

Sobre los estudios acerca de la propiedad en el Derecho Indiano

On studies about property in Indian Law

Antonio Dougnac Rodríguez
Academia Chilena de la Historia

Constituye para mí un agrado la oportunidad que se me da en la presente revista, de dirigirme a un público interesado en temas que guardan relación con la Historia del Derecho, disciplina que he cultivado por largo tiempo. Supongo que la mayor parte de los lectores de estas líneas han de ser personas jóvenes que, probablemente, no se encuentren familiarizadas con publicaciones del campo histórico-jurídico¹. Es posible que a veces, los que nos dedicamos a estas materias, tendamos a abordarlas utilizando un lenguaje técnico que pueda eventualmente dificultar su captación por quienes no estén iniciados en ello. Sin embargo, son escasos los escritos del todo difíciles de entender por el común de las personas, pues raras son las investigaciones estrictamente jurídicas. Lo normal es que, dado que el derecho se sustenta en la realidad social que intenta regular, ese *factum* ha de ser necesariamente tomado en consideración por el investigador. Así, entonces, los cultores de disciplinas afines estarán en perfectas condiciones de asimilar lo que ahí se les presente.

El tema de la propiedad ha sido abordado por los estudiosos desde los tiempos más remotos: la base de todo nuestro ordenamiento jurídico sigue siendo el Derecho Romano. De él se deriva prácticamente toda la regulación que al respecto se ha ido dando en el mundo occidental, de modo

que, parodiando lo que se dice de la música, nos encontramos en ese medio frente a variaciones sobre un mismo tema. Ello no deja de ser interesante pues nos otorga parámetros similares para situar las diversas normativas en forma tal que podamos captar sus parecidos y diferencias. En otras palabras, las sociedades tienden a reaccionar de manera análoga frente a problemas semejantes y ha sido la vivencia jurídica romana la que ha mostrado cauces adecuados para enfrentar estas situaciones: *Nihil novum sub sole*. El citado Derecho Romano tuvo dos momentos en que fue particularmente estudiado en Occidente: en la Baja Edad Media (principalmente, en los siglos XIII-XIV) y en el Renacimiento (en el siglo XVI y siguiente). Aquel originó el llamado *Derecho Común (Ius Commune)* y el segundo, el *Humanismo Jurídico*. Ambos influyeron en el mundo hispanoamericano. Su pervivencia la hallamos en el modo de tratar la propiedad del Código Civil de Bello, de 1855. El pensador venezolano concebía el Derecho como una creación cultural, que debía adecuarse a la realidad que regulaba. Viendo que ya existía una concepción imperante acerca de lo que era la propiedad, de lejanas raíces romanas, replanteada por diversos autores y acogida por la legislación castellana aplicada en Indias, se ciñó a ella al componer su Código. Ello explica que prácticamente el mismo texto se haya aplicado

casi sin variaciones en muchos países hispanoamericanos o que haya inspirado a la mayor parte de los códigos de estas naciones.

Esta visión holística es la que, en materia de Derecho Indiano (esto es, el sistema jurídico que rigió en las tierras colonizadas por los españoles mientras duró dicho vínculo) fue utilizada por dos importantes representantes de la Historia del Derecho americano del siglo XX: el chileno Alamiro de Ávila Martel (1918-1990) y el argentino José María Mariluz Urquijo (1921-2018), en el segundo Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, celebrado en Santiago de Chile en 1969 (Ávila Martel, 1970: 152-153; Mariluz Urquijo, 1970: 154-157). Plantearon ahí un *Plan de Investigación* de la propiedad dividido en cinco grandes acápite, de los que los tres primeros eran relativos, respectivamente, a los dominios territorial, minero y el que recaía sobre bienes muebles. En lo relacionado con el primer acápite, se parte de sus bases teóricas, que contemplaban el reconocimiento de la propiedad indígena en sus diversas manifestaciones, el de la corona, el de la municipal y el de la atribuida a los españoles mediante *mercedes*. Estas implicaban un sistema complejo de adquisición rodeado de limitaciones de diversa índole -legales, contractuales y otras de orden público-, que dejaba campo a la expropiación en algunas situaciones, así como, por contra, a la protección directa, a través de medios procesales, e indirecta, por otros de carácter penal. El capítulo dedicado a la propiedad minera se iniciaba con el reconocimiento del *regalismo*, esto es, el sistema según el cual la propiedad primordial, radical o eminente de las minas -así como la de pastos y aguas- correspondía a la corona, la que

asignaba el dominio útil a los particulares bajo determinadas condiciones, de las que las más relevantes eran el pago de los pertinentes derechos -fundamentalmente el *quinto real*- y la efectiva explotación de ellas con el número de trabajadores que las distintas ordenanzas fueron señalando. En un mismo espacio podían coincidir la propiedad superficial, que correspondiera a un dueño y la propiamente minera, que tuviese otro titular. Obviamente, ello solía originar problemas que la legislación intentaba solucionar. El plan dedicaba un apartado al intervencionismo estatal en la actividad minera. El último de estos tres acápite, como se ha adelantado, estaba dedicado a la propiedad de bienes muebles entre los que se contaban los esclavos, las naves, el ganado y los libros. Concluía el Plan con dos capítulos: uno llamado al estudio de las regulaciones indirectas, de orden administrativo, que implicasen limitaciones a la propiedad e injerencia estatal en la actividad económica. El último de los capítulos aludidos era dedicado a la Expropiación. No deja de ser llamativo el carácter totalmente pragmático de la investigación en proyecto, que distaba tanto de una idolatría de la propiedad individualista como de la comunitaria. Por cierto, que los autores de este proyecto eran en gran medida tributarios de los primeros incursores en los estudios de estas materias como Silvio Zavala, José María Ots Capdequí, Lewis Hanke, Ricardo Levene, Rafael Altamira, Aníbal Bacuñán y otros.

Uno de los campos en que mayor investigación ha existido ha sido el de la propiedad minera, tanto en su esencia ontológico-jurídica cuanto en su repercusión en los campos económico y laboral. Tempranamente, a través de memorias de prueba,

se había patronizado en la Universidad de Chile su cultivo, de que es un ejemplo augural el estudio de Gustavo Rochefort Ernst, *Esquema del derecho de minas en el Chile colonial*². Posteriormente en el mayor ámbito hispanoamericano, hemos dedicado trabajos a escrutar sus regulaciones el argentino Eduardo Martiré (1973, 1974)³, la mexicana María del Refugio González (1996) y yo mismo (Dougnac, 1970, 1973 y 1981).

Menos producción ha sido dedicada al derecho de propiedad de la tierra. Destacan al efecto para México los trabajos de Gisela von Wobeser (1989), en particular su *La formación de la hacienda en la época colonial. El uso de la tierra y el agua*, quien tiene, además monografías sobre ambos temas. En lo que toca a Chile, no pueden dejar de mencionarse por ser señeros: *Tierras y Pueblos de Indios en el Reino de Chile. Esquema histórico-jurídico* de Fernando Silva Vargas; “Origen de la propiedad rural en Colchagua” de Carlos Celis Atria, quien ha estudiado igual tema para el litoral central, y “La concesión de mercedes de tierra en la doctrina de Malloa (Colchagua, siglos XVI y XVII)” de Juan Guillermo Muñoz Correa, autor que también ha incursionado en áreas similares que incluyen la producción agraria y sus derivados. En cuanto al régimen legal de las aguas, he hecho algunas aportaciones que se unen a las de varios colegas (Dougnac, 1984, 1985, 1992; Piwonka, 1999; Floris, 1987, 1992). Una eficaz tarea para el conocimiento de la realidad jurídica rural hispanoamericana llevó adelante el español Francisco de Solano a través de una nutrida producción tronchada por su temprana desaparición (Solano, 1971, 1976, 1983 y 1984). Específicamente para Argentina, deben recordarse los numerosos y concienzudos

estudios emprendidos por Mario Carlos Storni, quien trabajó aspectos agrarios y ganaderos en armoniosa coordinación con el sabio José María Mariluz Urquijo⁴.

Estas líneas no tienen otro objetivo que no sea el de incentivar a quienes se interesen en este tipo de estudios a que perseveren en ellos, sugiriéndoles que antes del inicio de cualquier investigación realicen un exhaustivo balance de lo que ya se ha escrito (Dagrossa, 2011)⁵, sea para reafirmarlo, rebatirlo o para dar un paso adelante en pro del descubrimiento de nuevos contornos.

Referencias citadas

Ávila Martel, A. de. (1970): “Plan para una investigación sobre la propiedad en el derecho indiano”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 6, pp. 152-153.

Celis Atria, C. (1986): “Origen de la propiedad rural en Colchagua”, *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, 97.

Dagrossa, N. (2011): *Bibliografía de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, ed. virtual Fundación Larramendi.

De Solano, F. (1971): “Tierra, comercio y sociedad. Un análisis de la estructura social agraria centroamericana durante el siglo XVIII”, *Revista de Indias*, XXXI (125-126), pp. 311-365.

De Solano, F. (1976): “El régimen de tierras y la significación de la composición de 1591”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 101-102, pp. 649-670.

De Solano, F. (1983): “La tenencia de la tierra en His-

panoamérica: proceso de larga duración. El tiempo virreinal”, *Revista de Indias*, XLIII (171), pp. 9-26.

De Solano, F. (1984): *Cedulario de tierras: compilación de legislación agraria colonial (1497- 1820)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Dougnac, A. (1970): “Fuentes documentales chilenas para el estudio de la historia de la minería en el período indiano” en *La minería hispana e iberoamericana. Contribución a su investigación histórica* [VI Congreso Internacional de Minería, Madrid, 1970], León, España, Cátedra de San Isidoro.

Dougnac, A. (1973): “Mineros y asientos de minas en Chile (1787-1817)”, *Revista de Estudios Históricos*, 18, pp. 49-113.

Dougnac, A. (1981): “La Real Administración del Importante Cuerpo de Minería (1787-1802)”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 8, pp. 109-130.

Dougnac, A. (1984): “Régimen jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 10, pp. 51-78.

Dougnac, A. (1985): “El Cabildo y el derecho de aguas en Santiago de Chile en los siglos XVII y XVIII”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 11, pp. 277-313.

Dougnac, A. (1992): “El derecho de aguas indiano según Ambrosio Cerdán y Pontero”, *Revista de derecho de minas y aguas*, III, pp. 133-165.

Floris Margadant, G. (1987): “El agua a la luz del derecho novohispano. Triunfo de realismo y flexibilidad”,

Revista Chilena de Historia del Derecho, 13, pp. 227-252.

Floris Margadant, G. (1989): “El agua a la luz del derecho novohispano. Triunfo de realismo y flexibilidad”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, I, pp.113-146.

Floris Margadant, G. (1992): “Las aguas del subsuelo en el derecho indiano. Realidad histórica versus dogma abstracto en la estructura general del derecho indiano. El problema de la vigencia de normas surgidas de errores científicos”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, IV, pp. 239-258.

González, M del R. (ed.) (1996): *Ordenanzas de la minería de la Nueva España formadas y propuestas por su Real Tribunal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Mariluz Urquijo, J.M. (1970): “La propiedad en el derecho indiano”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 6, pp. 154-157.

Martiré, E. (1973): *El Código Carolino de Ordenanzas Reales de las Minas de Potosí y demás provincias del Río de la Plata (1794) de Pedro Vicente Cañete*. Dos tomos, Buenos Aires, 1973 y 1974, pp. 352 y 436.

Muñoz Correa, J.G. (2008): “La concesión de mercedes de tierra en la doctrina de Malloa (Colchagua, siglos XVI y XVII)”, *Espacio Regional*, I (5), pp. 69-95.

Piwonka, G. (1999): *Las aguas de Santiago de Chile, 1541-1741*, Santiago, Editorial Universitaria.

Silva Vargas, F. (1962): *Tierras y Pueblos de Indios en el Reino de Chile. Esquema histórico-jurídico*, Santiago, Universidad Católica de Chile.

Storni, M.C. (1997): *Historia sobre Historia del Derecho Rural Argentino: españoles, criollos, indios y gauderios en la llanura pampeana*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

Von Wobeser, G. (1989): *La formación de la hacienda en la época colonial. El uso de la tierra y el agua*, México.

Notas

¹ Hay en Chile dos publicaciones tradicionales dedicadas a estas materias: la Revista Chilena de Historia del Derecho, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, fundada en 1959, que lleva veintiséis números, y la Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, fundada en 1976, que lleva cuarentaitrés volúmenes.

² En Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Memorias de Licenciados. Historia del Derecho, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1950, pp. 315-360.

³ Destaca, entre otros trabajos suyos, El Código Carolino de Ordenanzas Reales de las Minas de Potosí y demás provincias del Río de la Plata (1794) de Pedro Vicente Cañete (1973 y 1974). Este cuerpo legal es interesante por muchas razones, entre las que puede mencionarse: el ser obra de unos juristas criollos, de modo que revela el amplio conocimiento que al respecto se había logrado en esta parte del mundo; su insuperable precisión técnica y la circunstancia de su amplia aplicación: habiendo sido formada para el virreinato mexicano, su virtud intrínseca llevó a extenderla a otros sitios de América como Perú, Chile y el Río de la Plata. Rigió entre nosotros hasta 1874.

⁴ Fueron recopiladas en su *Historia sobre Historia del Derecho Rural Argentino: españoles, criollos, indios y gauderios en la llanura pampeana* (1997).

⁵ Recomiendo vivamente acudir a Norberto Dagrossa.