

NOTAS SOBRE EL REGIMEN JURIDICO DE LAS AGUAS EN INDIAS

JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN

*Profesor de Historia del Derecho
Universidad Diego Portales*

1. EL SEÑORÍO REAL DE LAS AGUAS EN INDIAS

Las aguas de Indias se hallaban, por regla general, dentro de la categoría de cosas que pertenecían a la Real Corona, es decir, eran bienes de realengo, situación jurídica esta que derivaba de la incorporación jurídica del Nuevo Mundo a la Corona de Castilla en virtud de la donación pontificia y de otros justos títulos¹.

Esta consideración de las aguas americanas como cosas de realengo era unánimemente defendida por los juristas indianos, tales como Juan de Solórzano y Pereyra (1575-1655), y Gaspar de Escalona y Agüero (c.1590-1650).

Así, Juan de Solórzano y Pereyra escribía en su *Política Indiana* que: *Otro derecho... está reservado a los Reyes y Soberanos señores por ra-*

*zón de la Suprema potestad de sus Reynos y Señoríos... las tierras, montes, pastos y aguas públicas de todos ellos*², las que en todo caso se presumía que eran de realengo, a menos de probarse lo contrario³. De su lado, Gaspar de Escalona y Agüero señalaba en su *Gazophilacium* que *el dominio y la propiedad de los ríos, fuentes y pozos tocaba originariamente al príncipe, quien podía concederlas al: Común de alguna ciudad, villa o lugar, que en tal caso las dichas aguas dexan de ser Reales y se hacen públicas*⁴.

2. EL USO COMÚN DE LAS AGUAS EN INDIAS

Si bien las aguas en su origen eran un bien de realengo, en Indias la Corona declaró que su uso era común y tocaba a todos los vasallos.

En efecto, la Real Audiencia de México escribió a la Corona hacia 1531 que el marqués del Valle impedía que los vecinos extrajeran maderas de sus montes de Guamanga, por lo cual suplicaba el tribunal que se le enviare: *Mandar lo que en esto de los pastos, y aguas y cosas públicas deveys hazer, y le fue respondido por capítulo de carta fechada el 20 de marzo de*

¹ MARILUZ URQUIJO, José María, *El régimen de la tierra en el derecho indiano*, Buenos Aires, 1968, pp. 20-21; MARILUZ URQUIJO, José María, "La propiedad en el derecho indiano", en RCHHD. 6, Santiago, 1970, p. 155; MARILUZ URQUIJO, José María, "Régimen de la tierra y comunidad de montes y pastos en el derecho indiano", en *Historia del Derecho*, 2, Guayaquil, 1983, p. 17; DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio, "El Cabildo y el Derecho de Aguas en Santiago de Chile en los siglos XVII y XVIII", en RCHHD. 11, Santiago, 1985, pp. 278-279; MARGADANT, Guillermo Floris, "El agua a la luz del derecho novohispano. Triunfo de realismo y flexibilidad", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, I, México, 1989, pp. 114-115.

² SOLÓRZANO Y PEREYRA, Juan de, *Política Indiana*, Madrid, 1776, VI.12, Nº 1.

³ *Ibidem*.

⁴ ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar de, *Gazophilacium Regium Perubicum*, Madrid, 1675, II.II.21, Nº 1.

1532 que: *Pues vosotros teneyd allá la cosa presente, vedlo, y lo que fuere de buena gobernación, proveereys en ello lo que vieredes que conviene a la población y perpetuidad de essa tierra, y embiarme heys la relación de lo que en ello acordaredes, executando entretanto que veys nuestra respuesta lo que en ello proveyeredes*⁵.

Habiéndose visto en el Consejo de Indias el informe enviado por la Real Audiencia de México, por capítulo de carta real fechada el 20 de abril de 1533 se declaró lo siguiente: *Vimos lo que nos escrivistes cerca del vedar el Marqués los montes y pastos de los lugares y montes contenidos en su merced, os ha parecido que los dichos montes y pastos y aguas deven ser comunes para los Españoles, y nos ha parecido bien, y así os mandamos proveays como se guarde y cumpla, y haga guardar y cumplir*⁶.

Esta disposición real, de carácter particular, que declaraba que los montes, pastos y aguas del marquesado del Valle en la Nueva España debían ser comunes, fue posteriormente ampliada y extendida al virreinato del Perú en virtud de una Real Provisión fechada en la villa de Fuenzalida el 28 de octubre de 1541, en la que se decía que: *Queremos, y mandamos que todos los pastos, montes y términos y aguas de la dicha provincia del Perú agora y de aquí adelante sean comunes, para que todos los vezinos della, así los que agora ay, como los que de aquí adelante oviere, puedan gozar dellos libremente*⁷.

Finalmente las citadas disposiciones de 1533 dirigida a la Nueva España y la de 1541 dirigida al Perú, fueron refundidas en una de las leyes de la *Recopilación de Indias* de 1680, con lo cual se consagraba su carácter general⁸.

La calidad de comunes de las aguas de Indias aparecía claramente comprobada en la praxis judicial del reino de Chile, pues en diversos expedientes se las calificaba como tales, por ejemplo cuando en 1788 el fiscal de la Real Audiencia de Santiago don Joaquín Pérez de

Uriondo y Martierena, al dictaminar sobre el reparto de las aguas del río Copiapó escribía: *Siendo por Derecho todos los ríos comunes, es fuera de cuestión que todos los vecinos y moradores de la villa de San Francisco de la Selva tienen derecho a la agua del río que nace de la cordillera inmediata...y mucho más cuando en nuestras Leyes Municipales tenemos decisiones muy terminantes: la ley 7, tit. 17, lib. 4, manda que el uso de todos los pastos, montes y aguas de las Provincias de las Indias son comunes a todos los vecinos de ellas para que las puedan usar libremente*⁹.

Dentro de la categoría de bienes comunes se hallaba la nieve, en cuanto agua congelada, tal como en 1791 lo señalaba ante la audiencia de Santiago el procurador de la villa de Rancagua: *Que siendo declarado que las aguas son comunes en su uso, por consiguiente parece que la nieve como agua congelada debe ser comprendida*¹⁰.

3. LAS MERCEDES DE AGUAS EN INDIAS

La calidad de bienes de realengo en la que se hallaban las aguas de Indias, y la declaración real de su uso común a todos los vecinos de las provincias del Nuevo Mundo se compatibilizaba mediante las mercedes de aguas, es decir, la Corona otorgaba a los vecinos el uso de las aguas mediante gracias que constituían los títulos que les habilitaban para aprovecharse de las aguas.

Por esto, la Corona podía conceder aguas tanto a vecinos particulares como a villas, ayuntamientos, concejos, municipios, cabildos y lugares. En el caso de los cabildos, las aguas eran consideradas propiedad pública, y aquellas otorgadas a particulares constituían las mercedes propiamente tales, y ellas podían ser de diversas clases de aguas de uso: a) urbano; b) de riego; c) de jagüeyes o manantiales; y d) de heridos para molinos e ingenios¹¹.

⁵ ENCINAS, Diego de, *Libro Primero de Provisiones, Cédulas, Capítulos de ordenanças, instrucciones, y cartas libradas...*, Madrid, 1596, Capítulo de Carta a la Real Audiencia de México, 20-III-1532, fol. 62.

⁶ Idem, Capítulo de Carta a la Real Audiencia de México, 20-IV-1533, fol. 63.

⁷ Idem, Real Provisión, Villa de Fuenzalida, 28-X-1541, fol. 62.

⁸ *Recopilación de Indias*, 4.17.7.

⁹ Archivo Nacional Archivo Real Audiencia (En adelante ANRACH.), 183, *Autos sobre la distribución y reparto de las aguas del río de San Francisco de la Selva*, 1788, fs. 248.

¹⁰ Archivo Nacional Capitanía General (En adelante ANCG.), 31, *Sobre permiso para extraer nieve en los faldeos de la cordillera de Rancagua*, 1791, fs. 2 vta.

¹¹ DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio y BARRIENTOS GRANDON, Javier, "El derecho de aguas a través de la jurisprudencia chilena de los siglos XVII y XVIII", en REHJ. XIV, Valparaíso, 1991, p. 104.

La merced de aguas constituía, de este modo, un derecho real, transferible entre vivos y transmisibles por causa de muerte, de carácter generalmente perpetuo, otorgado por la autoridad tanto sobre aguas corrientes, como detenidas o vertientes, y sobre fuentes superficiales o subterráneas y que permite su uso en una forma prevista jurídicamente¹².

Contando con la autorización de los Reyes Católicos, el primero que concedió aguas en América fue Cristóbal Colón, a fin de que los habitantes pudieran "hazer sementeras y criar ganado pareciendo este medio eficaz para conservarlos"¹³. Mediante las capitulaciones con los descubridores, estos pudieron repartir solares, tierras y aguas, debiendo tratar que a todos correspondiera "parte de lo bueno e de lo mediano e de lo menos bueno".

Por Real Cédula de 20 de mayo de 1534, se otorgó autorización a virreyes y gobernadores para repartir tierras y aguas, procedimiento que se mantuvo por lo menos en su esencia en las *Ordenanzas de nuevos descubrimientos, poblaciones y pacificaciones* del año 1573¹⁴. Así en el capítulo 71 se podía leer que los adelantados estaban facultados para "dar ejidos, abrevaderos, caminos y sendas a los pueblos que nuevamente se poblaren"¹⁵.

Este sistema sufrió una alteración cuando durante el siglo XVI los cabildos americanos "a título de bien popular y de utilidad pública", comenzaron también a repartir tierras y aguas "para aumento de la población"¹⁶.

La intervención de los virreyes o gobernadores, en su caso, y de los respectivos cabildos en la concesión de mercedes de aguas fue ratificada en las *Ordenanzas de Audiencias* de 1563, las que también se dieron para la Real Audiencia de Santiago de Chile en 1609, pues en su capítulo 52 se prescribía que: *Las peticiones para repartir las aguas y las tierras para ingenios se presenten ante el presidente y él las remita al dicho*

*cabildo, para que platiquen sobre ello, con un regidor le envíen a decir lo que les pareciere, para que, por él visto, provea lo que convenga*¹⁷, y en su capítulo 57 se mandaba que: *Cuando el presidente y oidores hubieren de repartir las tierras, aguas, o abrevaderos, o pastos de alguna ciudad, villa o lugar entre las personas que las fueren a poblar, lo hagan con parecer de los cabildos de ellas, teniendo respecto que en los cuales repartimientos sean preferidos los regidores de ella, no teniendo otros repartimientos de tierras y solares*¹⁸.

La práctica seguida en el reino de Chile demuestra que las mercedes de aguas eran concedidas por el gobernador o el cabildo, aunque desde el establecimiento de la Real Audiencia en Santiago, durante la primera década del siglo XVII, se generalizó la praxis de ser otorgadas por el superior gobierno, previo parecer del cabildo, con satisfacción del pago de la media anata, y posterior registro de la merced en los libros del cabildo de la ciudad¹⁹.

Así el 21 de junio de 1761 don José Hurtado, vecino de la villa de San José de Logroño, compareció ante el gobernador y solicitó licencia para construir un molino de pan con la consiguiente merced de aguas: *Permitiéndome valermé de la bocATOMA y cauce de la acequia principal de esta villa, a la que daré el necesario ensanche, para no perjudicar al vecindario*²⁰, proveyéndose de inmediato que informara el señor Procurador de la villa, y una vez evacuado se dio vista al fiscal de la Real Audiencia, y recibido su dictamen, el gobernador nombró como asesor letrado al abogado don Alonso de Guzmán, quien fue de parecer que: *Para proveer en esta causa se haga cabildo abierto del estado eclesiástico y secular de la villa de San José de Logroño, y con la asistencia del corregidor de ella, de su procurador general y del escribano expresarán los vecinos su dictamen favor o en contra de la pretensión de don José Hurtado...y concluida la diligencia la remitirá el dicho corregidor a este Superior Gobierno, para en su vista dar la última resolución a este negocio*²¹.

¹² DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio, (n. 1), p. 279.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Idem*, p. 280.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio y BARRIENTOS GRANDON, Javier, (n. 11), p. 105.

¹⁷ ANRACH. 3.137, *Ordenanzas de la Real Audiencia de Santiago*, cap. 52.

¹⁸ *Idem*, cap. 57.

¹⁹ DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio y BARRIENTOS GRANDON, Javier, (n. 11), p. 105.

²⁰ ANCG. 104, pza. 12, *Sobre licencia para construir un molino en la villa de San José de Logroño*, fs. 122 vta.

²¹ *Idem*, fs. 129.