

LA PROPIEDAD

EN EL DERECHO INDIANO

por

José María Mariluz Urquijo

En un reciente trabajo hemos intentado bosquejar un panorama del régimen de la tierra en el Derecho Indiano. No creemos oportuno volver sobre ello ni menos presentar una síntesis integral del tema de la propiedad, tarea que ha sido asumida con mayor autoridad por nuestro colega el doctor Alamiro de Avila Martel.

Desearíamos aquí sólo aludir muy brevemente a algunas facetas del estado de la cuestión y tal vez apuntar alguna de las direcciones hacia las que creemos que convendría enderezar futuros trabajos.

La propiedad es uno de esos temas en los que la peculiaridad indiana, la diversidad de tierras y naciones mencionada por la ley recopilada, obliga desde muy pronto a dictar una caudolosa legislación específicamente indiana. El problema de conciliar los intereses del indígena con los del español y los de la corona con los de sus vasallos, la necesidad de regular la propiedad de personas de disminuida capacidad y especialmente protegidas como eran los indios, la conveniencia de convertir a la tierra en un positivo elemento de arraigo en regiones en donde las condiciones sociales y económicas inducían al vagabundaje y la vida aventurera, la necesidad de solucionar los múltiples problemas emanados de una economía basada en la explotación minera, las características de la esclavitud en América, el régimen de los semovientes, van suscitando a lo largo de los tres siglos de dominio español una importante actividad legislativa de organismos tanto metropolitanos como indios.

El estudio de ese ingente material apenas ha desbrozado satisfactoriamente unas pocas cuestiones. Cabe, sí, reconocer que el desplazamiento registrado en los últimos años en la bibliografía general desde un enfoque exclusivamente político a lo socioeconómico ha contribuido a que pueda comprenderse mejor la regulación de la institución de la propiedad. Aunque esa bibliografía no suele penetrar en el meollo de lo que interesa a la historia jurídica roza a menudo aspectos que hacen a su contorno. Avanza una hipótesis psicológica para explicar por qué se prefirió repartir caballerías en vez de peonías, nos ayuda a comprender las motivaciones no siempre explícitas

del legislador, al estudiar las tensiones entre ganaderos y agricultores registra la prohibición de cercar o se detiene a describir algunas peculiaridades del sistema de mercedes, consigna las crecientes críticas de la Ilustración contra los mayorazgos que conducen a las medidas restrictivas de fines del siglo XVIII y principios del XIX.

De esa "explosión" de la temática social y económica experimentada recientemente, que quizá ha substraído lectores o cultores a la historia jurídica, puede beneficiarse el historiador del Derecho para tener una idea más nítida de la circunstancia histórica en la que se desenvuelve la propiedad en el Nuevo Mundo o para acceder a nuevas fuentes documentales. A condición de que el historiador del Derecho no pierda de vista el objeto de su indagación ni se deje tentar por seductoras voces de sirena que pretendan desviarlo hacia otros campos que no son el suyo, no podrá menos de beneficiarse por esta profusa bibliografía que viene publicándose en torno a estructuras económicas y sociales del pasado americano.

Dentro del más estrecho campo de la historiografía jurídica, en cambio, no han sido tan abundantes los aportes pero sí lo suficientes como para que ya puedan considerarse clarificadas un conjunto de cuestiones que alguna vez fueron confusas.

Parece que puede darse por definitivamente precisado el alcance de la encomienda y que nadie incurriría actualmente en la interesada confusión entre los servicios personales o pecuniarios del indio y la tierra del indio que a veces quisieron provocar los descendientes de algunos encomenderos para alegar derechos sobre las tierras que pertenecieron a los antiguos encomendados.

Creemos que también se ha avanzado lo bastante como para fijar una interpretación más acertada de la importante Ley 14, título XII, libro IV de la *Recopilación de Indias*, en la que se expresa que "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 en nuestro nombre...". Y que hoy ya no se sostendría que mediante dicha ley se nacionalizó todo el suelo americano ni que por ella todas las tierras de América pertenecieron al Estado como único propietario.

Hoy hay acuerdo general en que el Derecho distinguió perfectamente la propiedad del suelo de la del subsuelo.

Quedan, sin embargo, muchas incógnitas despejadas sólo a medias. Parece que todos compartimos la idea de que España respetó la pre-

existente propiedad indígena, pero ¿cuáles fueron los requisitos exigidos para que la Corona se decidiese a confirmar esa preexistente propiedad del indio? ¿bastó con que el cazador hubiera utilizado una región de límites más o menos indefinidos como lugar de caza para que ya se lo considerase propietario del suelo según pretende algún autor o era necesario que se hubiera asentado en la tierra utilizándola para sus sementeras y la cría de animales, o sea, para actividades semejantes a las que estaban habituados los españoles? ¿bastaba con que hubiese ocupado temporariamente el lugar en algún momento anterior a la conquista o se requería una prolongada estancia o, mejor aún, que lo hubiese recibido de sus antepasados? Sólo investigaciones más prolijas podrían dar respuestas seguras a estas interrogantes, respuestas cuya validez se extendiese a algo más que a un caso aislado.

Desde hace muchos años vienen interesando los repartos de solares, chacras o estancias efectuadas durante la colonización y, debido a que el tema se relaciona con el origen de los núcleos urbanos de América, lo que siempre ha suscitado la atención de los historiadores, se ha publicado una abundante documentación a este respecto. Falta, sin embargo, aprovecharla para ensayar un repertorio de las variantes regionales y cronológicas de las condiciones que se impusieron en cada área para que se perfeccionase la merced.

Sabemos que el ejido comunal era inalienable pero sólo imperfectamente conocemos cómo bajo la presión de las ideas individualistas y de la creciente necesidad de obtener nuevas fuentes de ingresos, los Cabildos dieciochescos procuran soslayar la inalienabilidad o dar un destino diferente a tierras que originariamente habían sido dedicadas al uso común.

Desde un ángulo diferente es muy poco lo que sabemos acerca del papel de la costumbre indiana como generadora de normas reguladoras de la propiedad. Algún cabo suelto, como por ejemplo la afirmación del fiscal del Consejo de Indias de 1696 referente al derecho a la corambre del ganado cimarrón de la Pampa que habían adquirido los accioneros de Buenos Aires "por costumbre y estilo anticuado", no obstante las Reales Cédulas dadas contra ellos, nos hacen suponer que podría ser fecunda una investigación dirigida a dilucidar ese aspecto.

La mayor parte de los estudios con los que contamos se han basado en la Recopilación de Indias o en otras disposiciones legales pertinentes. Generalmente no se han revisado expedientes judiciales ni protocolos notariales que podrían arrojar luz sobre la aplicación del Dere-

cho y sobre características de la costumbre. Como ejemplo de los resultados que podrían obtenerse de una investigación documental citaremos el caso de una somera exploración de papeles atinentes a la propiedad minera que no hace mucho tiempo deparó la sorpresa de que en el Río de la Plata de fines del siglo xviii y principios del xix se habían aplicado diferentes ordenanzas de las que siempre se habían dado por vigentes. No parece aventurado suponer que una investigación más a fondo revelaría nuevos detalles de interés.

Creemos ocioso repetir que no hemos pretendido ofrecer un exhaustivo recuento de lagunas sino apenas enunciar un elenco posible de cuestiones susceptibles de ser desarrolladas y que el cuadro resultante lejos de tener un marco fijo permanece abierto a las sugerencias de los investigadores que son los llamados a completarlo aportando sus propias experiencias.