y González de la Torre nació en 1548, en la ciudad de Granada. Su familia era de noble origen castellano y estaba ligada al servicio de la Corona, desde los tiempos de la Reconquista. Era el segundo de ocho hermanos, en una familia profundamente católica –de hecho, adoptó la tonsura clerical a la edad de diez años-. Su infancia transcurre en Granada, y en 1561 inicia sus estudios universitarios en Salamanca, en calidad de estudiante canonista.

Tres son las etapas en las que sus biógrafos suelen dividir la vida de Francisco Suárez: la de estudiante (1561 a 1571), la de profesor de Colegios (1571 a 1597), y la de doctor de Coimbra.

Durante la primera etapa, influido por las predicaciones del P. Juan Ramírez en el *atrium* de la Universidad, solicita en 1564 ser admitido en la Compañía de Jesús, siendo rechazado por falta de talento. En definitiva su empeño le significa ser admitido por el Provincial de Castilla en Valladolid, en calidad de indiferente, vale decir, sujeto a la posibilidad de quedar como simple hermano coadjutor si no revela aptitudes para el estudio.<sup>75</sup> Culmina exitosamente su formación filosófica en el Colegio de la Compañía en Salamanca, el año 1566, y se aboca acto seguido a los estudios de teología, acudiendo a las clases de la Universidad, debido a la carencia de lectores de filosofía de la propia Compañía. Allí conoce a sus más influyentes maestros, entre ellos el discípulo de Vitoria, Mancio de Corpore Christi; el agustino Juan de Guevara; y el jesuita Henrico Henríquez, gran moralista proveniente de Portugal. Terminará esos cursos en abril de 1570, año en que vuelve a Granada debido a la muerte de su padre, a cuya herencia renuncia. Volverá en Diciembre de ese mismo año al Colegio de Salamanca, convertido ahora en repetidor de Filosofía.<sup>76</sup>

La segunda etapa comienza con su nombramiento como lector de Filosofía en el Colegio de Segovia, en 1571. Recibe el sacerdocio en 1572, pero por razones de salud debe abandonar las ocupaciones pastorales, concentrándose en la enseñanza y el estudio. Permanece en Segovia hasta 1574, cuando marcha a Valladolid a enseñar teología, y durante los siguientes dos años será trasladado varias veces entre una y otra ciudad, hasta que en 1576 ocupa definitivamente la cátedra en Valladolid, hasta 1580.

Ya desde sus tiempos en Segovia sus novedosos métodos de enseñanza y su modo de abordar las materias filosóficas suscitaban recelos entre sus pares, los que nuevamente afloran en Valladolid, por lo que es llamado al Colegio Romano, donde permanecerá cinco años enseñando teología, entre 1580 y 1585. Ese año su deteriorada salud le impone un cambio de clima, por lo que intercambia su cátedra en Roma con la que Gabriel Vázquez dirigía en el Colegio de Alcalá. Allí permanece hasta 1593, cuando es removido a petición propia por razones de salud, siendo trasladado al Colegio de la orden en Salamanca, ocupando durante un año la cátedra de teología, supliendo a Miguel Marcos. Sigue en Salamanca hasta que en 1596, Felipe II lo solicita para la cátedra de Prima de la Universidad de Coimbra. Se excusa en primer término, pero la

---

<sup>75</sup> Carlos Larrainzar, “Una introducción a Francisco Suárez”, Ediciones UniversidadNavarra, Pamplona, 1977. Pág. 29.

<sup>76</sup> Enrique Gómez Arboleya, “Francisco Suárez, S.I. Situación espiritual, vida y obra. Metafísica”, Universidad de Granada, 1946. Pág. 70.

insistencia del rey lo hace dirigirse a Portugal en 1597.

En este punto comienza la tercera etapa en la vida de Suárez, la de doctor de Coimbra, en donde su fama y maestría alcanzarán la consolidación final, no sin pasar antes por una serie de vicisitudes. En efecto, apenas iniciadas, sus lecciones han de ser suspendidas, pues Suárez carece de título universitario con que enseñar. Lo obtiene en la Universidad de Evora, acallando a sus detractores, y ocupa su cátedra en Coimbra hasta 1616, año en que es jubilado por el rey. La muerte lo encuentra en Lisboa el 25 de septiembre de 1617, extinguiendo una de las más brillantes mentes que hayan visto la luz en la madre patria.<sup>77</sup>

La mayor parte de las referencias a la propiedad en la obra de Suárez se encuentran en el libro II de su *“De Legibus”* y en su obra *“Defenso fidei”*. Aun cuando no dedica a la institución un estudio específico, se sirve de ella para ilustrar otras cuestiones, lo que permite establecer con claridad cual es el concepto que a ella le cabe en su doctrina.

Al igual que todos los escolásticos a los que nos hemos referido, Suárez distingue en el hombre un estado originario, de carácter hipotético, anterior al pecado original, y uno social. Pero Suárez introduce al respecto ciertas variaciones que le son propias. Coincide en cierto grado con Vitoria al señalar que es de derecho natural la posibilidad de los hombres de efectuar la división de los bienes y adquirir dominios particulares, y se trataría de una ley natural permisiva, pues no impone directamente la división, de forma tal que *“podían los hombres no hacer reparto ni adquirir propiedad particular”*.<sup>78</sup> Lo que diferencia a Suárez de sus predecesores radica en que el nativo de Granada parte de la base de la unidad de la ley natural, la que sería verdadera en todo tiempo y estado de naturaleza, separando así su camino de aquellos que distinguían dos eras en relación a la ley natural, o por lo menos en los principios derivados de ella, según si nos encontráramos en el estado de inocencia o en el de naturaleza corrompida del hombre. Sobre esa base, los autores ponían como ejemplo la propiedad –cada uno con sus propios matices, como hemos podido analizar-, de manera que en el estado de naturaleza íntegra, la ley natural impondría comunidad de bienes, pero una vez producida la Caída, división de las cosas. Suárez, en cambio, considera que tal distinción no es necesaria, pues los ejemplos que traen y otros parecidos, no pertenecen al derecho natural propio y positivo, sino al derecho de gentes. Y sin perjuicio de que un estado o el otro puedan, respectivamente requerir el uso de uno u otro precepto, respectivamente, ello no obsta a que el derecho natural sea siempre el mismo y abrace los mismos preceptos, pues constituyen principios o conclusiones que necesariamente emanan de ellos, y por esa misma necesidad, no faltan en ningún estado.<sup>79</sup> Siendo la ley natural de carácter inmutable, no es posible que ésta haya impuesto directamente la comunidad de bienes o la propiedad privada, pues en ese caso serían intrínsecamente necesarias,

---

<sup>77</sup> Carlos Larrainzar, Ob. Cit. Págs. 33 y siguientes.

<sup>78</sup> Francisco Suárez, *“Tratado de las leyes y de Dios legislador en diez libros”*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1967-1968. Libro I, Capítulo XV.

<sup>79</sup> Manuel Calvillo, *“Francisco Suárez: La filosofía jurídica, el derecho de propiedad”*. Pág. 108.

como todo el derecho natural. Por ello, tanto la una como la otra son no de derecho natural positivo, sino permisivo, en el sentido que la ley natural no impone directamente ni prohíbe ninguna de las dos.

Así las cosas, la utilidad de uno u otro sistema y no su necesidad es lo que determina su aplicación, de lo que entendemos que en el estado de inocencia, la comunidad de bienes es el régimen más útil, pero ello no supone que no hubiera podido efectuarse una división de los bienes, pues la única verdadera imposición del derecho natural no es la posesión de las cosas en común, sino que no se impida el uso necesario de las cosas comunes mientras exista tal comunidad: *“aunque la naturaleza no mandó que las cosas fuesen siempre comunes –en este sentido se dice que la comunidad de bienes es de derecho natural negativamente (o permisivamente)-; sin embargo, mientras durase aquella situación había un precepto positivo del derecho natural que mandaba que a ninguno se le prohibiese ni impidiese el uso necesario de las cosas comunes”*.<sup>80</sup> En el estado de sociedad, en cambio, el régimen más útil es el de propiedad individual, fundándose básicamente en las razones de conveniencia de raigambre aristotélica y tomista que ya hemos analizado al tratar a los autores anteriores (mayor solicitud en la administración de los bienes propios, paz social, etcétera).

En definitiva, el Doctor Eximio entiende que la propiedad ha sido introducida por el derecho humano, específicamente a través del derecho de gentes. Este es el que, como sabemos, a través de un acuerdo mayoritario de los hombres, que constituye una costumbre tácita universal, introduce la propiedad. Empero, esta materia del derecho de gentes cae por imposición del bien común bajo el imperio de la potestad civil a la que le corresponde el gobierno dentro de cada comunidad, la que puede regular o incluso derogar esta costumbre universalmente aceptada. De hecho, Suárez señala que *“si alguna provincia no usase la división, sino la comunidad de bienes, no podríamos condenar esto como malo”*. Pero es imperioso para ello que la exigencia del bien común sea evidente, pues el acuerdo mayoritario que generó la institución supone obviamente que ésta se acomoda a las necesidades del momento.<sup>81</sup>

Una vez establecida la propiedad por el derecho de gentes, lo que impone el derecho natural es su respeto, pues aun cuando éste no la establece directamente sino que simplemente la permite, *“una vez realizada (la división de bienes), y una vez aplicadas las propiedades, el derecho natural prohíbe el hurto, o la indebida apropiación de lo ajeno”*.<sup>82</sup>

Para finalizar con esta parte de nuestra exposición, corresponde referirnos a la visión de Suárez respecto de las limitaciones que pueden imponerse al dominio. Éstas se encontrarán determinadas por los dictámenes del bien común. De esta manera, un individuo puede perder una propiedad legítimamente adquirida si el buen gobierno de la república así lo exige, siempre por una justa causa. Así entonces, esta eventual privación por parte del gobierno no puede obedecer a motivos caprichosos, pero existiendo la justa

---

<sup>80</sup> Francisco Suárez, Ob. Cit. Libro II, Capítulo XIV, Párrafo 17.

<sup>81</sup> Manuel Calvillo, Ob. Cit. Pág. 110.

<sup>82</sup> Francisco Suárez, Ob. Cit. Libro II, Capítulo XIV, Párrafo 17.



causa antes aludida, podrá siempre hacerlo. Para ello, Suárez exige que se trate de un motivo legítimo, referido al bien común y moralmente necesario.<sup>83</sup>

## **II. 2. El dominio y sus limitaciones a la luz del Derecho Indiano.**

---

Ya hemos puesto de relieve –y lo seguiremos haciendo a lo largo de esta obra, cada vez que sea pertinente- la poderosa influencia que la Escolástica tuvo durante los primeros siglos de la ocupación española en los pensadores de la época, tanto en España como en Indias, y nos referimos también al importante rol que las opiniones de teólogos y moralistas jugaron en la formación y caracterización del derecho indiano y varias de sus instituciones. Por ello, la primera parte de esta sección segunda estuvo destinada a familiarizarnos con los principales aspectos del pensamiento escolástico respecto del dominio, con el objeto de hacernos de las herramientas necesarias para apreciar con mayor justeza y exactitud el tema de la precariedad de esta institución en el derecho indiano, reflejada en las limitaciones que dicha legislación frecuentemente le impuso, tema que pasamos a tratar a continuación.

Abordaremos el tema propuesto de una manera general y sinóptica, previa al análisis pormenorizado y específico que en el capítulo segundo se le dará al tema de la precariedad del dominio en Indias. Como lo hemos hecho a lo largo de toda esta entrega, avanzaremos en nuestro estudio de manera progresiva, por lo que comenzaremos recordando algunos aspectos fundamentales del derecho indiano que es conveniente tener presente antes de continuar con la exposición.

### **II. 2. 1. El Derecho Indiano en general; Concepto.**

Resulta llamativo observar que el nacimiento del Derecho Indiano se produce incluso antes del descubrimiento de las tierras en que aquél estaría llamado a regir. En efecto, el primer documento de carácter jurídico relativo a las Indias está constituido por las Capitulaciones de Santa Fe de Granada, de 17 de abril de 1492, y en los documentos extendidos en los días siguientes, en los cuales se establecen las bases fundamentales de la organización jurídica del nuevo mundo. Estas bases responden, como resulta obvio suponer, no a las características especiales de los territorios –aún desconocidos- sobre los cuales se iban a aplicar, sino que a los principios jurídicos medievales todavía vigentes en Europa y a la escuálida experiencia que en materia de relaciones con pueblos salvajes o paganos se disponía a la sazón: fundamentalmente, con los habitantes de las Canarias y los negros de la costa africana.<sup>84</sup>

Como bien sabemos, Colón descubrió el continente americano en su afán de descubrir una ruta a las Indias por el Occidente. Por ello, en un principio, se creyó erróneamente que los territorios descubiertos formaban parte integrante del Asia –las Indias-. De hecho, una vez que se comprobó que los nuevos territorios constituían en

<sup>83</sup> José Justo Megías, Ob. Cit. Pág. 272.

<sup>84</sup> Alfonso García Gallo, “*Génesis y desarrollo del Derecho Indiano*”, Apuntes de la cátedra de Historia del Derecho, Universidad de Chile. Pág. 1.

realidad un continente distinto, se les llamó Indias Occidentales, para de esa forma diferenciarlas de las Indias Orientales o asiáticas. He ahí el origen del vocablo “indiano”, el cual recibe una aplicación general, vale decir no circunscrita exclusivamente al Derecho. De hecho, el concepto designa toda una época en la historia de la América española, desde su descubrimiento hasta la independencia, y abarca todas sus manifestaciones históricas, como por ejemplo la literatura, el arte, la sociedad, la política y por supuesto, el Derecho indiano.<sup>85</sup>

El Derecho Indiano en consecuencia, puede definirse como “*el conjunto de reglas jurídicas aplicables en Indias, o sea, los territorios de América, Asia y Oceanía dominados por España*”.<sup>86</sup> En América, rigió básicamente desde la época de los descubrimientos (últimos años del siglo XV) hasta el surgimiento del movimiento codificador durante la segunda mitad del siglo XIX.<sup>87</sup>

### II. 2. 2. Elementos formativos del Derecho Indiano.

Dentro del Derecho Indiano se reconocen tres elementos formativos, no todos revestidos de la misma importancia: en primer lugar encontramos las normas creadas especialmente para las Indias, el llamado derecho indiano propiamente tal o derecho municipal; en segundo lugar, el derecho castellano, de aplicación supletoria, a falta de disposiciones especiales; y finalmente, el derecho indígena, propio de los aborígenes.<sup>88</sup>

Planteada ya la configuración tripartita del Derecho Indiano, resulta importante conocer someramente la forma cómo éste se estructuró, fundamentalmente porque esto es lo que nos permite concebirlo como un todo unitario, como un rompecabezas en el cual encajan cada uno de los elementos que lo constituyen. Es en relación a este punto que adquiere relevancia, como lo señala el profesor Bernardino Bravo, la distinción entre derecho común y derecho propio, a la cual haremos referencia a continuación.

El Derecho Común es una creación científica, atribuida a los juristas, que nace, se desarrolla y se extiende a partir de las Universidades europeas a contar del siglo XI hasta el XIX. Tiene como base de su elaboración el estudio de los textos jurídicos romanos y canónicos, y se configura como una respuesta a la hasta entonces insatisfecha necesidad de un derecho de validez general, lo que explica su denominación. Frente a este derecho común, se encuentran numerosos derechos propios, considerados inferiores por su campo de aplicación mucho más limitado, restringido al grupo, lugar, región o reino al cual el respectivo derecho pertenecía.

Esta distinción entre derecho común y derecho propio se aplicó también en Indias, asimilándose el derecho municipal (o derecho indiano propiamente tal) a los derechos

---

<sup>85</sup> Bernardino Bravo Lira, “*Derecho Común y Derecho Propio en el Nuevo Mundo*”, Editorial Jurídica, Santiago, 1989. Pág. 5.

<sup>86</sup> Antonio Dognac, “*Manual de Historia del Derecho Indiano*”. Pág. 1.

<sup>87</sup> Bernardino Bravo, Ob. Cit. Pág. 5

<sup>88</sup> Antonio Dognac, Ob. Cit. Pág. 1.

locales de Castilla, que allí eran parte del derecho propio; debido a ello, se le dio al derecho municipal una aplicación preferente, pues en cuanto derecho propio se encontraba destinado a regular específicamente las nuevas situaciones de carácter jurídico a que la expansión española diera origen.

Dentro de este marco, el rol de Derecho Común en América lo jugó evidentemente el Derecho Castellano, el cual recibía una aplicación supletoria y de carácter general, en todos aquellos casos para los que no existía una norma específica en el derecho propio de Indias. Y esta situación no era de escasa ocurrencia, habida consideración de que el derecho específico de Indias se creó fundamentalmente con el objeto de regular las nuevas cuestiones jurídicas que se suscitaban en los territorios descubiertos, de manera que en un gran número de importantes instituciones, como el matrimonio, la propiedad o las sucesiones, por nombrar algunas, se siguió aplicando íntegramente el derecho castellano, así como también en diversas materias de orden penal y procesal.<sup>89</sup>

Fue Felipe II el primero en brindar reconocimiento oficial al derecho castellano en Indias, mediante la dictación de la ley II del Tít. 1, Libro II, contenida en la recopilación de Leyes de Indias, la cual establece que en todas las causas y pleitos en que no pudieran aplicarse las leyes, cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, se observarán las leyes de Castilla, conforme a las de Toro, en relación no sólo a la sustancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, sino también en cuanto al orden y forma de sustanciar. Profundizando a este respecto, la ley LXVI, Tít. 15, Libro II de 1545, dispone que las audiencias guarden en el conocimiento de los negocios y pleitos civiles y criminales las leyes “*de estos Reinos de Castilla*”, para los casos en que las leyes de Indias no hicieren determinaciones especiales o provean de forma que los delitos no queden sin castigo.<sup>90</sup>

Con respecto al tercer elemento formativo, vale decir, los derechos indígenas, éstos fueron considerados más bien como derechos personales, y por tanto aplicables sólo a aquellos que gozaran de la condición de aborígenes, entendiendo por tal a los miembros del grupo al cual ese derecho pertenece. Su utilización es permitida siempre y cuando no sea contrario al Derecho Natural o a la religión católica, ni atentatorio contra los derechos de la Corona.<sup>91</sup> El reconocimiento del derecho indígena se produce durante el reinado del Emperador Carlos I de España, quien dicta en esa dirección la ley XXII, Título 2, Libro V de 12 de Julio de 1530, a través de la cual manda a los gobernadores y justicias reconocer con particular atención el orden y forma de vivir, policía y disposición de los mantenimientos y avisar a los virreyes o audiencias, así como les ordena guardar “*sus buenos usos y costumbres en lo que no fuera contra nuestra sagrada religión*”.

Vemos así claramente cómo en el nuevo mundo son dos las realidades que se enfrentan, dando cada una de ellas origen a los elementos formativos que, entrelazándose al derecho indiano propiamente tal, creado específicamente para las

---

<sup>89</sup> Bernardino Bravo, Ob. Cit. Págs. 6 y siguientes.

<sup>90</sup> Niceto Alcalá Zamora, “Nuevas reflexiones sobre las leyes de Indias”, Buenos Aires, 1944. Pág. 27.

<sup>91</sup> Antonio Dougnac, Ob. Cit. Pág. 5

Indias, configuran esta trinidad que constituye la estructura misma del Derecho Indiano. Por un lado, el país colonizador, poseedor de un Derecho y una legislación ya elaborados –el de Castilla- y la consiguiente tentación de transplantarlos en bloque para la ordenación de los nuevos territorios. Por el otro, un mundo nuevo, que como era de suponer, tenía una vida propia e independiente antes de la llegada de los colonizadores, que a su arribo se vieron enfrentados a esta realidad desconocida, de incipiente organización y desigual grado de desarrollo. Ello redundó en la existencia de normas de costumbre muy difíciles de desarraigar, por lo que su respeto se hizo conveniente para la potencia colonizadora, en cuanto no fueran contrarias a las bases fundamentales de la nueva civilización que se trataba de imponer y difundir, como a los intereses básicos de la Monarquía.<sup>92</sup>

De lo anteriormente señalado se concluye que efectivamente, no todos los elementos formativos del derecho indiano gozaban de la misma entidad o importancia. Ahora bien, a pesar de lo que la aplicación preferente del derecho municipal podría sugerir, al estar éste destinado a regular nuevas situaciones en nuevos territorios que exigían una organización propia, su carácter fue marcadamente público. Es por ello que el derecho privado fue esencialmente regulado por el derecho castellano, que de esa forma y sin perjuicio de tener un carácter supletorio –y por tanto teóricamente secundario-, fue el de más ordinaria y corriente aplicación en Indias. Esa aplicación seguía un orden de prelación establecido por las Leyes de Toro de 1505, recogidas por la Nueva Recopilación o Recopilación de Leyes de Castilla de 1567, y para alrededor de 1810 era el siguiente:

En primer lugar, se aplicaba la Novísima Recopilación de Leyes de España de 1805; en segundo, la Nueva Recopilación de Felipe II de 1567; en tercer lugar, se aplican las Ordenanzas Reales de Castilla de 1484, también conocidas como Ordenamiento de Montalvo; en cuarto lugar, recibía aplicación el Ordenamiento de Alcalá, de 1348; en quinto, los fueros que aún pudieran estar en uso; y finalmente el Código de las Siete Partidas de Alfonso X, el sabio, promulgado en 1348.<sup>93</sup>

Una notoria e importante consecuencia de todo lo que hemos expuesto es la evidente desigualdad en el desarrollo de las distintas ramas del Derecho dentro del Derecho Indiano. Al transplantarse en Indias un derecho substancial y común como lo era el castellano, que regulaba, como ya dijimos, una serie de instituciones de gran trascendencia y muy ordinaria aplicación, se presenta una casi nula evolución en materia de derecho civil especial. Por el contrario, el derecho procesal sí que presenta altos grados de desarrollo, el que corre en forma paralela a la cada vez más compleja organización de Indias, a la superposición de jurisdicciones y sus conflictos. Nos encontramos también con un Derecho Administrativo especializado, amplio y estimulado, por los constantes descubrimientos de colosales riquezas en los nuevos territorios, hacia el establecimiento de una variada legislación sobre contabilidad y administración de la Hacienda Pública.

---

<sup>92</sup> Niceto Alcalá, Ob. Cit. Págs. 25 a 27.

<sup>93</sup> Antonio Dougnac, Ob. Cit. Pág. 4.

Asimismo, cabe hacer notar la existencia de un derecho canónico singularmente importante –apoyado por la Corona, que veía en la Iglesia una poderosa herramienta de colonización-, consecuencia del Real Patronato.<sup>94</sup> Este tiene su origen en la tesis sostenida por Enrique de Susa, de acuerdo con la cual “*con la venida de Cristo todo cargo y todo principado y todo dominio y jurisdicción, conforme a Derecho y por justa causa, les fue quitado a todos los infieles por Aquel que tiene potestad suprema y no puede errar, y se transfirió a los fieles*”. En base a esta postura, la Corona solicitó a la Iglesia la donación de los territorios de las Indias, solicitud a la que el Papa Alejandro VI accedió a través de una serie de bulas de donación, que encargaban asimismo a los Reyes Católicos de la evangelización de los habitantes (Bulas Intercaetera de 3 y 4 de Mayo de 1493). El derecho canónico indiano, vale decir el creado en Indias, estaba por su parte constituido esencialmente por los cánones conciliares, sínodos, consuetas, autos y decretos episcopales, y era de contenido bastante variado.<sup>95</sup>

### II. 2. 3. El dominio desde el punto de vista estatal.

Si algo caracteriza a las políticas sobre el dominio adoptadas por la Corona española, eso es su manifiesta inspiración en el principio del cumplimiento de una función social en su ejercicio. Estudiamos ya en profundidad el pensamiento de los teólogos y juristas escolásticos que construyeron esa visión de enfoque cristiano de la propiedad, influenciando de manera determinante las doctrinas del estado español al respecto. Dimos también especial atención a las circunstancias históricas que contribuyeron en ese sentido, por lo que nuestra intención es ahora presentar un esbozo de carácter general de la manera cómo esta influencia se hizo sentir en la legislación y en las políticas que la Corona puso en práctica en los territorios descubiertos.

Es importante tener claro que la loable –y genuina- inspiración de carácter espiritual que brindó la Escolástica debió acomodarse a otras influencias de talante más mundano que guiaron también al estado español en la reglamentación sobre propiedad privada que dio a las Indias. En efecto, como imperio en constante expansión que era, con cada anexión de nuevos territorios la maquinaria administrativa del Estado español crecía un poco más, de manera sostenida. Ese tamaño cada vez mayor exigía la inyección de recursos frescos para su funcionamiento, los que la Corona buscó en sus contribuyentes. Mientras más sujetos con capacidad tributaria hubiera en Indias, más serían los recursos para el Estado, el que en consecuencia estableció como prioridad de sus políticas lograr un incremento en su recaudación.<sup>96</sup> Dos fueron en general los mecanismos que se implementaron en esa dirección: el establecimiento de un sistema premial, que incentivaría a los españoles a migrar a las indias, con el consiguiente aumento de población, y la implantación del sistema de encomiendas, que aseguraba a la Corona un

<sup>94</sup> Niceto Alcalá, Ob. Cit. Págs. 30 y 31.

<sup>95</sup> Antonio Dougnac, Ob. Cit. Págs. 201 y 226.

<sup>96</sup> José María Ots y Capdequí, “*España en América, El Régimen de tierras en la Época Colonial*”, Ediciones del Fondo de Cultura Económica, 1° Edición, México, 1959. Pág. 76.

aumento del valor de la tierra mediante su trabajo y al mismo tiempo permitía la recaudación a través del encomendero de los tributos que a los Indios, en su calidad de vasallos de la Corona, les correspondía pagar.

Así entonces, en la regulación de la propiedad privada en Indias, se trató de conjugar ambos intereses, lo que se tradujo en un estatuto que de cierta manera se alejó de las clásicas concepciones romanas generalmente aceptadas –y por lo demás recogidas por el propio derecho castellano, de aplicación supletoria en Indias-, estableciéndose en cambio un régimen en el cual la adjudicación de tierras no brindaba al adquirente el pleno dominio sobre la tierra objeto de la adjudicación.

Ahora bien, ¿por qué la Corona pudo adjudicar las tierras descubiertas a su arbitrio? ¿por qué pudo establecer cargas cuyo incumplimiento podía incluso significar la privación del dominio para el particular? ¿por qué siempre mantuvo esa cuota de soberanía sobre las tierras descubiertas, por mucho que éstas fueran entregadas a los particulares para su uso y aprovechamiento? Porque se trataba de *bienes de realengo*. La corona tenía un derecho primario sobre esas tierras, como claramente lo establece Solórzano: *“fuera de las tierras, prados, pastos, montes i aguas que por particular gracia i merced suya se hallaren concedidas a las ciudades, villas o lugares de las mismas Indias, o a otras comunidades o personas particulares dellas, todo lo demás, de este genero i especialmente lo que estuviere por romper i cultivar, es i debe ser de su Real Corona, i dominio”*<sup>97</sup>

Otro autor confirma al citado jurista: *“Se ha dicho que la Recopilación de Indias organizó la propiedad agraria sobre la base de que todas las tierras de América pertenecerían al Estado como único propietario y que la Ley 14, del Título XII, Libro IV de la Recopilación recoge esta disposición, la que expresa: “por haber Nos sucedido enteramente en el señorío de las Indias y pertenecer a nuestro patrimonio y Corona Real, los baldíos, suelos y tierras que no estuvieren concedidos por los señores Reyes predecesores o por Nos, o nuestro nombre”. La referencia al señorío de las Indias atañe a la soberanía, o en todo caso al dominio eminente del Estado, pero éste pretende la propiedad entendida como institución de derecho privado, y la prueba de ello es que se respeta la propiedad de los indios, lo que fue un principio en esta materia”*<sup>98</sup>

Este dominio Real fue, como nos dice Antonio Dougnac, *“... la concreción de la Soberanía dada por el Papa a los reyes sobre los bienes existentes en Indias. (...)”*. Pero también *“se hizo valer la sucesión del Rey de Castilla respecto de los señores indígenas (...)”*, como indica la ley citada en el párrafo anterior.

Este dominio primordial sobre los bienes situados en Indias, significó a la Corona poder, entre otras cosas, concederlos a los particulares sin que ello significara perderlos, por cuanto no se desligaba de su soberanía. Dougnac considera esto último de gran interés, puesto que *“implica la posibilidad de reafectación de estos bienes (...) si no se*

---

<sup>97</sup> Juan de Solórzano y Pereira. *“Política Indiana”*, Tomo II, Libro VI, Capítulo XI, Ediciones Fundación José Antonio de Castro, Madrid, 1996, Pág. 2406.

<sup>98</sup> José María Mariluz Urquijo *“Régimen de la Tierra en el Derecho Indiano”* Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Lecciones de Historia Jurídica II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1978.

*cumplía con determinados servicios cargas u obligaciones impuestos (...)*.<sup>99</sup> Dichas cargas, establecidas y destinadas a obtener el aprovechamiento, uso y cultivo de la tierra, y por tanto el consiguiente aumento de valor de la misma (todos objetivos evidentemente orientados al bien común), reflejan asimismo la visión católica del dominio como una responsabilidad a la vez que un derecho, cuyo ejercicio debe estar orientado a una función social –reconocida por la Corona- que permita la comunicación a todos de los beneficios que ella supone. De esta manera, quedan claramente graficados los diferentes factores que se conjugaron para configurar la inestabilidad que caracterizó al derecho de propiedad en el derecho indiano, desde la perspectiva estatal.

Esta perspectiva se puede observar claramente también respecto de la propiedad minera y en materia de aguas. Ello se hace particularmente evidente en los párrafos que la *“Política Indiana”* de Solórzano dedica al tema. En materia de minas, señala el jurista indiano: *“más común es que los metales i las minas, o minerales de donde se sacan se tengan por de lo que se llaman regalías, que es como dezir por bienes pertenecientes a los Reyes i Supremos Señores de las provincias donde se hallan; i por propios, i incorporados por derecho, i costumbre en su patrimonio i Corona Real, ora se hallen i descubran en lugares públicos, ora en tierras, i posesiones de personas particulares. En tanto grado, que aunque éstas aleguen, y prueben, que poseen las tales tierras, i sus términos por particular merced, i con cession de los mismos Príncipes, por muy generales que hayan sido las palabras con que se les hizo, no les valdrá ni aprovechará esto, para adquirir, i ganar para sí las minas, que en ellas se descubrieren, si esso no se hallare especialmente dicho i expressado en la dicha merced”*

En relación con la situación específica del Nuevo Mundo, Solórzano consideró que *“más común es que los metales i las minas, o minerales de donde se sacan se tengan por de lo que se llaman regalías, que es como dezir por bienes pertenecientes a los Reyes i Supremos Señores de las provincias donde se hallan; i por propios, i incorporados por derecho, i costumbre en su patrimonio i Corona Real, ora se hallen i descubran en lugares públicos, ora en tierras, i posesiones de personas particulares. En tanto grado, que aunque éstas aleguen, y prueben, que poseen las tales tierras, i sus términos por particular merced, i con cession de los mismos Príncipes, por muy generales que hayan sido las palabras con que se les hizo, no les valdrá ni aprovechará esto, para adquirir, i ganar para sí las minas, que en ellas se descubrieren, si esso no se hallare especialmente dicho i expressado en la dicha merced”*<sup>100</sup> El mismo autor nos dice que el oro que se encontrase en los ríos o en las vertientes era considerado regalía, a pesar de que otros autores sostienen que según el derecho de gentes el oro es de todo el que lo halla. Esta cuestión fue resuelta por Real Cédula de 5 de Febrero de 1504, en la que claramente se advirtió que la Corona lo consideraba regalía, constituyendo una de las primeras disposiciones dictadas especialmente para la Indias, por la cual se ordenó, de acuerdo a Solórzano *“que todas las minas fuesen comunes, i a todos se les permitiesse buscarlas, catearlas, i labrarlas, donde quiera que las pudiesen hallar, i aun fuesen*

<sup>99</sup> Antonio Dougnac R. *“Manual de Historia del Derecho Indiano”*, Págs. 290 y 291.

<sup>100</sup> Juan de Solórzano y Pereira, *“Política Indiana”*, Ediciones Fundación José Antonio de Castro, 1998, Libro VI, Capítulo I. Pág. 2369.

*alentados a esto con grandes premios que se les prometiessen por los oficiales Reales..., con la condición que huviessen de pagar, i pagassen precisamente al Rey la quinta parte de todos los metales, que sacassen, i beneficiassen”...“excepto en algunos minerales nuevos o menos ricos, a cuyos trabajadores se les suele hazer merced, de que en lugar del quinto, paguen solamente la décima o vicésima parte”. Debía pagarse este “Quinto” en beneficio del patrimonio Real, sobre todos los metales que se “cogieren o sacaren de cualquier provincia o lugar”... “sin descuento de costas, gastos, o expensas de ningún género que ayan hecho, en sacar i beneficiar los dichos metales, por muchos que sean”.*

Respecto de las aguas, de la misma forma en que la Corona consideró las tierras y las minas como parte de su patrimonio, entendió que también las aguas formaban parte de éste, otorgándoles en consecuencia el mismo carácter de “regalía”. La doctrina apoyó también la noción de que las aguas constituían bienes de realengo y la tesis del dominio eminente que en consecuencia la Corona tenía sobre ellas. Solórzano, en el Capítulo XII de su obra “*Política Indiana*”, denominado “*De las Tierras, Aguas, Montes y Pastos de las Indias y derecho que tiene a ellas y en ellas la Real Hacienda*” así nos lo da a entender, al establecer que: “*Nos es digno de menor consideración otro derecho que compete y está reservado los reyes y soberanos señores por razón de la suprema potestad de sus reinos y señoríos, conviene a saber, el de las tierras, campos montes, pastos, ríos y aguas públicas de todos ellos. El cual obra que todas estas cosas, en duda, se entienda y presuma ser suyas e incorporadas en su Real Corona, por lo cual se llaman de realengo*”

<sup>101</sup> Esta suprema potestad está justificada por el jurista al existir “(...) *leyes expresas del derecho de nuestro reino en las Partidas y en la Recopilación, donde se da por razón: que este es ganado por los Reyes por respeto de la conquista que hicieron de la tierra*...” “*Y recogíendome Yo a lo que toca a las Indias, hallo que esta misma regalía tienen nuestros gloriosos Reyes en ellas, en tal forma que fuera de las tierras, prados, pastos, montes y aguas que por particular gracia y merced suya se hallaren concedidas a las ciudades, villas o lugares de las mismas Indias, o a otras comunidades o personas particulares de ellas, todo lo demás de este genero y especialmente lo que estuviere por romper y cultivar, es y debe ser de su Real Corona y Dominio.*”<sup>102</sup>

### **II. 2. 4. El dominio desde el punto de vista privado.**

El derecho indiano propiamente tal, como ya tuvimos ocasión de explicar, estuvo básicamente destinado a regular las nuevas situaciones que se fueron produciendo en los territorios, a medida que éstos eran descubiertos, y la presencia española comenzaba a consolidarse. Ello redundó en que su carácter fuera más bien público, de manera que la regulación de instituciones de carácter privado cuya aplicación ya era general en Castilla, fue en Indias la misma que en Castilla, por la vía del la aplicación supletoria en el nuevo mundo del derecho castellano. En consecuencia, el estudio del dominio desde el punto de vista privado en Indias debe remitirse a las fuentes de ese derecho que tuvieron vigencia en Indias.

---

<sup>101</sup> Solórzano y Pereira, “*Política Indiana*”, Libro VI, Cap. XI, Pág. 2401.

<sup>102</sup> *Ibid.* Pág. 2402.



La concepción castellana del dominio privado se encuentra contenida fundamentalmente en las Partidas, que lo definía como el “*derecho de disponer de una cosa, según su arbitrio, si no lo impide la ley, la voluntad del testador, o alguna convención*”. Las cosas, según las Partidas, admitían una división en cinco categorías, a saber: a) Cosas comunes a las bestias y todas las criaturas que viven, para poder usar de ellas también como a los hombres, por ejemplo el agua de las lluvias, el aire, el mar y sus riberas, etcétera; b) Otras cosas que pertenecen sólo a los hombres, como los ríos, puertos y caminos públicos, los que pertenecían en forma comunitaria a todos; c) Fuentes, ríos, montes y otros lugares similares de ciudades y villas, susceptibles de ser utilizados por cualquiera que morara en ellas; d) Cosas de propiedad privada de alguna persona o ente, tales como colegios o universidades; y e) Cosas sagradas, religiosas y santas. Básicamente, cosas destinadas al culto.

Paralelamente, las Partidas contemplaban también la división entre cosas corporales e incorporales, y entre aquéllas la de bienes muebles e inmuebles.

Finalmente, consignemos que las Partidas, junto con definir el dominio, establecían asimismo una serie de modos de adquirirlo, dentro de los cuales se encontraban la ocupación (respecto de animales fieros o salvajes, piedras preciosas u otras semejantes encontradas en la ribera del mar, y cualquier género de cosas raíces o muebles que hubiesen sido abandonadas por sus dueños con la intención de que ya no fueran suyas), la tradición o entrega (en virtud de justo título para transferir la propiedad), la accesión, la posesión de buena fe (respecto de los frutos de la cosa poseída), y la prescripción o usucapión que cumpliera con los requisitos de buena fe, justo título, posesión continuada, que la cosa no fuera viciosa y transcurso de tiempo tasado por la ley.<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> José María Ots Y Capdequi “*Instituciones*”, Salvat Editores, 1º Edición 1959, Madrid, España. Págs. 323 y siguientes.



# CAPITULO SEGUNDO: LA PRECARIEDAD DEL DOMINIO EN INDIAS.

## **I. Sección Primera: La Propiedad de las Tierras. Legislación Aplicable.**

La regulación jurídica de esta materia tuvo una fisonomía bastante particular, debido a diversos factores. Ya hemos expuesto con anterioridad al introducir nuestro trabajo, cómo la normativa española sólo tuvo aplicación supletoria a la legislación elaborada especialmente para América. Otro fenómeno de importancia al cual ya nos referimos, y que se encuentra en directa relación con el tema de la propiedad consistió en que la Corona muchas veces se limitó a trasladar a los nuevos territorios instituciones como el Cabildo o las Reales Audiencias, creadas para la realidad de la Península, los que en la práctica sufrieron numerosas modificaciones con el objeto de adecuarlas al escenario americano, histórica y geográficamente distinto.

Nos remitiremos sobre esta materia a lo expresado en la sección segunda del capítulo primero <sup>104</sup>; sin perjuicio de ello, podemos indicar a modo de repaso, que en

cuanto al derecho aplicable a las relaciones privadas en América: 1.- Los problemas relativos a la población indígena, la colonización y conquista de nuevos territorios, fueron regulados por normas dictadas especialmente para las Indias, ya que por tratarse de asuntos que por primera vez se presentaban, éstos eran resueltos por normas aisladas que resolvían específicamente el problema; 2.- En cuanto a las relaciones entre pobladores españoles era posible la aplicación de leyes nacionales, que tenían un carácter supletorio; y 3.- La costumbre gozaba de gran importancia, siempre y cuando no fuera opuesta a la legislación dada por Castilla.

### **I. 1. Origen y Fundamento de los Repartimientos gratuitos.**

---

Una vez establecido el régimen normativo aplicable, específicamente en relación con el tema que nos ocupa, debemos señalar que todo dominio privado sobre las tierras americanas necesariamente derivaba de una gracia o merced Real de la Corona Castellana la que solamente constituía una expectativa de dominio para el beneficiado con ella, por lo que se trataba solamente del germen de un dominio precario, que se perfeccionaba únicamente si se cumplían ciertas condiciones. Lo anterior, en razón de que las Indias se consideraban parte del patrimonio del Estado y en ningún caso bienes personales de los monarcas, sino que de *regalía*.

En primer lugar, la constitución de la propiedad territorial española derivó de concesiones de tierras estatales inicialmente gratuitas, las llamadas *mercedes de tierras*, las que pueden ser definidas como “*un acto administrativo, expresado en un documento oficial, por el cual se cedían a un particular o a una comunidad determinada tierras afectadas a ciertos servicios, cargas u obligaciones, cuyo incumplimiento ocasionaba la resolución de la cesión. El derecho mismo también se denominaba merced*”.<sup>105</sup> Al respecto, comenta Mario Góngora: “*No es posible asimilar la merced a un mero usufructo, ya que se involucra en la posesión y en la toma de posesión posterior el animo de ejercer propiedad plena sobre la tierra así otorgada. No se trata de usufructo, sino de una propiedad peculiar a una ordenación colonial en proceso de constitución*”.<sup>106</sup> Frente a estas entregas la propiedad indígena preexistente, subsistió como veremos más adelante y se la calificó de intangible.

La regalía se utilizó para fomentar la población, y fue base de la propiedad territorial de entonces, sin embargo, y como un claro reflejo de la filosofía escolástica imperante el sistema colonial impone el establecimiento de ciertas condiciones, y respeto de los derechos de los demás, para adquirir la propiedad. Para lo cual Corona debe dictar numerosas normas especiales, cuyas primeras manifestaciones se producen, por ejemplo, en las Capitulaciones de descubrimiento, conquista y nueva población; en

<sup>104</sup> V. Supra. II. 2. 3. “El dominio desde el punto de vista estatal en Indias.”

<sup>105</sup> A. Dougnac, “*Manual de Historia del Derecho Indiano*”, Pág. 292.

<sup>106</sup> Mario Góngora. “*El Estado en el Derecho Indiano. Epoca de Fundación 1492-1570*”, Instituto de Investigaciones Histórico – Culturales, Facultad de Filosofía y Educación Universidad de Chile. Santiago, 1951. Pág. 151.

Instrucciones y Reales Cédulas. Esta práctica que tuvo como principal consecuencia la existencia de un derecho de dominio bastante precario y de ejercicio limitado a causa de su condicionalidad.

Las mercedes de tierras podían ser clasificadas en: *Urbanas*, en cuyo caso se hacía cesión de un terreno en el casco de la ciudad, su extensión era generalmente de un cuarto de solar y las cargas a las que era afectada eran construir, cercar, no transferirla a comunidades religiosas o personas eclesiásticas y cumplir con las ordenanzas municipales correspondientes; y, *Rurales*, *Chacras* o *Chácaras*, éstas eran porciones de tierra de extensión regular, cercanas a villas o ciudades, destinadas al abastecimiento de frutas, verduras y hortalizas. En este caso para consolidar la propiedad era necesario que la tierra fuera labrada; un periodo de generalmente cuatro años de residencia, y por último que con el otorgamiento de la merced no se perjudicara el derecho de los aborígenes. Dentro de esta clasificación encontramos también las *Estancias*, que eran porciones de tierra más extensas, cedidas para su explotación agrícola o ganadera, y sujetas a las cargas propias de las estancias rurales.

En cuanto a cómo, cuándo y por qué la Corona realiza estos repartimientos gratuitos a sus vasallos, podemos decir que estas asignaciones se produjeron junto con el arribo de los primeros españoles al Nuevo Mundo, así lo confirma Solórzano al afirmar que *“aunque en los principios de los descubrimientos y poblaciones de las provincias de las Indias, como eran tantas en todas partes las tierras, montes, aguas y pastos, y tan pocos los españoles que pudieran aprovecharse de sus frutos, intereses y granjerías, se tuvo en poco el derecho de esta “regalía” y se permitió que los Gobernadores y los Cabildos de las ciudades las pudiesen repartir y repartieren a su voluntad entre los vecinos que por bien tuviesen, como consta de muchas cédulas y ordenanza.”*<sup>107</sup>

En respuesta al porqué de los repartimientos podemos decir en primer lugar, que de acuerdo a la doctrina entonces imperante fue entendido que las tierras americanas pertenecían a la Corona de Castilla<sup>108</sup> y su descubrimiento se produjo gracias a sus vasallos. Sin embargo, los monarcas sólo patrocinaban estas empresas, no entregaban ningún tipo de apoyo financiero para su realización y todo el riesgo era de cargo del explorador; por lo tanto, una de las formas de premiarlos y compensarlos era mediante la entrega de posesiones en los terrenos encontrados. Un segundo motivo para los repartimientos gratuitos fue que la Corona debía procurar la subsistencia de las personas que llegaban a poblar los nuevos territorios. Esta razón tuvo un fundamento práctico, pues durante este periodo la tierra no tenía un gran valor económico y el interés por una rápida población superaba el de pedir un precio, y al mismo tiempo se encontraba influenciado por la filosofía escolástica, que sostenía que las cosas temporales fueron creadas por Dios para la conservación y sustento del hombre, a quien como criatura

<sup>107</sup> Solórzano y Pereira. Ob. Cit. Pág. 2403.

<sup>108</sup> Por Real Cédula de 1591 la Corona declaraba que eran de su *“Patrimonio y Corona Real en señorío de los baldíos, suelo y tierra...”* agrega que era su voluntad el que con ellos se recompensara y favoreciera a las ciudades y a los habitantes, tanto indios como españoles. José María Ots Capdequí, *“El Derecho de Propiedad en nuestra legislación de Indias”* Anuario de la Historia del Derecho Español, Págs. 49 a 168, Tomo II, Madrid 1925.

racional, y por tanto superior de la creación, se subordinan las demás criaturas. Por lo mismo, el derecho de usar las cosas por parte del hombre es de carácter natural, en consecuencia, era de fundamental importancia que la tierra fuera trabajada, y la única forma de que eso sucediera fue distribuyéndola. En definitiva, la Corona no sólo velaba por los intereses de sus súbditos sino que también por los propios, puesto que el cultivo de la tierra aumenta su valor y genera asentamientos humanos, los que fueron bastante útiles a España para reafirmar su soberanía en América y procurar la evangelización de los naturales, cuestión que tanto preocupaba a los Reyes Católicos.

### **I. 2. Instrumentos que pueden originar una merced de Tierras.**

---

Estudiaremos a continuación las diversas fuentes de las mercedes de tierras; empezando por las Capitulaciones.

#### **I. 2. 1. Capitulaciones.**

Jurídicamente la capitulación fue el punto de partida de toda empresa de descubrimiento, conquista o población. Ella era siempre necesaria y nadie podía proceder sin esta autorización, a pesar de que muchas veces en la práctica, el descubrimiento precedía a la capitulación. Bastante acertada es la definición de este instrumento que encontramos en la obra de Rafael Diego Fernández "*Capitulaciones Colombinas 1492-1560*"; de acuerdo con este autor, se trataría de un "*título jurídico que legitimó la acción de las expediciones españolas en el Nuevo Mundo, se hacía constar solemnemente en una escritura, cuya fe se encomendaba a un escribano público. En ella se asentaba, estructurado en capítulos, el acuerdo de voluntades, que en forma de derechos y obligaciones recíprocos pactaban con la Corona, o con sus legítimos funcionarios por una parte*"<sup>109</sup> y por la otra uno o varios particulares, por sí o por interpósita persona, para organizar una expedición que en la mayoría de los casos tenía por objeto conquistar, descubrir, rescatar, poblar y/o pacificar".<sup>110</sup> Podríamos decir entonces que se trataba de contratos, innominados y de derecho público, en los cuales se estipulaban los beneficios que la empresa reportaría a las partes en caso de que esta se realizara con éxito, y cuyo formato evolucionaba, de acuerdo a las nuevas exigencias que se presentaran a los capitulantes en sus expediciones.

Asimismo era bastante frecuente que el descubridor, luego de haber capitulado con la Corona asociara otras personas a la empresa, como banqueros, generalmente de nacionalidad alemana o genovesa. En ese caso debía celebrarse un nuevo Asiento o Capitulación, llamado *de Compañía* que fijaba nuevamente la proporción que correspondiente a los contratantes en los gastos y beneficios que pudieran producirse.

Fue así entonces, que todas estas empresas se materializaron gracias a recursos de

<sup>109</sup> Su celebración, como nos cuenta Pinelo era una atribución regia delegada por el monarca en la Casa de Contratación, Consejo de Indias, Audiencias y Virreyes, entre otros (cuando eran celebradas en Indias debían ser ratificadas por el Concejo.

<sup>110</sup> Rafael Diego Fernández "*Capitulaciones Colombinas 1492-1506*" Ediciones El Colegio de Michoacán, México, 1987, Págs. 291, 292.

particulares, limitándose la Corona sólo a patrocinarlas con su autoridad, sin que intervinieran recursos del Tesoro Público. No obstante, lo anterior en ningún caso significó que estas incursiones tuvieran un carácter privado, pues en todo momento el estado se hizo presente: transmitiendo a los jefes jurisdicción, fijando objetivos, configurando las expediciones, y regulando la organización de las tierras por conquistar, cuestión que se acentúa aún más al percatarse la Corona de los excelentes resultados obtenidos ya en las primeras excursiones; a pesar de lo anterior la nobleza de la época miró con recelo lo que consideró como descabelladas y quiméricas aventuras, por lo que estos empeños fueron ejecutados principalmente por las clases populares, por hidalgos desposeídos de sus bienes a causa de los mayorazgos, y por algunos enriquecidos comerciantes y armadores de buques que vieron en los nuevos territorios la posibilidad de mejorar y acceder a riquezas con las que en Europa no podían siquiera soñar.

### **I. 2. 1. a. Contenido de las Capitulaciones.**

Aquí encontramos otra manifestación del carácter señorial que tenían estos documentos, pues la Corona podía variar su contenido unilateralmente. Es preciso señalar que los Monarcas españoles no siempre siguieron la misma doctrina a la hora de otorgar estos documentos, por ejemplo, la primera capitulación (entre Colón y los Reyes Católicos en 1492), no tuvo casi nada que ver con las que se realizaron con posterioridad. Se consideró una equivocación por parte de los Reyes Católicos que ésta fuese tan amplia e incluso vaga en aspectos de muchísima importancia lo anterior como consecuencia de que este proyecto era bastante incierto, como incierto era el territorio sobre el cual se extendería su autoridad.<sup>111</sup> A pesar de que una vez en tierras americanas Colón entra en efectiva posesión de sus títulos - lo cual incluso es confirmado por los Reyes Católicos el 28 de mayo de 1593 - ya durante el segundo viaje fue posible observar que los monarcas y Colón daban interpretación distinta a los títulos y privilegios concedidos. Aquéllos pretendían conservar su libertad para descubrir y comerciar en las Indias y el Almirante pretendió tener el derecho exclusivo de hacerlo. Unos y otros fundamentaban sus interpretaciones en razón de la redacción poco precisa de las capitulaciones.<sup>112</sup> De ahí que a los siguientes expedicionarios se les concedió, la mayoría de las veces, lo estrictamente necesario.

Generalmente las capitulaciones, luego de indicar sus objetivos principales (descubrir, conquistar<sup>113</sup>, pacificar, evangelización de los naturales) enunciaban una serie de principios, garantías e instituciones de derecho, y obligaciones de naturaleza

---

<sup>111</sup> Encontramos un claro ejemplo en relación con los títulos otorgados a Colón, entre otros, recibió el de Almirante de todas las islas y tierra firme que descubriera “*por el mar Océano (...)*” para él y sus herederos a perpetuidad; además fué Visorrey y Gobernador General de las islas y tierras firmes que descubriese...

<sup>112</sup> Alfonso García Gallo, “*Orígenes de la Administración Territorial en Indias*” Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, publicación del Anuario de Historia Español, Madrid, 1944.

<sup>113</sup> En la campaña de conquista se autorizaba a una expedición armada para penetrar entre los indios para obtener su sumisión al Rey, la que aún no ha sido otorgada. M. Góngora Ob. Cit. Pág. 93.

política, fiscal o civil, contraídas por el capitulante y la Corona, las que bien podemos considerar como obligaciones simplemente naturales, puesto que no daban acción para exigir su cumplimiento.

A continuación se enumeraban las concesiones que hacía la Corona, las que constituían una numerosa fuente de privilegios para el descubridor, como la concesión de oficios públicos con jurisdicción. También se le entregaban rentas, derechos, posesiones y se le facultaba para repartir tierras y solares entre sus acompañantes, como vemos en esta Capitulación a Xoan de la Cassa, de 14 de Febrero de 1504: *“que abiendo poblado... vos podays venir quando quysiéredes, libremente a estos Nuestros Reynos, sin que nos sea puesto ympedimento alguno, e podays vender e arrendar las eredades e casas que allá thobiéredes”*.

Sin perjuicio de estas amplias facultades, existían algunas limitaciones, puesto que estos repartimientos no podían efectuarse sin considerar los derechos de los indígenas sobre sus tierras; es así como las instrucciones entregadas a los conquistadores establecen claramente que aquéllos territorios no deben repartirse a los peninsulares, por ejemplo a Fernando Cortés se le encarga proceder *“sin perjuicio de tercero”*, y a Francisco Pizarro *“guardando en ello la orden y moderación, que tenemos mandado guardar en semejantes repartimientos”*.<sup>114</sup> Con el tiempo en las Capitulaciones se insertan leyes sobre el buen tratamiento de los indios que el descubridor o poblador se compromete a cumplir. Tampoco se concedía jurisdicción sobre los habitantes de las tierras repartidas, ni se concedían derechos sobre la propiedad de las minas que en estos repartimientos pudieran existir.

Sin embargo, por más extenso que resultare el documento que contenía la Capitulación, éste siempre dejaba materias por resolver –una vez más nos encontramos con el casuismo característico del Derecho Indiano–, pues cada Capitulación buscaba solucionar las necesidades específicas del expedicionario que la solicitaba, por lo que siempre quedaban lagunas que no resolvían los problemas que se presentaban. Por esto es necesario revisar toda la documentación adicional, como leyes, reglamentos y decretos que complementaban este instrumento, que no eran despachados al capitulante en lo personal, pero que por supuesto tenían relación con su empresa, como las cédulas que nombraban a las distintas autoridades que en representación del Rey fiscalizarían las acciones del descubridor, poblador o pacificador, según el caso.

### **I. 2. 1. b. Las Capitulaciones como justo título para adquirir la propiedad.**

En relación con la propiedad de la tierra, las Capitulaciones eran consideradas como un título originario para que el capitulante pudiese adquirirla; siempre y cuando su empresa concluyera con éxito.

Por otro lado la conquista significaba la ganancia de tierras para el Rey y este a su vez adquiría tácitamente el compromiso de recompensar en esas tierras a quienes la habían ganado para él. De esta forma la capitulación también actuaba como título para

---

<sup>114</sup> Antonio de León Pinelo. *“Tratado de Confirmaciones Reales”* (1630). Biblioteca Argentina de libros raros americanos. Parte I, Cap. I, Núm.12. Facultad de Filosofía y Letras, Instituto de Investigaciones Históricas. Buenos Aires, 1922.



adquirir la propiedad en cuanto el descubridor o fundador, según correspondiera, estaba facultado para distribuir territorios entre sus acompañantes, de acuerdo a sus méritos y servicios prestados, lo que debía ser calificado por el capitulante, quien era el que en definitiva realizaba la distribución al formar una nueva población, procediendo de acuerdo a lo ordenado por la Corona, efectuando repartimientos de la forma más equitativa posible “según fuere lo que nos hubiere servido y la condición y calidad de su persona” y “que a todos quepa parte de lo bueno e de lo mediano e de lo menos bueno”. Esta forma en que se le ordenaba actuar al expedicionario fue fruto de la influencia escolástica, que una vez más, se hizo sentir en la regulación indiana del dominio, esta vez desde el punto de vista que en su momento se denominó como “el aspecto moral de la propiedad”, pues se observa una clara relación entre esta disposición que ordena una distribución equitativa de las tierras y el postulado de Vitoria, quien, basado en las escrituras, considera que la propiedad privada es lícita a los cristianos, pero no la acumulación de riquezas de manera egoísta. Por ello, como ya lo señalamos al tratar a dicho autor, nadie podía ser propietario hasta un punto en que no compartiera con los más necesitados sus riquezas.

Vista esta política desde un ángulo más terrenal, la convicción del derecho a recibir mercedes se encontraba profundamente radicada en el sentir no sólo del jefe de la expedición, sino que en todos sus acompañantes, puesto que el hecho de que el Rey entregara mercedes a quienes le servían bien en la guerra o a sus hijos en caso de muerte, era un principio consuetudinario incluso recogido en las Partidas, y que muchas veces adquirió fuerza jurídica propia, independiente de la capitulación. La monarquía aceptó su deber de dar premios al jefe de expedición o a sus acompañantes, previa verificación de la efectividad de los servicios prestados por los conquistadores, quienes debían levantar “*probanzas testimoniales*” de sus servicios para autentificar sus antecedentes. Estas informaciones contenían todos los hechos que constituían al respectivo vecino en “*buen*” conquistador o descubridor o poblador.

En última instancia estos testimonios también podían ser presentados ante el Consejo de Indias para reclamar su recompensa en los casos en su derecho no fuera reconocido por el jefe o éste no los hubiere recompensado lo suficiente.<sup>115</sup>

De esta forma las primeras capitulaciones que se celebraron efectuaban al titular de

---

<sup>115</sup> Consistían estas probanzas en la enumeración de todos los hechos del respectivo vecino, lo que lo constituía en un “*buen*” descubridor, conquistador o poblador. En caso del conquistador, figuraba en primer lugar el hecho de haber sido conquistador de la tierra, haber venido a su propia costa, y haber traído compañeros armados, yanacones y esclavos que han colaborado en ganar el dominio de la provincia; se enumeraban las jornadas de guerra en que hubiera participado; la sustentación que ha dado a sus indios encomendados; las construcciones realizadas, como barcos molinos o industrias; el buen tratamiento a los indios, etc. Esta enumeración era muchas veces determinada por la legislación real, la que también asignaba su valor. A partir de 1528, con el objeto de evitar el abuso de las pruebas testimoniales, y disminuir la fuerza de las pretensiones alegadas, se exigió además el parecer de la justicia del lugar; con posterioridad se dispuso que la audiencia debía confeccionar una información de carácter secreto y remitir un parecer adjunto siempre que algún vecino así lo pidiese ante el Consejo; en 1561 se ordena que este parecer de la audiencia contenga además la opinión del fiscal sobre los méritos y defectos del interesado, y una lista de oficios y mercedes ya recibidas; para 1562 se ordena llevar un libro de servicios y mercedes en cada provincia. Mario Góngora Ob. Cit. Págs. 188 a 190.

la misma y a sus acompañantes extensas concesiones de tierras con cierta imprecisión y a título gratuito. Al estudiar la doctrina de los pensadores escolásticos, específicamente a Santo Tomás, analizamos las dos aristas del dominio que este autor distinguía: la “*potestas procurandi et dispensandi*” y la potestad de uso que a todos los hombres correspondía por derecho natural. La visión moralista del dominio que nos da Santo Tomás, implica un alto grado de responsabilidad del dueño (la Corona), quien podrá afectar una cosa al uso personal mediante una decisión basada en un juicio distributivo.<sup>116</sup> Esta doctrina se ve reflejada en las políticas de reparto de tierra que la Corona aplica en las capitulaciones; en efecto, sabemos que las tierras eran consideradas bienes de realengo, y por tanto, de propiedad de la Corona. De acuerdo con esta filosofía, la propiedad privada es concebible únicamente respecto de la potestad de gestión y distribución, mas no de la de uso, la que, como ya señalamos, corresponde a todos los hombres por igual, para la satisfacción de sus necesidades. Esto es justamente lo que la Corona hizo al facultar al capitulante para repartir de manera gratuita entre los miembros de la expedición las tierras descubiertas: qué es ello sino una administración de los bienes de la Corona en orden a la comunicación del disfrute de los mismos, no sólo con un afán de recompensar los servicios prestados, sino con el de brindar a sus vasallos los medios de subsistencia que por derecho natural les corresponden. En el mismo sentido y distinguiendo también las dos potestades del dominio (gestión-distribución y uso), Vitoria reconocía la licitud del uso de las cosas temporales por parte del hombre, con el fin de sustentarse a sí mismo. He ahí la segunda de las potestades tratadas por Santo Tomás, aplicadas en la regulación y en la práctica jurídica indiana respecto del dominio. Una vez afianzada la conquista, España revisa su política sobre las tierras americanas, deja de entregar grandes extensiones de tierra a título gratuito y las Capitulaciones dejan de ser un modo para adquirir la propiedad.<sup>117</sup>

### **I. 2. 1. c. Limitaciones. Mecanismos de Impugnación.**

El dominio adquirido sobre la tierra, tanto en la situación del capitulante como en el caso de las personas a quienes éste efectuaba un repartimiento, presentaba ciertas peculiaridades, puesto que aunque materialmente podían ejercerse todas sus facultades desde el mismo momento de su adquisición, jurídicamente se trataba de un derecho sujeto a condición resolutoria, que podía por lo tanto extinguirse en caso de que su titular no cumpliera con ciertas obligaciones impuestas por la Corona.

El primero de estos requisitos fue la confirmación de la merced, trámite que desde un punto de vista netamente legal se hizo con el tiempo imperativo, no obstante, en la vida práctica tuvo muy poca aplicación. Aunque más adelante trataremos esta confirmación real con mayor detención, en el caso que no ocupa nos la encontramos exigida al titular de la capitulación: éste adquiriría propiedades en los territorios descubiertos, poblados o

---

<sup>116</sup> V. Supra II. 1. 2. c. Sto. Tomás de Aquino (Doctor Angelicus).

<sup>117</sup> La última Capitulación fué celebrada entre la Corona y Quintanilla para descubrir el paso del Mar del Norte al Mar del Sur en 1565. Milagros del Vas Mingo. “*Las Capitulaciones de Indias en el Siglo XVI*”, Ediciones Cultura Hispánica, Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1986. Pág. 56.

pacificados según el caso, una vez que su empresa concluía con éxito; pero no debemos olvidar que este dominio privado derivaba necesariamente de una concesión hecha por la Corona de Castilla. Todo lo anterior era materialmente consignado en el documento de la Capitulación, pero para consolidar la posesión adquirida a partir de este acto regio, la merced debía ser confirmada. Esta especie de ratificación solemne podía hacerse dictando una Real Cédula como ocurrió en el caso de Hernán Cortés, a quien el 1º de abril de 1529 se le ratificó la propiedad de tierras, casas y solares que ya estaba poseyendo en los siguientes términos: *“Sin perjuicio de terceros, sin agravio de los lugares que vos solíades tener e quedan para Nos que no han de caer en el repartimiento...”*.<sup>118</sup> En consecuencia, la confirmación en estos casos, si es que la había (pues aún no era en esta etapa un requisito legal para la consolidación de la propiedad), se producía siempre con efecto retroactivo y respecto de terrenos de los que ya se estaba en disfrute, por lo que no tuvo mayor relevancia como motivo para impugnar la adquisición de la tierra, o para considerarla un limitante en el ejercicio del derecho en estos primeros tiempos.

En relación con los repartimientos efectuados a los miembros de la expedición, vimos que estas entregas como nos informa León Pinelo, en su *“Tratado de Confirmaciones Reales”* debían también cumplir con el trámite de la confirmación real como requisito de validez pues este autor indica que *“por gracia i merced en remuneración de servicios i por modo de cavallerias y peonías, se ordenó que se llevase confirmación del Rey dentro de año i medio”*.<sup>119</sup>

Además, de tener la Corona que ratificar la correspondiente asignación, debía el titular de la merced recibida de esta forma, cumplir con determinados deberes cuyo objeto era evitar que la tierra fuera un factor de especulación en vez de arraigo. De acuerdo con el orden jurídico colonial, estas condiciones eran acentuadas según el caso, puesto que obedecían al bien común, concepto que se hacía presente en momentos de dificultad como la falta de espacio o de alimentos y la abundancia de pleitos.<sup>120</sup> A la sazón en caso de incumplimiento el capitulante podía considerar el terreno como vacante y reasignarlo: nos encontramos aquí con otro medio, junto a la confirmación, para impugnar la propiedad y una clara limitación a ésta.

Otra de estas obligaciones a los que nos referimos era la de mantener la vecindad, vale decir, se exigía residir durante cierto lapso de tiempo en el lugar en que se hubiera efectuado el repartimiento. Este plazo variaba según las disposiciones dictadas para regular las concesiones efectuadas por capitulación. Así, por real cédula de 1497 dirigida a Colón se señalaba un plazo de cuatro años.<sup>121</sup> En Nueva España, Perú, y en Río de la Plata, por cédulas emitidas los años 1523, 1534 y 1546, respectivamente, el plazo fue de

---

<sup>118</sup> Colección de documentos inéditos del Archivo de Indias, Tomo XII, Pág. 376.

<sup>119</sup> J. M. Ots y Capdequí *“España en América, El Régimen de tierras en la Época Colonial”*. Pág. 43.

<sup>120</sup> M. Góngora. Ob. Cit. Pág. 153.

<sup>121</sup> Recopilación de Leyes de Indias, Ley 1, Título XII, Lib. IV.

cinco años.

Las Ordenanzas de 1573, por su parte, ordenaron la construcción de edificios, el cultivo de tierras de sembradío y la crianza de ganado en tierras de pasto, como requisito para consolidar el derecho del titular de la merced. También se impuso que los lindes fueran plantados para separar las tierras y la ratificación de estos deslindes por lo propietarios colindantes.<sup>122</sup> La *“Recopilación de Leyes de Indias”* fijaba un máximo de tres meses para tomar posesión de la merced, lo que se hacía trasladándose al lugar, cortando ramas o arrancando hierba, de lo que daba fe el escribano o justicia asistente.<sup>123</sup> Sustentada la vecindad por el periodo indicado y una vez cumplidos los requisitos, el dominio quedaba perfeccionado y el título permitía disponer de la tierra como dueño. Todas exigencias, sin embargo, ¿tenían aplicación efectiva? ¿Se castigaba a quienes abandonaban la tierra? Hermandarias, citado por Mariluz Urquij, en carta al Rey del año 1607, contesta estas interrogantes al informar que ha dado por vacos los solares no edificadas y los ha vuelto a repartir a los vecinos que se los han solicitado fijándoles un termino para edificar.<sup>124</sup>

En cuanto a la calificación jurídica de estos requisitos impuestos por el legislador para consolidar la propiedad adquirida en esta forma, podría pensarse que se trataba de condiciones suspensivas: la propiedad no se consolidaba definitivamente en el patrimonio del titular hasta que éste no cumplía con los deberes impuestos por la Corona (vecindad, toma de posesión material, etc.), entendiéndose que el derecho no nacía hasta entonces... No obstante, un análisis más detenido del asunto nos lleva a otra conclusión: la diferencia fundamental entre la condición suspensiva y resolutoria radica en que en la primera, el derecho no ha nacido aún. En la resolutoria, en cambio, el derecho se origina, pero sujeto a la posibilidad de extinguirse por el cumplimiento de la condición, y este es justamente el caso que nos ocupa, pues en todo momento desde la asignación de la merced, existió un germen de derecho, cuya consolidación dependía de si el titular cumplía con las obligaciones asignadas, en caso contrario simplemente lo perdía, como ocurre en toda condición resolutoria positiva.

Por último, nos encontramos con que todo repartimiento debía respetar la existencia de derechos de terceros, españoles o indios; esta cuestión que ya hemos tratado y que constituye una constante en la materia, puede ser fundamentada considerando dos aspectos, el filosófico y jurídico. Desde el primero de ellos, es necesario recordar la doctrina de Santo Tomás respecto de la potestad de uso de los bienes, a la cual ya hicimos referencia un poco más atrás, y sobre todo, la posición de Francisco de Vitoria, para quien es de derecho natural la facultad del hombre de usar y abusar de las cosas, justamente con tal de que no se dañase a los demás, o se les impidiese el uso que

---

<sup>122</sup> Los Deslindes eran descritos entonces con gran imprecisión, así se habla de *“hasta donde alcance la vista”* ó se utiliza la formula *“tantas leguas a lo largo y tantas a lo ancho”*.

<sup>123</sup> J. M. Ots y Capdequi *“El Estado español en las Indias”* Sección *“Libros de Historia”*, Fondo de Cultura Económica. 2º Edición 1946, México. Pág. 84.

<sup>124</sup> J. M. Mariluz Urquij *“Régimen de la Tierra en el Derecho Indiano”*, Pág. 26.

legítimamente también les correspondía. Desde una perspectiva jurídica, consideramos que se trataría de otra condición resolutoria negativa la que se sujetaba la merced, y que era impuesta por numerosas normas que establecían una política proteccionista en torno a los territorios pertenecientes a los aborígenes americanos.<sup>125</sup> En otras palabras, el derecho existía con todos sus atributos, desde el momento en que se entregaba la merced a su titular, sin embargo, era necesario que *“una cosa no aconteciera”*<sup>126</sup> para impedir la extinción de ése derecho, vale decir, que la Corona se negara a ratificar la merced. Así, una de las disposiciones contenidas en la Recopilación de Leyes de Indias de 1680, Título 12, Libro IV, que se dedicaba a la regulación jurídica de esta materia autorizaba a los virreyes para otorgar tierras y solares a los que fueren a poblar *“con que no sea en perjuicio de terceros y sea por el tiempo que fuere nuestra voluntad”*, en las ciudades los repartimientos de tierras debían efectuarse con parecer del cabildo y asistencia del procurador.

### **I. 2. 2. Reales Cédulas y Provisiones de Gracia o Merced.**

La ley, como una de las fuentes del Derecho Indiano no se manifestó *“(…) ni en ordenamientos o leyes propiamente tales, sino por mandatos de gobernación, normalmente de interés particular -aunque los hay también de carácter general- dirigidos por las autoridades a quienes interese. Corresponderían a lo que hoy llamamos decretos administrativos.”*<sup>127</sup> Como nos dice este autor, los mandatos de gobernación podían presentarse en diversas formas: cartas reales, autos acordados del Concejo de Indias o de la Casa de Contratación, Capitulaciones, Reales Ordenes, Reales Decretos, Reales Provisiones y Reales Cédulas. Nos interesa profundizar especialmente en estas últimas ya que, como veremos más adelante, podían llegar a constituirse como título originario de mercedes de tierras.

Las Reales Provisiones pueden ser definidas como *“un tipo de documento legislativo solemne emanado del rey y el Concejo de Indias, que, (…) en cuanto a su forma sigue algunas tradiciones castellanas (…) Se le utilizaba para realzar la índole de la disposición: por ejemplo cuando se hacía un nombramiento importante.”*<sup>128</sup> En cuanto a las Reales Cédulas *“constituían la manera habitual como el rey y el Concejo de Indias transmitían a las autoridades y particulares del Nuevo Mundo su voluntad de mando en todo tipo de asuntos: gobierno justicia, guerra y hacienda.”*<sup>129</sup>

#### **I. 2. 2. a. Reales Cédulas y Provisiones como Título para adquirir la**

<sup>125</sup> Ver Infra I. 3. “La Propiedad Indígena”.

<sup>126</sup> René Abeliuk M. *“Las Obligaciones”*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 3° Ed.1993, Santiago. Pág. 384.

<sup>127</sup> Antonio Dougnac R. *“Manual de Historia del Derecho Indiano”*, Pág. 166.

<sup>128</sup> *Ibíd.* Pág. 167.

<sup>129</sup> *Ibíd.* Pág. 169.

### **propiedad.**

Incluimos estas disposiciones legislativas como otro de los instrumentos que eventualmente originarán una merced, ya que a través de diversos mecanismos producían ese resultado. En primer lugar, y en directa relación con las Capitulaciones, vimos que éstas podían, como ya se dijo, dar origen a la propiedad sobre la tierra por varias vías: se podía señalar que se entregaban tierras descubiertas al capitulante, o bien éste era facultado para realizar estos repartimientos entre sus acompañantes. El sólo hecho de celebrar una Capitulación generaba un trabajo legislativo importante, necesario para complementarla y regular las actividades que se producían a consecuencia del descubrimiento, población o pacificación. Es sobre este punto que las Reales Cédulas adquieren relevancia como una forma de obtener la propiedad. Por ejemplo, algunas disposiciones hacían entrega de terrenos y otros privilegios a los descubridores y pobladores en el nuevo continente de manera personal, como se hizo con Hernán Cortés en la Real Cédula de 1529 a la que ya nos hemos referido. Las Reales Cédulas actuaron aquí como título para justificar y regularizar una situación de hecho que ya existía con anterioridad.

Otras normas señalaban pautas para efectuar los repartimientos que el capitulante ya estaba autorizado a hacer en el documento de la Capitulación. Un ejemplo de ese tipo de disposiciones lo constituye esta norma dictada el 10 de abril de 1495: *“thengan para sí e por suyo propio e para sus herederos, o para quien dellos oliere cabsa, las casas que fizieren, e las tierras que labraren, e las heredades que plantaren, segund que allá en la dicha Isla les serán señalados tierras e lagares para ello.”*<sup>130</sup> Por otro lado, se ordenaba al Adelantado o Gobernador llevar a cabo la correspondiente distribución de tierras, de la forma en que aparecía pautado por las Ordenanzas de descubrimiento y población: *“La persona a cuyo cargo estuviere dicha población se obligará a dar a la persona que con él quisiere poblar el pueblo designado, solares para edificar casas y tierras de pasto y labor en tanta cantidad de peonías y caballerías en quanta cada uno de los pobladores se quisiere obligar de edificar; con que no ecedan ni se den a cada uno más de cinco peonías, ni tres caballerías a los que se diere caballerías”.*<sup>131</sup>

*“Saquese primero lo que fuere menester para los solares del pueblo y egído competente y dehesa en que pueda pastar abundantemente el ganado, que está dicho que han de tener los vecinos, y más otro tanto, para los propios del lugar. El resto del dicho territorio y término, se haga quatro partes; la una de ellas que escogiere, sea para el que esté obligado a hacer el dicho pueblo, y las otras tres se repartan en treinta suertes para los treinta pobladores del dicho lugar”.*<sup>132</sup> Con el tiempo (hacia fines del siglo XVI), este tipo de normativa que en un principio regula situaciones extremadamente puntuales (vale decir el poblamiento de un lugar geográfico determinado), tiende a desaparecer.

León Pinelo en su *“Tratado de Confirmaciones Reales”* (Parte II, Cap. XXII, Núm. 22), menciona las cédulas ordinarias de tierras y solares como título suficiente para obtener la propiedad sobre éstas, y señala cuándo es necesaria confirmación en uno y

---

<sup>130</sup> Colección de documentos inéditos del Archivo de Indias, Tomo XXX, Pág. 317.

<sup>132</sup> *Ibid.* Pág. 76.

otro caso, lo que veremos al tratar los mecanismos de impugnación.

En cuanto a la *“Recopilación de Leyes de Indias”* de 1680, encontramos en ella una doctrina similar a las disposiciones anteriores, pero con ciertas particularidades. Por ejemplo, en cuanto a la forma de hacer nuevos repartimientos, se prohíbe dar tierras o solares en un pueblo a quien ya los tuviera, a menos que *“...fuere dexando la primera residencia, y passando a vivir a la que de nuevo se otorgare, a menos que en la primera hubieren vívido los quatro años que tienen obligado para e dominio o los dejaren por no haberlos cumplido.”*<sup>133</sup>

Debemos también señalar que, una vez que la colonización estuvo más asentada, las Reales Cédulas y Provisiones originan mercedes de tierras en cuanto facultan a diversas autoridades indianas para efectuarlas. En estos casos, se entendió que el Rey operaba como dispensador en última instancia, los funcionarios que podían hacer su distribución inmediata eran aquellos que ejercían su labor a nombre del Monarca, como el Virrey, el Gobernador, las Audiencias, los Intendentes o el Cabildo.<sup>134</sup> De esta manera, se prometían territorios en *“... donación e título bastante para siempre, jamás a la tal persona del territorio que el dicho nuestro presidente, le señalare e habiere señalado con la dicha población para siempre jamás, para él e sus sucesores.”*; *“Asimismo les prometemos e aseguramos la dicha donación con facultad que puedan hazer de ella mayorazgo o vinculado con los vínculos e modos e sumisiones que ellos quisieren, para que finquen indivisibles inalienables e imprestables, sujetos a restitución, e que por ninguna causa se pueda enajenar, ni perder, ni confiscar, si no fuere por crimen lesae Majestatis, e por el pecado abominable contra natura.”*<sup>135</sup> Al estudiar con más

<sup>131</sup> León Pinelo en su *“Tratado de Confirmaciones Reales”* define estos repartimientos: **Cavallería** : espacio de tierra en que se puede señalar doscientos mil montones; **Peonía** : aquella en la que caben cien mil de fuerte, dos peonías hacían una cavallería. Ots y Capdequí nos brinda una definición posterior aplicada en otras provincias: **Cavallería** : “Solar para casa de cien pies de ancho y doscientos de largo; y de todo lo demás, como cinco peonías” **Peonía** : “Solar de cinquenta pies en ancho y ciento en largo; cien fanegas de tierra de labor, de trigo o cebada; diez de maíz; dos huebras de tierra para huerta y ocho para otras plantas de otros árboles de secadal; tierra de pasto para diez puercas de vientre, veinte vacas y cinco yeguas, cien ovejas y veinte cabras” Los que así recibieren peonías o caballerías de tierras se obligaban a tener *“edificados los solares, y poblada la casa, y hechos y repartidos las hojas de la tierra de labor, y habiéndolas labrado, y haberlas puesto de plantas y poblado de ganado las de pastos dentro de tanto tiempo repartido por sus plazos y declarando lo que en cada uno de los plazos ha de estar hecho; con pena de que pierda el repartimiento de solares o tierras y más cierta cantidad de maravedíes para la republica, y ha de hacer obligación en forma pública con fianza lega, llana y abonada.”* para el cumplimiento de estas obligaciones podían hacer asiento... *“con labradores que les ayuden a edificar, labrar y pastar conforme a como se concertaren, obligando los unos a los otros para que con más facilidad se haga la población y se labre y paste la tierra”* J. M. Ots Capdequí, *“El Derecho de Propiedad en nuestra legislación de Indias”* Pág. 77.

<sup>133</sup> J. M. Ots Capdequí. Ob. Cit Pág. 77.

<sup>134</sup> Una vez completados los organismos de gobierno indiano el reparto necesitó ponerse en manos de la Audiencia con la obligación de que el Cabildo, actuara como asesor o haciendo él mismo los repartimientos, debido a su conocimiento de la realidad local, vecinos, etc. Sin embargo los Cabildos llegaron a ser extremadamente sensibles a los intereses de sus miembros, por lo que a fines del Siglo XVI se les prohibió repartir tierras fuera de la traza urbana. Una reforma de 1782 determinó que las peticiones de tierras se presentaran ante los Intendentes para que estos decidiesen, con apelación a la Junta Superior de Real Hacienda.

detenimiento esta normativa, es posible afirmar que para adquirir no existen principios generales, puesto que se acostumbraba dictar normas aplicables al caso concreto. Sin perjuicio de lo anterior, por regla general los repartos se realizaban de manera discrecional por la autoridad facultada para ello, quedando estas concesiones sujetas a la posterior confirmación de la Corona. A modo ejemplar, la siguiente norma dirigida a la Audiencia de Nueva España, que le otorga: “(...) *licencia para que pudiesen repartir entre los vezinos tierras para labrar y edificar con tanto que fuesen obligados a llevar confirmación de su Majestad*”.<sup>136</sup>

### **I. 2. 2. b. Limitaciones. Mecanismos de Impugnación.**

La primera forma en que las Reales Cédulas actuaban como un medio para adquirir la propiedad era confirmando la posesión que una persona determinada ejercía previamente. En relación con ello, podemos señalar como mecanismo de impugnación, por medio del cual era posible que el beneficiado perdiera la merced, todo caso en que ésta no sea aprobada por la Corona, como cuando los derechos de terceros no son adecuadamente respetados, o que se perturben territorios ocupados por indios. Junto con ello, al establecer las condiciones requeridas para adquirir la propiedad, conjuntamente se establecen los mecanismos para impugnar la merced de tierras adquirida en razón del repartimiento de un capitulante o por la concesión de una autoridad facultada para ello.

En cuanto a las facultades que las Reales Cédulas otorgaban a ciertos funcionarios para actuar a nombre del Monarca y generar mercedes de tierras, la Real Confirmación fue también un requisito generalmente exigido para actos de gobierno y administración de ciertas autoridades en Indias, especialmente en los casos en que por una delegación de las facultades de la Corona, se concedían mercedes.

Se exige Confirmación por primera vez en 1531, cuando en virtud de una Real Cédula dictada ese año se dispuso que las mercedes repartidas por la Real Audiencia de México fuesen confirmadas por la Corona dentro de año y medio, a contar de esa fecha. De ahí que se afirmara que la merced sería temporal y no perpetua, y que autores como León Pinelo sostuvieran que este principio cedía siempre, teniendo aplicación general respecto de cualquier clase de merced hecha por los Virreyes de las Indias, las cuales estarían en todo caso condicionadas a su posterior confirmación.<sup>137</sup> Este requisito se generaliza de manera oficial durante el siglo XVII, con la ley 16, Título XII, Libro V de la Recopilación, que lo contempla para todas las tierras dadas o vendidas por las autoridades locales.

Sobre las adjudicaciones que se hicieron “*en virtud de las cédulas ordinarias de tierras y solares*” entendía este autor que “*se puede hazer distinción: si en virtud destas cédulas se daba a los que llevan tierras, para que cultiven y siembren, por su vida, como se usó en las Indias, i como suenan las Cédulas, en la cláusula: Conforme a como lo*

---

<sup>135</sup> J. M. Ots Capdequí, Ob. Cit. Pág. 78.

<sup>136</sup> Real Cédula de 17 de Febrero de 1531.

<sup>137</sup> A. de León Pinelo. Ob. Cit. Cap. XXIII, Parte II: “*de las Cavallerías y Peonías i demás casos que requieren confirmación*”.



*soléis dar a otras personas de essa tierra, de su calidad: en este caso, siendo la merced, i título personal, i de cosa, que no es hacienda inmediata del Rey, no será necesaria confirmación. Pero si el título fuere perpetuo, i las tierras o solares de valor tan considerable, que siendo en dinero, requería confirmación, será necesario llevarla; pues ay bastante argumento en las Encomiendas de Indios, que aunque se den en virtud de Cédulas Reales, han de ser después confirmados, como queda visto; i ni sus títulos son más perpetuos, antes menos, pues son por dos vidas no más, ni el valor de las tierras i solares será siempre tan corto, que tal vez no iguale al de una encomienda pequeña”.*<sup>138</sup>

No obstante, las demoras provocadas por el envío de testimonios, la remisión de caudales, el nombramiento de agentes en España, y los considerables gastos que todo aquello ocasionaba, hicieron que los vasallos indianos prefirieran seguir con sus títulos imperfectos, pues se acostumbraba que los Virreyes simplemente otorgaran tierras a quienes les parecía y que ese título fuera más que suficiente.

El año 1754, el trámite de la confirmación se simplificó con la dictación de una real Instrucción: “(...) las autoridades de su Distrito y demás Ministros, a quienes se comete esta facultad por esta nueva instrucción, los cuales en vista de el proceso, que se hubiere formado, por los subdelegados en orden a la medida y avalúo de las tales tierras y del título que se les hubiere despachado, examinarán si la venta o composición está hecha sin fraude, ni colusión, y en precios proporcionados, equitativos con vista y audiencia de los fiscales para que con atención a todo, y constando haber entrado en cajas reales el precio de la venta o composición y derecho de media anata respectivo, y haciendo de nuevo aquel servicio pecuniario, que parezca correspondiente, les despachen en mi Real nombre la confirmación de sus títulos, con los cuales quedará legitimada, con la posesión y dominio de tales tierras, aguas o baldíos, sin poder en tiempo alguno ser sobre ello inquietados los poseedores ni sus sucesores, universales ni particulares.” Esta norma derogó la exigencia de acudir a la Corte en España, autorizando a las Audiencias para despachar las confirmaciones. En caso de tratarse de una provincia distante de las Audiencias, se otorgaba este poder al Gobernador con acuerdo de los oficiales Reales y del asesor letrado. Por último, el capítulo 78 de la Real Ordenanza de Intendentes puso las confirmaciones a cargo de la Junta Superior de Real Hacienda. Una Real Cédula de 1798, alivió aún más el trámite.<sup>139</sup>

### **I. 2. 3. Ventas en pública subasta.**

Al avanzar la colonización, los repartimientos a título gratuito se hicieron cada vez menos frecuentes, debido a que la tierra fue adquiriendo mayor importancia desde un punto de vista económico; no sólo por su valor en uso o producción, sino que también como un posible valor de cambio, que aparece como una nueva fuente de riqueza para la Corona, cuyas arcas a estas alturas se encontraban bastante debilitadas. Tomando como excusa la excesiva largueza con que hasta entonces se había repartido la tierra, la Corona redefine sus derechos sobre la tierra, esta vez con un claro interés fiscal. Se trató de un

---

<sup>138</sup> Ots y Capdequí. “España en América, El Régimen de tierras en la Época Colonial”, Pág. 79.

<sup>139</sup> J. M. Mariluz Urquijo “Régimen de la Tierra en el Derecho Indiano”, Pág. 53.

largo proceso en que España requiere información de sus súbditos con respecto a la legitimidad con que han constituido sus derechos en tierras americanas.

De esta forma se produce una verdadera reforma agraria en base a una Real Cédula de 1591, cuyo texto se incorporó a la Ley 14, Título 12, del Libro IV de la Recopilación de 1680 y que señalaba: *“Por haber Nos sucedido enteramente en el señorío de las Indias y pertenecer a nuestro patrimonio y Corona Rea, los valdíos, suelos y tierras, que no estuvieran concedidos por los Señores Reyes nuestros predecesores, o por Nos, o en nuestro nombre, conviene que toda la tierra, que se posee sin justos y verdaderos títulos, se nos restituya, según y como nos pertenece, para que reservando ante todas cosas lo que a Nos, o los virreyes, audiencias y gobernadores pareciere necesario para plazas, ejidos, pastos y valdíos de los lugares y concejos, que están poblados, así por lo que toca al Estado presente en que se hallan, como al porvenir, y al aumento que pueden tener y repartiendo a los indios lo que buenamente hubiera menester para labrar y hacer sus sementeras, y crianzas y confirmándoles en lo que ahora tienen y dándoles de nuevo lo necesario, toda la demás tierra quede y esté libre y desembarazada para hacer merced y disponer de ella a nuestra voluntad. Por todo lo cual ordenamos y mandamos a los presidentes de audiencias pretoriales, que cuando les pareciere señalen término competente para que los poseedores exhiban ante ellos y los ministros de sus audiencias, que nombraren, los títulos de tierras, estancias, chacras, y caballerías y amparando a los que con buenos títulos y recaudos, o justa prescripción poseyeren, se nos vuelvan y restituyan las demás para disponer de ellas a voluntad”*. Esta norma trajo consigo el comienzo de una política de reivindicación de la propiedad de tierras baldías, a través de medidas que incluso tuvieron carácter retroactivo, puesto que se exigía a los particulares que poseyeran tierras la exhibición de los títulos en cuya virtud poseían. De ser estos suficientes se respetaba su propiedad, en caso contrario era posible optar entre pagar una composición proporcional, o bien que el terreno se reincorporara al Fisco para su venta. Justamente a propósito de esto último que surge un nuevo título para la adquisición de tierras baldías o realengas: la adjudicación en pública subasta al mejor postor.

No obstante, hasta fines del dominio español coexistieron ambos sistemas: venta en los lugares donde abundaron los interesados en obtenerla; gratuidad, en los lugares en que el interés público imponía fijar núcleos poblados, especialmente en lugares fronterizos con indios o con colonias extranjeras.

### **I. 2. 3. a. Ventas como título para adquirir la propiedad.**

Como vimos las formas de adquirir a título gratuito, que habían primado por tanto tiempo, pasaron a tener un carácter más bien excepcional, a pesar de que siguió utilizándose el término *“merced”*, en razón de que se consideraba que los baldíos formaban parte de la hacienda pública, la tierra debió adquirirse en adelante en pública subasta. Al respecto escribe León Pinelo *“...resultó el hallarse muchas tierras valdías, que como Realengos, se fueron vendiendo a los que más davan por ellos, sin que por entonces los obligasen a llevar confirmación, porque no estaba ordenado...”*<sup>140</sup>

<sup>140</sup> León Pinelo Ob. Cit. Libro VI, Cap. XII.

También se ha señalado que se trató de *“una práctica frecuente en el período colonial solicitar mercedes de tierras en las sobras de adjudicaciones hechas a otras personas, y en resguardos de extinguidos pueblos de indios, o en sobrantes de resguardos de pueblos aún subsistentes”*.<sup>141</sup>

### **I. 2. 3. b. Limitaciones. Mecanismos de Impugnación.**

i) Amparo Real: Lo incorporamos como una primera limitación a la propiedad adquirida de esta manera, y se encuentra incluido en la misma norma de 1591. Esta permitió, de cierto modo como contrapartida a los remates que ordenaba, que quienes *“con buenos títulos y recaudos o justa prescripción poseyeran”*<sup>142</sup> pudiesen solicitar a la Corona su protección para evitar que sus tierras fuesen consideradas vacantes y por lo tanto vendidas en licitación pública. Se trataba de un procedimiento de tramitación breve y sumaria que podían intentar no sólo aquellos que poseyeran un título de aquellos admitidos por la ley, sino que también quien hubiere ejercido una posesión que pueda entenderse como justa y merezca el amparo real correspondiente, puesto que lo que se protege es el hecho de la posesión, y no el dominio. En el fondo se trató de una vía para llegar a ser dueño, constituyó una expectativa de dominio, puesto que este podía obtenerse en caso de que a la posesión que se ampara se agregara el cultivo o población dentro de un determinado plazo (por lo general se indicaban tres meses). Así lo vemos ordenado en esta diligencia de amparo de posesión fechada el 12 de abril de 1768, donde el juez de realengos ordena *“... que dentro de tres meses tenga labrado y cultivado este terreno con apercibimiento de que pasado, y no lo haciendo, se le lanzará deel y, hará gracia y merced a otro tercero que cumpla con esta obligación”*. Por último el amparo fue otorgado siempre sin perjuicio de terceros: *“Se ha y debe entender sin perjuicio de terceros para que ahora ni en lo subsecivo pueda ser inquietado ni perturbado en su posesión por persona alguna”*.

ii) Otros mecanismos: La Corona no logró establecer un procedimiento suficientemente expedito para la venta de tierras realengas, por lo que en realidad éstas no cumplieron su objetivo y no constituyeron una ayuda positiva para el Fisco español. Al efecto citamos a J. M. Mariluz Urquij, quien ejemplifica esta situación a través del testimonio del marino español Félix de Azara *“(...) el que quiera un campo lo pida en Buenos Aires. Allí le cuesta cincuenta y tres pesos con la vista fiscal y escribanía el primer decreto, que se reduce a nombrar un juez que vaya a reconocer el terreno y un agrimensor para medirlo, cada uno con la dieta de un peso por legua y cuatro por día. Además prácticos para tasarlo, la conducción y alimento todo a expensas del pretendiente, quien gasta mucho porque las distancias son muy largas. Vueltos a la Capital, se pone el campo en pública subasta con treinta pregones bien inútiles, porque nadie ha visto ni sabe lo que se vende. En esto, es cinco vistas fiscales y formalidades se pasan a lo menos dos años y a veces seis y ocho; resultando que cuando más se ha ofrecido al Erario, ha sido veinte pesos y a veces ni dos por legua cuadrada; aunque en*

<sup>141</sup> J. M. Ots y Capdequí, *“España en América, El Régimen de tierras en la Época Colonial”*, Pág. 35.

<sup>142</sup> Rec. Ind.4, 12, 14. Antonio Dougnac R. *“Manual de Historia del Derecho Indiano”*, Pág. 297.

*realidad cuestan al interesado muchos centenares las formalidades y derechos, sin contar las perjudicialísimas demoras. Sólo las actuaciones del escribano se acercan a cuatrocientos pesos, de modo que ninguno sin grande caudal puede entablar semejante pretensión, siendo esto tan positivo que no hay ejemplar de haber pretendido merced quien tenga menos de diez mil cabezas de ganado o mucho dinero. Y como los costos sean casi lo mismo por poco que por mucho, resulta que los ricos piden muchísimo para recompensarlos y que no lo pueblen, sino que lo dejen baldío para irlo arrendando o vendiendo con sacrificio de los pobres (...)*.<sup>143</sup>

Claramente, la demorosa tramitación y la burocracia indiana, a lo que debemos agregar que a veces se trataba de tierras ubicadas en lugares habitados por indígenas o invadidos por bandidos, jugaba en contra de las ventas de tierras Realengas, y podría decirse que de cierta manera estamos ante un mecanismo de impugnación indirecto, puesto que de más está señalar que fueron muchos los procedimientos de adjudicación inconclusos por ese motivo.

En la mayoría de estas adjudicaciones existía la posibilidad de que cualquiera cuyos derechos podían verse afectados, se opusiera a ella, y justamente para proteger los intereses de estas personas es que, como vimos, se ordenaba efectuar treinta pregones, de los que debía dejarse constancia en el proceso. Aquí nos encontramos con una forma directa de impugnación: cabía oposición en contra de la adjudicación durante todo el curso del procedimiento, y tampoco podemos olvidar otro riesgo que corre el adjudicante, cual es que en el remate, podía perder el terreno que pretendía ante una mejor postura, en cuyo caso la única forma de recuperar los gastos realizados era entablando un pleito.

Por último, en caso de iniciarse un procedimiento de adjudicación de un terreno ya solicitado, bastaba con haber iniciado el expediente para oponerse a otros pretendientes. Sin embargo, debemos mencionar que en la práctica -y así lo indican muchos autores-, las adjudicaciones no fueron un título de mucha relevancia, puesto que por las dilaciones y mayores costos que las ventas implicaban, se prefirió la composición, figura jurídica que analizaremos a continuación.<sup>144</sup>

### **I. 2. 4. Composiciones de Tierras.**

Se trataba de *“una figura jurídica por la cual en determinadas circunstancias, una situación de hecho –producida al margen o en contra del Derecho- podía convertirse en una situación de derecho, mediante el pago al Fisco de una cierta cantidad”*.<sup>145</sup> Las primeras disposiciones que la permiten coinciden con el momento en que la Corona, apremiada por necesidades económicas, empieza a vender la tierra. Una Real Cédula de 1631, incorporada a la Ley 6, Título 12, Libro IV de la Recopilación de 1680, señala:

<sup>143</sup> J. M. Mariluz Urquijo, *“Régimen de la Tierra en el Derecho Indiano”* Pág. 58.

<sup>144</sup> Vía composición el que pretendía una tierra primero la ocupaba y luego la denunciaba a la autoridad, de esta forma para obtener el título de dominio sólo debía pagar la información de realengo, mensura y tasación, eximiéndose del remate exigido por el sistema de la venta.

<sup>145</sup> J. M. Ots y Capdequí. *“España en América, El Régimen de tierras en la Época Colonial”*. Pág. 37.

*“considerando el mayor beneficio de nuestros vasallos, ordenamos y mandamos a los Virreyes y presidentes gobernadores, que en las tierras compuestas por sus antecesores no innoven, dejando a los dueños en su pacífica posesión; y los que hubieren introducido y usurpado más de lo que les pertenece, conforme a las medidas, sean admitidos en cuanto al exceso, a moderada composición, y se les despachen nuevos títulos de tierras por ministros, que tenían facultad para repartirlos y se han confirmado por Nos en nuestro concejo: Mandamos, que a los que tuvieren cédula de confirmación, se les conserve y sean amparados en la posesión dentro de los límites en ella contenidos; y en cuanto hubieren escedido sean admitidos al beneficio de esta ley”.*<sup>146</sup>

#### **I. 2. 4. a. Composiciones como título para adquirir la propiedad.**

Si bien no se trató de un título originario, permitió que una situación de hecho se convirtiera jurídicamente en dominio, por lo que a pesar de tener un carácter excepcional, fue un medio bastante frecuente para obtener terrenos a través de esta legalización de la ocupación de tierras realengas por un particular. Las Composiciones saneaban básicamente dos tipos de situaciones: la de todo aquel que sin ningún título ocupaba un terreno, o la de quien teniendo dicho título, extendía en el hecho su posesión más allá de los límites que en éste se señalaban. Otros favorecidos con la composición eran quienes no confirmaron mercedes recibidas de autoridades locales, o bien que las habían recibido de quienes no tenían facultades para concederlas. Es así como numerosas disposiciones ordenan a los ocupantes indebidos a optar entre restituir la tierra mal habida o pagar una composición que será proporcional a la extensión del terreno de que se trate, la que una vez abonada y recibido el título respectivo, habilitaba al solicitante para actuar como dueño respecto del terreno compuesto.

#### **I. 2. 4. b. Limitaciones. Mecanismos de impugnación.**

Durante el trámite mismo de composición no se puede hablar con propiedad de mecanismos de impugnación, puesto que justamente se trató de regularizar una situación de hecho, irregular que desde su mismo origen importa una propiedad bastante precaria, y que sólo podría verse perjudicada en caso de que quien solicitara la composición lo hiciera respecto de un lugar que ya hubiese sido adquirido con anterioridad en virtud de justo título, estaríamos entonces frente a la usurpación de un terreno, frente al cual podría haber oposición a la composición, de parte de quien alegara mejor derecho para poseer. Es más se advierte a los funcionarios encargados de ordenar estos procedimientos (virreyes y presidentes) no despachar *“comisiones de composición y venta de tierras, sin evidente necesidad y avisando al Rey”.*<sup>147</sup>

En segundo lugar la Corona, para incentivar a sus vasallos a regularizar su situación, ordenó que quien pusiera al Fisco en conocimiento de la existencia de un terreno ocupado sin título, tendría la opción de tomarlo para sí pagando la correspondiente composición. En este caso, no es posible hablar propiamente de oposición a la

---

<sup>146</sup> J. M. Ots y Capdequí. Ob. Cit. Pág. 37 y 38.

<sup>147</sup> J. M. Ots y Capdequí *“El Estado español en las Indias”* Pág. 85.

composición en cuestión, puesto que el primer ocupante se encuentra en una situación irregular y el denunciante está en su legítimo derecho de informarlo a la Corona para así obtener los beneficios prometidos por ésta.

### **I. 2. 5. Censos.**

Se trata de un derecho real limitativo del Dominio que grava siempre un bien inmueble. Este derecho restringe las facultades del dueño de la cosa imponiéndole diversas obligaciones, como por ejemplo el pago de un canon o pensión anual. Durante la vigencia del derecho indiano encontramos tres clases de censos: *Enfitéutico*: el dueño de un bien raíz, transmitía a otro a perpetuidad o por largo plazo el dominio útil de la cosa mediante el pago de una pensión anual<sup>148</sup>; *Reservativo*: aquel por el cual el dueño de un inmueble transmitía a otro el dominio útil y directo sobre la cosa reservando para sí la percepción de una pensión anual en frutos o dinero que había de abonarle al censuario y que gravaba la cosa enajenada; *Consignativo*: en virtud de este censo, una persona compraba al dueño de una cosa raíz el derecho de percibir con cargo a dicha cosa una pensión anual a través del pago de una cierta cantidad de dinero en efectivo. En este caso tanto el dominio útil, como el dominio directo continúan en poder del dueño.

A su vez estos censos podían constituirse a perpetuidad, vale decir, pasaban a los herederos del beneficiario, o bien sólo por el período de tiempo en que éste viviera. Cualquier censo podía ser *Redimible*, lo que permitía al dueño de una cosa gravada poder liberarla pagando al titular del censo una cantidad que pudiera producirle una renta igual a la que venía percibiendo, teniendo en cuenta el interés legal permitido al tiempo de la cancelación del censo. El dueño del censo no podía exigir del propietario de la cosa su redención ni negarse a que ésta tuviera lugar.

### **I. 2. 5. a. Censos como título para adquirir la propiedad.**

Este derecho limitativo del dominio hizo las veces de justo título para poder adquirir el derecho de dominio respecto de las personas que no tuvieron capital suficiente para pagar las tierras sacadas a remate. En estos casos la modalidad de censo utilizada fué la de "*Censos consignativos al quitar*" (*Rec. Ind. 4, 12, 15*), la que consistía en que el estado, dueño de las tierras baldías adjudicadas, entregaba al rematante el dominio útil y directo sobre la cosa raíz, reservándose el derecho a percibir un canon o pensión anual, que gravaba el mismo terreno objeto del remate. Al utilizar la expresión "*al quitar*" el legislador indicaba que el censo en cuestión era de naturaleza redimible.

De esta forma, cualquiera podía adquirir tierras baldías aunque careciera de dinero para pagar el remate, una vía de acceder al dominio que podían utilizar los pequeños agricultores, sin perjudicar a la Corona pues ésta recibía el pago anual del canon acordado, y en su momento el importe de la redención.

### **I. 2. 5. b. Limitaciones. Mecanismos de impugnación.**

<sup>148</sup> Ots y Capdequí en su obra "*España en América, El Régimen de tierras en la Época Colonial*", comenta que las Partidas presentaron este censo como algo que no era ni venta, ni arrendamiento, sino un "compuesto" de ambos contratos.

Decíamos que al adquirir un terreno por medio de esta figura, el censuario quedaba obligado a pagar una suma anual a la Corona. En consecuencia, su dominio, durante todo el periodo en que debía completar el valor fijado en la subasta, era bastante precario, sujeto a la condición resolutoria de cumplir con la carga correspondiente (que consistía en el pago de la cuota). Una vez completada la suma determinada en la adjudicación el censo se tiene por terminado, y sólo entonces podríamos considerar consolidado el dominio del titular. Asimismo, de todo lo anterior debía pedirse confirmación al Rey, trámite que, como ya decíamos, el adquirente en realidad nunca realizaba, debido al tiempo que ello requería y los gastos que ocasionaba. Al respecto A. Dougnac da cuenta de que *“numerosas disposiciones del siglo XVIII insisten en este punto: por ejemplo las de 11 de octubre de 1737 y de 24 de Noviembre de 1745.”*<sup>149</sup> *Al no lograr mayor éxito al respecto con otra norma de 1754 permitió que la confirmación se solicitase en Indias a las Audiencias donde se examinaría con vista y audiencia de los fiscales, la licitud del procedimiento seguido y constando haber ingresado el monto en las cajas reales y su respectiva media anata, debería pagarse un nuevo servicio tras lo que se extendería el título definitivo.”*<sup>150</sup> Esta fue la doctrina mayoritaria desde entonces.

## I. 2. 6. Prescripción.

Nuestro código Civil define la prescripción (*adquisitiva*) en su artículo 2492 señalando que se trata de un *“modo de adquirir cosas ajenas, por haberlas poseído durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”*. Esta figura está ampliamente regulada y es claro que tiene plena aplicación dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

No sucedió lo mismo durante la vigencia del derecho indiano puesto que la utilización de esta figura como modo de adquirir daba lugar a ciertas dudas. A su favor encontramos autores como Solórzano, quien entendía que la prescripción debía ser admitida como modo de adquirir tierras de realengo siempre y cuando se hubiere poseído y cultivado por cuarenta años o por *“tanto tiempo que se pueda tener por largo”*. Otro argumento que podemos citar a favor de la prescripción está contenido en la una real instrucción de 1754, comunicada ese mismo año por Real Cédula de 15 de octubre, la cual vino a consolidar esta institución jurídica como un modo de adquirir con ciertas limitaciones y sentó una nueva posición de la Corona en relación a la propiedad de la tierra, disponiendo que: *“para que todas y cualesquiera persona que poseyese realengos, estando o no poblados, cultivados o labrados desde 1700 hasta el de la notoriedad y publicación de dicha orden, acudan a manifestar... los títulos y despachos en cuya virtud los poseen, so pena de pérdida de los terrenos así detentados.”*<sup>151</sup> Se hace necesario

<sup>149</sup> Dispuso esta norma de 1745: *“que los que entrasen en los bienes realengos de aquellos Dominios (de los Reinos de Indias) acudiesen precisamente a mi Real Persona a impetrar su confirmación en el término que se les asignó baxo la pena de su perdimento, si no lo hiciesen....”* Ots Capdequí *“España en América, El Régimen de tierras en la Época Colonial”* Pág. 80.

<sup>150</sup> A. Dougnac Ob. Cit. Pág. 298.

<sup>151</sup> Pérez y López Antonio Xavier. *“Teatro de la legislación Universal de España e Indias”* Impreso en la oficina de don Jerónimo Ortega y Herederos de Ibarra. Tomo V, Madrid MDCCXCIII. Ver Anexo.

entonces efectuar una distinción: quien presentase títulos anteriores a 1700, “*aunque no estén confirmados por la Real Persona, ni por los Virreyes y Presidentes (...)*” debía ser respetado en su posesión; ahora, en caso de no tener título alguno, “*les deberá bastar la justificación que hicieren de aquella antigua posesión, como título de justa prescripción, de no estar los terrenos cultivados, deberá señalárseles un plazo perentorio, para que lo hagan*” bajo apercibimiento que de lo contrario se hará merced de ellos a quienes los denunciaren. Quienes poseyeran en razón de títulos emitidos después del año 1700, solamente si éste era justo podrían ser amparados en su posesión.<sup>152</sup>

### **I. 2. 6. a. La Prescripción como justo título para adquirir la propiedad.**

Ya vimos que a pesar de que no existe una regulación orgánica de este tema dentro, y aun cuando en este caso no podemos hablar propiamente de mercedes de tierras, por estar íntimamente relacionado con el tema se hace necesario incluir la prescripción dentro de esta enumeración de títulos habilitantes para llegar a adquirir el dominio, ya que esta figura fué reconocida como un medio para adquirir tierras de realengo, y sus efectos se restringieron a su aplicación en casos de excepción, debido a que ningún título bastaba si no iba acompañado de la posesión efectiva y cultivo de la tierra adjudicada.

La prescripción, podía ser de dos tipos: *Ordinaria* posesión no interrumpida por el periodo de tiempo señalado en la ley, buena fe y justo título; o *Extraordinaria* en que se requería posesión no interrumpida por un lapso de tiempo que se tuviese por inmemorial –cuarenta años- aún cuando no existiera justo título y buena fe.

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que sólo la prescripción extraordinaria podía alegarse como modo de adquirir el dominio de las tierras de realengo. La ley 14, Título 12, Libro IV de la Recopilación de 1680, recoge la Real Cédula de 1591, la cual señalaba que “*conviene que toda tierra, que se posee sin justos y verdaderos títulos, se nos restituya (...)*” “*(...) y amparando a los que con buenos títulos y recaudos, o justa prescripción poseyeran, se nos vuelvan y restituyan los demás para disponer de ellos a nuestra voluntad*”. Admite esta ley por tanto, la prescripción como modo de adquirir, pero nada dice respecto de los requisitos necesarios para que opere. Por consiguiente, en silencio de la ley deberán aplicarse las reales cédulas sobre adquisición y consolidación del dominio privado de tierras de realengo.

### **I. 2. 6. b. Limitaciones. Mecanismos de Impugnación.**

Decíamos que los únicos requisitos para adquirir tierras de realengo a través de la prescripción eran la posesión ininterrumpida y mantener la tierra cultivada, siendo la falta de cualquiera de ellos causal de pérdida del terreno en cuestión, sin importar el origen del

---

<sup>152</sup> En cuanto a quienes poseyeran títulos posteriores a 1700, que ya se hubieren confirmados, estarán amparados en su derecho; de no contar con dicha confirmación necesariamente deberán solicitarla, y les será concedida si el examen de los títulos resulta favorable. De probarse que las tierras así poseídas no habían sido medidas y valoradas debía suspenderse la confirmación hasta esas diligencias se ejecutasen y “*según el mayor valor que resultase por las medidas y avalúos deberá regularse el servicio pecuniario que ha de preceder a la confirmación*”. Ots y Capdequí “*España en América, El Régimen de tierras en la Época Colonial*” Pág. 105. Ver Anexo N°4.



titulo, conclusión a la que podemos llegar luego de analizar tanto la disposición de 1591 como la de 1754.

### I. 3. La Propiedad Indígena.

---

Hemos incluido en nuestro trabajo el estudio de la propiedad indígena, debido a que si bien esta les fue reconocida a los naturales, fue bastante limitada en su ejercicio, y en definitiva constituye un ejemplo claro de la precariedad del dominio en el derecho indiano, como veremos a continuación.

#### I. 3. 1. La Tierra Indígena.

Todo lo relacionado con el indio y los bienes de su propiedad, especialmente la tierra, presentó durante el período indiano un marcado contraste: por un lado tenemos la legislación dictada al efecto por la Corona, la cual influenciada por teólogos y juristas se orientó hacia la protección de los naturales y trató de imponer una política destinada a impedir que el indio se desvinculase de la tierra;<sup>153</sup> sin embargo, todas esas buenas intenciones tropezaron con una realidad social y económica muy diferente, en que la dificultad para establecer un control eficaz, el desnivel existente entre el indígena y el español y la ignorancia del derecho por parte de aquél, abrieron camino a usurpaciones y abusos.<sup>154</sup>

Dentro de las figuras que influyeron sobre los monarcas españoles a favor de los indígenas americanos destaca Francisco de Vitoria, quien en su relección "*De Indis*"<sup>155</sup> defiende, apoyado en el derecho natural, la condición jurídica de éstos, sosteniendo que: "*los indios – aunque infieles- antes que los españoles llegasen a descubrir aquellas tierras, eran verdaderos dueños de las mismas, pública y privadamente*". De esta manera, estableció el derecho de los indios a la libre posesión de sus territorios y el respeto de sus leyes. Otro personaje que también luchó apasionadamente por esta causa fue Fray Bartolomé de las Casas<sup>156</sup> quien propugnó por que se respetase a los indios su estado de libertad. Sin embargo su enconada defensa de los aborígenes lo llevó a exagerar

<sup>153</sup> Incluso en los primeros tiempos de la conquista, en las "*Leyes de Burgos*" de 1512, se reconoce la existencia de un derecho de propiedad de los naturales. Bernardino Muñoz Sánchez, "*La condición jurídica del indio en la legislación indiana*", Memoria de Prueba U. de Chile. Editorial Universitaria, Santiago, 1959.

<sup>154</sup> J. M. Mariluz Urquijo, "*Régimen de la Tierra en el Derecho Indiano*" Pág. 31.

<sup>155</sup> Este teólogo y jurista, tuvo a su cargo la cátedra de teología en la Universidad de Salamanca. Al final del curso, los profesores de esa universidad, solían resumir sus conclusiones en conferencias públicas denominadas "*relecciones*", de estos trabajos anuales de Vitoria, se conocen unos quince entre los cuales uno de los más importantes es este "*De Indis*" (curso de 1537 – 1538). Enciclopedia BARSÁ, Preparada con el asesoramiento de la Encyclopædia Britannica, Inc. William Benton, Editor, Chicago, USA, 8ª Edición 1967, Tomo XV, Págs. 141 y 142.

<sup>156</sup> Misionero dominico y humanista español formado también en la Universidad de Salamanca, entre sus obras se cuentan la "*Brevísima relación de la destrucción de las Indias*" y "*Treynta proposiciones*". *Ibíd.* Tomo IX, Págs. 282 y 283.

acerca de la situación americana y las encomiendas, lo cual dio lugar a la llamada “*Leyenda Negra*”.<sup>157</sup> Otro aspecto importante que debemos destacar en relación a la influencia antes señalada, es el de la discusión relativa a “los justos títulos”. Se alude con ello a ciertas discusiones doctrinarias a las que con afán polémico se entregaron juristas y teólogos de la época, acerca de la licitud de la presencia de Castilla en Indias y la de sus relaciones bélicas y laborales con los aborígenes. Dichas discusiones versaban sobre tres aspectos fundamentales de la penetración española, a saber: la existencia o no de bases jurídicas que dieran validez a la aprehensión de las Indias por Castilla; la posibilidad de la utilización de la fuerza en dicha aprehensión; y si una vez lograda la dominación de los indios, se les podía hacer trabajar de manera obligatoria, incluso en calidad de esclavos.<sup>158</sup> Nuevamente, los nombres de Francisco de Vitoria –en relación al problema de los justos títulos– y de Bartolomé de las Casas junto con el de Juan Ginés de Sepúlveda, el más distinguido de sus contradictores –en relación con la cuestión indígena–, adquieren especial importancia al momento de abordar este tópico.

Volviendo al tema específico de la tierra indígena, nos encontramos con que los legisladores españoles realizaron numerosos intentos para evitar el desarraigo de las naturales, incluso se reconoció por la Corona la legitimidad de la propiedad anterior a la conquista, esta situación se colocaba en conocimiento de los indígenas a través de un requerimiento que los conquistadores estaban obligados a leer a los aborígenes al descubrir nuevas tierras, y en donde se les prometía que “*vos dejaremos vuestras... haciendas libres e sin servidumbre...*”.<sup>159</sup>

Testimonios posteriores demuestran que este tipo de políticas y otros principios similares fueron seguidos en la creación de las normas reguladoras de estos asuntos, lo que derivó en el respeto y reconocimiento de la propiedad indígena. Este sistema resultó aceptable al español, siempre y cuando no discordara con sus esquemas mentales; de esta forma, podía comprenderse en él la propiedad individual indígena (fenómeno de escasa ocurrencia), y a la vez reconocía la propiedad comunal, lo que se manifestó en la creación de los llamados *pueblos de indios*.<sup>160</sup>

A continuación analizaremos éstos fenómenos de la propiedad individual y comunal indígena, que se produjeron durante el periodo indiano en torno a la tierra. En primer lugar veremos que, si bien la propiedad individual de los indios fue reconocida por los españoles, el ejercicio pleno de sus atribuciones estuvo limitado por considerarse a los naturales como lo que la técnica jurídica actual conoce como incapaces relativos; en segundo lugar estudiaremos el régimen de aprovechamiento comunal de las tierras

---

<sup>157</sup> Esta denominación se dio desde mediados del S. XVI a la actuación esclavizante y deprimente, que se supuso España tuvo frente a los indios americanos para satisfacer la codicia de los conquistadores provenientes de esa nación. Se originó en parte debido a las exageraciones en que de las Casas incurrió en sus escritos, expresiones que fueron aprovechadas por escritores franceses, ingleses e italianos para difamar a la monarquía española. *Ibid.*, Tomo IX, Pág. 340.

<sup>158</sup> Antonio Dognac Rodríguez, “*Manual de historia del derecho indiano*”. Pág. 18.

<sup>159</sup> J. M. Mariluz Urquij, “*Régimen de la Tierra en el Derecho Indiano*”, Pág. 24.

<sup>160</sup> J. M. Ots y Capdequi, “*España en América, El Régimen de tierras en la Época Colonial*”, Pág. 80.

indígenas, fenómeno bastante más habitual en el periodo y que fue conocido como *resguardos* o pueblos de indios.

### I. 3. 2. La propiedad individual indígena.

En la realidad americana, el reconocimiento de la propiedad individual indígena se limitó generalmente a aquellos lugares en donde la población sedentaria hubiese realizado algún tipo de explotación económica similar a la del hombre “civilizado”.<sup>161</sup> A esto debe agregarse el hecho de que si bien se reconocía al indígena capacidad jurídica para ser considerados como titulares del dominio privado de sus tierras, en un claro afán proteccionista, ésa capacidad estaba condicionada y les era imposible enajenar sus bienes raíces sin intervención de la autoridad. Veamos a continuación las limitaciones que la legislación española imponía entonces a la facultad de disposición de los naturales sobre la propiedad privada.

Muchos juristas de la época, entre ellos Juan de Solórzano, nos informan que desde el punto de vista del derecho de propiedad, los indios eran calificados por la legislación española de la época como personas “*rústicas*” o “*miserables*”, es decir, tuvieron un estatus jurídico similar a lo que hoy en día se conoce como relativamente incapaces. Esta doctrina tutelar tuvo por objeto evitar que los indios fueran víctimas de una forma encubierta de despojo: la venta forzada de tierras a precio vil, por ignorancia o temor. En el capítulo primero, señalábamos la importancia que la Escolástica, a partir del decreto de Graciano, asignaba a la iniquidad del hombre como uno de los fundamentos de la posesión privada de los bienes. Fue precisamente esa iniquidad, propia de un estado corrompido de la naturaleza humana (caso de los conquistadores, quienes no dudaron en cometer estos abusos), la que se busca combatir con este tipo de legislación protectora de los indios, quienes eran sin duda alguna verdaderos dueños de sus propiedades, tanto pública como privadamente, al igual que los cristianos, como claramente lo expuso el influyente Francisco de Vitoria.<sup>162</sup> En consecuencia, éstos se encontraban impedidos para disponer “(...) *de bienes raíces, o de otras cosas de precios, i estimación, sin especial intervención i consentimiento de su protector general, o del particular, que se les suele señalar en semejantes casos; i que además de ésto, hayan precedido treinta pregones, en treinta días, para la venta de los raíces, y de nueve en nueve para la de los muebles a semovientes*”, vale decir, debían cumplir con ciertas formalidades habilitantes que incluían efectuar un determinado número de *pregones*, y se requería además la intervención del *protector de indios*, a quien podríamos asimilar a la figura del representante legal que actualmente requieren los incapaces relativos para desenvolverse jurídicamente. La misma doctrina fue seguida por la “*Recopilación de Indias de 1680*”, cuerpo legal en que se ordenaba que “*Cuando los Indios vendieren sus bienes raíces y muebles, conforme á lo que se les permite, traygándose á pregón en almoneda pública, en presencia de la Justicia, los raíces por el término de treinta días y los muebles por nueve días y lo que de otra forma se rematare sea de ningún valor y*

<sup>161</sup> J. M. Mariluz Urquijo, Ob. Cit. Pág. 31.

<sup>162</sup> V. Supra II. 1. 2. f. Francisco de Vitoria.

*efecto; y si pareciere al Juez, por justa causa, abreviar el término en quanto á los bienes muebles, lo podrá hacer. Y porque los bienes, que los indios venden ordinariamente, son de poco precio, y si en todas las ventas hubiese de preceder estas diligencias, sería causarles tantas costas, que importaría el principal: Ordenamos que esta ley se guarde, y execute en lo que excedire de treinta pesos de oro común, y no en menor cantidad; porque en este caso bastará que el vendedor Indio parezca ante algún Juez ordinario á pedir licencia para hacer la venta; y constándole por alguna averiguación que es suyo lo que quiere vender, y que no le es dañoso enajenarse de ello, le dé licencia, interponiendo su autoridad en la escritura, que el comprador otorgare, siendo mayor, y capaz para el efecto”.*<sup>163</sup>

Por otro lado, también fue bastante habitual que los indios carecieran de títulos sobre sus tierras, sin embargo, la legislación les permitía retenerlas probando su utilización desde tiempo inmemorial. Para evitar las dificultades prácticas que esta prueba podía acarrear, la autoridad muchas veces prohibió a los comisarios de tierras exigir a los indios la exhibición de títulos y dispuso que verbalmente y de oficio se informaran desde cuándo poseían sus tierras, si las heredaron, o en qué forma vinieron a su poder. Con todo una forma frecuente de desposeimiento que vivieron especialmente los indios encomendados se produjo precisamente porque al acomodarlos en sus propias tierras el encomendero, les era imposible probar su posesión por tiempo inmemorial en sus propios terrenos, los que se veían obligados a abandonar, éstas tierras quedaban por tanto despobladas y eran entonces pedidas en merced u ocupadas sin título por los vecinos.

La especialidad de la propiedad individual indígena se veía también reflejada en relación con el procedimiento de composición de tierras, el cual se encontraba prohibido cuando se trataba de tierras “*que hubieren sido de los Indios*” Nos dice al respecto Ots y Capdequi, que “*ni siquiera esa figura jurídica por virtud de la cual una situación de hecho podía convertirse en una situación de derecho, tenía aplicación cuando la composición se intentase en perjuicio del indio*”.<sup>164</sup>

Asimismo, las leyes que organizaron el régimen de encomienda específicamente señalaban que el derecho del encomendero se limitaba a disponer del servicio personal del indígena pero no de su tierra, el encomendero no heredaba la tierra del encomendado muerto, sino que ésta pasaba al pueblo del que el indio fuese originario.<sup>165</sup>

Sin embargo el objetivo de estas medidas, no sólo era el resguardo de los pueblos indígenas, sino que también se buscó de cierta forma beneficiar al Fisco español, que empieza en este periodo a sufrir los rigores de la maquinaria administrativa que se encontraba detrás del gobierno de Indias. En consecuencia se mira al indígena desde otra perspectiva, ya que también es posible obtener del indio ingresos a través de los tributos. Pero, justamente para que algo así fuera posible, se hizo necesario otorgarles capacidad económica, reconociéndoles su derecho a la propiedad individual, lo cual

---

<sup>163</sup> Ley 27, Título 1º, del Libro 6º, de la “*Recopilación...*” citada por Bernardino Muñoz Sánchez, en Ob. Cit. Pág. 46.

<sup>164</sup> Ots y Capdequi, “*España en América, El Régimen de tierras en la Época Colonial*”, Pág. 83.

<sup>165</sup> J. M. Mariluz Urquij Ob. cit. Pág. 27.

necesariamente derivaría en capacidad tributaria. El mismo Solórzano en su *“Política Indiana”*, sostiene cuán alto es el interés del estado español porque al indio se le mantenga en el cultivo y libre aprovechamiento de sus tierras.

### I. 3. 3. La Propiedad comunal indígena. Los resguardos.

Una de las políticas adoptadas por la Corona en relación con los indígenas, en la que se puede de cierta manera observar el influjo del pensamiento escolástico, fue la de ordenar que éstos fuesen destinados a vivir en poblaciones o reducciones alejadas de los europeos, caso en que se ordenaba expresamente que no se les quitasen las tierras *“que antes huvieren tenido”*. Lo habitual fue que las tierras de las reducciones de indios fueran de aprovechamiento colectivo para las comunidades indígenas que se encontraban bajo este régimen de *resguardos*, o sea tierras de un pueblo que pertenecían a su propia comunidad, las cuales debían tener por lo menos una legua de extensión *“en cuadro o a la redonda”*.<sup>166</sup> La influencia de la doctrina escolástica se manifiesta a este respecto en una doble forma: por un lado, como bien sabemos, la concepción escolástica del dominio vincula la comunidad de bienes a un estado de naturaleza íntegra, por oposición al estado de naturaleza corrompida en el que se desarrolla la propiedad privada. Los naturales de Indias, carentes de todo contacto con el mundo moderno hasta la llegada de los españoles, podían verse como aún en un estado de inocencia, visión que de algún modo se refleja en este sistema de propiedad comunal, restringido a colectividades exclusivamente indígenas, que la Corona ideó. La segunda arista de este influjo la encontramos en la doctrina, común a los autores de la época –y que tratamos al estudiar a Francisco Suárez–, según la cual al ser la propiedad privada una creación del derecho de gentes se encuentra por tanto sujeta a la potestad de la autoridad civil, la cual podría modificar ese régimen, sin que ello pudiera dejar de considerarse válido. Precisamente eso es lo que se está haciendo al establecer este sistema de aprovechamiento colectivo de la propiedad de la tierra en los pueblos de indios.

Muchas veces, los títulos de propiedad de estos resguardos eran expedidos a nombre de los caciques respectivos, pero esto significó, sin embargo, que muchas veces éstos alegaran un derecho personal y exclusivo sobre estas tierras, todo lo contrario a las intenciones de los monarcas españoles, que buscaron con esta figura favorecer a los aborígenes americanos en general y no a sus dirigentes.

Otra de las características de estas tierras fue la de ser en principio inalienables, puesto que sólo excepcionalmente se permitió su enajenación, cumpliendo con los siguientes requisitos: 1. Sólo se permitía disponer de una parte de estas tierras. 2. La autorización para realizar esta operación se entregaba siempre y cuando los propios indios así lo solicitasen. 3. Por último debía acreditarse debidamente que en consideración al número de habitantes quedaban siempre a cubierto las necesidades de la comunidad. La existencia de éstas disposiciones tuvo gran importancia, pues el mayor riesgo para la existencia de los resguardos fueron los mismos conquistadores españoles quienes muchas veces se apoderaron de estos terrenos, pasando a llevar los legítimos derechos de los indígenas. Únicamente litigando el indio pudo proteger su tierra, *“ya que*

---

<sup>166</sup> Ots y Capdequi, Ob. Cit. Pág. 85.

*la legislación le amparaba y las autoridades tenían la obligación de protegerle*".<sup>167</sup> No obstante éste y otros factores que a continuación analizamos tuvieron como resultado en última instancia la desintegración de los resguardos:

Los traslados forzosos de pueblos de indios impuestos por las autoridades, (con la subsiguiente venta de sus tierras) fue bastante frecuente.

La mita<sup>168</sup> contribuyó al término de los resguardos, por una parte, debido a que los patronos procuraron retener a los indios en sus haciendas y minas más allá del tiempo permitido por la ley; y por otro lado, porque los mismos aborígenes por temor y para evitar el servicio de la mita, abandonaron sus pueblos y tierras, dejando en abandono los territorios destinados al resguardo.

### I. 3. 4. Protección de los naturales.

Esta doctrina sancionada reiteradamente en la ley, tuvo una aplicación práctica bastante desigual, puesto que en un principio, los núcleos colonizadores fueron pequeños en relación con la extensión de los territorios, de ahí que inicialmente no se produjeran roces por razón de la tierra, y las normas protectoras no fueron pasadas a llevar. Con todo, una vez que el suelo comenzó a cobrar valor debido a la difusión de ciertos cultivos, la cría de ganado, o debido a que la colonización se efectuó en lugares más densamente poblados de aborígenes, se produjo un aumento en la demanda de tierras, generándose cada vez en forma más frecuente conflictos entre indios y españoles, hubo por ésta razón muchos abusos, incluso cometidos a veces por los propios caciques, esto provocó que en definitiva la legislación protectora de los naturales quedara muchas veces en letra muerta.

Hubo, sin embargo, y siempre bajo la influencia de los teólogos y juristas que tantas veces hemos mencionado, intentos prácticos de dar protección a los indígenas, además de darse el fenómeno de que numerosas instituciones indígenas fueron asimiladas y luego confluyeron con las españolas para posteriormente formar el derecho indiano. Un ejemplo de esta protección de la que hablamos, fue que en toda Capitulación y demás instrucciones impartidas a los conquistadores, se hizo constar que los repartimientos de tierras se harían sin perjuicio de los derechos de los naturales.<sup>169</sup> De la misma forma en las ordenanzas sobre descubrimiento y población se dispuso que las nuevas poblaciones se asentarían *"sin tomar de lo que fuere particular de los indios, y sin hacerles más daños del que fuera menester para defensa de los pobladores y para que la población no se*

<sup>167</sup> A continuación recogemos un testimonio documental recogido por Ots y Capdequí, en investigaciones sobre el S. XVIII, en el Nuevo Reino de Granada realizados en el Archivo Nacional de Colombia: *"A los indios de Cúcuta se les ve en 1734 litigando en defensa de sus resguardos contra el Colegio Máximo de Pamplona de los jesuitas y contra un individuo llamado Juan Jacinto Colmenares"*, Ots y Capdequí, *"España en América, El Régimen de tierras en la Época Colonial"*, Pág. 86.

<sup>168</sup> La *Mita* era un régimen de trabajo forzoso pero retribuido, al que estaban sometidos los indígenas americanos. En cada localidad se elegían por sorteo los indios que debían prestar este servicio en las haciendas o minas situadas en la comarca, y cuya duración variaba según la naturaleza del trabajo a realizar, por lo general su duración era de tres o cuatro meses en la mita agraria y diez meses en la mita minera.

<sup>169</sup> Ver Supra I. 2. 1. a. Contenido de las Capitulaciones

*estorbe*”, y se ordenó que las estancias fueran establecidas lejos de los pueblos de indígenas para evitar que los animales dañaran sus sementeras: *“proveeréis que se reparta a los pobladores no ocupando ni tomando cosa particular de los indios y para que esto se cumpla mejor por ahora haréis la dicha población algo desviada de las partes y lugares donde los otros indios tuvieran sus poblaciones, pastos y sementeras”*<sup>170</sup> Esta cuestión aparece reafirmada también en cuanto a las aguas en la *“Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias”* que ordena *“(…) que a los indios se les dexen tierras... con sobra todas las que les pertenecieren, así en particular, como por Comunidades, y las aguas y los riegos; y las tierras en que hubieren hecho azequias, u otro qualquier beneficio...”*<sup>171</sup>

Otro ejemplo que podemos citar fue la incorporación en las mercedes de tierras hechas a los conquistadores, cláusulas tales como ésta: *“la cual dicha merced le hacía e hizo siendo sin perjuicio de naturales y siendo con perjuicio sea visto no ser hecha la dicha merced”*. Este tipo de cláusulas jurídicamente pueden ser consideradas como otra de las condiciones resolutorias que afectaban la merced. No obstante, en la práctica esta cláusula *“sin perjuicio de naturales”* funcionaba como sigue: se encargaba a las justicias locales que averiguasen si los indios recibían perjuicio, éstas invariablemente respondían que los indios no eran perjudicados y que las tierras repartidas no les eran útiles, lo que habilitaba a los españoles para apropiarse de esos territorios. Más adelante, al notar las autoridades esta arbitrariedad, se ordenó para hacer realmente efectivo este mecanismo que el Corregidor hiciera la averiguación y se citase a todos los indios de la zona y se les explicara en su lengua el sentido de la diligencia para oponerse, también se ordenó que estas actuaciones se elevaran ante el Virrey. Esto hizo posible dar una aplicación efectiva a la cláusula.<sup>172</sup>

## II. Sección Segunda: La Propiedad Minera.

La actividad minera tuvo una vital importancia para el gobierno español durante este período, cuestión que aparece claramente reflejada en la legislación creada por la Corona a propósito de esta materia y a cuyo estudio dedicaremos la presente sección.

### II. 1. Evolución legislativa en torno al dominio minero.

---

Desde el inicio de la conquista se comienza a legislar sobre minas configurando verdaderas *“instituciones”* las, que formadas por una serie de elementos muy diversos unos de otros incluso ajenos al derecho, crearán en el caso de las Indias, un sistema

<sup>170</sup> Real Cédula de 1571 en que se instruye al Adelantado Juan Ortiz de Zárate, Gobernador y Capitán General del Río de la Plata, recogida por J. M. Mariluz Urquijo en Ob. Cit. Pág. 25.

<sup>171</sup> Ley 16, Título 12, Libro IV, citado en Ots y Capdequi, Ob. Cit. Pág. 82

<sup>172</sup> J. M. Mariluz Urquijo Ob. cit. Pág. 25.

único.<sup>173</sup>

Las primeras normas jurídicas que específicamente tratan el tema de la minería se encuentran en el “*Fuero de Nájera*”<sup>174</sup> sin embargo, a partir de esta disposición no es posible establecer con claridad qué criterio se aplicaba entonces con relación al dominio minero.

Con posterioridad, en 1256 las Siete Partidas de Alfonso X, a pesar de que regularon estas materias en disposiciones aisladas y sin mayor conexión, ampliaron la soberanía real, estableciendo que todos los derechos sobre los yacimientos minerales ubicados en el Señorío del Rey le pertenecían; además se confirmó la obligación de pagar una renta a la Corona, quedando así establecida la “*regalía*” tan característica del derecho minero español.

El “*Ordenamiento de Alcalá*” dictado en 1348 por Alfonso XI, reafirmó el dominio real sobre las sustancias metálicas manteniendo el sistema del dominio originario, así lo prescribió la Ley 1°, Título XVIII, Libro 9°, de la Novísima Recopilación: “*todas las mineras de plata, oro y plomo y de cualquier metal, de cualquier cosa que sea en nuestro Señorío Real pertenecen a Nos; por ende ninguno sea osado de labrar sin nuestra especial licencia y mandado*”. Claramente esta disposición no pretendió hacer de las minas parte del dominio privado de la Corona, sino que tuvo un claro objetivo fiscal: dar un fundamento de peso al derecho de regalía o impuesto a la explotación de las minas.

Más tarde, en 1387 son dictadas las “*Leyes de Don Juan*” u “*Ordenamiento de Briviesca*” que mantuvieron esta doctrina en lo que fué considerado como un primer esfuerzo por realizar un Código de minería, ya que se regulaban en forma ordenada y sistemática todos los aspectos de la actividad minera. Junto con reafirmar la incorporación de la riqueza mineral a la Corona, se extendió la Potestad Real a los yacimientos situados en terrenos de particulares y se otorgó a estos plena libertad para catar, cavar y labrar minas en terrenos públicos e incluso ajenos (en este caso, bajo condición de ser autorizados por el dueño del predio superficial, en caso de negativa de éste no era posible recurrir a la justicia). Otro mérito que podemos rescatar de este ordenamiento era que en él ya se insinuaba una separación entre la propiedad minera y la del predio superficial, un ejemplo de esto era que se disponía que sólo en caso de que el propietario superficial no ejerciera su derecho a la explotación de las minas existentes en su heredad los terceros podían solicitar autorización para hacerlo.

A mediados del siglo XVI bajo el reinado de los Habsburgo, las enormes riquezas encontradas en los nuevos territorios por los conquistadores, pusieron en movimiento una vez más el aparato legislativo de la Corona para regular la minería. Así pues nos encontramos en 1559 con las “*Leyes de doña Juana*” llamadas también “*Ordenanzas Antiguas*”, u “*Ordenanza de Valladolid*” las que constituyen una de las bases del Derecho

---

<sup>173</sup> Alejandro Vergara Blanco “*Principios y sistema del Derecho Minero. Estudio Histórico – Dogmático*” Editorial Jurídica de Chile, 1° Edición 1992, Santiago. Pág. 55.

<sup>174</sup> El origen del Fuero de Nájera se remonta a las Cortes celebradas en esa ciudad el año 1076. No existió propiamente como un estatuto independiente, ya que su texto sólo figura incorporado al Ordenamiento de Alcalá dictado por Alfonso XI en 1348. Samuel Lira Ovalle “*Curso de Derecho de Minería*”, Tercera Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1998. Pág. 26.



de minería español e hispanoamericano. Estas disposiciones ordenaron que todas las minas ingresaran al patrimonio Real, dejando sin efecto las mercedes entregadas por sus predecesores al declarar que: *“reducimos, resumimos e incorporamos en Nos”* todos los yacimientos. Durante la vigencia de estas ordenanzas se estimó que la Nación, representada por la Corona, detentaba el dominio originario de la riqueza minera en razón del interés público, por lo tanto el dominio de los particulares necesariamente derivaba de esta. En esos términos la Corona permitió labrar y aprovechar las minas, ya que se consagró la libertad de buscar y explotar, puesto que el propósito de esta normativa fué que la riqueza minera fuese ampliamente aprovechada a manera de satisfacer *“el mandato de Dios”* y el interés social.

Las *“Leyes de doña Juana”* posteriormente fueron ampliadas por la *“Pragmática de Madrid”* (1563). La que a su vez fué derogada por las *“Ordenanzas del Nuevo Cuaderno”* dictadas por Felipe II en 1584. En este caso ya podríamos hablar con propiedad de un de autentico código de minería de gran importancia (siguió vigente en España hasta 1825), ya que contenía principios que aún hoy continúan aplicándose en nuestra legislación. Entre otras cosas, se consideraba todo yacimiento como patrimonio del Rey y la Corona, la que concedía a las naturales, sean súbditos o extranjeros la posesión y propiedad de las minas: *“(…) y por hacer bien y merced a nuestros súbditos y naturales y a otros cualquiera persona, aunque sean extranjeros destos nuestros Reinos, que beneficiaren y descubrieren cualesquier minas de plata descubiertas y por descubrir, queremos y mandamos, que las hayan, y sean suyas propias, en posesión y propiedad y que puedan hacer y hagan de ellas , como de propia cosa suya”* por lo tanto, frente a terceros, podemos hablar de un Derecho Real ejercido en forma directa y absoluta, que aparece coexistiendo con el derecho de la Corona, situación que se mantuvo mientras no se alteró la regulación jurídica bajo cuya vigencia había sido otorgada la propiedad minera.

Hacia 1574, el Virrey del Perú, don Francisco de Toledo promulga las llamadas *“Ordenanzas de Toledo”*, normas que vienen a consolidar, como veremos, el regalismo en las Indias, *“todos los minerales son propios de Su Majestad, y derechos realengos por leyes y costumbres, y así los da y concede a los vasallos y súbditos donde quien que los descubrieren y hallaren, para que sean ricos y aprovechados, dándoles leyes y ordenanzas para que gocen de ellos y los labren”*... *“La razón por que su Majestad concede los minerales a las persona que los descubren y manifiestan, siendo suyos y pertenecientes a su Real patrimonio es que las labren y beneficien y sus súbditos y vasallos sean ricos y aprovechados y de lo que de ellos resultare se le paguen sus quintos y derechos, y pues dejándolos despoblados cesa la razón porque fueron concedidos justo es que los pierdan (...)”*. Este cuerpo de leyes tuvo una gran repercusión en su época y su influjo se hizo sentir en la legislación posterior, especialmente en la *“Ordenanzas de Nueva España”*.

Por su parte la *“Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias”* de 1680, sólo se limita a reiterar la aplicación de reglas y principios ya existentes (por ejemplo aparece implícito el dominio de todas las minas por parte de la Corona), sin embargo le da cierta armonización *“sustantiva”* a la legislación en general, y dentro de ella a la minera, puesto que las normas que la regían muchas veces se caracterizaban por ser dispersas y contradictorias especialmente en relación con las ordenanzas locales, la Recopilación

solucionó el problema derogando ese tipo de disposiciones.<sup>175</sup>

En 1683, se promulgaron las “*Ordenanzas de Perú*”, las que seguían una doctrina similar a las de Toledo, éstas se relacionaron con la primera manifestación nacional en materia de legislación minera las “*Ordenanzas de Huidobro*”, -se crearon para complementarlas- que si bien tuvieron aplicación en Chile por más de treinta años, no contenían norma alguna en relación al dominio minero.

Las “*Ordenanzas de Nueva España*” de Carlos III fueron el más importante y acertado cuerpo legal que rigió en la América colonial<sup>176</sup>, creadas en 1783, en ellas observamos la suma de todo el desarrollo anterior, y de los conceptos propios de la Ilustración. Así dispuso en su artículo 1° que “*las minas son propias de mi Real Corona, así por su naturaleza y origen, como por su reunión (...)*” consagrando el dominio patrimonial de la Corona sobre las minas, pero a su vez entregando el dominio y posesión de estas a los particulares en su artículo 2°. Este dominio Real sobre las minas derivaba de la naturaleza misma de éstas, las corrientes mercantilistas seguidas entonces consideraban a los yacimientos mineros como bienes de la más alta jerarquía, puesto que las naciones que los poseían eran consideradas poderosas, por lo tanto, la minería constituyó el pilar de la actividad económica. Es así que la potestad Real que en un comienzo sólo se ejerció sobre metales preciosos por su provecho para ser utilizados como moneda, se hizo extensiva con el tiempo y el progreso científico a todos los metales que tuvieran valor industrial y estratégico. Por supuesto que la Corona transfirió la propiedad y posesión de tales bienes sólo a quienes cumplieran ciertas condiciones: “*(...) que hayan de contribuir a mi Real hacienda la parte de metales señalada y que han de labrar y disfrutar las minas cumpliendo lo prevenido en estas ordenanzas de tal suerte que se entiendan perdidas siempre que se falte al cumplimiento de ellas y puedan concedérsele a otro cualquiera que por este título denunciar*”

Las doctrinas seguidas por la Corona fueron vacilantes: pasó por reservar para sí todos los yacimientos, (salvo algunas excepciones como las mercedes extraordinarias efectuadas a descubridores o a sus descendientes), a establecer un régimen de libertad para el descubrimiento y explotación de las minas, pero con la obligación de pagar a la Corona un quinto, un décimo o un veinteavo de los beneficios. Posteriormente un cambio en la política estatal distinguió entre las minas ordinarias (permitían su explotación libremente por quien las descubriese, sujeto a la obligación de pagar el quinto) y las minas ricas o de nación, en que salvo por algunas excepciones en que otorgaban como un privilegio especialísimo por periodos muy cortos, la Corona se reservaba la explotación directa de estos yacimientos, la regla general siguió siendo la libre denunciabilidad.<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> Alejandro Vergara Blanco. “*Principios y sistema del Derecho Minero. Estudio Histórico – Dogmático*”. Págs. 61 y 62.

<sup>176</sup> A sabiendas de que existían notables diferencias entre México y las nuevas provincias, se ordenó que las ordenanzas fueran adecuadas a las características de cada lugar. En Chile esta adaptación estuvo a cargo de Tomás Álvarez de Acevedo, de esta forma las ordenanzas tuvieron aplicación entre 1787 y 1874, año en que fué dictado nuestro primer Código de Minería. A. Dougnac “*La Real administración del importante cuerpo de minería*” en Revista Chilena de Historia del Derecho N° 8, 1981.

## II. 2. Características de la propiedad minera en el Derecho Indiano.

El yacimiento y no las sustancias minerales, fueron el objeto de esta propiedad debido a que el legislador español entendió que las sustancias minerales se presentan constituyendo un todo: el Yacimiento *“El minero no sólo ha de ser dueño del trecho de veta que principalmente denunció, sino también de todas las que en cualquier forma, figura y situación, se hallaren dentro de su pertenencia.”*<sup>178</sup> La unidad para las minas de cualquier metal es la pertenencia, esta tiene en las ordenanzas novohispanas forma rectangular y se constituye midiendo sobre la superficie doscientas varas castellanas tiradas a nivel de acuerdo al hilo, dirección o rumbo de la veta; en caso de que la veta fuera perpendicular al horizonte se miden las cien varas a uno u otro lado de la veta *“o partidas a entrambos según el minero las quisiere”*<sup>179</sup> Resumiendo lo que ya hemos expuesto, podríamos señalar que un principio jurídico vigente durante todo el periodo indiano fue que cualquier yacimiento, sea que se ubicara en lugares públicos o privados, necesariamente debía considerarse como una Regalía de la Corona o merced real. De esta forma el Rey sin separar las minas de su Real patrimonio las concede a los particulares como se indica en el artículo 2, Título V, de las *“Ordenanzas de Nueva España”*: *“(…) sin separarlos de mi Real patrimonio, las concedo a mis vasallos en propiedad y posesión, de tal manera que puedan venderlas, permutarlas, arrendarlas, donarlas, dejarlas en testamento por herencia o manda, o de cualquier otra manera enajenar el derecho que en ellas les pertenezcan, en los mismos términos que lo poseen, y en personas que puedan adquirirlo”*

Otra importante característica fue una notable diferenciación entre la propiedad de la superficie y la propiedad sobre el yacimiento minero, por tanto para explotar un yacimiento, a pesar de que este se encontrase en tierras de propiedad del descubridor, era necesario realizar la propia denuncia y solicitar amparo y permiso para su debida explotación. A esto debemos agregar que, también en contraste con la propiedad superficial, el dominio sobre las minas fue en un principio indivisible. Las *“Ordenanzas de Nueva España”* prohibieron la división material de las minas y sus labores entre socios o comuneros, esta indivisibilidad de la pertenencia se estableció debido a que el legislador consideró imposible una distribución equitativa de las utilidades obtenidas del mineral, puesto que las vetas jamás son regulares y uniformes en su riqueza. En este punto las *“Ordenanzas de Nueva España”* fueron contrarias a las del Perú que imponían la división material de la mina, llegando incluso a prohibir que las hubiera indivisas.

<sup>177</sup> En general la Corona se reservó la explotación directa de las minas de azogue, por la importancia que este tenía en la refinación de las pastas de plata, las O. de Nueva España señalaron que podían ser denunciadas, pero la autoridad deberá decidir si las podrá explotar el minero o las tomará la Corona entregando algún premio al descubridor. No obstante el comercio de este mineral era objeto de regalía. Alamiro de Avila Martel, *“La propiedad minera en el Derecho Indiano. Sus bases, constitución y peculiaridades”* Apartado del N° 8, “Historia”, Instituto de Historia de la Universidad Católica de Chile, Págs. 13 – 18, 1969. Pág. 15.

<sup>178</sup> *“Ordenanzas de Nueva España”* artículo 17, Título VIII.

<sup>179</sup> Antonio Dougnac, *“Manual de Historia del Derecho Indiano”* Pág. 315.

Por otro lado, este derecho se distinguía por su condicionalidad, el titular de la propiedad minera sólo la conservaba en cuanto cumplía con los requisitos que la ley señalaba al efecto, por ejemplo el artículo 13, del Título IX de las *“Ordenanzas de Nueva España”* dispuso que de no cumplirse la obligación de mantener trabajando las minas por un periodo determinado se perdería *“(…) el derecho que tenía a la mina”* la que pasaba a ser *“(…) del que la denunciare justificando su deserción y como se dispone en el Título VI”*.

Por último y con el objeto de fomentar el trabajo en las minas se ordenó que la propiedad minera fuera inembargable. En el artículo 23 del Título III de las *“Ordenanzas de Nueva España”* se estableció que *“(…) en caso de que corresponda en justicia la ejecución de alguna mina, o haciendo de beneficio, no por esto se embargará ni se procederá a su remate, ni al de máquinas, herramientas, aperos, esclavos, bestias, bastimentos, materiales y cualesquiera provisiones necesarias, sino que la tal ejecución se verificará en los metales de plata y oro y en los demás productos, deducido todo lo necesario para mantener e ir acudiendo a los costos y laboría de dichos metales, porque esto de ninguna manera deberá cesar.”*

### **II. 3. De las mercedes de minas propiamente tales. Modalidades que puede adoptar la adquisición de yacimiento minero.**

---

Ya explicábamos al tratar las mercedes de tierras, que en las Indias, las minas se consideraron desde el inicio como una regalía. De esta manera, la Corona logró modelar de una u otra forma todo el proceso de descubrimiento, conquista y población de los territorios americanos, lo cual funcionaba en torno al ya visto sistema premial por el que eran entregados al capitulante concesiones y privilegios en el lugar a descubrir, y que como vimos podían consistir en títulos o derechos sobre *“tierras, aguas, pastos y montes”*. En lo que respecta a las minas que se encontrasen en estos repartimientos la Corona jamás las entregó en propiedad, es más era muy frecuente que se estipulara expresamente que la propiedad de los yacimientos, así como una parte de los beneficios que allí se encontraran quedaban reservados al Rey; esta forma de proceder es patente incluso en las Capitulaciones de Santa Fe.<sup>180</sup>

Sin embargo, a pesar de que jurídicamente el dominio le pertenecía a la Corona, el Estado español bajo ninguna circunstancia podría haber explotado directamente todas las vetas encontradas durante la conquista, esto nos lo confirma Ots y Capdequí citando al celebre tratadista Antonio de León Pinelo, quien en su *“Tratado de Confirmaciones Reales”* comenta *“Síguese que donde quiera que se descubra minas tiene el Rey las suyas, que puede beneficiar por su cuenta. Pero como el administrar plata, aun en lo que*

<sup>180</sup> Estas Capitulaciones señalan al respecto: *“Item que de todas e qualesquiere (...) piedras preciosas, oro, plata (...), e otras qualesquiere cosas (...) de qualquiere especie, nombre e manera que sean, (...) hovieren dentro de los limites de dicho Almirantazgo, que desde agora Vuestras Altezas fassen merced al dicho don Christoval e quieren que haya e lieve para sí la dezena parte de todo ello quitadas las costas todas que se ficieren en ello por manera que de lo que quedare limpio e libre, haya o tome la dicha decima parte para sí mismo, e faga dello a su voluntad, quedando las otras nueve partes para Vuestras Altezas. Plaza a Sus Altezas”*. Alejandro Vergara Blanco *“Principios y sistema del Derecho Minero...”*, Pág. 84.

*entra i sale por cargo y descargo líquido, requiere tanta confianza i verdad en los ministros; i el manejo i balor de las minas mucho mayor por no ser el cargo líquido, ni saberse lo que rendiría la beta, ni de qué sustancia será el metal que della se sacase, que oy puede ser muy pobre, i mañana muy rico, i al contrario: es forçoso el riesgo, i difícil el hallar buena administración en minas del Rey, cuyos gastos son ciertos, i cuya ganancia queda al dicho i parecer de los administradores. Por lo qual son muy pocas, o ningunas las minas del Rey que se pueden labrar ni labran por su cuenta; sino que lo ordinario es, o arrendarlas, o venderlas”*<sup>181</sup> En consecuencia, se hizo necesario que fueran los súbditos quienes trabajasen las minas del Rey, lo que se logró por una parte haciéndolos partícipes de los beneficios a obtener en la explotación y por otra impulsando las diversas etapas de industria extractiva a través de un importante trabajo legislativo.

Lo anterior se manifiesta claramente en las políticas adoptadas por España en lo que dice relación con la investigación, por ejemplo, esta primera etapa en el desarrollo de la industria minera, se encuentra expresamente reconocida en disposiciones como las “*Ordenanzas de Nueva España*” las que autorizaban para investigar, cavar y catar en terrenos de cualquier dominio, en el artículo 14 del Título VI se indicaba que “*cualquiera podrá descubrir y denunciar veta o mina, no sólo en los terrenos comunes, sino que también en los propios de algún particular con tal que le pague el terreno que ocupare en la superficie, y el daño que inmediatamente se le siga, por tasación de los peritos de ambas partes, y de tercero en discordia...*”. Fue así como se permitió su beneficio a todos los particulares para que las descubriesen y manifestasen, todo lo cual se encuentra sometido a un régimen de registro, mensura, y ciertas condiciones que fueron variando según los tiempos, a explicarse en detalle más adelante, y que de no cumplirse traían como consecuencia la pérdida de la propiedad minera. La cual podía ser adquirida a través de alguna de las formas que a continuación veremos:

### **3. 1. Descubrimiento.**

Históricamente se prefiere como titular de la propiedad minera en virtud de esta gracia o merced real a quien la encontraba. Este personaje era el Descubridor, quien podía catalogarse de esta forma, en dos situaciones: sea que haya realizado actividades destinadas a lograr ese objetivo, en cuyo caso se premiaba el fruto de su trabajo, o bien que hubiera encontrado el yacimiento por azar, en donde se premiaba el haber dejado al descubierto una riqueza útil y desconocida que podía aprovechar a la comunidad. Las “*Ordenanzas del Nuevo Cuaderno*” catalogaban como descubridor “*Al que hallare y descubriere la mina*”, mientras que las “*Ordenanzas de Perú*” señalaban como tal a “*El que primero hallase metal en la veta, aunque aya otro comenzado a dar catas primero, y si dos hallasen metal en un mismo día, se entiende descubridor el que primero lo registrarre y manifestare a la justicia*”<sup>182</sup> Este último concepto se mantuvo en las “*Ordenanzas de Nueva España*”.

<sup>181</sup> J. M. Ots y Capdequi “*El Derecho de Propiedad en nuestra legislación de Indias*”, Pág. 101.

<sup>182</sup> Juan Matienzo, “*Gobierno del Perú*”, Facultad de Filosofía y Letras, sección histórica. Buenos Aires, 1910, Primera Parte, Capítulo XLI, Pág. 67.

La ley en general consideraba que el derecho del descubridor tenía un carácter personalísimo, puesto que solamente podía disfrutarlo quien descubriera y registrara la veta, tampoco se permitió transferir o transmitir este derecho; así lo dispusieron las “Ordenanzas del Perú”: “... y no los demás que sucedieren en la mina descubridora, aunque sea su hijo y heredero, o por otro derecho no se pueda vender, ceder ni traspasar” Asimismo el carácter de descubridor importaba ciertos privilegios, por ejemplo las “Ordenanzas de Nueva España” otorgaban a “los descubridores de uno o muchos cerros minerales absolutamente nuevos –aquellos en que no existe exploración minera- podían adquirir hasta tres pertenencias continuas o interrumpidas...”, también el descubridor de “veta nueva en cerro conocida” –aquél en que ya hubiera una mina registrada- podía tener en ella según las “Ordenanzas de Nueva España”: “... hasta dos pertenencias seguidas, o interrumpidas por otras minas con tal que las designe también dentro de diez días como se dijo en el artículo precedente”.

El descubridor además debía tener capaz para poder adquirir minas. La regla general era que se tratara de peninsulares o indios, todos los vasallos de la Corona eran capaces sin mayores limitaciones de sexo o edad. Señalan las “Ordenanzas de Nuevo Cuaderno” que cualquiera puede buscar minas, catar “(...) y hacer todas las diligencias necesarias para el descubrir los dichos metales en todos los dichos nuestros reinos y Señoríos de la Corona de Castilla”. También podían adquirir extranjeros que contaran con autorización legal de la Corona para permanecer en América, lo que estipulaba el artículo 1º del Título VII de las Ordenanzas de Nueva España: “todos los vasallos de mis dominios de España e Indias, de cualquier calidad o condición que sean, les concede las minas de toda especie de metales con las condiciones que ya van referidas, y las que más adelante se dirán (...)”, estas normas tampoco distinguían si se trataba de terrenos públicos o particulares. En efecto autorizaban para catar y cavar en terrenos de cualquier dominio y en caso de que estos pertenecieran a particulares, debía el minero pagar el valor del terreno que ocupare en la superficie y los daños que pudiese producir. En cuanto a quienes eran considerados incapaces para adquirir minas podemos nombrar a los regulares de ambos sexos; extranjeros no naturalizados o no tolerados; y a funcionarios vinculados a la minería o su industria.

En el caso del descubrimiento la constitución de la propiedad minera presentó algunas variaciones según las ordenanzas de que se tratara <sup>183</sup>, sin embargo en lo sustancial la Corona trató de seguir una misma línea. Básicamente el minero debía seguir los siguientes pasos:

**Manifestación:** Todo el que encontrara una mina, debía cumplir ante todo con los

---

<sup>183</sup> Las Ordenanzas de minería del Virrey Francisco Toledo establecían la siguiente doctrina con relación a los descubrimientos: “a todo descubridor de minas se le hacía merced de una veta de ochenta varas en el largo... y cuarenta de ancho” que se llamaba la Descubridora; luego se señalaba otra veta de iguales dimensiones “en el sitio que se estimase mejor para Su Majestad” realizados estos dos señalamientos, si el descubridor no tenía otra mina “en una legua a la redonda”, podía pedir que se le adjudicase otra veta –la salteada- de sesenta varas de largo y treinta de ancho, una vez cubiertos los derechos del descubridor, y de la Corona cualquier particular que sospechara que en ese cerro podían efectuarse nuevas explotaciones podía conseguir que se estacase a su favor una nueva veta de las mismas dimensiones que la salteada. J. M. Ots y Capdequí “España en América: El Régimen de tierras en la época colonial” Pág. 53.

trámites de manifestación y registro. Estos debían realizarse dentro de los plazos indicados por la ley, los cuales fueron variando con el transcurso del tiempo y según de qué cuerpo legal se tratase.<sup>184</sup> Esta manifestación se llevaba a cabo durante la vigencia de las “*Ordenanzas de Nueva España*” presentándose el interesado<sup>185</sup> por escrito “*ante la diputación de minería de aquel territorio o la más cercana si no la hubiera allí*” y en ella señalará: “*sus nombres, y los de sus compañeros si los tuviere, el lugar de su nacimiento, su vecindad, profesión y ejercicio, y las señales más individuales y distinguidas del sitio, cerro o veta cuya adjudicación pretendieren*”<sup>186</sup> Además se pedía que al efectuarse la manifestación se adjuntaran muestras del metal encontrado, el cual se declaraba bajo juramento como perteneciente al yacimiento minero que se manifiesta.<sup>187</sup>

**Registro:** A continuación, el escrito de manifestación más el día y hora de su presentación se registraban en “*(...) un libro de Registro que deberán tener la Diputación y el Escribano de Minas, si lo hubiere; y así hecho, se devolverá al descubridor su escrito proveído para su debido resguardo y se fijarán carteles en las puertas de la Iglesia, casas Reales y otros lugares públicos de la población para su debida inteligencia.*” Estos carteles tenían por objeto proteger los derechos de terceros.

**Perforación:** Las “*Ordenanzas del Nuevo Cuaderno*” ordenaban que dentro de tres meses contados desde la fecha del Registro el minero debía hacer una perforación en la mina, que alcanzara una hondura de tres estados, siendo cada estado de “*siete tercios de vara de medir*”. Innovando en la materia, las “*Ordenanzas de Nueva España*”, disponían que el minero dentro de los noventa días siguientes a que se le restituye proveída la Manifestación, “*(...) ha de tener hecho en la veta, o vetas de su Registro, un pozo de vara y media de ancho o diámetro en la boca, y 10 varas de hondo, o profundidad*”. Esta perforación se conoce como “*Pozo de Ordenanza*” y su objetivo principal era servir como punto de partida para hacer constar la existencia del mineral y ubicar la pertenencia, puesto que debía ser un signo invariable que la diferenciara de otras minas. No obstante el “*Pozo de Ordenanza*” presentó bastantes inconvenientes como punto básico para la mensura y ubicación de la propiedad minera, por ejemplo, al

<sup>184</sup> En las “*Ordenanzas del Nuevo Cuaderno*” este plazo fué de veinte días y en las “*Ordenanzas del Perú*” de treinta días. En ambas disposiciones, se permitía ampliar los términos legales debido a que las largas distancias o a la presencia de enemigos, podían dificultar la realización de estos trámites. Distinto fué el caso de las “*Ordenanzas de Nueva España*” que no señalaban plazos para la manifestación y registro del descubrimiento, ante esta omisión se hizo necesario aplicar las normas dictadas con anterioridad en forma supletoria. Gustavo Rochefort Ernst “*Esquema del Derecho de minas en Chile colonial*”, *Memorias de Licenciados. Historia del Derecho, Vol. VI. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1950. Pág. 326.*

<sup>185</sup> El interesado podía llevar a cabo este trámite personalmente o a través de un mandatario por instrumento otorgado ante escribano; por medio de un criado asalariado, en cuyo caso se presume orden del empleador; las “*Ordenanzas del Perú*” autorizaban a hacerlo mediante una carta enviada a juez competente, cuyo contenido debía ratificarse dentro de cuarenta días. Ariel Hurel M. “*La propiedad minera en el Derecho Indiano*”. Memoria de prueba, Departamento de Ciencias del Derecho. U. de Chile, Santiago, 1976. Pág. 50.

<sup>186</sup> “*Ordenanzas de Nueva España*”, artículo 4, Título VI.

<sup>187</sup> “*Ordenanzas del Nuevo Cuaderno*”. Ordenanza 17.

ensancharse el pozo en una determinada dirección se producía una variación en su centro, lo cual posibilitaba usurpaciones y burlas a los legítimos derechos de los vecinos.

Mensura y Alinderamiento: Esta etapa en la constitución de la propiedad minera tenía por objeto singularizar el terreno concedido a través de operaciones que tenían un carácter más técnico y que debían ser realizadas sólo por funcionarios que eran expresamente indicados en la ley. A saber, una vez realizado el “*Pozo de Ordenanza*” dentro del plazo legal “*pase personalmente uno de los Diputados, acompañado del Escribano, si lo hubiere, y en su defecto de dos testigos de asistencia además del perito facultativo de minería de aquel territorio, a inspeccionar el rumbo y dirección de la veta, su anchura, su inclinación al horizonte, que llaman echado o recuesto, su dureza o blandura, la mayor o menor firmeza de sus respaldos, y la especie o pintas principales del mineral, tomándose exacta razón de todo esto para que se añada a la correspondiente partida de su registro, con la fe de posesión que inmediatamente se le dará en mi Real nombre, midiéndole su pertenencia y haciéndole fijar estacas en sus términos...*”<sup>188</sup> Con la mensura y alinderamiento se ponía término al proceso de constitución de la propiedad minera, como lo señala en su continuación la disposición de las Ordenanzas de Nueva España, recién citada “*(...) lo cual hecho, se le entregará copia autorizada de las diligencias como título correspondiente*”. Otra consecuencia de este trámite era que producía la inmutabilidad de la pertenencia minera en términos tales que una vez “*arregladas las pertenencias en la forma prevenida, se le medirá al denunciante la suya al tiempo de tomar posesión de la misma, haciéndole fijar en sus términos estacas o mojones firmes y bien distinguidos, con la obligación de haberlos de guardar y observar perpetuamente, sin que pueda mudarlos, aunque alegue que su veta cambió de rumbo o de recuesto, sino que se ha de contentar con la suerte que le hubiere deparado la Providencia, usando de ella sin inquietar a los vecinos;...*”.

En la práctica esta inmutabilidad tenía efectos relativos, ya que si el minero no tenía vecinos o no los perjudicaba, podía efectuar la mejora de las estacas o “*mudanza de términos*”. Esta era la facultad que todo minero podía ejercer para modificar los deslindes de su pertenencia, con el objeto de gozar en mejor forma de la veta. Debía solicitarla dentro de un año contado desde la fecha del descubrimiento y constitución de la propiedad minera, la cual perdía por un lado cuanto adquiría por el otro; procedía siempre y cuando no se perjudicaran los derechos de terceros, es así que si bien era necesaria autorización judicial esta sólo se otorgaba si los mineros vecinos concedían su permiso. Finalmente la mejora debía inscribirse en el Registro.<sup>189</sup>

Tema muy corriente, también relacionado con el descubrimiento de yacimientos mineros, es el de la constitución de “*Compañías Mineras*”, sociedades cuyo objeto era el reconocimiento o la explotación de las minas, y que podían formarse por el hecho de registrarse una mina por dos o más personas o por pacto especial de compañía.<sup>190</sup> Para efectos de la distribución de los gastos y ganancias debía entenderse dividida la mina en veinticuatro partes iguales, llamadas “*barras*” las que a su vez podían ser subdivididas en

---

<sup>188</sup> “*Ordenanzas de Nueva España*”, artículo 4, Título VI.

<sup>189</sup> Ariel Hurel M. Ob. Cit. Págs. 55 y 62



cuantas partes se deseara, de esta forma cada socio concurría al costo y participaba de las utilidades en proporción al número de barras que le pertenecen o de acuerdo a la proporción estipulada en el contrato de sociedad.<sup>191</sup> Dentro de la legislación minera creada para las Indias encontramos que las Ordenanzas de Nueva España son el cuerpo legal que trata más extensamente este contrato, favoreciendo de manera especial a las compañías mineras y autorizando al virrey para conceder a los que las formaran todas las gracias, auxilios y exenciones que fueran posibles a juicio del Real Tribunal de Minería, siempre y cuando lo anterior no fuera en contra del interés público y del erario real.<sup>192</sup> Ejemplo de lo anterior era la posibilidad que a las compañías mineras se permitía denunciar hasta cuatro pertenencias, aún cuando fueren contiguas y por un mismo rumbo (a los mineros particulares se les prohibía denunciar dos pertenencias seguidas sobre una misma veta). Asimismo debía entenderse que todo yacimiento propiedad de una compañía tenía el carácter de indivisible, por tanto, ningún socio podía pretender trabajar parte de la mina en forma independiente de los demás, ni apoderarse de una parte física de la mina puesto que se disponía expresamente que esta hubiera de ser trabajada en común.<sup>193</sup> En relación a los acuerdos sobre la determinación de las obras, administración u otros puntos relativos al laboreo de la mina o minas, estos debían tomarse por simple mayoría.<sup>194</sup> Sobre los derechos y obligaciones de los socios de las compañías o sociedades mineras nos detendremos más adelante al tratar los mecanismos de impugnación.

### 3. 2. Prescripción.

Si bien las “*Ordenanzas de Nueva España*” no contienen disposiciones relacionadas con este punto las “*Ordenanzas del Perú*”, si regularon la materia y permitieron adquirir por prescripción el dominio de minas ya registradas, al disponer en su Ordenanza XV, Título VII, que: “*cualquier persona que tuviere minas, habiendo sido registrada por otro, haciendo dos años que la pobló y labra en ella, sed por la hoz de la tierra, como por socavón, habiendo sido sin contradicción, le valga por título bastante, sin que sobre lo susodicho se le pueda mover pleito, ni sea admitido por ninguna causa, si no fuere de mina que pertenezca a Su Majestad*”.

<sup>190</sup> La Ordenanza 21 del “*Nuevo Cuaderno*” estableció que “*en caso de que alguna persona registre mina que no sea enteramente suya, deberá declarar la parte o partes que en ella tuviere y si la tiene de compañía la parte o partes que sus asociados tuvieran en la mina*”. Gustavo Rochefort Ernst. Ob. Cit Pág. 345.

<sup>191</sup> “*Ordenanzas del Nuevo Cuaderno*” Ord. 45, y Ord. 3, Título XI “*Ordenanzas de Nueva España*”

<sup>192</sup> “*Ordenanzas de Nueva España*” Ord. 1, Título XI.

<sup>193</sup> Antonio Dougnac, “*Manual de Historia del Derecho Indiano*” Pág. 316.

<sup>194</sup> En el cómputo de los votos intervenía uno de los Diputados de Minería del Distrito, debía entenderse un voto por cada “*barras*” pero si un socio fuere dueño de doce o más barras, su voto valdrá siempre por uno menos de la mitad. En caso de discordia o igualdad de votos deberá decidir el Diputado del Distrito, quien deberá atender “*a lo más justo y al común interés de todos los compañeros*”. Ords. 5, 6 y 7 Título XI “*Ordenanzas de Nueva España*”, indicadas por Gustavo Rochefort Ernst. en Ob. Cit Pág. 346.

En cuanto a la posibilidad de adquirir por prescripción minas aún no registradas por otra persona, esta era bastante vaga, la única disposición que regula el tema, la encontramos en la Ley I, del Título XVIII, Libro IX de la Novísima Recopilación, la cual establecía como único requisito que se *“hubiere ganado por tiempo inmemorial”*<sup>195</sup> sin hacer mayores precisiones al respecto, y sobre todo sin definir lo que se entiende por tiempo inmemorial, de ahí que podamos concluir que la prescripción tuvo una importancia más significativa en la práctica como modo de adquirir minas ya registradas.

### 3. 3. Compraventa.

En el derecho minero indiano podían ser objeto de este contrato tanto los metales que el yacimiento producía, como la propiedad minera misma; es este último punto el que precisamente nos interesa y que nos detendremos a analizar con más detalle a continuación.

Debido a que las ordenanzas de minería regulaban esta materia sólo en parte, debía entonces entenderse que la compraventa de la propiedad minera se sujetaba al derecho común en todo lo demás. Dentro de las reglas seguidas en este tipo de contratos, se entendía al titular del yacimiento minero como dueño de su derecho del cual podía disponer de este libremente, previo cumplimiento de ciertos requisitos exigidos por la ley, uno de los cuales se encontraba en la Ordenanza 42 del Nuevo Cuaderno, la que prohíbe *“vender mina o celebrar otro contrato referente a ella antes de ahondarla tres estados, bajo pena de perderla en beneficio del denunciador”*. Junto con ello para dejar constancia de la certidumbre del dominio y de la persona a quien deben cobrarse los derechos reales se prohibió vender minas o parte de ellas sin expresa licencia del corregidor que correspondía.<sup>196</sup>

Asimismo, dada la creciente importancia de la industria minera, la Corona buscó brindarle cierta seguridad jurídica y así evitar fraudes y simulaciones, por lo que se ordena *“que de aquí en adelante ninguna justicia dé posesión a ninguna persona, de cualquiera calidad, estado o condición que sea, de ninguna mina o parte de ella por venta, permuta, donación ni otro contrato sin que primero ambas partes parezcan ante la dicha justicia, y declaren con juramento que la dicha venta, permuta, donación o contrato que así hicieran es cierto y verdadero y no fingido ni simulado, sino con animo e intención de estar y pasar por él realmente...”* Por último, el legislador español que como decíamos reconoce el carácter aleatorio que posee este tipo de actividad, sobretudo al tratarse de la compraventa de un yacimiento minero, busca acentuar aún más su protección adoptando medidas en las que contraviene principios jurídicos presentes, todo ordenamiento, así por ejemplo se prohibió rescindir este contrato por lesión enorme: *“En las compras y ventas de minas que se ofrecieren ni el comprador ni el vendedor no pueden decir, ni alegar que fueron engañados en la mitad del justo precio, ni en otra mayor ni menor cantidad,*

<sup>195</sup> Ariel Hurel M. Ob. Cit. Pág. 56.

<sup>196</sup> El vendedor debía en este caso presentar un escrito haciendo relación del ingenio o minas que pretende vender, de su precio y de la persona del comprador, todo lo cual será comprobado por el corregidor antes de autorizar la venta. Ord. 4, Título XII *“Ordenanzas del Perú”*.

*aunque se ofrezca probar la común estimación y valor de la veta, y que conforme a ello la lesión fué enormísima, ni ayudarse de las leyes que en este caso hablan, sino que la venta que se celebrase por los que libremente puedan contratar, sea válida y firme; y que aquel se llama justo precio que se dió por la mina al tiempo del contrato, y que sobre semejante causa los jueces no admitan demandas ni hagan proceso.”*<sup>197</sup>

## **II. 4. Limitaciones. Mecanismos de Impugnación.**

---

El más importante aspecto de esta parte de nuestro estudio se refiere a los sistemas de amparo de la propiedad minera, a los que dedicaremos un apartado especialmente destinado a su análisis.

### **II. 4. 1. El Amparo en la Propiedad Minera Indiana. Despueblo.**

Tradicionalmente, se ha entendido que todo derecho minero se otorga bajo condición resolutoria, la que tendría una expresión práctica en los denominados sistemas o regímenes de amparo, cuya principal función es junto con respaldar jurídicamente el hecho de la posesión, dejar siempre a salvo los posibles derechos de terceros que pudieran discutirse en el juicio ordinario correspondiente. En definitiva el objeto de este amparo es también impulsar las actividades mineras, forzando al concesionario a cumplir con ciertas obligaciones, puesto que en caso contrario perdería sus derechos.

Dentro de los sistemas de amparo más comunes, encontramos el amparo por el trabajo, el cual impone obligaciones de inversión o de producción mínima, y el amparo por el pago de una patente o canon, en cuyo caso se impone al concesionario la obligación de pagar periódicamente una determinada cantidad de dinero para conservar su dominio de la concesión.<sup>198</sup> Este último es el sistema que se encuentra vigente en nuestro país desde que fuera establecido por primera vez en el Código de minería de 1888.

Durante la vigencia de la legislación minera indiana tuvo aplicación el amparo por el trabajo llamado *“del pueble de las minas”*. Básicamente consistía en que mientras se trabajara la pertenencia, no era posible que la propiedad minera caducara. Así lo indicaban las *“Ordenanzas de Nueva España”*: *“(…) la concesión de las minas en propiedad y posesión se entiende bajo dos condiciones: la primera que hayan de contribuir a mi Real Hacienda la parte de metales señalada; y la segunda que han de labrar y disfrutar las minas cumpliendo lo prevenido en estas Ordenanzas, de tal suerte que se entiendan perdidas siempre que no falte el cumplimiento de aquellas en que así se previniere y puedan concedérsele a otro cualquiera que por este titulo las denunciara”*. La primera obligación que indicada la disposición recién citada de contribuir a la Real Hacienda no significaba el pago de una patente en los términos en que ésta podría concebirse actualmente, pues la norma en realidad se refiere al impuesto que solía

<sup>197</sup> Ord. 11, Título IX, *“Ordenanzas del Perú”*; y Ord. 12, Título XI *“Ordenanzas de Nueva España”* indicadas por Gustavo Rochefort Ernst. en Ob. Cit Pág. 347.

<sup>198</sup> Samuel Lira Ovalle, Ob. Cit. Págs. 101 y 102.

gravar la industria minera en aquel tiempo. Este se denominaba *Quinto Real*; y era obligatorio en todo caso, a pesar de que su porcentaje muchas veces, dependiendo de la época y del mineral de que se tratara, podía variar.

Así entonces, el auténtico sistema de amparo indiano lo encontramos en la segunda parte de la norma que nos ocupa, en la cual se exige al minero “...*labrar y disfrutar las minas...*”. En el artículo 13 del Título IX de el mismo cuerpo legal encontramos los fundamentos jurídicos de la Corona para establecer esta forma de amparo por el trabajo: “*las minas piden ser trabajadas con incesante continuación y constancia por que para conseguir sus metales se ofrecen en ellas obras y faenas que no se pueden terminar sino en largo tiempo, y si se suspende o interrumpe su labor, suele costar su restablecimiento lo mismo que costó labrarlas al principio*” (...) “*cualquiera que en cuatro meses continuos dejare de trabajar una mina con cuatro operarios ocupados en alguna obra interior o exterior verdaderamente útil, y conducente, por el mismo hecho pierda el derecho que tenía a la mina y sea del que la denunciare justificando su deserción según y cómo se dispone en el Título Sexto*”. Asimismo el legislador complementa la disposición anterior diciendo que “*cualquiera que dejare de trabajar su mina en la forma prevenida por dicho artículo, ocho meses en un año contado desde el día de su posesión, aún cuando los expresados ocho meses sean interrumpidos por algunos días o meses de trabajo, pierda por el hecho la tal mina, y se le adjudique al primero que la denunciare y justificare esta segunda especie de deserción*”. En síntesis, podemos concluir que el amparo de la propiedad minera por el trabajo de ella que establecían las “*Ordenanzas de Nueva España*” importaban la ocupación de al menos cuatro operarios en labores útiles de manera que la mina no dejara de ser labrada por cuatro meses continuos en el año u ocho meses interrumpidos. En Perú, como nos informa el Licenciado Juan Matienzo en su obra “*Gobierno del Perú*” la ley fue aún más exigente: “*poblar se llame si andan trabajando quatro indios o dos negros en la mina o si anda y trabaja en el mesmo dueño por ser pobre*”<sup>199</sup>. En cuanto al despoblado nos dice que las “*Ordenanzas del Perú*” exigían que “*después que la veta estuviere registrada, y pasados los quarenta días que se dan para dar la cata y puestos los mojones como está dicho, así el descubridor como todos los demás que se huvieren estacado en cada veta, dentro de otros diez días sean obligados a labrar y poblar cada uno su mina, so pena que si no la labren y poblen cualquiera persona la pueda tomar por despoblada guardando las solemnidades que abajo se dizen (...)*”<sup>200</sup>.

Más adelante, para evitar que la ley fuera burlada trabajando los mineros sólo algunos días del período de cuatro meses, se dispuso que cualquiera que dejara de trabajar la mina durante ocho meses en un año, aunque estos ocho meses hubieren sido interrumpidos por algunos días o semanas de trabajo, perderá de pleno derecho su propiedad minera, la que se adjudicaba al primero que la denunciara. Posteriormente el plazo de despueblo se aumentó a un año un día, para los casos en que pudiese probarse que durante todo ese tiempo estuvieron desiertas y sin labor.

---

<sup>199</sup> Juan Matienzo, Ob. Cit. Capítulo XLI, N° 25, Pág. 71

<sup>200</sup> *Ibid.* N° 24, Págs. 70 y 71.

De esta forma, la legislación que hemos citado estableció el llamado “*Despueble de Hecho*”, que traía como consecuencia la caducidad de la propiedad minera la que pasaba a manos del denunciante “*por despoblado*”, siempre y cuando éste hiciera registro de ella y cumpliera con las demás diligencias necesarias para la constitución de la propiedad minera; la única excepción con respecto a la aplicación de esta regla era el caso en que el despueble se hubiere producido por haber acaecido justo motivo como “*peste, hambre o guerra en el mismo lugar de las minas, o dentro de veinte leguas en contorno*” (artículo 14, parte final Título IX).<sup>201</sup>

Esta rigurosidad que hemos observado en las reglas relativas al despueble se aliviaba al tratarse de mineros que en otro tiempo hubieren trabajado con diligencia sus minas, invirtiendo en ellas y que se vieran en la necesidad de interrumpir sus trabajos por motivos de importancia, el artículo 15 del Título IX de las “*Ordenanzas de Nueva España*” nos indica que los mineros que “*(...) tuvieren desamparada su mina en los tiempos y de la manera arriba prescrita, no las pierdan por el hecho como los demás; pero sus minas han de ser, sin embargo, denunciables ante los respectivos nuevos juzgados de minería para que oídas las partes, y calificados los méritos y motivos que se alegaren, se haga justicia a quien la tuviere*”. Tampoco era posible solicitar una mina por despueble cuando el minero se hubiere visto impedido de labrarla o beneficiarla por estar construyendo socavón en ella, claro que en este caso se exigía que en los trabajos hubiere un número suficiente de operarios como para considerar la mina poblada, recién en caso de que el socavón hubiere llegado a las vetas donde va dirigido, y las tuviere sin labrar durante cuatro meses después de alcanzarlas puede ser pedida la mina y adjudicada por despueble.

La forma de impugnar o dejar sin efecto una merced de minas por despueble, se hacía siguiendo prácticamente las mismas formalidades que se establecían para la constitución de nueva pertenencia. De acuerdo al procedimiento impuesto por las “*Ordenanzas de Nueva España*” el interesado procedía efectuando una presentación ante la justicia individualizando la mina y al último poseedor si le era conocido, debía pedir también la notificación del denuncia en la forma legal a los propietarios mineros vecinos cuando estos trabajaren sus yacimientos, por último el denunciante solicitaba la adjudicación de la mina para sí.

Todo lo anterior se colocaba en conocimiento del demandado; de no deducir éste oposición dentro de los diez días siguientes a la notificación, el denuncia era pregonado durante tres días domingo. Si terminados los pregones comparecía el antiguo dueño o poseedor, el procedimiento era suspendido y las partes oídas brevemente, para ello disponían de un término de cuarenta días improrrogables para rendir sus pruebas y alegar lo que estimaran conveniente a sus derechos. Una vez transcurrido dicho plazo el juez procedía a dictar sentencia, la que podía ser apelada dentro de tercero día, el recurso debía fallarse dentro de los sesenta días siguientes, sin que existieran otras instancias para solicitar su modificación.

En caso de presentarse oposición al término de los pregones, el denunciante tenía la obligación de habilitar dentro de sesenta días una faena de considerable profundidad, a lo

---

<sup>201</sup> Ariel Hurel M. Ob. Cit. Pág. 71.

menos de diez varas a plomo, plazo que podía ser ampliado por la Diputación respectiva de acreditarse justo motivo. En el evento de que no habilitara la faena o no tomara posesión de la mina dentro del plazo legal o prorrogado, el denunciante perdía su derecho. Podía también suceder que dentro de este plazo concedido al denunciante para habilitar la faena útil compareciere el antiguo dueño o poseedor oponiéndose al denuncia, en ese caso no se suspendía la diligencia posesoria, pero era necesario oír al contradictor sobre la propiedad de la mina, esto es sobre el hecho y circunstancias del despueblo. Por otro lado, si no había oposición, y el denunciante habilitaba la faena útil en el plazo concedido, se procedía a la mensura de la pertenencia otorgando al denunciante propiedad y posesión normal de ella, de la misma forma que en el caso de una mina absolutamente nueva, además, debido a que no se consideraba al denunciante como sucesor legal del denunciado, se iniciaba un nuevo registro.<sup>202</sup>

Como todo el sistema que hemos enunciado podía provocar denuncias maliciosas efectuadas con la intención de despojar sin fundamento de sus legítimos derechos al titular de una pertenencia, se estableció en las mismas *“Ordenanzas de Nueva España”* el llamado *“Despueblo de Derecho”*, este consistía en que ningún minero podía abandonar el trabajo de su mina, cualquiera fuera el motivo que tuviere para ello, sin que antes lo pusiera en conocimiento de la Diputación del distrito, la cual debía publicar esta circunstancia *“fijando carteles en las puertas de las iglesias y demás lugares acostumbrados para que todos se enteren de ello e inmediatamente hagan veeduría de ella los Diputados acompañados por el escribano y peritos, los que deberán inspeccionar la mina, medirla e individualizar todas sus circunstancias y formar mapas que representen sus planes y perfiles, los cuales con toda la instrucción indicada se guardarán en el archivo para guardarlos allí mismo a quien quiera verles o sacar copia para estudiar la posibilidad de hacerse cargo de la mina”*.<sup>203</sup> Demás está decir que la aplicación práctica de este mecanismo contemplado en las Ordenanzas de Nueva España, fue bastante limitada cayendo muy pronto en desuso, aún mientras este cuerpo legal se encontraba vigente.

En cuanto al procedimiento de despueblo contemplado en las *“Ordenanzas de Perú”*, difería al anterior en cuanto a los plazos y trámites establecidos, recurrimos nuevamente al Licenciado Juan Matienzo para ilustrarnos al respecto: *“Que passados los cuarenta días que se dan para dar la cata en la mina del descubridor, y los diez días que se dieron para labrar y poblar, que si por otros nueve días la mina estuviere despoblada y por labrar, parezca el que la quiera tomar ante el Alcalde de Minas o ante otro juez, no estando el Alcalde en el asiento y pueblo de minas, y estando el dueño de la mina que la registró o compró o la posee por cualquier título, estando en el dicho asiento o pueblo o no estando en él, citándole por tres pregones que se den en tres días sucesivamente de información de cómo ha estado y está despoblada los dichos nueve días, y no se labra en ella, y siendo bastante el Alcalde le meta en la possession de ella, la cual se llame título bastante que demás de la pública utilidad se ha usado así en todas las minas de este Reyno y todas las Indias.”*<sup>204</sup> ... *“Para ver si la mina está despoblada, vaya a ver el*

---

<sup>202</sup> *“Ordenanzas de Nueva España”*, Ord. XIII, Título VI, artículos 8, 9 y 10.

<sup>203</sup> *“Ordenanzas de Nueva España”*, Ord. XIII, Título IX, artículos 16, 17 y 18.

*Alcalde de minas y otro juez ante quien se pidiese el despoblado juntamente con el escribano y testigos, los quales tome de officio de los que estuviesen labrando en las minas comarcanas, no obstante que sean los mismos que han hecho sus dichos en el caso no aviendo otros que se los tomen otros y no aquellos”.<sup>205</sup> “La mina de su Magestad no se pueda tener por despoblada, mas los oficiales reales tengan quenta si al labrarla ha sido provechosa, y no siendo tal venderla o arrendarla”.<sup>206</sup>*

No podemos terminar el análisis de la institución del despueblo y su procedimiento sin destacar la relación existente ellos y el pensamiento escolástico, sobre todo por la vía de Francisco Suárez, quien postulaba precisamente la posibilidad de la privación de un dominio legítimamente adquirido por razones de buen gobierno, siempre y cuando concurrieran tres requisitos: que se trate de un motivo legítimo, referido al bien común y moralmente necesario. En el caso de la institución que estudiamos, estos requisitos pueden fácilmente derivarse de todos los textos legales citados en relación a ella, y en particular el bien común aparece como el motivo principal, atravesando de manera transversal toda esta legislación, dada la importancia que para el bienestar y desarrollo de la población representaba la permanente explotación de los yacimientos mineros.

#### **II. 4. 2. Otros Mecanismos de Impugnación.**

En cuanto a la impugnación de las mercedes mineras por falta de Confirmación Real, tenemos que este mecanismo según apunta Antonio de León Pinelo en su *“Tratado de Confirmaciones Reales”* a diferencia de lo que ocurría con las mercedes de tierras y aguas no tenía aplicación en este caso.<sup>207</sup> En relación con la práctica de vender o arrendar las minas reales, efectuadas a consecuencia de los malos resultados que se produjeron al tratar el estado de explotar los yacimientos directamente, a pesar de que también se trata de tierras, Pinelo plantea que tampoco han de llevar confirmación *“En quanto a los arrendamientos, es cierto que no se debe llevar confirmación, por ser temporales. En quanto a las ventas me parece lo mismo: porque las minas son de tal calidad, que començándolas a labrar muy ricas, en breves días se pierden i acaban; i si duran no es tanto, a lo menos en su riqueza, quanto es necesario para llevar confirmación, si por lo referido en otros casos se haze el argumento. Y sería trabajo sin fruto, venderse la mina, i embiar el comprador por la confirmación al Concejo, donde no se puede tener noticia de su valor, ni si es menor o mayor, con que será forçoso concederla; i quando se niegue, i al cabo de cinco años buelva esta denegación a las Indias, ya la mina estará no sólo más pobre, sino acabada, ciega o perdida. Por lo qual al Virrey del Perú se le dio comission para estas ventas de minas, sin cláusula de confirmación”*.<sup>208</sup>

---

<sup>204</sup> Juan Matienzo, Ob. Cit. Capitulo XLI, N° 26, Págs. 71 y 72.

<sup>205</sup> *Ibíd.* Cap. XLI, N° 27, Pág. 72.

<sup>206</sup> Juan Matienzo, Ob. Cit. Capitulo XLI, N° 28, Pág. 72.

<sup>207</sup> Antonio Dougnac *“Manual de Historia del Derecho Indiano”* Pág. 314.

En otro ámbito y directamente relacionado con la condicionalidad de mercedes mineras y la precariedad del dominio que su titular tenía sobre éstas, se encuentran los trámites necesarios para la constitución de la propiedad minera posteriores al descubrimiento, que ya tratáramos anteriormente. El primero de ellos era la manifestación. Esta etapa del procedimiento tenía una importancia capital puesto que casi todas las ordenanzas mineras, a pesar de no siempre presentar una postura uniforme al respecto, coinciden en que se consideraba como un imperativo que todo aquel que encontrara una mina debía manifestarla y registrarla dentro de los plazos indicados por la ley, los cuales era posible prorrogar en ciertos casos como cuando por las largas distancias o presencia de enemigos se hacía dificultoso acudir a la Diputación de minería correspondiente para llevar a cabo estos trámites. Sin embargo, nos encontramos ante la posibilidad de resolver la merced, puesto que en caso de que no se cumpliera con las obligaciones de registro y manifestación ya comentadas, el descubridor inevitablemente perdía sus derechos como tal. Lo mismo ocurría en caso de la siguiente etapa de la constitución de la propiedad minera, la perforación cuyo fundamento radicaba en la creencia entre los mineros españoles de que a esa profundidad (tres estados de hondura, donde cada estado tenía a su vez siete tercios de vara de medir) la veta del mineral adquiría cierta consistencia, de ahí que era necesario efectuar perforación en las minas nuevas, en una de las catas, y en las viejas en uno de los pozos que tuvieran metal, todo ello bajo expresa sanción de que *“se pierdan, y sean del que lo denunciare”*. Era tal la importancia de ésta gestión que las *“Ordenanzas del Nuevo Cuaderno”* prohibían expresamente vender o celebrar cualquier contrato referente a la mina antes de ahondarla con arreglo a la ley, so pena de perderla y que ella fuera para el denunciador de la infracción.

### **III. Sección Tercera: La Propiedad en Materia de Aguas.**

En el derecho indiano la propiedad sobre las aguas tuvo características bastante especiales, como lo podremos constatar en el siguiente análisis de la legislación destinada por la Corona a su regulación.

#### **III. 1. Las Aguas como Bienes de Realengo. Evolución legislativa.**

---

Ya en los tiempos del derecho medieval español, antecedente del indiano, se creó y desarrolló la concepción de las aguas como bienes de realengo. El primer antecedente relativo a este vínculo existente entre la Corona y las aguas lo encontramos en las leyes dadas por Alfonso VII en las Cortes de Nájera, en ellas se declaró que: *“Todas las aguas, é todas las rentas dellas, rindan al Rey, salvo las que dió el Rey por privilegio, ó las ganó alguno por tiempo en la manera que devía”*<sup>208</sup> La validez jurídica de los principios

<sup>208</sup> J. M. Ots y Capdequí *“El Derecho de Propiedad en nuestra legislación de Indias”* Pág. 101.



contenidos en esta ley es evidente, fue permanentemente recogida en recopilaciones legislativas posteriores, además éstos guardaron concordancia con otros textos legales de la época, la jurisprudencia y el derecho práctico en cuanto a la concepción patrimonial vigente: las aguas eran una regalía del Rey.<sup>210</sup>

Siguiendo con la cronología de la evolución legislativa en materia de aguas, necesariamente debemos mencionar Las Siete Partidas, cuerpo legal que inspirado en textos romanos contiene la base del derecho indiano y en consecuencia del derecho chileno de aguas que surgió más tarde. En las Partidas no existe un título especial sobre las aguas, ni tampoco se hace uso de la expresión “*regalía*” sin embargo, ello no significó que no existiera conciencia de que a los reyes correspondían derechos especiales en su calidad de tales, es decir, lo que jurídicamente correspondería a una regalía en razón de que se declaraba que los monarcas tenían señorío sobre algunas cosas “*como las rentas*” lo que las Partidas vinculaban indirectamente con bienes como las aguas; luego la vinculación patrimonial de “*señorío*” no será sobre las “*rentas*” sino directamente sobre las aguas en forma de una “*regalía*”.<sup>211</sup>

Entonces, a pesar de que no contenía una regulación sistemática de la materia, este cuerpo legal contiene importantes referencias a las aguas y a las diversas formas de aprovechamiento de ellas, por ejemplo los ríos eran considerados entre los bienes “*que pertenecen a todos los hombres comunalmente; en tal manera que también pueden usar dellos los que son de otra tierra estraña, como los que moran e biven en aquella tierra, do son*” (Partidas 3, 28, 6); las aguas lluvias eran cosas “*que comunalmente pertenecen a todas las criaturas de este mundo*” (Partidas 3, 28, 3); también existían aguas para el uso de una villa o ciudad, como en el caso de las fuentes públicas y aguas privadas como las de los pozos de una heredad (Partidas 3, 32, 19); por último encontramos las aguas de señorío real que correspondían a los bienes de realengo (por regla general las aguas de las Indias correspondían a esta categoría)<sup>212</sup> y que se caracterizaban porque era imposible que perdieran esta categoría, no podían dejar de ser de señorío, ya que era imposible enajenarlas: “*non deve por esso entender aquel a quien lo da, que gana derecho en ellas. E esto es porque son de tal natura, que ninguno non la puede ganar*”, tampoco podían ser objeto de prescripción: “*E aun decimos que tributos, o pechos, o rentas, o otros derechos cualesquier que pertenezcan al Rey, a que hayan costumbrado o usado de darle, que los non puede ganar ninguno por tiempo, nin se pueden escusar que nos los den*”.

Con posterioridad, el Ordenamiento de Alcalá de 1348 declara a su vez que “*Todas las mineras de plata, y oro, y plomo, y de cualquier otro metal de cualquier cosa que sea en nuestro señorío real, pertenece a Nos (...), assi mismo las fuentes, y pilas, y pozos*

<sup>209</sup> Alejandro Vergara Blanco, “Contribución a la Historia del derecho de aguas, II: Fuentes y Principios del derecho de Aguas español Medieval y Moderno”, en Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. II, 1991, Copiapó. Pág. 78.

<sup>210</sup> Alejandro Vergara Blanco, “Derecho de Aguas”, Volumen I, Editorial Jurídica de Chile, 1° Edición, 1998. Santiago, Pág. 50.

<sup>211</sup> Alejandro Vergara Blanco, Ob. Cit. Pág. 54.

<sup>212</sup> A. Dougnac “Manual de Historia del Derecho Indiano” Pág. 302.

*salados que son para fazer sal nos pertenecen por ende mandamos que rindan á Nos con las rentas de todo ello, y que ninguno sea osado de se entremeter en ellas, salvo aquellas a quien los Reyes pasados nuestros progenitores, o Nos lo ouiessemos dado por privilegio, o las ouiessemos ganado por tiempo inmemorial*". En esta norma encontramos claras evidencias de que el legislador español de la época tenía en una misma consideración jurídica a las minas y a las aguas, pues era entendido que ambas eran regalías de la Corona. En definitiva, desde los orígenes de la legislación española sobre la materia, las aguas son concebidas como objeto de dominio público, pero susceptibles de aprovechamiento por los particulares, quienes acceden a ellas mediante el establecimiento por parte de la Corona de un procedimiento que les permitiría obtener la concesión correspondiente puesto que antes que nada, era necesario cumplir con dos requisitos: obtener el "*privilegio*" o "*merced*" del rey para su aprovechamiento, y en segundo lugar debía efectuarse el pago de las "*rentas*" ya que se entendía que "*ninguno sea osado de se entremeter en ellas*" sin la previa licencia de la Corona. El pago de tales rentas importaba un reconocimiento implícito del señorío real.

En cuanto al derecho indiano propiamente tal, debemos apuntar que la concesión de derechos de aguas quedaba íntimamente ligada a la de tierras. Este planteamiento queda claramente reflejado en el trabajo de Guillermo Margadant quien reduce a cuatro "*ideas básicas*" la forma de organizar la tierra y el uso de las aguas, refiriéndose específicamente a Nueva España en el siguiente esquema que sin embargo es aplicable en toda América:<sup>213</sup>

Todo el territorio pertenece originalmente a la Corona.

Las aguas y los pastos deben ser gozados en común, a menos que tratándose de un caso especial la Corona haya dispuesto otra cosa.

El fomento tanto de la producción agrícola y minera corresponde a la Corona, y en este sentido, el interés de la comunidad debe siempre tener preferencia a los intereses individuales.

El bienestar de los indios debe estar en el centro de la política monárquica.

En conclusión, el análisis de las normas indianas referentes a las aguas, necesariamente importa el estudio de las disposiciones sobre tierras que pudieran tener alguna relevancia en el tema que nos ocupa. También de importancia es el contenido de las Capitulaciones celebradas entre la Corona y los primeros conquistadores. En ellas, como ya lo señalábamos anteriormente en este trabajo se autorizaba al capitulante para tomar para sí ciertas tierras, y repartir otras a quienes los hubieran acompañado en sus empresas de descubrimiento y pacificación, en relación con las aguas a menudo estas capitulaciones entregan específicamente el derecho a ciertas aguas, otras lo contemplaban de manera implícita.<sup>214</sup>

---

<sup>213</sup> Guillermo Margadant S. "*El agua a la luz del Derecho Novohispano. Triunfo de realismo y flexibilidad*", en Revista Chilena de Historia del Derecho N° 10, Págs. 227-252, Editorial Jurídica, Santiago.

<sup>214</sup> En capitulación de 6 de junio de 1529, celebrada con Hernán Cortés, con sus terrenos se menciona en forma expresa que las tierras y aldeas, etc., que compondrán este enorme feudo, contendrán "*aguas corrientes, estantes e manientes*" Ots y Capdequí "*España en América*" Pág. 16

Como ya tuvimos ocasión de analizar, de a poco el reparto de tierras y otorgamiento de mercedes en general fue colocado bajo el control de las autoridades indianas y se estableció más tarde el requisito, omitido frecuentemente en la práctica, de la confirmación de la Corona, para lo cual era necesario enviar la documentación correspondiente a España. Es así que hacia 1529 el presidente de la Audiencia de Nueva España dispuso que las peticiones de tierras, aguas e ingenios se presentaran al Cabildo respectivo, el cual las elevaría al presidente de modo que éste junto a dos regidores firmaran los títulos pertinentes.<sup>215</sup> En 1534, se faculta a Virreyes y Gobernadores por Real Cédula de 20 de mayo para repartir mercedes de tierras, como consecuencia también se extiende aquella facultad a las aguas, al indicar que *“los montes, pastos y aguas de los lugares y montes contenidos en las mercedes, que estuvieren hechas, ó hiciéramos de Señoríos en las Indias, deben ser comunes á los Españoles é Indios. Y así mandamos á los Virreyes y Audiencias, que lo hagan guardar, y cumplir”*. Este sistema se mantuvo en lo medular en las *“Ordenanzas de Nuevos Descubrimientos y Poblaciones”*<sup>216</sup> de 1573 el cual, sin embargo, se desestabilizó al atribuirse también los Cabildos la autoridad de repartir tierras *“a título de bien popular y utilidad pública”*. Recién a fines del siglo XVI la Corona pudo terminar con esos abusos de los municipios<sup>217</sup> en parte como consecuencia de la Reforma Agraria de 1591, que como señalábamos anteriormente impuso a los colonos el deber de exhibir sus títulos de dominio a requerimiento de la autoridad y permitió a esta determinar la cabida objetiva de los terrenos, recayendo el excedente no justificado en el dominio de la Corona. No obstante esta situación no fue tan perjudicial puesto que a la vez esta Real Cédula contuvo plazos razonables que permitieron ejercitar la facultad de enmendar mediante la *“composición”* las irregularidades encontradas y señaló que la posesión por cuarenta años quedaba al margen de esta reforma.

Volviendo al trabajo legislativo sobre la materia, nos encontramos hacia 1567 con *“Las Leyes de la Nueva Recopilación”*. Estas recogieron todas las leyes anteriores a esta fecha, y de su texto claramente surge el principio de que las aguas *“pertenecen a los reyes”*, al respecto Vergara Blanco nos indica que la *“dominicalización pública es un hecho asentado, algo que siempre la Corona ha considerado así”*.<sup>218</sup>

Ya hacía 1680 en la *“Recopilación de Leyes de Indias”*, encontramos normas que indican principios de importancia en materias de directa relación con el tema que nos ocupa, así por ejemplo se estableció como requisito la aprobación de la Audiencia y

<sup>215</sup> Mario Góngora, *“El Estado en el Derecho Indiano. Época de fundación 1492 – 1570”*, Pág. 144

<sup>216</sup> Estas ordenanzas además expresaban que *“debía tenerse en cuenta el aire saludable, las tierras fértiles y otros aspectos, habían de fijarse los fundadores en las “muchas y buenas aguas para beber y para regadíos” (...) los sitios y plantas de los pueblos se eligieran cerca de las corrientes de modo que se derivaran a los pueblos para mejor aprovechamiento.”* Antonio Dougnac R. *“Régimen Jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI”*, Revista Chilena de Historia del Derecho N° 10, Año 1984, Págs. 49 – 78, Editorial Jurídica, Santiago. Pág. 75.

<sup>217</sup> Antonio Dougnac R. *“Régimen Jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI”*, Pág. 53

<sup>218</sup> Alejandro Vergara Blanco, *“Derecho de Aguas”*, Volumen I, Pág. 87.

confirmación por la Corona de ordenanzas locales relativas a las aguas domésticas; también exigió la autorización del Concejo de Indias para que nuevas normas castellanas valieran en Indias; confirmó la institución de los Jueces de Aguas nombrados por las Audiencias a menos que la costumbre permitiera su nombramiento por el Virrey, el Presidente o el Cabildo<sup>219</sup>; impuso el deber de “*entregar muchas y buenas aguas a los aborígenes para beber y regar*”; decretó que la distribución de tierras y aguas se hiciera según grado y merecimiento; ordenó que los Virreyes y Gobernadores efectuaran el reparto de tierras, aguas, abrevaderos y pastos con parecer de los Cabildos; indicó reglas de protección de la agricultura indígena contra la ganadería española; la prohibición de utilizar tierras de regadío para la ganadería; así como la protección de los indios, sobre todo en relación con tierras en que hubieren hecho acequias, las que por ningún concepto debían perder; y debía entenderse que los pastos, montes y aguas eran comunes en las Indias, siempre que no hubiere título o merced por parte de la Corona, en caso de repartirse antiguos señoríos de indígenas mediante mercedes, los montes, pastos y aguas que pertenecieron a éstos debían quedarse comunes entre indios y españoles.<sup>220</sup> Con posterioridad a la Recopilación de Indias, otra disposición general relacionada al régimen de aguas fue la Real Instrucción de 1754, medida comparable en importancia a la de 1591.

Entre las disposiciones que reglamentaron el tema a nivel local dentro del continente, podemos nombrar el “*Reglamento General de las Medidas de las Aguas*” elaborado por el padre Rodrigo Lasso de la Vega en 1761, que si bien no fue un texto oficial tuvo importancia en la distribución de las aguas de irrigación; en México podemos mencionar a la “*Instrucción para la Asignación y Repartimiento de Tierras en los Pueblos de Indios de estas Provincias y de los españoles*” de 1769, y la “*Instrucción Práctica que han de Observar los Comisionados para el Reparto de Tierras en los Pueblos de los Cuatro Ríos de Sinaloa*” de 1771, ambas atribuidas a José de Gálvez; otra disposición fue la “*Ordenanza para Intendentes para la Nueva España*” de 1786.

Más adelante se contiene en la “*Novísima Recopilación*” de 1805 gran parte de las normas contenidas a su vez en la “*Nueva Recopilación*”, junto a toda la abundante legislación promulgada a lo largo del siglo XVIII; aquí encontramos una acentuación de la calidad real del derecho, es decir, se estrecha el lazo Rey – Aguas del cual dependió subsidiariamente el uso o aprovechamiento de éstas por parte de los particulares. Además de este vínculo capital del monarca sobre las aguas que obligaba a los particulares a obtener previa “*licencia y mandado*” real para su aprovechamiento, se continuó manteniendo la validez de ciertas reglamentaciones de los “*Ríos Públicos*”, los que prohibían “*cerrar o embargar los canales y ríos*”.<sup>221</sup>

<sup>219</sup> Los Jueces de Aguas surgen como se cuenta en esta cédula del año 1563: “*Ordenamos que los acuerdos de las Audiencias nombren jueces, si no estuviere en costumbre, que nombre el Virrey o presidente, ciudad o cabildo, que repartan aguas a los Indios para que rieguen sus chacras, huertas y sementeras y abrevan los ganados, los quales sean tales que no los hagan agravio y repartan lo que hubiere menester; y hecho el repartimiento den cuenta al Virrey o presidente dando relación de la forma en que han procedido. Y mandamos que estos jueces no vayan a costa de los indios y en las causas que conocieren, si se apelare de sus sentencias, se execute lo que la Audiencia determine.*” (Rec. Ind. 3, 2, 63). Aludido por Vergara Blanco en Ob. Cit. Pág. 121.

<sup>220</sup> Guillermo Margadant S. “*El agua a la luz del Derecho Novohispano. Triunfo de realismo y flexibilidad*”, Págs. 231 y 232.

En cuanto a las disposiciones aplicadas específicamente en nuestro país, además de las ordenanzas capitulares (como las de 13 de abril de 1548 y 25 de octubre de 1549), tuvieron amplia aplicación las ordenanzas de policía de Santiago dictadas por el Cabildo de esta ciudad y que fueron aprobadas por la Real Audiencia de Lima por Real Provisión de 30 de marzo de 1569.<sup>222</sup> En los siglos XVII y XVIII el Cabildo de Santiago dictó pocas disposiciones, sin mayor relevancia puesto que se trataba solamente de resolver situaciones bastante concretas.<sup>223</sup>

### **III. 2. Principios que regían en materia de aguas, su uso y reparto.**

---

Estos principios que señalamos son aplicables a dos aspectos de las mercedes de aguas. En primer lugar basados en la obra de Alejandro Vergara Blanco, citaremos a Guillermo Margadant, quien efectúa un planteamiento de principios aplicables más bien las mercedes mismas y a su otorgamiento en general; en segundo lugar y en base a la obra de Antonio Dougnac R., analizaremos principios recogidos a partir del estudio de la praxis indiana y que tuvieron aplicación en el uso y aprovechamiento de las aguas.

#### **III. 2. 1. Principios aplicables a las mercedes de aguas y a su otorgamiento en general.**

No es fácil efectuar el planteamiento conceptual de los principios que rigieron estas materias, ya que debido a la importancia que la costumbre tuvo durante el periodo indiano, existen numerosas fuentes históricas en que pueden aparecer registradas estas prácticas, y muchas veces de forma poco ostensible; a lo anterior debe agregarse la existencia de un riquísimo y heterogéneo derecho local regional lo que representó un obstáculo a la hora de definir pautas comunes a seguir.<sup>224</sup> Asimismo, era habitual que las leyes que regulaban la materia se refirieran sólo a las “tierras” sin mencionar expresamente las aguas. No obstante como ha señalado Margadant el derecho indiano es un “conjunto flexible, realista y polifacético de normas y costumbres, además de principios dogmáticos y usos administrativos” y a pesar de tal flexibilidad es posible extraer ciertos principios básicos aplicables a esta materia, sin perder ésta su fisonomía tan peculiar.

De esta forma este autor nos presenta los siguientes principios generales del Derecho Indiano de Aguas:<sup>225</sup>

La Corona es titular de un derecho básico sobre tierras y aguas en las Indias.

<sup>221</sup> Alejandro Vergara Blanco, Ob. Cit. Págs. 89 y 90.

<sup>222</sup> Claudio Gay, citado por A. Dougnac en “Régimen Jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI”, Pág. 56.

<sup>223</sup> Antonio Dougnac R. “El Cabildo y el Derecho de Aguas en Santiago de Chile en los Siglos XVII y XVIII” En Revista Chilena de Historia del Derecho N° 11 Págs. 277 – 313, Año 1985, Editorial Jurídica, Santiago, Pág. 282.

<sup>224</sup> Víctor Tau Anzoátegui “La costumbre jurídica en la América española (Siglos XVI – XVII)”, Revista de Historia del Derecho, N° 14, Págs. 355 – 425, 1986. Pág. 341.

La Corona puede otorgar una propiedad sui generis sobre tierras y aguas a individuos y diversas agrupaciones.

La distribución de aguas siempre debe poder adaptarse a nuevas circunstancias.

Tierras y Aguas siempre pueden ser mercedadas separadamente.

Mediante el uso de cierta tecnología en cuanto a la calidad de la tierra mercedada, la Corona podía implicar derechos de irrigación.

No existió una automática adaptación de la cantidad de agua mercedada a nuevas necesidades.

El monopolio de aguas no gozaba del favor de los administradores de Indias.

Las aguas no mercedadas quedaban a la común disposición de todos los habitantes de Indias.

En cuestiones de tierras y aguas los indios tenían derecho a un tratamiento especial.

### **III. 2. 2. Principios aplicados al Uso y Aprovechamiento de las aguas.** <sup>226</sup>

Estos principios que a continuación presentamos fueron extraídos de la práctica jurídica indiana vigente en Perú por A. Dougnac. Más allá de tratarse de principios de aplicación más o menos general, su importancia radica en que debido a la cercanía geográfica, es muy posible que hayan sido utilizados en Chile. Son los siguientes:

Principio de la Proporcionalidad: Este principio surgió como producto de la mezcla de antiguas costumbres amerindias con usos españoles, y consistía básicamente en que los hacendados recibían agua conforme a la cabida de sus predios. En Lima durante la vigencia de las Ordenanzas dictadas por el Virrey Francisco de Toledo en 1577, se indicaba que el repartimiento debía hacerse de acuerdo a las fanegas de tierra que correspondían a cada agricultor, de forma que éste pudiera distribuir el trabajo de sus tierras en tres partes, alternado el trabajo en cada una de las tres hojas en que su campo se dividiese.

Principio de Economía: Se refería a varios aspectos del uso y distribución de las aguas. Así pues, un aspecto de la economía se reflejaba en la prohibición establecida tanto en las ordenanzas urbanas de echar aguas a la calle, como en las rurales de Toledo que a su vez impedían el establecimiento de desagües por lugares que no fueran los indicados por las autoridades correspondientes. En relación con los particulares que recibían aguas en sus casas se les recomendaba hacer un correcto uso de ellas; de hecho, en las visitas anuales que realizaban los jueces de aguas rurales debían observar los ductos y determinar si se perdía agua por sus bordes, si existían contraacequias para evitar anegamientos en caminos públicos o daños en predios vecinos. Por último, la más importante aplicación de este principio se producía debido a que el agua en lugares como Lima, (lugar en que las “*Ordenanzas de Toledo*” tuvieron aplicación) era bastante escasa, por lo que los jueces de aguas debían encargarse de supervisar que se juntara la mayor

<sup>225</sup> Alejandro Vergara Blanco “*Derecho de Aguas*”, Vol. I, Pág. 105.

<sup>226</sup> Antonio Dougnac R. “*Manual de Historia del Derecho Indiano*”, Págs. 305 a 310.

cantidad de líquido posible y que se utilizara debidamente. Entre otras medidas se ordenó que las aguas de vertientes y de toda clase de acequias fueran conducidas a los cauces; en el caso de los molinos, estos solamente podían instalarse a orillas de los ríos o acequias, con esto se buscaba que al utilizarse las aguas, estas volvieran a la madre común, asimismo toda apertura de acequias debía ser autorizada por las autoridades ya que cualquier impedimento natural o artificial que dificultara el deslizamiento de las aguas debía destruirse.

Principio de Limpieza: Se trataba de la mantención de la pulcritud de las aguas, lo cual se encontraba en directa relación con el principio de economía que recién vimos, puesto que el mantenimiento de cauces despejados permite un mayor aprovechamiento del recurso, de ahí que este tema estaba directamente encargado a los Jueces de Aguas. Estos por ejemplo, al ponerse en seco las acequias para proceder a su aseo, debían visitar el lugar acompañados de peritos, un escribano, diputados, guardas de aguas y hacendados para cerciorarse de que los cauces se encontraran realmente limpios en el suelo y los costados. Las “*Ordenanzas de Toledo*” urbanas imponían a cada vecino la carga de mantener limpias y en buenas condiciones sus acequias (se prohibía entre otras cosas arrojar estiércol o camas de caballería), en el ámbito rural se ordenaba a los hacendados contribuir con los peones necesarios para la limpieza de las acequias comunes, lo que se hacía en proporción al beneficio que cada uno reportara, y sin perjuicio de mantener sus propias acequias de regadío y de desagüe limpias y en buenas condiciones.

Principio de Alternatividad: Este principio se manifestaba en la aplicación de técnicas de regadío gozadas de acuerdo al sistema de turnos, tandas o *mitas* de origen prehispánico, y que tuvieron aplicación en las mercedes de uso urbano, de riego y en los heridos de molinos. A su llegada, los españoles se encontraron con que pueblos como los incas y los atacameños exhibían un notable desarrollo en sus técnicas agrícolas y sistemas de riego, los cuales maravillaron a los europeos e inspiraron principios como este de la alternatividad presente incluso en nuestra actual legislación. Sobre las obras de irrigación en Perú dice un autor español con no poca admiración: “*de los ríos que corren de las sierras sacan en los valles y llanos los indios muchas y grandes acequias para regar la tierra, las cuales usaron con tanto orden y tan buen modo, que en Murcia ni en Milán no le hay mejor, y esta es la mayor riqueza, o toda la que hay en los llanos del Pirú, como también en otras muchas partes de las Indias*”<sup>227</sup> Un ejemplo de este reconocimiento de las virtudes del sistema indígena existente a nivel legislativo, fue esta norma expedida el 20 de Noviembre de 1536 para el poblamiento del Perú, en ella se ordena mantener “*la orden que los dichos naturales tenían en la división de sus tierras y partición de las aguas*”... “*otrosí, ordenamos y mandamos que la orden que los dichos naturales tenían en la división de sus tierras y partición de aguas, aquella misma de aquí adelante se guarde y practique entre los españoles en quien están repartidas y señaladas los mismos naturales que de antes tenían cargo dello con cuyo parecer las dichas tierras*

---

<sup>227</sup> Joseph de Acosta “*Historia Natural y Moral de las Indias en que se trata de las cosas notables del cielo elementos metales plantas y animales dellas y los ritos y ceremonias y leyes y gobierno de los indios*” Edición preparada por Edmundo O’Gorman, Fondo de Cultura Económica, 2° Ed. México, 1962, Pág. 123, Lib. 3°, Cap. 18, citado por Antonio Dougnac en “*Régimen Jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI*”, Pág. 68.

*sean regadas y se dé el agua debida sucesivamente de uno en otro, so pena que el que quisiere preferir y por su propia autoridad tomar y ocupar el agua, le sea quitada, hasta tanto que todos los inferiores de él rieguen las tierras que así tuvieren señaladas”*<sup>228</sup> En resumen el sistema indígena de turnos fue aplicado por los españoles en virtud de normas que se remitían a la costumbre nativa, en el caso de las “*Ordenanzas de Toledo*” estas encargaban al juez de aguas que en sectores rurales el repartimiento se hiciera por las bocas matrices debiendo adjudicarlas entre los fundos de cada valle. El mismo criterio se ocupaba en la distribución de aguas dentro de la ciudad.

Principio de No Aceptación de Personas: En virtud de este principio se entendía que las normas relativas a esta materia se aplicaban por igual a todas las personas, tenía especial importancia respecto los eclesiásticos puesto que era muy común que debido al importante lugar que ocupaban en la sociedad de entonces se sintieran más allá de las normas que se aplicaban al común de las personas. Para corregir esta situación el Virrey Toledo ordenó que los religiosos tuvieran en sus tierras un español lego para que estuviera a cargo de las acequias y en quien se pudieran ejecutar las penas establecidas por la ley. Los de mejor nivel socioeconómico, entre los que se contaban los conventos y monasterios, no podían ser favorecidos por el hecho de ser más poderosos, debían tomarse todas las medidas necesarias para que “*el agua (...), se dirija y reparta con igualdad, con abundancia y sin el menor desperdicio*”, además quienes recibían el agua en sus casas, como una carga en razón del beneficio del que gozaban, debían colocar al alcance de los más desposeídos pilas exteriores o de fácil alcance para satisfacer sus necesidades. Tampoco podían hacerse distinciones entre españoles e indios, éstos fueron siempre tratados en forma favorable por la legislación –tendencia paternalista– aunque la realidad distara bastante de ello. Este principio que nos ocupa tuvo también aplicación con respecto a los Jueces de Aguas, ya que con el objeto de resguardar el interés de la comunidad, se procuró que estos funcionarios no fueran elegidos entre los hacendados locales puesto que al fallar era muy fácil que éstos antepusieran sus propias necesidades.

Principio de Preferencia respecto de los Indígenas: La protección de los indios fue un presupuesto de fondo en toda la legislación hispana que estuvo presente durante todo el período indiano, resultado de la religiosidad de los Reyes Católicos, la que también tuvo como consecuencia la actitud paternalista que en general toda la administración española adoptó con respecto a los naturales. Lo anterior se manifiesta justamente en este principio que aparece consagrado expresamente en las “*Ordenanzas de Toledo*” las cuales prohibieron que los regidores hacendados fuesen Jueces de Aguas, exigiendo en cambio el nombramiento de “*sugetos de satisfacción y entereza, y exactos en el cumplimiento de sus deberes sin dar lugar a defraudación á los indios en sus aguas, en lo que S. M. se daría por deservido*” además se preceptuaba que al ponerse el sol se cerraran las tomas de agua de toda clase de usuarios, dejándose correr toda el agua para el riego de las tierras de indios.

Principio de Fijeza: Consistía en que en las bocas o entradas de valles y haciendas

---

<sup>228</sup> Archivo General de Indias, Audiencia de Lima, leg. 565, Lib. 2, fo. 239, recogida por Solórzano en Ob. Cit. y por A. Dougnac en “*Régimen Jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI*”, Pág. 69.



debían instalarse medidas fijas, mediante marcos de piedra, fortificados, conforme al número de riegos que les correspondiera, para así evitar alteraciones en el agua a recibir. Estas obras debían efectuarse tanto en predios rústicos como urbanos. En caso de no cumplir con estos requerimientos correspondía al Juez de Aguas la aplicación de severas sanciones. En las Partidas, se consideraba que la destrucción maliciosa de bocas matrices era comparable a delitos como el hurto, y se sancionaba con una multa de cincuenta maravedíes de oro, asimismo el agresor perdía sus tierras y en caso de no tenerlas se exigía una satisfacción proporcional a lo que hubiera tomado del vecino, así lo establecen las *“Ordenanzas de Toledo”*: *“(…) todo ome que derrompiere presa de Molino, ó otra presa cualquiera que defiende Agua, ó destaje Agua en guisa, que haya un codo la derrompedura, ó atravesare todo el calse, debe pechar todo el daño que recibió el dueño del Molino, doblado aquél que lo tiene alegado, quanto dixere sobre jura, é debe pechar 70 sueldos en caloña al Reyna, y esto probándose con dos omes buenos”*. Se relacionaba con la fijeza en virtud de que las Ordenanzas de Toledo, tanto urbanas como rurales, mandaban que las acequias no se deshicieran, añadieran, cavarán, atravesaran ni taparan en todo o parte, fueran principales o derivadas, tampoco se permitía que fueran trazadas *ex novo* sin la correspondiente autorización.

### **III. 3. Mercedes de Aguas propiamente tales.**

---

Luego de conocer los principios jurídicos aplicables tanto al otorgamiento como al uso y aprovechamiento de las aguas, continuaremos el estudio de las mercedes de aguas, analizando su significado, y características generales, lo cual nos permitirá una mejor comprensión de esta interesante materia.

#### **III. 3. 1. Generalidades. Definición de Merced de Aguas.**

Ya explicamos que la Corona consideraba las aguas, al igual que las tierras, como regalía, de manera que las podía afectar en distintas formas: 1.- aguas fiscales (aquellas destinadas a la hacienda del Rey). 2.- aguas de uso público (ríos, aguas cedidas a villas y concejos). 3.- aguas destinadas a uso privado en virtud de mercedes concedidas a los particulares. Asimismo, ya hicimos referencia al rol que los escolásticos asignaban al bien común y a la intervención del estado en base a él al regular la propiedad, cuestión que se denominó como el aspecto legal de la propiedad. Después de haber estudiado los principios que rigieron en relación con el uso y aprovechamiento de las aguas, podemos concluir que este pensamiento recibe en materia de aguas una evidente aplicación, con un claro fundamento filosófico en la obra de Vitoria, quien señalaba que al gobernante le correspondía establecer normas de regulación del dominio que no contradijeran el derecho natural o el de gentes, y repartir bienes comunes (Vitoria mencionaba expresamente entre ellos a las aguas corrientes y los ríos) entre los súbditos cuando lo estime pertinente, así como promulgar las normas que se apliquen a su uso, entre otras cosas.

Retomando el análisis desde un punto de vista estrictamente jurídico, como nos dice Antonio Dognac en su *“Manual de Historia del Derecho Indiano”*, la merced de aguas es un acto administrativo por el cual se hace entrega de éstas en concesión a un particular,

desde el punto de vista de quien lo recibe se trata de un derecho, por lo que desde el punto de vista del titular de ese derecho este autor define la merced como “*un derecho real, transferible y transmisible, normalmente de carácter perpetuo que otorga la Corona respecto de aguas corrientes, detenidas o vertientes, superficiales o subterráneas y que habilita para su utilización en la forma jurídicamente prevista*”.<sup>229</sup> Las mercedes, como veremos, podían ser de variadas clases.

### III. 3. 2. Clasificación de las Mercedes de Aguas.

Mercedes de Aguas para Uso Urbano: Ya indicamos que por regla general, se entendía que las aguas en Indias eran bienes de realengo. No obstante, a partir del momento en que la Corona las cedía por medio de este tipo de merced para el uso público a villas o ayuntamientos, se consideraban aguas públicas y sujetas a las disposiciones que el Cabildo dictase para una óptima utilización de este recurso por parte de la comunidad, fuera en las numerosas fuentes que al efecto se disponían o al ser llevadas a través de conductos hasta sus residencias previa obtención del derecho de utilización emanado de merced concedida por el Gobernador o el Cabildo.<sup>230</sup> Entre otras cosas el Cabildo determinaba el curso de las acequias (la modificación de la traza impuesta importaba el pago de multas bastante altas); autorizaba a quienes quisieran abrir nuevos cauces o a modificar los existentes, permiso que se otorgaba sin perjuicio de terceros; asimismo en virtud de la gran utilidad de estas acequias en materias de higiene, aseo y regadío de jardines y huertas, el ayuntamiento era responsable de que fueran mantenidas por sus beneficiarios en perfecto estado de limpieza con el objeto de evitar el estancamiento y sus consecuencias, un ejemplo de ello es que por Ordenanza de 13 de agosto de 1548, se permitió al Alarife (funcionario municipal) entrar una vez por semana en cada solar para informar sobre su estado, “*y al que no la tuviere limpia de manera que el agua siempre corra para abajo, que pague la pena de un peso de oro, y si aquel mismo día no lo hiciere, por cada un día se le lleve un peso de oro y se limpie a su costa*”, más tarde estas tareas se encomendaron al Juez de Aguas. Otro de los deberes de las autoridades locales era evitar inundaciones, para lo cual se ordenaba a los detentadores de agua construir los ductos que corrían por las acequias de cal, ladrillo o de piedra, de la misma forma y siguiendo la tradición de las Partidas, toda reparación de las acequias correspondía a los usuarios.

Cualquier violación a las disposiciones dadas por el Cabildo al respecto eran sancionadas, en el caso de nuestro país la materia estaba regulada por las ordenanzas de policía de Santiago, las que ordenaban para cualquiera que las vulnerara ser juzgado por dos alcaldes o por un alcalde y un diputado en pública audiencia.<sup>231</sup>

En cuanto al sistema de distribución de aguas adquiridas de esta forma, esta se

---

<sup>229</sup> A. Dougnac, “Manual de Historia del Derecho Indiano” Pág. 302.

<sup>230</sup> En nuestro país el cabildo recibió del conquistador Pedro de Valdivia la facultad de repartir mercedes el año 1549. A. Dougnac, “El Cabildo y el Derecho de Aguas en Santiago de Chile en los Siglos XVII y XVIII”, Pág. 283.

<sup>231</sup> “El Cabildo y el Derecho de Aguas en Santiago de Chile en los Siglos XVII y XVIII” Pág.58.

hacía por turnos. Para hacerlo de manera uniforme, se exigía la colocación de un marco a la cabecera de la acequia principal, lo cual evitaba inundaciones y permitía pasar un flujo de agua regular.

Mercedes de Agua para Riego: Este tipo de mercedes eran acequias que derivaban de una bocatoma dispuesta en la ribera del río respectivo, donde se disponía de un marco repartidor que distribuía el agua asignada a cada beneficiario. De la misma forma que las mercedes urbanas debían ser gozadas según un sistema de turnos, para así asegurar a todos el aprovechamiento. Se trataba de mercedes que llevaban a la adquisición de chacaras en las inmediaciones de las ciudades principales o bien de estancias cuando se trataba de lugares más alejados.<sup>232</sup> Muchas veces se entendió que el otorgamiento de este tipo de merced se encontraba implícito en las mercedes de tierras, en cuyo caso se hablaba de tierras de “*pan llevar*” esta fue la regla general durante el siglo XVI. Sin embargo, hubo ocasiones –muy pocas- en que se procedió a otorgarlas en forma separada a la tierra.

Por otro lado los beneficiarios de aguas debían cumplir con diversas Ordenanzas que imponían obligaciones tales como: se prohibía alterar las acequias fijadas por el alarife, se imponía su limpieza, o bien se impedía tomar agua para regar sus tierras sin autorización, la violación de estas disposiciones era sancionada duramente

Podían ser entregadas por el Virrey, Gobernador en su caso con el parecer de los Cabildos durante la vigencia de la “*Recopilación de Leyes de Indias*” y muchas veces se facultó a éstos también para hacerlo. Ya en el Siglo XVIII era sólo el Gobernador quien las otorgaba, al hacerlo debía proceder a su inscripción en un libro especial del ayuntamiento.

Mercedes para heridos de molinos o ingenios: La constitución de este tipo de merced tuvo dos objetivos: para mover molinos de harinas,<sup>233</sup> y en segundo lugar ingenios de moler metales, siendo el primero en solicitarlo en nuestro país don Alonso de Córdoba el año 1576.<sup>234</sup> En ambos casos, a diferencia de otras mercedes de aguas, el agua no se perdía, sino que debía volver a su caudal.<sup>235</sup>

Para la obtención de una merced de heridos para mover molinos de harinas durante el siglo XVI en Chile era necesario dirigirse al Cabildo; más adelante durante la vigencia de la Recopilación de Leyes de Indias, se incorporó al procedimiento al presidente de la Audiencia, el que a su vez la enviaba al Cabildo correspondiente para su estudio; a continuación este organismo informaba mediante un regidor a la Audiencia para que su presidente resolviera.<sup>236</sup>

<sup>232</sup> A. Dougnac, “*Régimen Jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI*”, Pág. 58.

<sup>233</sup> “*En el centro del torrente se instalaba una rueda de madera, de la que salía un eje que, entrando en un edificio ad hoc, accionaba una piedra, la cual molía el trigo al desplazarse sobre otra. Eran la solera y la voladora.*” Rene León Echaiz, “*Historia de Santiago*” Tomo I, Pág. 75, citado por A. Dougnac en “*Régimen Jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI*”, Pág. 63.

<sup>234</sup> Antonio Dougnac R. “*Régimen Jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI*”. Pág.65.

<sup>235</sup> A. Dougnac, “*Manual de Historia del Derecho*”, Pág. 305.

Debido a su importancia económica en aquel tiempo, el otorgamiento de esta clase de mercedes estaba sujeto a ciertas condiciones y especificaciones técnicas -debe considerarse además que era común que además se solicitara un solar para la construcción del molino- de esta forma se fijaba un plazo prudencial para colocar éste en funcionamiento, por ejemplo se imponían condiciones relativas a la estructuras de las acequias, o con respecto a los puentes necesarios para el transporte público, los cuales debían ser permanentes y de acuerdo a las dimensiones de la zanja. Las autoridades encargadas debían además evitar daños a los vecinos, los que debían ser reparados por el interesado.<sup>237</sup> Junto con lo anterior debían también procurar que bajo ninguna circunstancia se vulneraran derechos de terceros, cuestión algo delicada puesto que por texto legal expreso se permitía que cualquier otro interesado respecto a las mismas aguas o cerca de éstas pudiera a su vez obtener una merced. En este caso el primer beneficiario estaba impedido para oponerse, aunque alegase la disminución del valor de su molino, puesto que en estas materias en que se encontraba en juego algo tan importante como la producción de la harina necesaria para el sustento de la comunidad, debía primar el interés social.

Mercedes de Manantiales o Jagüeyes: Del dominio eminente del Estado sobre las aguas, se entendía que todo pozo, vertiente o jagüey, debía ser autorizado por la Corona, aunque desde las Partidas se permitía a los particulares cavar pozos dentro de sus propiedades, aunque disminuyera el caudal de sus vecinos fue costumbre que muchas veces en Indias se pidiera la merced.<sup>238</sup>

### III. 4. Limitaciones. Mecanismos de Impugnación.

---

Al tratar esta materia, más que hablar de mecanismos de impugnación propiamente tales, por cuyo ejercicio el beneficiario de una merced de aguas pudiera haber sido privado de la misma (como sí ocurría en materia de tierras y de minas), debemos enfocar nuestro estudio en la vital importancia del rol del bien común a la hora de establecer cómo, cuando y quién hacía uso de las aguas, cuestión que se vio reflejada tanto en la legislación como en el diario vivir. Lo anterior debido a que no se encuentran antecedentes fehacientes de la utilización de un mecanismo de ésa índole en la práctica, sino simplemente de la aplicación de sanciones como consecuencia de un uso indebido, o del incumplimiento de determinadas cargas relacionadas con la estructuración de los sistemas de regadío. En base a lo antes expuesto, concluimos que dicha situación tenía seguramente por causa la tremenda importancia que el vital elemento tiene no sólo en la vida cotidiana de las personas, sino que en relación a su misma supervivencia, de manera que la privación de una merced hubiera acarreado funestas consecuencias no sólo al beneficiario afectado, sino a la comunidad toda.

<sup>236</sup> A. Dougnac en "*Régimen Jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI*", Pág. 64.

<sup>237</sup> A. Dougnac, *El Cabildo y el Derecho de Aguas en Santiago de Chile en los Siglos XVII y XVIII*", Pág. 299.

<sup>238</sup> A. Dougnac en "*Régimen Jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI*", Pág. 67.

De esta manera, la legislación española estableció ciertos parámetros a seguir por los vecinos o beneficiarios de las mercedes para efectos de limpieza y mantención de las acequias utilizadas en el transporte de aguas. Por ejemplo, en el caso de las mercedes de aguas urbanas el beneficiario de éstas se comprometía a conservar el aseo, y al mantenimiento adecuado de las estructuras de las acequias.

Era esta una cuestión de suma importancia, respecto de la cual el Cabildo y demás autoridades debían estar pendientes, pues las consecuencias de un desarreglo en ésta podían fácilmente terminar en un desastre para toda la población, como bien podría ser una inundación. La Corona se ocupó de este asunto desde un primer momento, como se ve en Las Partidas, las que contemplaban la figura de denuncia de obra nueva<sup>239</sup> para el caso en que la correspondiente acequia no cumpliera con los requerimientos necesarios para su adecuado funcionamiento. Algo similar ocurría con las mercedes de riego, las que debían ser construidas y mantenidas de acuerdo a las disposiciones del Cabildo, cuya infracción era sancionada duramente. La fiscalización de estas distribuciones correspondió en un primer término al alarife, funcionario del cabildo, y con posterioridad al Juez de Aguas.

Por otra parte, de la misma manera y con el mismo fundamento filosófico que en materia de tierras, las mercedes de aguas de cualquier clase debían otorgarse siempre respetando los derechos de terceros, especialmente de los indígenas, que desde mucho antes de la llegada de los europeos presentaban una interesante organización sobre esta materia. Por ello, muchas veces los sistemas de riego prehispánicos fueron reconocidos y respetados por los españoles debido a su eficiencia, mientras que los Monarcas por su parte, como política de carácter general, procuraron respetar y conservar los derechos indígenas por medio de una frondosa legislación. Sin embargo, muchas veces este respeto del que hablamos sólo quedó en el papel, y las buenas intenciones de la Corona no siempre fueron compartidas por los conquistadores, quienes constantemente pasaron a llevar los legítimos derechos de los primeros habitantes de los nuevos territorios. Debido a ello, muchos indígenas se vieron privados de aguas de riego, y expulsados de sus tierras, como consecuencia del constante crecimiento de las ciudades y del ganado español.

---

<sup>239</sup> A. Dougnac, "Régimen Jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI", Pág. 56.



# CAPITULO TERCERO: PRAXIS JURIDICA INDIANA Y LA PRECARIEDAD DEL DOMINIO.

Dejamos este capítulo final para el análisis práctico de algunos de los temas tratados en nuestra memoria, para lo cual hemos recopilado en el Archivo Nacional expedientes judiciales de la Real Audiencia de Santiago y de la Capitanía General de la misma ciudad. Entre ellos escogimos un caso representativo de cada tema, el que una vez presentado es examinado desde un punto de vista jurídico y filosófico, permitiéndonos comprobar la aplicación práctica de cuestiones que hasta ahora sólo conocíamos en teoría.

## **I. Sección Primera: En materia de Tierras.**

En esta parte estudiaremos dos casos: en el primero de ellas encontramos una composición de tierras realengas y su posterior confirmación, y en el segundo se trata el problema de la tierra indígena.

### **I. 1. Propiedad de las Tierras.**

---

**I. 1. a. JUICIO ENTRE DON BERNARDO PÉREZ DE ASTORGA CON EL FISCO, CONFIRMACIÓN DE MERCED DE TIERRAS, AÑO 1781. ARCHIVO DE LA REAL AUDIENCIA, LIBRO I DEL CATÁLOGO, VOLUMEN 929, PIEZA 1.**

*Petición : Por cuanto se ha seguido instancia por don Bernardo Pérez de Astorga, vecino de la villa de San Felipe del Real, sobre que se le adjudiquen catorce cuadras y ciento veintiséis varas de tierra en la jurisdicción como denunciador y por moderada composición y sustanciado con el señor Fiscal de su enajenación se proveyó el auto a fojas 22, con que se le adjudicaron estas tierras, por la cantidad de ciento treinta y cinco pesos consignados en reales cajas, como también el real derecho de media anata, como consta de las certificaciones de fojas 24 y 25 que su pedimento, mensura y demás diligencias como siguen: Don Bernardo Pérez de Astorga, vecino de la villa de Aconcagua, en la forma en que haya lugar en derecho comparezco ante su señoría y digo que teniendo mi padre don Francisco Pérez de Astorga en aquella jurisdicción una estancia que quedó por muerte de don Francisco Pastor bajo título de demasía, poseyó invariablemente por la parte del poniente , hasta la pieza que llaman del León, mirando a la puntilla del Cerro del Curimón, cuyos títulos se perdieron en el incendio acaecido en vida de don Francisco Pastor en las casas de la hacienda. Con ese motivo don Francisco Salinas, poseedor y confirmante por aquel lindero del poniente de esta hacienda, trató de hacerlas suyas y mi padre para contenerle se querelló de despojo en el pasado año de 1756, produciendo tres testigos que unánimes declararon haber conocido a dicha piedra por lindero, asegurando el despojo que le hacía el preciado Salinas, más conociendo éste su injusticia propuso comprometerse para la mensura de su terrazgo, lo que quedó así la cosa hasta la muerte de mi padre. Posteriormente don Diego de Olavaria que pasó a medir las tierras de aquellos vecinos, conociendo el sobrante que había y que los herederos del dicho don Francisco Salinas habían de apoderarse de ellos como accionistas a todas las demasías según sus títulos midió con separación las pertenencias de cada uno que eran de doña María de Montenegro y de don Diego de Montenegro; y dejó cuarenta cuadras, pasando a poseerlas y arrendarlas como si fueran suyas y por su muerte las obtiene el primero que las ocupa , sin que ni se me entregaran como dueño que soy de ellos ni se apliquen a su enajenación en caso de ser baldías. Por esto queriendo evitar una usurpación, por tan tonta materia ofrecen a su majestad por ese dudosísimo derecho doscientos pesos que estoy pronto a consignar, luego de que se me ponga en posesión por el corregidor del partido, las tierras por naturaleza son inservibles como áridos y sin la menor agua para cualquiera que no sea vecino y pueda suministrarle para su regadío la agua de su hacienda, escasamente valoran los mismos doscientos pesos, y puede percibir esa cantidad, y se corta un pleito con un sujeto que tiene fundado su derecho; y añade al presente justo y nuevo título denunciador. Con esta atención a su Señoría pido y suplico que habiendo demostrado aquellos ánimos de la oferta que hago, se sirva de adjudicarme aquel terrazgo por la cantidad mandada al corregidor o justicia más inmediata de aquella provincia que me oirán y establecidas las pertenencias de aquellos vecinos me entregue el sobrante donde se encontrase, informando el mismo con que estas se reducen para que se me despache título conforme a la justicia y juro en forma, ser cierta mi relación, y verdadera, y que no procedo de malicia, Bernardo Pérez de Astorga, Santiago, Mayo 16 de 1781.*



Decreto : Se da vista al Fiscal y se tienen por presentados los documentos.

Vista al Fiscal : Visto el anterior pedimento de don Bernardo Pérez de Astorga, vecino de la villa de Aconcagua, y autos que manifiestan que en atención a lo que de ello resulta y al corto número de cuadras que comprenden las tierras que denuncia y pretende comprar podrá su Señoría siendo servido, mandar que el subdelegado de aquella provincia, y en su defecto el corregidor de ella proceda hacer mensura y deslinde de las referidas tierras con precedente citación de los señores vecinos y poseedores y presencia de sus respectivos títulos y hecho, se nombre con la formalidad, correspondiente práctica y experiencia, que con la solemnidad acostumbrada hagan formal aprecio de su justo valor y no hallando embarazo ni contradicción de algunos poseedores o interesados, quienes en caso de oponerse ocurran por sí o por sus apoderados en el juzgado de su Señoría dentro del termino de la ordenanza, y prueba poner en posesión de las cuarenta cuadras de tierras a don Bernardo Pérez de Astorga con tal de que dentro del termino de dos meses ponga en cajas reales de esta Capital la cantidad ofrecida de doscientos pesos, o el que su señoría fuere servido de señalarle, que dicha posesión, se entienda sin perjuicio de tercero; y podría de ínterin vacar tanto que contándole íntimamente del Fisco número de cuadras, su justo valor, linderos y ninguna oposición se aprueban las diligencias por vuestra señoría y se le despachan en el competente tribunal su correspondiente título; finalmente que el subdelegado o corregidor de inmediata cuenta de todo lo ocurrido en autos originales, con expresa declaración de que ha pasado el plazo asignado, sin haberse presentado oposición en este juicio, no será válida ni suficiente la referida posesión ni le servirá en lo sucesivo de manera alguna el título de adquisición en propiedad, ni en posesión, antes por el contrario, pasado el término prescrito sin que obtenga la indispensable aprobación y título, se le tendrá en todo tiempo por un mero usurpador; suspenda las diligencias de posesión y dados los pregones dispuestos por derecho y admitidas las posturas que se hicieren remitirá los autos a este juzgado con citación de los postores y demás interesados para que en derecho, dentro de un termino predefinido, sobretodo resolverá su señoría lo que tenga conveniente. Santiago 17 de mayo de 1781.

Decreto : Vistos hágase como pide el señor Fiscal de su Majestad, y en su consecuencia el corregidor de la Villa de Aconcagua procederá a hacer mensura y deslinde de las tierras con citación de los vecinos e interesados y con vista de sus respectivos títulos, haciéndolos pasar por personas practicas e inteligentes. No habiendo contradicción por persona alguna proceda a poner en posesión de las dichas tierras al referido don Bernardo, y de lo contrario lo citará y emplazará para que ocurra por sí o por representante a este juzgado dentro del termino de quince días a hacer valer sus derechos con apercibimiento de señalamiento de entenderse enterada en esta Real Caja la cantidad ofrecida de doscientos pesos dentro del termino de dos meses; y concluidas las diligencias los remitirá al corregidor de este juzgado con la brevedad posible y con citación de los interesados en virtud de este decreto que sirva de despacho en forma – proveyó y firmó el decreto el Señor Doctor don José de Gorbea, Alcalde de Corte de esta Real Audiencia, Santiago, 18 de Mayo de 1781.

Notificación : Efectuada por don Luis Luque, escribano. En ella se pone en conocimiento del contenido del decreto al Corregidor de esta cuadra don Pedro José de

*Cañas y a doña María de Montenegro. Para el mismo efecto don Carlos José de Morales, escribano público cita a doña Lorenza de Montenegro, luego incontinenti se citó a doña Petronila Mancilla y para el mismo efecto al teniente don José Mancilla. San Felipe 25 de Junio de 1781*

*Mensura : Realizada en el Valle de Aconcagua, jurisdicción de la Villa de San Felipe del Real el 25 de junio de 1781. Se constituye el señor Pedro José de Cañas Trujillo, corregidor de justicia mayor para efecto de medir las tierras de la provincia de la foja precedente. En el camino real dentro del valle que va por la cordillera nevada y provincias de Cuyo, en distancia de tres cuartos de legua, mandó medir un cordel de cincuenta varas castellanas, el que mandó tirar por el otro camino por el oriente hasta topar con las tierras que poseen los herederos de Lorenza de Montenegro. Se establece en la mensura que se saca en total por el citado terreno diecinueve cuadras, ciento cuarenta y seis varas en que se incluyen dos cuadras que el alférez Juan Montenegro vendió a don Gregorio de Puecochea para Petronila Pomés, y con muerte de esta cayeron en don Juan José Banda, su cuñado, quien los vendió a Bernardo Astorga, y como al tiempo de la partición de las tierras que fueron del Capitán Luis de Montenegro, de quien es nieto el referido Juan, mediador a favor de su majestad como vacas y baldías las dichas dieciséis cuadras en cuya tierra se hallaron incluidas las dos cuadras, el dicho Juan Montenegro la compensó a favor de su majestad en lo que hubo de haber por la herencia del dicho Luis de Montenegro. Asimismo se deja presente que la diligencia se practicó sin contradicción hallándose presentes varios vecinos, fuera del corregidor autorizado por el escribano público.*

*Decreto : Hágase la tasación mandada por decreto del señor Juez privativo de tierras vacas y baldías par lo cual se nombra al comandante de campo don Manuel del Canto y al teniente de caballería don Bruno del Canto, para que acepten y procedan; en la misma foja se deja constancia del nombramiento que antecede y su correspondiente juramento.*

*Tasación : Para fijar el justo precio de las catorce cuadras, 146 varas en los siguientes términos: decimos que con respecto a nuestro conocimiento particular y haberlas encontrado vacas y sin agua alguna, pues carecen de ella las posesiones que la anteceden, regando éstas sus dueños con lo que reciben por merced y favor que les hace el enunciado don Bernardo y que por lo mismo fueron tasados las del Capitán Luis Pérez por primera ocasión en ocho pesos, por segunda vez en diez, y por tercera en doce; últimamente tasada por Bernardo Luco en quince pesos, como consta de las diligencias realizadas en el juicio seguido con don Diego de la Barra, siendo éstas más inmediatas a esta villa que las que se nos mandan tasar, aprecian estos en dieciocho pesos cada cuadra con la reflexión de que no le será muy dificultoso a don Bernardo Astorga pasar el agua de su hacienda a estas tierras.*

*Petición Denunciante : Don Bernardo Pérez de Astorga solicita al señor juez en los autos sobre la denuncia de ciertas tierras baldías en la provincia de Aconcagua, que como parece de las diligencias remitidas por aquél corregidor no se encuentran las cuadras que se juzgaron y por cuyo número había ya enterado la cantidad de doscientos pesos que ofrecí y siendo ahora su valor el de doscientos setenta pesos, aún no cabales, producidos del número de catorce cuadras, ciento veintiséis varas de que estoy en posesión, en estos términos: a su señoría pido y suplico: se sirva mandar se me*

despache el título correspondiente, poniendo en la Real Caja los noventa pesos a que se pone en su conocimiento el tercio que es justicia.

Decreto : Sobre esta petición; se da vista al Fiscal.

Fiscal : Vistas las diligencias, mensuras, deslindes y tasación de las tierras baldías que pretende comprar don Bernardo Pérez de Astorga, practicadas por el corregidor de Aconcagua. Dice que la referida mensura parece estar arreglada, sin embargo, como expresare en ellas el fondo de las cuadras que se midieron respecto de no corresponder, que lo tengan según su demarcación y figura y de no constar si estuviere o no a la vista los títulos de los vecinos como se previene en dicho decreto por lo que atendiendo a lo que ha citado don Bernardo, tiene expuesto en su descripción a fojas 10, y a la cantidad a la que ha quedado reducida la materia, por no haberse encontrado el número de cuadras que se pensaban, lo que arguye la buena fe del denunciante desde luego, y por no haber habido oprobio, ni contradicción alguna las formalidades, pregones y demás diligencias, ruego y suplico a V. A. admitir al suplicante a la moderada composición que pretende con arreglo a lo prevenido por su enajenación en su Real Cédula de 15 de Octubre de 1754. Santiago, 13 de Julio de 1781.

Pago de impuestos : Se certifica el ingreso a cajas reales de los valores e impuestos correspondientes (media anata) requeridos para la enajenación de tierras que han resultado baldías y pertenecientes a Su Majestad.

Decreto : Pasen los autos al Real Acuerdo y que con su vista se resuelva si están en estado de expedir el título en conformidad. Vista al Fiscal.

Informe del Fiscal : El Fiscal de Su Majestad, vistos los autos seguidos ante el señor juez privativo de tierras sobre la venta por denuncia de realengas a don Bernardo Pérez de Astorga que se han pasado a vuestra alteza en conformidad, dice que la materia se halla corriente y que se despache a favor del comprador de dichas tierras el correspondiente título, a cuyo fin podrá devolver estos autos al mencionado juez privativo. La Audiencia ante esto manda traer los autos en relación, con la notificación de la resolución del Fiscal. Con fecha 11 de Agosto de 1781 en conformidad al capítulo décimo de la Real Cédula, se despache a esta parte el título que solicita en la forma ordinaria. El señor Presidente y sus oidores de esta Real Audiencia proveyeron el decreto anterior; también se hace saber el decreto anterior al señor Fiscal de su Majestad. A fin de evitar costos y dilación en la expedición de estos negocios, como sucedería si después de despachados los títulos por los subdelegados acordaran las audiencias nueva diligencias de medida y avalúo, deben los subdelegados remitir en consulta a las audiencias respectivas los autos originales que sobre cada negocio se hubiera hecho y estimaren concluido y en estado de despachar los títulos para que vistos ellos con la audiencia de sus fiscales, se los devuelvan o bien que expidan sus títulos por no ofrecerse reparo o para evacuar las diligencias que les previnieran y facilitar de esta forma la libre expedición de las Reales Confirmaciones sin la duplicación de nuevo título. En cuya conformidad se declaran corresponder al particular dominio a don Bernardo Pérez de Astorga las catorce cuadras de tierra que se hallaren vacantes, pertenecientes a Su Majestad para sí y sus herederos, y les puedan vender, arrendar o enajenar. Santiago, 14 de Agosto de 1781.

Solicitud de confirmación Real : Presentación de don Diego Dionisio de la Cueva,

*apoderado de don Bernardo Pérez de Astorga, en que solicita que el título despachado por el señor Juez Privativo de tierras y baldíos en que fue admitido su representado a moderada composición por lo que respecta a catorce cuadras que se hayan vacas, en virtud de haberse cumplido los requisitos que se previenen, se le expidió ese título y porque en el capítulo noveno de la Real Cédula dada en San Lorenzo en octubre de 1754, se ordena se ocurra por la confirmación a este Supremo Tribunal; en esta atención pido y suplico que habiendo por presentado dicho título, se sirva con audiencia del señor Fiscal de Su Majestad, confirmarlo y aprobarlo, mandando se inserte en Real Provisión en la forma ordinaria. Santiago, 21 de Agosto de 1781. Ante los señores Presidente Regente de la Real Audiencia se presentó esta petición. Los señores la tuvieron por presentada y mandaron dar vista al Fiscal.*

Análisis: En este caso el suplicante solicitó a la Audiencia la adjudicación de terrenos baldíos recurriendo a la Composición de Tierras.<sup>240</sup> Esta figura nos parece la más adecuada, puesto que permitía legalizar situaciones de hecho, tales como la ocupación de tierras realengas por parte de un particular, como sucede precisamente en el caso en comento. Es así como en su petición, don Bernardo Pérez de Astorga comienza por solicitar las diligencias necesarias para que se delimiten claramente los terrenos ocupados y los de sus vecinos. Asimismo, y de acuerdo con el procedimiento aplicable a la composición de tierras, ofrece por los terrenos en cuestión una cantidad que debe evaluarse por la Audiencia, previa tasación de las propiedades solicitadas. Un efecto importante de este procedimiento permite un análisis desde el punto de vista filosófico: mediante él, la Corona evitaba la existencia de tierras baldías, abandonadas, y por tanto no susceptibles de proporcionar a los hombres –al no ser trabajadas– los beneficios que los bienes temporales, de acuerdo con el pensamiento económico cristiano, están llamados a brindar en provecho de todos.

Debido a que por este tipo de situaciones podían verse seriamente afectados los derechos e intereses de terceros, en especial de los vecinos de Astorga, la Audiencia procede ordenando las diligencias que indicábamos, además de ordenar que el procedimiento se pusiera en su conocimiento, dejándoles abierta la posibilidad de oponerse a la entrega que se solicita. Nótese la importancia que se asigna esta eventual lesión de derechos pertenecientes a terceros, cuestión a la que ya en numerosas oportunidades nos hemos referido en cuanto a su aplicación en relación al dominio en Indias, y la que los escolásticos asignaban una importancia fundamental. Esta importancia se ve subrayada aun más en cuanto a que una vez que las cosas fueron aplicadas a una posesión privada, el derecho natural prohíbe la apropiación indebida de cosas ajenas, de acuerdo con el pensamiento de –sobre todo– Francisco Suárez. De ello se deriva la importancia de permitir a quien pueda tener derechos sobre esas tierras, tomar conocimiento de la situación producida, de manera de tener la posibilidad cierta de ejercer dichos derechos si fuera necesario. Evidentemente, las consideraciones de carácter filosófico cristiano que hemos expuesto constituyen sólo una posibilidad de análisis de la cuestión, pues existen argumentos estrictamente jurídicos de tanto o más peso para justificar la intervención de terceros en el procedimiento.

---

<sup>240</sup> Ver Supra. I. 2. 4. Composiciones de Tierras.

Recién después de efectuarse las diligencias indicadas y que permitieron constatar la existencia de tierras baldías, éstas son adjudicadas al peticionario puesto que tampoco se presentó oposición por parte de terceros, y se certificó el pago de la suma ofrecida. Por último encontramos en este expediente la solicitud de confirmación real de la que tanto hemos hablado en nuestro capítulo segundo y que fue requisito indispensable para consagrar el dominio del titular. También debemos destacar que ya en 1781, año en que se genera este proceso, los particulares estaban autorizados para pedir esta confirmación a la Audiencia respectiva, como se observa en este caso, por lo que este trámite, como vemos, por fin se cumplía, a diferencia de lo que ocurría en los primeros tiempos de la conquista, en que esta medida era pasada por alto, dados los altos costos que significaban su tramitación en España.

## I. 2. Propiedad Indígena.

---

### I. 2. a. JUICIO SEGUIDO DON JUAN DEL CORRAL Y MARIA GÓMEZ DE OLMEDO CON EL COADJUNTOR DE INDIOS POR LOS NATURALES, SOBRE MEJOR DERECHO A LAS TIERRAS DEL PUEBLO DE RAPEL. ARCHIVO DE LA REAL AUDIENCIA, LIBRO I DEL CATÁLOGO, VOLUMEN 734, PIEZA 2.

*Petición e Informe del Coadjuntor de Indios* : El Capitán Juan de Alvarado, coadjuntor de los indios de este Reino, por la defensa de don Pablo, indio y cacique principal del pueblo de Rapel, indica que como aparece del instrumento que en debida forma presentó a don Fernando Díaz quien ocupaba parte de las tierras de dicho pueblo con su ganado mayor y menor, diciendo que le pertenecían, notificó a este para que no embarace las tierras, y que no lo ha hecho, intensificando su uso. Luego aparece doña María Gómez de Olmedo, nuera de dicho don Fernando Díaz, quien pretende molestar a dicho cacique en tierras de su pueblo, poniendo en ella su ganado. Para poner remedio a esta situación se ha de servir V. A. con vista de dicho instrumento de mandar se me despache Real Provisión cometida al corregidor del partido de Colchagua, para que notifique a doña María Gómez de Olmedo y así ésta no embarace la tierra de dicho pueblo con sus ganados, e imponiéndoles las penas que convengan, o que bien tuviera bien disponer vuestra Real Audiencia, y que los ganados que al presente las ocupan, sean sacados de ellas. Fecha ilegible.

*Decreto* : Se tiene por presentado el informe, autos – despáchese Real Provisión cometida al Corregidor del partido de Colchagua, para que notifique a doña María Gómez de Olmedo; de forma que no ocupe ni embarace con su ganado mayor o menor las tierras del pueblo de Rapel, ni parte de ellas, bajo pena de cien pesos. Se ordena también poner el asunto en conocimiento del Protector de Indios don Baltasar de Aranda Mercado.

*Informe del Protector de Indios* : Baltasar de Aranda Mercado, Protector de Indios de este partido en la visita ordenada por V. A. ante petición interpuesta por la defensa de don Pablo, cacique principal del pueblo de Rapel y de los demás indios de dicho pueblo, digo que en viaje dentro de las tierras de dicho pueblo, nombrado El Peumo, que pobló el

teniente Miguel de Ugarte hará tiempo de treinta años , porque las prestó su padre al dicho Pablo, por ciertos desembarazos, en aquella ocasión don Jorge, cacique principal del dicho pueblo, quien asimismo tuvo parte en dicho préstamo. Separado este tiempo el dicho teniente Miguel de Ugarte, impugna el deslinde de las tierras que por parte de los dichos indios se le ha pedido por lo que a Vuestra Audiencia pido y suplico se sirva demandar al dicho teniente desembarace las tierras, luego y sin dilación alguna imponiéndole las penas que convengan.

Decreto : Notifiquesele a Miguel Duarte, y dentro de quince días desembarace las tierras de las partes y se imponga pena de Pesos.

Informe del Protector de Indios : El Capitán Bartolomé Jonquera, protector de los indios de este Reino por la defensa de don Sebastián, indio y cacique del pueblo de Rapel, jurisdicción del partido de Colchagua. Digo que ha muchos años que el susodicho y sus antepasados han poseído las tierras llamadas de Quequinque (¿?) y Vucatalca (¿?) , que son y las que están medidas y adjudicadas al dicho su pueblo y las han poseído quieta y pacíficamente, con sus sementeras y ganados por lo cual, pido y suplico, mande amparar el derecho de mi parte en dichas tierras y que si dicho Capitán don Alonso de Contreras tuviera que pedir, lo haga en esta Real Audiencia y que debajo de grandes penas no le perturbe, dejándolo en su posesión gozar de ellos como quieran.

Decreto : Notifiquese y ampárese en la posesión; concurren los interesados en la forma ordinaria.

Presentación de doña María Gómez de Olmedo : María Gómez de Olmedo, viuda de Lorenzo Díaz y León, como madre legítima administradora de sus hijos menores, digo que por el oidor del partido de Colchagua se me notificó el decreto promovido por V. A. a pedimento del coadjutor de indios, en defensa de don Pablo, cacique del pueblo de indios, en que se mandó que encontrándose el mismo y las personas referidas embarazadas por mis ganados mayores y menores, se les deje libres y amparados en la posesión de sus tierras que he mantenido poseyendo de acuerdo a mis títulos por lo general de derecho favorable. El pedimento del cacique e indios se recibió sólo según la entregaron los herederos de don Alonso de Contreras y el teniente Miguel de Ugarte, sin que por eso pudiese el indio suscrito ocupar las tierras, porque las que hay me corresponden legítimamente, según los instrumentos presentados, en que aparece su compra al Capitán don Martín Reyes de Gamboa y su mujer legítima doña Catalina de Verdugo, por Fernando Díaz, padre legítimo de Lorenzo Díaz y León, mi marido, de la estancia llamada la Navidad. Se demuestra en la escritura a que me refiero que dicha estancia fue dada como dote de doña Catalina Verdugo por Lorenzo Núñez de Silva, legítimo padre, quienes la poseyeron durante largo tiempo y continuaron en posesión, sin que persona alguna la haya querido ocupar o introducido en ellas sus ganados, por tanto el indio Pablo y los suyos han pretendido tener derecho a la posesión de tierras que exceden la jurisdicción del pueblo de Rapel.

Declaración de doña Catalina Verdugo : otorgada ante don Martín Ruiz de Gamboa, Corregidor de Justicia Mayor de la ciudad de Santiago. En esta declaración se confirma la venta a don Fernando Díaz de León de una estancia llamada Navidad en el partido de Colchagua. A continuación se indican los deslindes de la misma y se indica que la venta de mil seiscientos cuarenta y cinco cuadras tuvo un precio de cuatro mil quinientos pesos,

a continuación se hace un desglose de la forma en que se hizo el pago.

Presentación de don Fernando Díaz de León : Digo ante V. A. que he comprado al Capitán Martín Reyes de Gamboa y a doña Catalina Verdugo, su legítima mujer, una estancia llamada la Navidad, en el distrito de Rapel en cuatro mil quinientos pesos con las condiciones expresadas en la escritura de venta que se presenta, según y de la manera que el Capitán Lorenzo Núñez de Silva la dio en dote a doña Catalina Verdugo.

Informe del Protector de Indios : Martín Ruiz de Gamboa y doña Catalina Verdugo, marido y mujer legítimos, ambos vecinos moradores del Partido de Colchagua, han jurado del más común acuerdo haber poseído la dicha estancia que fue vendida a don Fernando Díaz, y ofreciéndole título, hacen posesión en cualquier manera, sin embargo, no consta de los instrumentos presentados, la legitimidad de los derechos alegados por doña María Gómez de Olmedo y por don Fernando Díaz. Por lo que ruego u suplico a V. A. terminar con el despojo de tierras que han sufrido estos indios de Rapel, porque esta situación los ha llevado a un estado desesperado. Sus derechos están acreditados y no pueden ya ponerse en duda, y como no es posible comprar a quien no es dueño, como no lo era el Capitán Martín Reyes de Gamboa, se pide así la salida inmediata de los usurpadores.

Decreto : El Presidente Regente y Oidores de esta Real Audiencia declaran que para mejor proveer, presente el Protector la mensura referida al entorno de las tierras de Rapel, hecha por el Maestro de Campo Jinés de Lillo en documento autorizado de dicha mensura a esta Real Audiencia.

Presentación del Protector de Indios : Presentando escrito asistiendo en lo pedido por el Presidente y Oidores de servicio de V. A. para mejor proveer sobre las mensuras hechas por el Maestro de Campo Jinés de Lillo.

*No hay sentencia.*

Análisis: Es este un reflejo de una situación bastante corriente durante la vigencia del derecho indiano, pues toda la legislación dictada por la Corona durante el período se caracterizó por establecer un marco protector de los naturales. Sin embargo, en la práctica estas normas no tuvieron mayor efectividad, debido a que las mismas autoridades que tenían a su cargo el cumplimiento de aquellas disposiciones amparaban, por diversas circunstancias, los malos tratos y usurpaciones de que fueron víctimas los indígenas americanos. Es por ello que escogimos este caso, a pesar de encontrarse incompleto, pues aun cuando no se registra sentencia, grafica situaciones como las que recién indicábamos, en el sentido que no sería descabellado llegar a pensar que las resoluciones de la Audiencia terminarían en un resultado favorable a los usurpadores. Lo anterior dado que las únicas pruebas hechas valer por los demandados en su favor son sus propias declaraciones y las de sus supuestos vendedores, cuya veracidad nos deja lugar a más de una duda, puesto que en todo el proceso no nos es posible observar la presentación de documentos que corroboren la entrega de los terrenos como parte de la dote de doña Catalina Verdugo, o la posterior venta a don Fernando Díaz por parte del marido de ésta, como afirman en sus declaraciones.

Por último, si bien hemos sido críticos de la legislación protectora de los naturales creada por la Corona, no podemos olvidar que las grandes distancias y por consiguiente la lentitud en las comunicaciones también jugaban en contra de estas medidas. Tampoco

sería justo ignorar la importante labor que a favor de los indígenas realizaron funcionarios tales como los coadjutores y protectores de indios, designados por la Corona para proteger los intereses de éstos, y que llevaban a cabo su trabajo en forma bastante eficiente, como podemos observar en la defensa de los indios de Rapel, en la que se aprecia su intervención esgrimiendo argumentos bastante apasionados en favor de estos aborígenes.

En relación con este caso, cabe destacar que el reconocimiento de la legitimidad del dominio de los naturales sobre sus bienes ya era aceptado por un gran número de autores de la época, cuya influencia se deja claramente sentir en un caso como el que estamos analizando. Los postulados de Francisco de Vitoria son particularmente aplicables en esta situación, por cuanto según el insigne jurista, los indios son los legítimos dueños de sus bienes, y no podrán ser privados de ellos, ni aun aduciendo su falta de razón o su condición de paganos.

## **II. Sección Segunda: En materia Minera.**

En este punto decidimos transcribir dos casos que, si bien presentan ciertas similitudes, nos muestran como se articulaba el sistema minero indiano.

### **II. a. SOBRE QUE SE HAGA MERCED A DON JORGE SANTA MARÍA DE LA MINA QUE TRABAJÓ DON JUAN MARTÍN DE MADARIAGA, EL MINERAL DE TALCA. VOLUMEN 33, PIEZA 22, ARCHIVO DE LA CAPITANÍA GENERAL.**

---

*Petición : Don Jorge Santa María, minero, parezco ante V. S. en la mejor forma de derecho y digo que espero la mina de don Juan Martín de Madariaga, sita en los cerros del mineral de Talca y que fue trabajada con su socio don Martín Lasarregui, que en el transcurso de ocho años desde que se hayan conferido sus planes, porque me hallo con los aperos y herramientas necesarias para seguir su laboreo, en los planos de la mina disfrutada en esta atención.*

*Pido y suplico se sirva conferirme los planes de la mina de don Martín de Madariaga, sita en el mineral de Talca, y se me constituya merced con la justificación de V. S. Santiago, 13 de abril de 1768.*

*Decreto : Dése vista al Fiscal.*

*Informe del Fiscal : Vista la petición de don Jorge Santa María, para que se le haga merced de los planes de la mina que trabajó don Juan Martín de Madariaga en el mineral de Talca, digo que es de justicia cederle la merced que solicita. Santiago, 28 de abril de 1768.*

*Decreto : Hacerle merced a don Jorge Santa María de los planes de la mina que disfrutó don Juan Martín de Madariaga, sin perjuicio de tercero que mejor derecho tenga,*



*y emprendiendo trabajos dentro del término de la ordenanza en virtud de este decreto del que se da testimonio. Santiago, 29 de abril de 1768.*

*Petición : Don Jorge Santa María en los autos sobre el derecho a los planes de una mina que disfrutaba don Juan Martín de Madariaga, digo que por decreto definitivo con audiencia y citación del señor Fiscal se sirvió V. S. de adjudicarme dicha mina sin perjuicio del derecho de otros los planes de la citada mina que trabajó el enunciado don Martín, y se me ordenó emprendiese el trabajo dentro de la ordenanza, esto se me imposibilita por serme muy gravoso el camino de ciento veinte leguas que dista de la capital a aquel mineral; y el presente tiempo lluvioso embaraza el transito de las cuestas peligrosas, en esta atención, y que de conforme a la ordenanza el trabajo se debe emprender en que se diese donación al suplicante; para evitar todo litigio, pido y suplico a V. S. se sirva declarar con expreso y debido pronunciamiento que el termino de treinta días de la ordenanza para el laboreo y trabajo de la mina no me debe correr, hasta que se me ponga en posesión de ellos por el Juez de Minas de aquél mineral de Talca, sin que de lo contrario, me pueda correr despoblado, por ser de justicia espero la aprobación de V. S.*

*Decreto : Se declara que el termino de la ordenanza para el laboreo y trabajo de la mina de que se tiene hecha merced por decreto de 29 de abril, no corra y entere hasta que se le ponga en posesión de los planos al suplicante por el Teniente Alcalde Mayor de Minas del mineral de Talca, para lo que se hará esa diligencia dentro de treinta días desde la notificación de este decreto. Santiago, 6 de Junio de 1768.*

Análisis: Es posible apreciar en este caso lo que tantas veces hemos indicado como una de las características de la minería en el derecho indiano: los yacimientos mineros debían siempre explotarse. Es así entonces que no se producen mayores obstáculos por parte de la autoridad para que el suplicante adquiriera la merced, en consideración a que su anterior beneficiario simplemente no continuó con la explotación del yacimiento (habían transcurrido ocho años desde que se le confirió la merced) y tampoco presentó oposición, en su oportunidad procesal, a la petición que analizamos. Por ello, esta solicitud es concedida a Santa María, siempre que no se esté perjudicando los derechos de terceros, y que se cumpla con un requisito típico –trabajarla dentro de cierto plazo- de estas mercedes. Aquí nos encontramos con una característica propia de las mercedes que ya hemos estudiado en nuestro trabajo con profundidad: la condicionalidad. Por tanto, su derecho se consolidará recién si comienza el laboreo del yacimiento dentro del plazo establecido en la ley vigente, de lo contrario se entenderá que la mina no está siendo trabajada y le será asignada a quien informe de esta situación a la autoridad, es decir, correrá peligro de que la mina se declare “despoblada”.<sup>241</sup> Es por esta misma razón y con el objeto de evitarlo que nuestro suplicante, temiendo no poder cumplir con los plazos que se le han indicado, debido a los pésimos caminos que existían hacia su yacimiento y al mal tiempo imperante, que solicita y se le concede, la prórroga de este plazo a treinta días contados desde la toma posesión certificada por el Alcalde de Minas. En resumen, se le conceden todas las facilidades necesarias, con tal de que efectivamente se trabaje la mina.

---

<sup>241</sup> Ver Suprall. 4. 1. El Amparo en la Propiedad Minera Indiana. Despueblo.

## II. b. ADJUDICACIÓN DE ESTACA MINA EN EL CERRO SAN PEDRO NOLASCO, SANTIAGO A DON JOAQUÍN JOSÉ TÉLLEZ. VOLUMEN 33, PIEZA 47, ARCHIVO DE LA CAPITANÍA GENERAL.

---

Petición : Don José Joaquín Téllez, minero, parezco ante V. S. y digo que don Miguel Jerónimo Mújica, pidió una estaca de metales de plata en el Cerro de Pedro Nolasco en el mes de mayo del año pasado de 1773, y porque en el termino de dos años no ha cumplido el mencionado en dar el pozo de la ordenanza y pedir mensura y posesión como en ella se manda, suplico a V. S. se sirva adjudicarme dicha estaca por no haber cumplido el dicho Mujica con lo expresado para que no se encuentren suspensas las labores de dicha estaca.

Por tanto pido y suplico a V. S. se sirva mandar que no habiendo cumplido el mencionado Mujica con las ordenanzas, se me adjudique dicha estaca. Santiago, 11 de enero de 1765.

Decreto : Esta parte justifique su relación ante el Alcalde de Minas, quién informará con reconocimiento de lo que se pide. Santiago, 4 de Junio de 1765.

Declaración ante Alcalde de Minas : En la ciudad de Santiago de Chile en 15 de Junio de 1765, ante mí Secretario Mayor de Gobierno (nombre ilegible), compareció don Francisco Javier López, juramentado ante Dios nuestro Señor y según derecho prometió decir la verdad de lo que supiere, y le fuere preguntado, y siéndolo por el escrito presentado por Téllez, dijo ser dependiente de las estacas de don Anselmo Correa, de don Félix Fernández y de don Antonio de Silva y Castro, y declara asimismo que el mayordomo de don Félix Fernández, Alfonso Pino había trabajado en la estaca que se menciona aunque poco tiempo, pero que no sabe si dieron o no el pozo de la ordenanza, y en cuanto a la mensura, ésta no se ha mensurado. Teniente Alcalde de Minas. Que esto es lo que sabe y puede declararse. Firmó y Ratificó.

Petición : Joaquín José Téllez, minero, comparezco ante V. S. en la debida forma y digo, que habiéndome presentado se me concediera despoblado de una estaca minera de plata en el cerro Pedro Nolasco de la que se hizo merced a Mujica hace más de dos años, sin que haya dado en pozo ni cumplido con las Reales Ordenanzas, V. S. ha tenido por decretar que la justificación se hiciera ante el Alcalde de Minas de esa jurisdicción, y como las personas que trabajan aquella mina son vecinos de esta ciudad, con lo que no se puede justificar que mencionen a Mujica, se ha de servir V. S. justificar mediante mandar las diligencias necesarias para la justificación de que están presentes en esta ciudad las personas que de esto saben y que acrediten que no hay persona alguna que trabaje en él, si son todos de esta ciudad. Por tanto pido y suplico se sirva mandar hacer conforme se ha pedido.

Decreto : Se entienda la información mandada dar ante el Alcalde de Minas con citación a don Miguel Jerónimo Mújica. Santiago, 8 de junio de 1765.

Notificación : Certificación de escribano público de que se puso el conocimiento de Mujica el decreto anterior. Santiago 11 de junio 1765.

*Decreto* : Sin que el interesado don Miguel Jerónimo Mújica, ni terceros de mejor derecho se hayan apersonado, se hace merced de estaca de metales de plata en el Cerro de Pedro Nolasco, al suplicante José Joaquín Téllez.

*Análisis*: En este caso, podemos observar otro aspecto de la condicionalidad tan característica de la propiedad minera, durante el período indiano, condición que en este caso consiste en cumplir con los trámites de dar pozo y hacer mensura. Es así que las ordenanzas de minería dadas por la Corona obligaban al beneficiario a realizar estas diligencias dentro de determinados plazos, bajo pena de declararse el yacimiento “despoblado”, para lo cual estableció un procedimiento por el cual cualquiera que estuviera interesado en ello colocara en conocimiento de la autoridad la negligencia del beneficiario original. Justamente es esta la situación que observamos, en la que José Joaquín Téllez, nuestro suplicante, informa a la autoridad que no se ha trabajado la mina ubicada en San Pedro Nolasco y la solicita para sí, tratando de desvirtuar el informe del Alcalde de Minas en el que éste afirma haber tomado declaración a mineros que estuvieron en el lugar, sin que les constara la existencia del pozo o que se haya realizado mensura. En base a lo anterior, y en consideración a que don Miguel Jerónimo Mújica, el primer titular de la merced concedida con respecto a este yacimiento, no se opusiera a la petición del denunciante, se le hace entrega de la merced a éste, en los términos solicitados, por despueble.

En los dos casos recién estudiados, aparece de forma evidente uno de los aspectos fundamentales de la filosofía escolástica en relación al dominio: los bienes temporales han sido creados por Dios y sus beneficios deben aprovechar a todos los hombres, de manera que todos participen de las bondades y riquezas que éstos pueden procurar. El dominio, a la vez que un derecho, es una responsabilidad, que debe ser ejercido de acuerdo con los dictámenes que impone el bien común, de forma que la comunidad toda se vea beneficiada con ese ejercicio. Una mina que no es explotada o trabajada, no proporciona ninguna utilidad, ni a su dueño ni a la comunidad. De esa manera, el bien común permite a la autoridad civil –bajo cuya potestad se encuentra la regulación del dominio- a privar de su merced al propietario negligente e irresponsable, y reasignarla a quien sí pueda darle la utilidad que está llamada a prestar.

### **III. Sección Tercera: En materia de Aguas.**

#### **III. a. APELACIÓN DE REPARTO COMISIONAL DE DON PEDRO SERRANO ANTE LA REAL AUDIENCIA DE SANTIAGO, AÑO 1807. ARCHIVO DE LA REAL AUDIENCIA, LIBRO II DEL CATÁLOGO, VOLUMEN 2336, PIEZA 3.**

---

*Petición* : Juan Bringas por don Pedro Serrano, vecino y hacendado del valle de Colina con la protesta de presentar poder en caso necesario en la mejor forma de derecho,

*parece ante V. A. diciendo: Que habiéndose comisionado a don Martín de Arbulú por esta Superioridad para la distribución de aguas de aquella hacienda, se comunicó traslado a los interesados de la operación practicada en su virtud para que contradijesen o aprobasen según la secuela y orden sustancial de las diligencias. Con todo, pendiente la aprobación de la indicada diligencia y de los recursos que se han llevado a esta Real Audiencia por el Regidor don Francisco Ramírez sobre este punto, ha procedido el Juez territorial de aquél valle don Tomás Ruiz a despojarme de la porción de agua que me corresponde por mis títulos y una posesión tan antigua, con notable perjuicio de mis derechos y de las plantaciones de mi hacienda, que se arruinan sin remedio. Aquél Juez ha cometido un despojo judicial sin otro mérito que haberse informado de la diligencia practicada por e indicado Arbulú, estando pendiente su aprobación para cuyo efecto se ha comunicado traslado a los interesados. Por lo mismo, no debe ignorarse cosa alguna del estado y posesión en que se hallaban los vecinos, como que es inconcluso que ninguno puede ser despojado sin que sea por fuero y derecho vencido, y así es que estando en posesión de una toma de agua corriente sólo se me han distribuido dos tercias partes, con tal escasez que mis propios inquilinos excusan el pago de sus arriendos por este defecto a cuya atención a V. A. pido y suplico se sirva mandar que aquél Juez, pendiente la aprobación de la diligencia del citado Arbulú y del recurso citado no ignore cosa alguna, ni haga la menor alteración y me ampare en la posesión del agua en que me hallo, distribuyéndose la toma que me corresponde en igualdad con los demás interesados y que respecto de hallarse aquél Juez dentro del distrito de las cinco leguas de esta gobernación, sirva para todo de bastante provisión en la forma ordinaria el Superior Decreto, que se proveyere o como mejor fuere del regulado arbitrio de V. A. que es justicia. Santiago Diciembre 11 de 1807.*

*Decreto : Que el Juez comisionado que se expresa informe dentro de segundo día, sin perjuicio de lo mandado.*

*Notificación : Se certifica por escribano público, con la misma fecha la notificación del decreto anterior a don Juan Bringas, y al Juez Agrimensor Don Martín Ruiz de Arbulú.*

*Informe del Agrimensor : El Agrimensor de este Obispado, cumpliendo con el Superior Decreto de V. A. de Diciembre último, en que se manda informe sobre los hechos que expresa don Pedro Serrano en su anterior escrito, diré que con motivo de varios recursos interpuestos por muchos de los hacendados del Valle de Colina, sobre la mala distribución de aquél río entre sus interesados, por el Juez don Diego Mardones, nombró esta Superioridad en su lugar a don Tomás Ruiz, y comisionó al informante para que viese un reparto en presencia de los títulos de cada uno, que pudiese servir en lo sucesivo de una regla segura y cierta con que pudiesen gobernarse los Jueces que gobiernan aquél río, y evitar por este medio las repetidas quejas con que de continuo molestan los Superiores Tribunales.*

*En cumplimiento de ella, señaló día el informante, y se les hizo saber a todos para que ocurriesen por él o sus apoderados lo que verificara el mismo aplazado: Más como ninguno de los títulos designa cantidad determinada, a excepción de los de Juan Antonio Fresno, que después de una larga instancia que siguieron sus autores, sobre que se le debía dar otra toma más, a causa de tener que dar agua a otras dos haciendas, sólo se le concedió el privilegio de que aquella acequia no turnase. Y también la del Regidor don*

*Francisco Ramírez que dijeron debía tener algo más de agua, y esta por solo una boca tomo; pero ni aún esto hizo constar, según se acredita de la diligencia que corre de aquél expediente.*

*En aquél propio día quedaron todos los demás interesados convenidos a excepción de este último, en que se les repartiase igualando todas las tomas, conforme a la costumbre observada de inmemorial tiempo. Y no pudiéndose evacuar esta diligencia por otras varias dificultades que ocurrieron, se dejó para el siguiente, y estando en la operación, salió oponiéndose uno o dos de los que estaban presentes, a que la toma de don Pedro Serrano no debía llevar igual cantidad a la de los demás, por habersele dado siempre algo menos, con motivo de tener muy pocos planteles y ser una corta hijuela. El comisionado que no tenía obligación de saber la extensión de cada hacienda ni tampoco si tenían muchos o pocos planteles, trató de informarse para proceder, y no habiendo comparecido el día anterior, con este motivo le preguntó al que dijeron hacía de tomero del expresado Serrano, y éste contestó lo mismo que todos allí que estaban presentes: que a la acequia de su patrón siempre le habían dado menos agua. Vista esta general confesión por el informante le declaró derecho a sólo dos tercias partes.*

*Pasando algunos días después de entregada la diligencia, supo el comisionado la justa queja de Serrano, y para mejor informarse pasó en persona a aquél valle al pretexto de una diligencia con el sólo fin de reconocer aquella hacienda y encontró que no desmerece en sus planteles a las demás, por que aunque le puedan exceder en viñas mayores, la del dicho don Pedro Serrano tiene tres aunque no muy grandes, y muchas más arboledas de almendrales. Que su extensión tampoco es tan corta como dijeron aquellos interesados, y que necesita de más agua que otras de aquél terreno, por ser todo él pedregoso y de cascajo. Últimamente se desengañó por sujetos imparciales, que siempre habían dándole a este igual cantidad de agua que a los demás, y que el engaño procedida de cómo esta toma se halla inmediata a la de Ramírez, y esta va siempre mucho más abundante que todas, parece que la de Serrano lleva muy poca, y esta fue la causa del alucinamiento de aquél tomero del interesado a quien se le preguntó. En cuanto al Agrimensor puede informar a V. A. sobre el particular en cumplimiento de lo mandado. Santiago, Diciembre 21 de 1807. Martín Ruiz de Arbulú.*

*Decreto : En la ciudad de Santiago de Chile, en 15 de Enero de 1808, ante los SS. Presidente Regente y Oidores de esta Real Audiencia, se presentó esta petición la que se hubo por presentada y mandaron traer los autos.*

*Sentencia : (Incompleta) Vistos: Con lo informado por el Agrimensor, mantengase a don Pedro Serrano la posesión de igual cantidad de agua que a los demás interesados que se expresan en el citado informe, y su ejecución se comete al Juez de Aguas del Valle de Colina, y su notificación al Juez del lugar, y désele a la parte el correspondiente testimonio de esta providencia, y del citado informe. Proveyeron el anterior auto los SS. Presidente, Regente y Oidores de esta Real Audiencia y los rubricaron en el día 28 de enero de 1808.*

*Análisis: En casos como el que nos ocupa, es posible afirmar que efectivamente eran aplicados los principios relativos al otorgamiento de mercedes de aguas y al uso y aprovechamiento de éstas que hemos estudiado.*

Es posible observar en esta causa la aplicación del principio citado por Margadat según el cual “*La distribución de aguas siempre debe poder adaptarse a nuevas circunstancias*”<sup>242</sup>, principio que a su vez puede ser considerado como reflejo de la dimensión social que Francisco de Vitoria asignaba a la propiedad, en el sentido que en cuanto el hombre pertenece a una sociedad, a la cual exige la tutela de sus derechos, se encuentra en la obligación de permitirle a su vez que los armonice con los de los demás y con los de la sociedad misma.<sup>243</sup> Fue así entonces que el juez de aguas, al establecer en una primera observación que las tierras del apelante en cuestión eran de una extensión menor que las de sus vecinos, reduce su porción de agua con el objeto de no perjudicar a los demás hacendados del lugar, cuestión que por lo demás obedece también al llamado principio de “*Proporcionalidad*”<sup>244</sup>. Recordemos que por este principio era entendido que la magnitud del repartimiento tenía directa relación con la extensión de los terrenos que correspondían a cada agricultor, y que esta manera de proceder constituye una constante que hemos destacado durante todo nuestro trabajo, que tuvo por objeto permitir que este bien tan preciado que era el agua llegara a todos los que la necesitaban. En resumidas cuentas, estamos una vez más ante la búsqueda del bien común, evitando asimismo una injusta acumulación de riquezas en unas mismas manos, sin comunicar sus beneficios.

También encontramos en este expediente cómo ante una nueva distribución de las aguas los vecinos que consideraban afectados sus derechos podían concurrir ante la Real Audiencia y apelar de la decisión del funcionario comisionado para tal efecto, ya que si bien un individuo podía perder una propiedad legítimamente adquirida si el buen gobierno de la república así lo exigía, ello debía ser siempre por una justa causa (Francisco Suárez requiere que se trate de un motivo legítimo, referido al bien común y moralmente necesario), vemos que en este caso la justa causa desaparece –y también la acumulación injusta de riquezas, por cuanto la mayor cantidad de agua es necesaria para la adecuada explotación del predio-. Así las cosas, la autoridad modifica su decisión cuando más tarde comprueba la Audiencia a través del informe realizado por el Agrimensor que las tierras en realidad no eran considerablemente más pequeñas y que el tipo de cultivo de Serrano requería de riego abundante, cambiando nuevamente la situación en favor del apelante.

<sup>242</sup> Ver punto III. 2. 1. Principios aplicables a las mercedes de aguas y a su otorgamiento en general.

<sup>243</sup> Ver Supra II. 1. 2. e. Francisco de Vitoria.

<sup>244</sup> Ver punto III. 2. 2. Principios aplicados al Uso y Aprovechamiento de las aguas.

---

## CONCLUSION.

Como se ha visto, la precariedad del dominio constituyó un fenómeno tangible durante toda la vigencia del derecho indiano, y su aplicación práctica un fenómeno de regular ocurrencia en la vida jurídica de los particulares. Resulta realmente interesante ver la forma como elucubraciones intelectuales formuladas por clérigos y pensadores a miles de kilómetros de distancia de la América española afectaron de manera tan evidente la vida jurídica cotidiana de los habitantes de las Indias. Estos, a través de su actuar y casi sin darse cuenta, dieron cuerpo y vida al más evidente reflejo de la influencia del pensamiento económico cristiano, configurando la culminación de un proceso iniciado más de diez siglos atrás, con la labor recopiladora de los primeros escolásticos, piedra sobre la cual se edificó el desarrollo de una corriente de pensamiento que hasta el día de hoy hace sentir su influencia, aun cuando nunca de una manera tan marcada como lo fue durante la época abarcada en este trabajo.

Sin embargo, un análisis verdaderamente objetivo de los temas tratados en la presente obra no puede dejar de considerar que más allá de las manifestaciones cristianas que podamos encontrar al analizar las políticas adoptadas por España en América, nos estamos refiriendo a un imperio, el más grande de su época, y que sin lugar a dudas no alcanzó su posición de privilegio a través de la aplicación a brazo partido de una serie de postulados cristianos que, en principio, le inspiraron. Por el contrario, la expansión de un imperio, el sometimiento de los naturales y la imposición de nuevas autoridades y costumbres, requirieron para su implementación de decisiones en muchos casos radicales, llevadas a cabo por ejecutantes que no tenían la caridad cristiana como una de sus principales inspiraciones.

Es precisamente en esta dualidad de enfoques que se puede dar al tema, cada uno con argumentos lo suficientemente fundados como para imponerse, que radica la fascinación que su estudio puede inspirar. En efecto, los autores cuya obra se investigó para realizar el presente trabajo, en su gran mayoría abordan el tema de la propiedad y en general las políticas indianas, desde una perspectiva fáctica, limitándose a una relación de lo que efectivamente ocurrió, entregando un análisis mucho más terrenal del período estudiado. Y es evidente que ese análisis, restringido a consideraciones de carácter político y temporal, se basta a sí mismo, y es suficiente para brindar una explicación satisfactoria a todo el actuar de la Corona en Indias.

No obstante, en forma paralela, se desarrolla toda una corriente de pensamiento cristiano, vigente y sumamente influyente a la sazón, bajo cuya perspectiva también puede explicarse la actuación de la Corona española en los nuevos territorios. Y un examen de la cuestión desde ese punto de vista aparece también como suficiente para justificar y explicar todos los fenómenos estudiados, con tanta autoridad como el enfoque más concreto antes señalado.

En consecuencia, más que tomar partido por uno u otro punto de vista, lo que se decidió hacer durante la investigación fue integrar ambos enfoques, convencidos de que es la manera más adecuada de lograr un más completo y acabado entendimiento del tremendamente complejo fenómeno de la propiedad en el derecho indiano.

Dejamos en manos del lector la tarea de juzgar si a través de la perspectiva adoptada se consigue dicho objetivo.



## BIBLIOGRAFÍA

Abeliuk Manasevich René-

*“Las Obligaciones”*, Tomo I.

Editorial Jurídica de Chile, 3° Ed.1993, Santiago.

Alcalá Zamora Niceto.

*“Nuevas Reflexiones sobre las Leyes de Indias”*.

Buenos Aires, 1944.

Alessandri Arturo, Somarriva Manuel y Vodanovic Antonio

*“Tratado de los Derechos Reales”*, Tomo I.

Editorial Jurídica de Chile, 1997, Santiago.

Aquino Santo Tomás de

*“Suma contra los Gentiles”*, Libro III.

Editorial Católica, Madrid, 1953.

*“Suma de Teología”*, Partes II y III.

Biblioteca de Autores Cristianos.

Madrid, 1998.

Ávila Martel Alamiro.

*“Plan para una investigación sobre la propiedad en el Derecho Indiano”*

Revista Chilena de Historia del Derecho, N° 6, Págs. 152 – 153, 1970

Editorial Jurídica, Santiago.

*“La propiedad minera en el Derecho Indiano. Sus bases, constitución y peculiaridades”*

Apartado del N° 8, “Historia”, Págs. 13 – 18, 1969

Instituto de Historia de la Universidad Católica de Chile.

BARSA, Enciclopedia. Tomo XV.

Preparada con el asesoramiento de la Encyclopædia Británica, Inc. William Benton,  
Editor. Octava Edición 1967.

Chicago, USA.

Biblia, La.

Ediciones Paulinas y Ediciones Verbo Divino, España, 1981.

Bigo Pierre

“Doctrina Social de la Iglesia”.

Instituto Católico de Estudios Sociales, Barcelona, 1967.

Bravo Lira Bernardino.

“Derecho Común y Derecho Propio en el nuevo mundo”

Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile.

Santiago, 1989.

Bruna Vargas Augusto

“Evolución histórica del dominio del Estado en materia minera”

Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, U. Católica.

Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971.

Calvillo Manuel

“Francisco Suárez: La Filosofía Jurídica, el Derecho de Propiedad”.

Editorial El Colegio, México, 1945.

Catalogo del Archivo de la Real Audiencia, Tomo I

Imprenta Litográfica y encuadernación Barcelona

Santiago, 1898.

Challaye Félicien

“Histoire de la Propriété”

Presses Universitaires de France, Paris, 1958.

Diego Fernández Rafael.

“Capitulaciones Colombinas 1492-1506”

Ediciones El Colegio de Michoacán, México, 1987.

Dougnac Rodríguez Antonio.

*“Manual de Historia del Derecho Indiano”*

Segunda Edición, Mc Graw - Hill Interamericana Editores, México, 1998.

“La Real Administración del Importante cuerpo de minería de Chile”.

- 
- Revista Chilena de Historia del Derecho N° 8, Págs. 109 – 130, Año 1981.  
Editorial Jurídica, Santiago.
- “Régimen Jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI”  
En Revista Chilena de Historia del Derecho N° 10, Págs. 49 – 78, Año 1984.  
Editorial Jurídica, Santiago.
- “*El Cabildo y el Derecho de Aguas en Santiago de Chile en los Siglos XVII y XVIII*”  
En Revista Chilena de Historia del Derecho N° 11, Págs. 277 – 313, Año 1985.  
Editorial Jurídica, Santiago.
- Gallegos Rocafull José María  
“La Visión Cristiana del Mundo Económico”.  
Editorial Taurus, Madrid, 1959.
- Ganshof F. L.  
“El Feudalismo”.  
Ediciones Ariel, Barcelona, 1963.
- García Gallo Alfonso  
“*Orígenes de la Administración Territorial en Indias*”  
Concejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria,  
publicación del Anuario de Historia Español, Madrid, 1944.
- “Génesis y Desarrollo del Derecho Indiano”  
Apuntes de la Cátedra de Historia del Derecho.  
Universidad de Chile.
- Gatti Edmundo  
“Propiedad y Dominio: Origen , Concepto, Caracteres y Terminología”.  
Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1996.
- Giannini Humberto  
“Breve Historia de la Filosofía”.  
Editorial Universitaria, Santiago, 1991.
- Gilson Étienne  
“El Tomismo: Introducción a la Filosofía de Santo Tomás de Aquino”.  
Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1978.
- Gómez Arboleya Enrique  
“Francisco Suárez S. I. Situación Espiritual, Vida y Obra. Metafísica”  
Universidad de Granada, 1946.
- Góngora Mario  
“El Estado en el Derecho Indiano. Epoca de Fundación 1492-1570”  
Instituto de Investigaciones Histórico – Culturales, Facultad de Filosofía y Educación  
Universidad de Chile. Santiago, 1951.

Gonnard René

“Historia de las Doctrinas Económicas”.

M. Aguilar Editor, Madrid, 1931.

Hamilton D. Carlos

“Filosofía Jurídica del Maestro Fray Francisco de Vitoria”

Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1948.

Hurel Morales Ariel

Vida jurídica practica contenida en los archivos notariales de Santiago. “La propiedad minera indiana”

Memoria de prueba, Departamento de Ciencias del Derecho. U. de Chile

Santiago, 1976.

Insúa Rodríguez Ramón

“Historia de la Filosofía en Hispanoamérica”.

Imprenta de la Universidad, Guayaquil, 1945.

Landsberg Paul - Ludwig

“La edad Media y nosotros: Ensayo Filosófico Histórico sobre el sentido de una época”.

Revista de Occidente, Madrid, 1925.

Larrainzar Carlos

“Una Introducción a Francisco Suárez”

Ediciones Universidad de Navarra.

Pamplona, 1977.

León Pinelo Antonio de

“*Tratado de Confirmaciones Reales*” (1630)

Biblioteca Argentina de libros raros americanos. Parte I, Cap. I, Núm.12, Facultad de Filosofía y Letras, Instituto de Investigaciones Históricas.

Buenos Aires, 1922.

Lira Ovalle Samuel

“*Curso de Derecho de Minería*”

Tercera Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile.

Santiago, 1998.

Margadant S. Guillermo

“*El agua a la luz del Derecho Novohispano. Triunfo de realismo y flexibilidad*”

Revista Chilena de Historia del Derecho N° , Págs. 227-252,

Editorial Jurídica, Santiago.

Marías Julián

“Historia de la Filosofía”.

Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1956.

---

Mariluz Urquijo José María

“*La Propiedad en el Derecho Indiano*”

Revista Chilena de Historia del Derecho N° 6, Págs. 154 – 157, 1970

Editorial Jurídica, Santiago.

“*Régimen de la Tierra en el Derecho Indiano*”

Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Lecciones de Historia Jurídica

Editorial Perrot, Buenos Aires, 1978.

Marx Carlos y Engels Federico

“*Manifiesto del Partido Comunista*”

Editorial Austral, Santiago, 1965.

Matienzo Juan

“*Gobierno del Perú*”

Edición moderna de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Buenos Aires, sección histórica, Buenos Aires, 1910.

Megías Quirós José Justo

“*Propiedad y Derecho Natural en la historia. Una relación inestable*”

Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, 1994.

Muñoz Sánchez Bernardino

“*La condición jurídica del indio en la legislación indiana*”

Memoria de Prueba para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, U. de Chile. Editorial Universitaria

Santiago, 1959.

Musto Néstor Jorge

“*Derechos Reales*” Tomo I.

Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000.

Ots Capdequí José María

“*El Derecho de Propiedad en nuestra legislación de Indias*”

Anuario de la Historia del Derecho español, Págs. 49 a 168. Junta para la ampliación de Estudios Históricos. Tomo II, Madrid, 1925.

“*El Estado español en las Indias*”

Sección “Libros de Historia”, Fondo de Cultura Económica.

2° Edición 1946, México.

“*Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano*”

Editorial Aguilar, 1969.

“*Instituciones*”

Salvat Editores, 1° Edición 1959

Madrid, España.

“España en América, El Régimen de tierras en la Época Colonial”

Ediciones del Fondo de Cultura Económica, 1° edición.

México, 1959.

Peñailillo Arévalo Daniel

“Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales”.

Colección “Manuales Jurídicos”, Editorial Jurídica.

Santiago, 1991.

Rocheftort Ernst Gustavo

“Esquema del Derecho de minas en Chile colonial”

Memorias de Licenciados. Historia del Derecho, Vol. VI. Editorial Jurídica de Chile.

Santiago, 1950.

Roll Eric

“Historia de las doctrinas económicas”.

Fondo de Cultura Económica, México, 1955.

Rousseau Jean Jacques

“Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres”.

Editorial Edeval, Valparaíso, 1979.

Sabine Georges H.

“Historia de la Teoría Política”.

Fondo de Cultura económica, Madrid, 1999.

Sierra Bravo Restituto

*“El Pensamiento Social y Económico de la Escolástica. Desde sus Orígenes hasta el Comienzo del Catolicismo Social”* Tomos I y II.

Instituto de Sociología Balmes, Madrid, 1975.

Solórzano y Pereira Juan de

*“Política Indiana”* Tomos I, II y III.

Ediciones Fundación José Antonio de Castro.

Madrid, 1996.

Störig Hans J.

“Historia Universal de la Filosofía”.

Empresa Ercilla S.A. Santiago, 1961.

Suárez Francisco

“Tratado de las Leyes y de Dios Legislador en Diez Libros”

Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967 – 1968.

Tau Anzoátegui Víctor

“La costumbre jurídica en la América española (Siglos XVI – XVII)”

Revista de Historia del Derecho, N° 14, Págs. 355 – 425, 1986.

Truyol y Serra Antonio

*“Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado”, Volumen II.*

Alianza Universitaria Textos, Madrid, 1995.

Vas del Mingo Milagros.

“Las Capitulaciones de Indias en el Siglo XVI”

Ediciones Cultura Hispánica, Instituto de Cooperación Iberoamericana.

Madrid, 1986.

Vergara Blanco Alejandro

“Contribución a la Historia del derecho de aguas, II: Fuentes y Principios del derecho de Aguas español Medieval y Moderno”

En Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. II, 1991.

Págs. Copiapó.

“Principios y sistema del Derecho Minero. Estudio Histórico – Dogmático”

Editorial Jurídica de Chile.

1° Edición 1992. Santiago.

*“Derecho de Aguas”, Volumen I*

Editorial Jurídica de Chile

1° Edición, 1998. Santiago.

Vitoria Francisco de

“Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomás”

Biblioteca de Teólogos Españoles, Salamanca, 1932.





## ANEXO N° 1

*Capitulaciones de Santa Fe. Otorgadas por los Reyes Católicos, Isabel y Fernando a Cristóbal Colón el 17 de Abril de 1492.*<sup>245</sup>

*Las cosas suplicadas e que Vuestras Altezas dan e otorgan a don Christoval de Colon, en alguna satisfacción de lo que ha descubierto en las Mares Oceanas y del viage que agora, con el ayuda de Dios, ha de fazer por ellas en servicio de Vuestras Altezas, son las que se siguen: Primeramente que Vuestras Altezas como Señores que son de las dichas Mares Oceanas fazen dende agora al dicho don Christoval Colon su almirante en todas aquellas islas y tierras firmes que por su mano o industria se descubrirán o ganaran en las dichas Mares Oceanas para durante su vida, y después del muerto, a sus herederos e successores de uno en otro perpetualmente con todas aquellas prehemencias e prerrogativas pertenecientes al tal officio, e segund que don Alfonso Enríquez, quondam, Almirante Mayor de Castilla, e los otros sus predecesores en el dicho officio, lo tenían en sus districtos.*

*Plaze a Sus Altezas. Johan de Coloma.*

*Otrosí que Vuestras Altezas fazen al dicho don Christoval su Visorey e Governador General en todas las dichas tierras firmes e yslas que como dicho es el descubriere o ganare en las dichas mares, e que para el regimiento de cada huna e qualquiere dellas,*

<sup>245</sup> Extraídas por Rafael Diego Fernández en su obra “*Capitulaciones Colombinas 1492-1506*”, Ediciones El Colegio de Michoacán, México, 1987, a partir del Libro Registro de la Chancillería aragonesa. Lib. 3569. ff. 135. V.-136. Archivo Corona de Aragón.

*faga el elección de tres personas para cada oficio, e que Vuestras Altezas tomen y scojan uno el que mas fuere su servicio, e assi seran mejor regidas las tierras que Nuestro Señor le dexara fallar e ganar a servicio de Vuestras Altezas.*

*Plaze a Sus Altezas. Johan de Coloma.*

*Item que de todas e qualesquiere mercadurias, siquiere sean perlas, piedras preciosas, oro, plata, specieria, e otras qualesquiere cosas e mercadurias de qualquiere especie, nombre e manera que sean, que se compraren, trocaren, fallaren, ganaren e hovieren dentro en los limites de dicho Almirantazgo, que dende agora Vuestras Altezas fazen merced al dicho don Christoval e quieren que haya e lieve para si la dezena parte de todo ello quitadas las costas todas que se fizieren en ello por manera que de lo que quedare limpio e libre, haya e tome la dicha decima parte para si mismo, e faga dello a su voluntad, quedando las otras nueve partes para Vuestras Altezas. Plaze a Sus Altezas. Johan de Coloma.*

*Otrosí que si a causa de las mercadurias quel trahera de las yslas y tierras, que assi como dicho es se ganaren o se descubrieren o de las que en trueque de aquellas se tomaran, aqua de otros mercadores naciere pleyto alguno en el lugar don el dicho comercio e tracto se terna y fara, que si por la prehemencia de su officio de almirante le pertenecera conocer de tal pleyto plega a Vuestras Altezas que el o su teniente e no otro juez conozcan de tal pleyto, e assi lo provean dende agora.*

*Plaze a Sus Altezas, si pertenece al dicho officio de almirante segunt que lo tenía el dicho almirante don Alonso Enrique, quondam, y los otros sus antecessores en sus districtos y siendo justo. Johan de Coloma.*

*Item que en todos los navíos que se armaren para dicho tracto e negociacion, cada y quando, y quantas vezes se armaren, que pueda el dicho don Christoval Colon si quisiere conribuyr e pagar la ochena parte de todo lo que se gastare en el armazon, e que tambien haya e lieve del provecho la ochena parte de lo que resultare de la tal armada.*

*Plaze a Sus Altezas. Johan de Coloma.*

*Son otorgadas e despachadas con las respuestas de Vuestras Altezas en fin de cada hun capitulo, en la, villa de Santa Fe de la Vega de Granada a XVII de abril del año del Nacimiento de Nuestro Señor Mil CCCCLXXXII.*

*Yo el Rey. Yo la Reyna.*

*Por mandado del Rey e de la Reyna: Johan de Coloma.*

## ANEXO N° 2.

*Merced de Tierras en la Gobernación de Tucumán y toma de posesión (1592).*<sup>246</sup>

“Título:

*Juan Ramírez de Velasco, Gobernador, Capitán General, Justicia Mayor de estas provincias y Gobernación de Tucumán, Juríes y Diaguitas y Comechingones y todo lo a ello incluso por el Católico Rey Don Felipe, nuestro señor. etc.; por cuanto vos el Capitán Melián de Leguisamo, vecino de la ciudad de San Miguel de Tucumán, conquistador y poblador de estas provincias, me habéis hecho relación que para el sustento de vuestra casa, mujer e hijos y familia teníades necesidad se os hiciese merced de unas tierras para estancias y tierras de pan llevar y caballería que estaban en la Provincia de Los Lules, desde el río Ulimpmampa hasta donde desagua el río de Sali que es donde entra en el río el estero que llaman Marlopa que va por medio del llano, y desde el dicho desaguadero corra esta estancia y tierras hasta la sierra así por el dicho estero arriba como por el río Ulimpmampa arriba y de ancho desde la dicha sierra hasta el río de Sali arriba dos leguas hasta el camino del Perú, lo cual estaba yermo y despoblado y in perjuicio de naturales ni de otra persona, que en ello se os haría bien y merced; y por mí visto lo susodicho, acatando vuestros servicios y trabajos y calidad y a lo mucho y bien que habéis servido a S. M. y a que estáis casado con doña Aldonza de Guevara, hija del*

<sup>246</sup> Recopilación incluida en “La Propiedad en el Derecho Indiano” de José María Mariluz Urquijo, Págs. 80 a 83, extraída de publicaciones de la Junta Conservadora del Archivo Histórico de Tucumán, “Documentos coloniales relativos a San Miguel de Tucumán”, serie I, volumen I, Tucumán 1936, Págs. 105 y 139.

*Capitán Juan Núñez de Guevara, conquistador y poblador de estas provincias, lo tuve por bien; por tanto en nombre de S. M. y por virtud de sus reales poderes que yo tengo, que son notorios, hago merced a vos el dicho Capitán Melián de Leguisamo, para vos y para vuestros hijos, herederos y sucesores, de las dichas tierras en la dicha parte y lugar y debajo de los mismos linderos, para que las gocéis, tengáis y poseáis en propiedad y posesión y os las doy por servidas para tierras de pan llevar, estancias de ganados y caballerías y otros aprovechamientos y sea con tanto que sean sin perjuicio de naturales y de otra cualquier persona y con esto mando a cualquier justicia mayor y ordinaria de la dicha ciudad de San Miguel de Tucumán os den y hagan dar la posesión de las dichas tierras en la dicha parte y lugar en la cual os amparen y defiendan y no consientan que podáis ser desposeído y despojado sin primero ser oído y por fuero y derecho vencido so pena de quinientos pesos para la Real Cámara.*

*Que es fecho en la ciudad de San Miguel de Tucumán a veintitrés días del mes de noviembre de 1592 años – Juan Ramírez de Velasco – Por mandado de su señoría del Gobernador Luis de Hoyos.”*

*“Toma de Posesión:*

*En la provincia de los Lules y en el asiento de Sali, junto al río en ocho días del mes de Julio de 1599 años, ante Tomás Díaz, alcalde ordinario de la ciudad de San Miguel De Tucumán, cuyo distrito son dichas tierras, pareció presente ante el susodicho y por ante mí el presente escribano y de los testigos Pedro Tello de Sotomayor el mozo en nombre del Capitán Melián de Leguisamo, vecino de dicha ciudad y con su poder bastante, otorgado ante Pedro de Vildósola, escribano público y del cabildo, su fecha a veintisiete días del mes de junio del presente año; y en nombre de su parte presentó ante el dicho Alcalde esta cédula y merced de tierras hecha por Juan Ramírez de Velasco, gobernador que fue de estas provincias y pidió que en su cumplimiento pues estaba en las dichas tierras le metiese en la posesión en nombre de su parte y en ella le amparase conforme a la dicha data: y habiéndolo entendido el dicho alcalde mandó se leyese el dicho poder y merced de tierras adonde estamos las propias contenidas en la dicha merced de esta otra parte dijo que estaba presto de le dar la dicha posesión y en ella le amparar como la merced reza y en su cumplimiento tomó por la mano al dicho Pedro Tello de Sotomayor y le metió en nombre de su parte en la posesión de todas las dichas tierras contenidas en la dicha merced, la cual posesión dijo que le daba y le dio en nombre de S. M. y actual, corporal, jure domini vel quasi y en ella le amparaba y amparó y mandó ninguna persona le perturbe su posesión y que si alguna persona tuviera las dichas tierras o parte de ellas ocupadas, no teniendo mejor derecho las desocupe y se las deje gozar libremente al dicho Capitán Melián de Leguisamo, la cual posesión recibió en nombre de su parte el dicho Pedro Tello de Sotomayor y en señal de ella se paseó por las dichas tierras y arrancó algunas yerbas del campo y pidió al dicho alcalde se lo diese por testimonio en cómo tomaba la dicha posesión en la propia parte de las propias tierras, quieta y pacíficamente y sin contradicción de persona alguna, el dicho alcalde mandó que así se le diese como lo pide y yo el presente escribano doy fe y verdadero testimonio ser así lo susodicho y haber tomado la dicha posesión el dicho Pedro Tello de Sotomayor en nombre de su parte, quieta y pacíficamente, sin contradicción alguna y en las propias tierras y a ello fueron testigos el capitán Diego Costilla y Julepe de Cáceres y Juan*

---

*González de que doy fe y el dicho alcalde lo firmó de su nombre. Tomás Díaz. Ante mí Francisco de Corso, escribano público y cabildo.”*



## ANEXO N° 3.

*Confirmación del Remate de Tierras Realengas (1771) situadas en San José de Marinilla, Colombia adjudicadas a D. Isidro Pineda y D. José García Martín.*

*“Los autos en cuestión cuentan de las piezas siguientes:*

*1) Testimonio del Poder otorgado por Pineda y García a favor de cualquiera de los Procuradores de número de la Ciudad de Santafe para que solicite “ante S.A. o donde corresponda la confirmación de cierto remate de tierras realengas”.*

*2) Testimonio de los autos del remate en cuestión en el cual se relacionan los siguientes documentos y diligencias:*

*a) Poder otorgado por Pineda y García ante el Alcalde Mayor de Minas y Ordinario del Valle del Sor. San Nicolás el magno del Río negro, jurisdicción de la Ciudad de Antioquia a favor de D. Fermín García para que ante el Gobernador y Comandante general de la Ciudad de Antioquia pida que se les corrobore un amparo de minas que tiene fecho por el señor Alcalde Mayor de ellas y unas tierras valdías en el sitio de Santo Domingo y Calderas que pertenecen a S. M. (que Dios guarde) de quien pretenden comprarlas. A tal fin le remiten instrucción, linderos y postura para que saquen a público pregón.*

*b) Presentación de la petición de remate por el citado Apoderado ante el Gobernador con indicación de los linderos (no de la cabida) de las tierras que sus poderdantes piden se les rematen (para la mejor explotación de unas Minas que tienen manifestadas y registradas ante el Alcalde de Minas de dichos Valles y de los cuales en su día y por*

separado pedirán al propio Gobernador la correspondiente confirmación) “ofreciendo como posturas cuarenta castellanos de oro en polvo a pagar en estas Cajas Rs.”

c) Decreto para que proceda al reconocimiento y avalúo de las tierras en cuestión comisionando al efecto a D. Cristóbal de Noreña “vezino inmediato de aquel Distrito, persona de inteligencia y confianza”.

d) Presentación del testimonio de este Decreto al Comisionado por el Apoderado de las partes.

e) Decreto del Comisionado para que se practiquen las diligencias acostumbradas; citación de los colindantes y nombramiento de evaluadores.

f) Manifestación de los colindantes de que no tienen nada que alegar en contra puesto que se respetan sus linderos.

g) Diligencia de avalúo que fija en cuarenta y cinco castellanos de oro “limpio y soplado”.

h) Auto de remisión de las diligencias al Gobernador.

i) Decreto del Gobernador para que se den los treinta pregones de la Ley, uno por día.

j) Constancia detallada de los treinta pregones.

k) Decreto del Gobernador ordenando se cite a los interesados para remate, en vista de que no se ha presentado mejor postor.

l) Auto ordenando el remate.

m) Diligencia haciendo constar que tal día, mes y año y a la hora señalada se encendió la primera vela y se dio el primer repique de las campanas y comenzó el primer pregón de esta forma: “Cuarenta pesos de oro en polvo limpio y soplado, dan por unas tierras que median entre la Marinilla y Ciudad de Antioquia de esta Gobernación, cuyos linderos son:....y haviéndose acabado la primera vela se ensendió la segunda y se dio otro repique y consecutivamente se repitió el pregón... Haviendo concluido la segunda vela se ensendió la tercera... y se mandó dar el tercero repique con la seña de remate.”

n) Formalización del remate y aceptación del apoderado prestando juramento de que en ningún tiempo “se llamaría a engaño enorme, ni enormísimo en la compra y precio”.

o) Auto aprobando el remate, “puesto que se ha justificado el ingreso de los cuarenta castellanos y un peso de oro por la media annata” Se ordena que se haga la tasación de costas.

p) Tasación de las costas que ascienden a 25 pesos, tres tomines y cuatro granos de oro en polvo, de los cuales se rebajan “los cinco pesos y quatro tomines del Señor Gobernador, por no llebar su ssa. Dros”.<sup>247</sup>

---

<sup>247</sup> J. M. Ots y Capdequí. “España en América, El Régimen de tierras en la Época Colonial”. Págs. 33, 34 y 35.



## ANEXO N° 4.

*Real Instrucción de 1754, comunicada para su cumplimiento en América por Real Cédula de 15 de Octubre del mismo año.*

*“En las mercedes, ventas y composiciones de bienes realengos, sitios y valdíos hechas al presente, y que se hicieren en adelante, se observe y practique precisamente lo siguiente.*

*I*

*Que desde el día de la fecha de esta Real Resolución en adelante quede privativamente al cargo de los Virreyes y Presidentes de las Reales Audiencias de Aquéllos dominios la facultad de nombrar los Ministros Subdelegados, que deben ejercer y practicar la venta y composición de las tierras y valdíos pertenecientes al Rey en aquellos dominios, expidiéndoles el nombramiento, o título respectivo con copia auténtica de esta instrucción, con la precisa calidad de que los expresados Virreyes o Presidentes den puntual aviso al Secretario de estado y del Despacho Universal de Indias de los Ministros en quienes subdeleguen respectivamente en sus distritos y parages, que ha sido costumbre los haya, o pareciere preciso establecer de nuevo la aprobación, debiendo continuar los que al presente ejercen la citada comisión (...).*

*II*

*Los Jueces y Ministros en quienes se subdelegue la jurisdicción para la venta y composición de los realengos, procederán con suavidad, templanza y moderación, con procesos verbales y no judiciales en las que poseyeren los Indios, y en las demás que*

*hubiere menester, en particular para sus labores, labranza y crianza de ganados: pues por lo tocante a las de comunidad, y a las que les están concedidas a sus pueblos para pastos y exidos, no se ha de hacer novedad, manteniéndolos en la posesión de ellas, reintegrándoles en las que les hubieren usurpado, concediéndoles mayor extensión en ellas según la exigencia de la población; no usando tampoco de rigor con las que ya poseyeran los Españoles y gente de otras castas, teniendo presente para con unos y otros lo dispuesto por las leyes 14, 15, 17, 18 y 19 tít. 12, lib. IV de la Recopilación de Indias.*

III

*Recibida que sea por cada uno de los Subdelegados principales que ahora son, y en adelante se nombraren en cada Provincia, esta Instrucción, y el nombramiento que en la forma referida en el capítulo primero se les ha de expedir, libren por su parte ordenes generales a las Justicias de las cabeceras y lugares principales de sus respectivos distritos, mandando se publique en ellos (...), para que todas y cualesquiera personas que poseyeran realengos, estando o no poblados, cultivados o labrados desde el año de 1700 hasta el de la notoriedad y publicación de dicha orden, acudan a manifestar ante el mismo Subdelegado, por sí mismos, o por medio de sus correspondientes apoderados, los títulos y despachos en cuya virtud los poseen, señalando para esta exhibición el termino competente y proporcionado, según las distancias; con apercibimiento de que serán despojados y lanzados de las tales tierras, y se hará merced de ellas a otros si en el termino que se les asigne dexaren de acudir, sin justa y legítima causa, a la manifestación de sus títulos.*

IV

*Constando por los títulos o instrucciones que así se presentaren, o por otro cualquier medio legal, estar en posesión de los tales realengos, en virtud de venta o composición hecha por los Subdelegados que han sido en esta comisión antes del citado año de 1700, aunque no están confirmadas por la Real Persona, ni por los Virreyes y Presidentes, les dexten en la libre y quieta posesión de ellas, sin causarles la menor molestia; ni llevarles derechos algunos por estas diligencias en conformidad de la ya citada ley 15, tít. 12, lib. IV de la Recopilación de Indias, haciendo notar en los tales títulos que manifestaren haber cumplido con esta obligación para que en adelante no puedan ser turbados, emplazados, ni denunciados ellos ni sus sucesores en los tales realengos, y no teniendo títulos, les deberá bastar la justificación que hicieren de aquella antigua posesión como título de justa prescripción: en inteligencia de que si no tuvieren cultivados o labrados los tales realengos, se les deba señalar el termino de tres meses, que prescribe la ley II del citado título y libro, o el que parezca competente para que lo hagan, con apercibimiento que de lo contrario se hará merced de ellos a los que los denunciaren, con la misma obligación de cultivarlos.*

V

*Los poseedores de tierras vendidas o compuestas por los respectivos Subdelegados desde el citado año de 1700 hasta el presente, no puedan tampoco ser molestados, inquietados ni denunciados ahora ni en tiempo alguno, constando tenerlas confirmadas por mi Real Persona, o por los Virreyes y Presidentes de las Audiencias de los*

---

*respectivos distritos en el tiempo en que usaron esa facultad; pero los que las poseyeren sin esa precisa calidad, deberán acudir a impetrar la confirmación de ellas ante las Audiencias de su distrito y demás Ministros, a quienes se comete facultad por esta nueva Instrucción; los quales, en vista del proceso que se hubiere formado por los Subdelegados en orden a la medida y avalúo de las tales tierras, y del título que se les hubiere despachado, examinarán si la venta o composición está hecha sin fraude o colusión, y en precios proporcionales y equitativos, con vista y audiencia de los Fiscales, para que con atención a todo, y constando haber entrado en caxas Reales el precio de la venta o composición, y derecho de media annata respectivo, y haciendo de nuevo aquél servicio pecuniario que parezca correspondiente, les despachen en nombre del Rey la confirmación de sus títulos, con las quales quedará legitimado en la posesión y dominio de las tales tierras, aguas o valdíos, sin poder en tiempo alguno ser sobre ello inquietados los poseedores, ni sus sucesores universales ni particulares.*

## VI

*Si por los procesos, que se deben haber formado para las ventas y composiciones no confirmadas desde el año 1700, constare no haberse medido ni apreciado los tales realengos, como se tiene entendido ha sucedido en algunas Provincias, se suspenda el despachar su confirmación hasta tanto que esto se execute; y según el más valor que resultare por las medidas y avalúos, deberá regularse el servicio pecuniario, que ha de preceder a la confirmación.*

## VII

*Igualmente de ha de contener en las ordenes generales que, como va dicho, se has de librar por los Subdelegados a las justicias de cabeceras y Partidos de su distrito, la cláusula de que las personas que hubieren excedido los limites de lo comprado o compuesto, agregándose o introduciéndose, en más terreno de lo concedido, estén o no confirmadas las posesiones principales, acudan precisamente ante ellos a su composición, para que del exceso, precediendo medida y avalúo, se les despache título y confirmación, con apercibimiento de que se adjudicarán los terrenos así ocupados en una moderada cantidad a quienes los denunciaren, y que igualmente se adjudicarán al Real Patrimonio para venderlos a terceros, aunque estén labrados, plantados o con fábricas los realengos ocupados sin título, si pasado el término que se asignare no acudiesen a manifestarlos, y tratar de su composición y confirmación los intrusos poseedores: lo que se ha de cumplir y ejecutar sin excepción de personas ni comunidades, de cualquier estado y calidad que sean.*

## VIII

*A los que denunciaren tierras, suelos, sitios, aguas, valdíos y yermos, se les dará la recompensa correspondiente, y admitirá a moderada composición de aquellos que denunciaren ocupados sin justo título; y que esto se incluya también en el bando, que los Subdelegados que se nombraren, deben hacer publicar en sus respectivos distritos.*

## IX

*Por las Audiencias respectivas se despachen en las Provincias, y en nombre del Rey las confirmaciones con precedente vista Fiscal de ellas, como va expresado, sin más*

*gasto judicial de las partes que el de los derechos de tal provisión, según arancel; a cuyo fin recogerán los Subdelegados de su Distrito los autos que hubieren hecho sobre la venta o composición de la que se pidiere confirmación; con los quales, y según el valor en que se hubieren regulado los terrenos, y con atención al beneficio que ha tenido el Rey por bien dispensar a aquellos vasallos, relevándoles de los costos de acudir a la Real Persona por las confirmaciones, podrán arbitrar el servicio pecuniario, que deben hacer por esta nueva merced.*