

## CONTRIBUCION A LA HISTORIA DEL DERECHO DE AGUAS, III: FUENTES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO DE AGUAS INDIANO<sup>(\*)</sup>

*Alejandro Vergara Blanco*

Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile  
y de la Universidad de Atacama

*Al Profesor Ismael Sánchez Bella*

SUMARIO. I. INTRODUCCION. II. EL ESTADO DE LA CUESTION. III. LA EXISTENCIA DE UNOS "PRINCIPIOS GENERALES". IV. EL DOMINIO DE LAS AGUAS. 1. *Las capitulaciones del siglo XVI*. 2. *El derecho supletorio*. 3. *Los textos indianos*. 4. *La doctrina*. V. LAS MERCEDES DE AGUAS. 1. *Los textos indianos*. 2. *Procedimientos administrativos*. 3. *Concepto de "merced"*. VI. LOS DERECHOS DE USO Y APROVECHAMIENTO. 1. *Los textos indianos*. 2. *Los nuevos repartimientos. Naturaleza jurídica*. VII. LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA. VIII. CONCLUSIONES. IX. ANEXO: *Textos de la Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias referidos a las aguas y a su aprovechamiento*.

### I. INTRODUCCION

Antes de exponer los textos indianos sobre el derecho de aguas, me parece adecuado apuntar una breve precisión sobre las fuentes y la metodología y, luego, mostrar el *status quaestionis* del tema en la historiografía jurídica indiana.

Esta indagación se basa exclusivamente en textos,<sup>1</sup> por lo que para la exposición del Derecho indiano me valdré de las recopilaciones legislativas de cada época, en un comienzo las castellanas, como la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla (NRec.), y la Novísima Recopilación de Leyes de España (NsRec.), y, a

(\*) El contenido de este trabajo constituye parte de un estudio más amplio sobre el derecho de aguas, financiado con aportes del Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología (FONDECYT). Constituye, además, un tributo al Maestro Ismael Sánchez Bella, de la Universidad de Navarra, pues no puedo dejar de agradecerle todo lo que me enseñó.

Véase, además, sobre otros períodos históricos del derecho de aguas, de esta misma serie: Vergara, *Hipótesis para una reconstrucción histórica y dogmática del Derecho de Aguas*, en prensa en *Revista de Derecho Público* (Santiago, 1990); *Contribución a la historia del Derecho de Aguas, I: Fuentes y principios del derecho de Aguas chileno contemporáneo (1818-1981)*, en: *Revista de Derecho de Minas y Aguas* I (1990), pp. 111-145; *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*, II (1991), en prensa; y *La codificación del Derecho de Aguas en Chile (1875-1951)*, en: *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, XIV (Valparaíso, 1991), pp. 159-213.

<sup>1</sup> Cfr. D'Ors, Alvaro, *Notas para la historia del acueducto forzoso, en homenaje al profesor Alonso Otero* (Santiago de Compostela, 1981), p. 219. Véase ahora este trabajo reeditado en: *"Revista de Derecho de Minas y Aguas" II* (Copiapó, 1991), en prensa.

través de ellas, es posible llegar —como se verá— a Las Siete Partidas (P.), e incluso, al *Ius Commune*. La fuente más importante de textos jurídicos básicos para este período se encuentra, por cierto, en la Recopilación de Leyes de las Indias (Rec. Ind.),<sup>2</sup> en algunos ordenamientos locales,<sup>3</sup> u otros textos que citaré.

En las Indias existió un riquísimo derecho consuetudinario de aguas. La costumbre en América Indiana fue importante,<sup>4</sup> y debe ser profundizado su estudio. En el planteamiento conceptual se encuentra, realmente, la mayor dificultad que presenta la búsqueda de la costumbre: es la pluralidad de fuentes históricas en donde puede aparecer registrado, con frecuencia de modo poco ostensible, el fenómeno consuetudinario.<sup>5</sup>

Por tanto, al abordar el derecho de aguas en el período indiano, en la exposición de textos jurídicos, debe seguirse el siguiente orden:

- a) La legislación general de España, ya sea la que consta en Rec. Ind., como la que, por remisión, consta en NRec. y en NsRec.
- b) La legislación de América, esto es, el derecho indiano criollo, como textos de Virreyes, Audiencias y Cabildos, etc., y
- c) El derecho consuetudinario, aspecto para el cual vale la prevención hecha previamente.

## II. EL ESTADO DE LA CUESTION

El tema de las aguas en el derecho indiano ha sido abordado, con diversa intensidad, persistencia y metodología por varios autores, según expondré más

<sup>2</sup> Los textos recopilados no están siempre íntegros, o están interpolados, como ha puesto de manifiesto recientemente Jorge Adame Goddard, *Conveniencia de una lectura crítica de la Recopilación de Leyes de Indias*, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 52 (1985), pp. 15-30, cuyo trabajo es breve y ejemplar. Por lo tanto, una revisión más detallada de este período debe consultar otras fuentes, en donde consten los textos originales de las disposiciones recopiladas, especialmente el *Cedulario* de Encinas. Esta tarea no la realizo en este trabajo, pero debe hacerse, y verificar y razonar las posibles variantes introducidas por Antonio León Pinelo. Véase, al respecto a: Beatriz Bernal, *El Derecho romano en el discurso de Antonio León Pinelo, sobre la importancia, forma y disposición de la recopilación de las Leyes de Indias Occidentales*, en: *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano*, VI (Quito, 1980), pp. 147-183. Otros antecedentes sobre la Recopilación, véase: Ismael Sánchez Bella, *Hallazgo de la Recopilación de las Indias de León Pinelo*, en: *Jahrbuch für geschichte von Staat Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas*, 24 (1987), pp. 135-177, y ahora, en su *Derecho Indiano. Estudios* (Pamplona, Eumsa, 1991) II, pp. 1-62.

<sup>3</sup> Como por ejemplo, las Ordenanzas de Don Francisco de Toledo acerca de la distribución y conservación de las aguas, que citaré *infra*.

<sup>4</sup> Véase: Tau Anzoategui, Víctor, *La costumbre jurídica en la América Española (siglos XVI-XVII)*, en: *Revista de Historia del Derecho*, 14 (1986), pp. 355-425.

<sup>5</sup> Cfr. Tau Anzoategui, (n. 231), p. 358. Por tanto, en una tal búsqueda consuetudinaria, debe examinarse, además de la legislación general expedida por el Consejo de Indias, la emanada de los Virreyes y otros funcionarios en América, la actividad de las audiencias y cabildos, los instrumentos notariales, los contratos privados, los pleitos civiles y criminales, las memorias virreinales y de otros funcionarios, los informes y cartas enviados al Consejo de Indias, los relatos de viajes, las crónicas oficiales, la literatura jurídica, etc. Una labor en semejante sentido ha emprendido en Chile, desde hace algunos años, Antonio Dougnac Rodríguez, cuyos trabajos cito *infra*.

adelante. Debo advertir, no obstante, que a pesar de ello, como lo ha puesto de manifiesto Sánchez Bella, luego de aportar un completísimo —y admirable— cuadro bibliográfico de la historiografía de las instituciones jurídicas indianas,<sup>6</sup> se está muy lejos aún de llegar a una síntesis de la historia sobre estos temas.<sup>7</sup> En todo caso, en los últimos años ha habido cierta preocupación sobre la materia, lo que se traduce en los trabajos de algunos autores, que por ahora sólo mencionaré, y que luego iré exponiendo al analizar los temas que aquí interesa.

a) A partir de la década del 60, Pedro Santos Martínez, desde Argentina, ha realizado algunos estudios en relación a dos provincias cuyanas: Mendoza y San Juan. Si bien sus trabajos usualmente se refieren a un lugar específico, y al siglo XVIII, esto es, más allá del derecho propiamente indiano, son útiles por los antecedentes generales que aporta sobre el derecho indiano.<sup>8</sup>

b) También en Argentina, y respecto de la provincia de la Rioja, Gastón Gabriel Doucet ha producido dos trabajos de interés para el estudio de las aguas en el período indiano, para el que vale la observación anterior, pues a pesar de tratar aspectos locales, o más precisamente, sobre fuentes o textos locales, aporta datos de utilidad general.<sup>9</sup>

c) Del mismo modo, recientemente, Mario Carlos Vives ha realizado aportes relativos al régimen jurídico de las aguas en Córdoba, durante el período indiano, el cual también inserta algunos aspectos generales.<sup>10</sup>

d) En Chile, Antonio Dougnac Rodríguez ha producido importantes trabajos referidos a las aguas en Chile durante los siglos XVI, XVII y XVIII, en los cuales existe una acabada búsqueda de las fuentes locales del derecho de aguas indiano, contribuyendo a un mayor conocimiento de los textos consue-

<sup>6</sup> Ismael Sánchez Bella, *Historiografía de las instituciones jurídicas indianas* (1945-1987), en: *Balance de la historiografía sobre iberoamérica* (1945-1988). *Actas de las IV Conversaciones Internacionales de Historia* (Pamplona 1989, Ediciones Universidad de Navarra), pp. 291-345.

<sup>7</sup> Esto es así, en general, en cuanto a la propiedad territorial, a este tema de las aguas, y, además, por ejemplo, al de las minas. Cfr. Vergara Blanco, Alejandro, *Contribución a la historia del derecho minero, III: Fuentes y principios del derecho minero indiano*, en: *Anales de la Universidad de Chile. Estudios en Honor de Alamiro de Avila Martel*, V serie, N° 20 (1989) pp. 621-656; y el mismo, *Principios y Sistema del Derecho Minero. Estudio Histórico Dogmático* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992), pp. 53-89.

<sup>8</sup> Sus trabajos son los siguientes: Pedro Santos Martínez, *Régimen Jurídico y económico de las aguas en Mendoza durante el virreinato (1776-1810)*, en: *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 12 (1961), pp. 13-26; el mismo, *Reglamentos Sanjuaninos de Irrigación en el siglo XIX (Constitución para su estudio)*, en: *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 20 (1969), pp. 66-87; el mismo, *Regulación Jurídica de la Irrigación en Mendoza en el siglo XVIII (Contribución a la historia del derecho de aguas en Argentina)*, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 6 (1970), pp. 170-184; y el mismo, *Consideraciones histórico-jurídicas sobre el reglamento mendocino de aguas de 1844*, en: *Revista de Historia del Derecho*, 14 (1986), pp. 327-354.

<sup>9</sup> Gastón Gabriel Doucet, *Las ordenanzas de aguas para La Rioja del visitador don Francisco de Alfaro (1611)*, en: *Revista de Historia del Derecho*, 4 (1976), pp. 397-425; e *idem*, *La administración de aguas en La Rioja bajo el régimen español: aportes para su estudio*, en: *Revista de Historia del Derecho*, 11 (1983), pp. 491-506.

<sup>10</sup> Mario Carlos Vives, *El régimen jurídico de las aguas en Córdoba (1573-1508)*, en: *Revista de Historia del Derecho*, 18 (1990), pp. 465-483.

tudinarios.<sup>11</sup> Este mismo autor, ahora en colaboración con Javier Barrientos Gandón, últimamente ha hecho aportes relativos a la jurisprudencia indiana en materia de aguas.<sup>12</sup>

Deben destacarse, también en Chile, algunas tesis de licenciatura que rescatan fuentes inéditas sobre jurisprudencia indiana de aguas, como los trabajos de Erices y Pokrzywa,<sup>13</sup> por una parte, y de Pinochet,<sup>14</sup> por otra.

e) En México, últimamente, Guillermo F. Margadant S. ha producido varios trabajos sobre el tema de las aguas en el derecho novohispano, con una preocupación historiográfica más amplia, más allá del derecho indiano,<sup>15</sup> cubriendo aspectos locales y generales.<sup>16</sup>

f) Deben mencionarse también, a pesar de su carácter y metodología diversas, trabajos de otros autores, siempre de utilidad. Por de pronto, lo escrito por Alberto Spota, en su monumental obra sobre el derecho de aguas.<sup>17</sup> Del mismo modo, también aporta antecedentes del derecho indiano, en un trabajo referido a un período posterior, Guillermo Cano.<sup>18</sup> El argentino Carlos Páez de la Torre se refiere a un período posterior.<sup>19</sup> En fin, en Chile, el trabajo de Stewart<sup>20</sup> resulta interesante y resume sucintamente lo esencial, y trata con detención los con-

<sup>11</sup> Antonio Dougnac Rodríguez, *Régimen jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI*, en: *Revista Chilena de Derecho*, 10 (1984), pp. 51-78; e *idem*, *El Cabildo y el derecho de aguas en Santiago de Chile en los siglos XVII y XVIII*, en: *Revista Chilena de Derecho*, 11 (1985), pp. 277-313.

<sup>12</sup> Antonio Dougnac Rodríguez y Javier Barrientos Grandón, *El Derecho de aguas a través de la jurisprudencia chilena de los siglos XVII y XVIII*, en: *Revista de Estudios Histórico Jurídicos XIV* (1991), pp. 101-136

<sup>13</sup> Hugueth Erices D. y Eleonor Pokrzywa G., *Algunas consideraciones sobre la función social de la propiedad en América Colonial. Litigios de aguas (en Chile)*, (Santiago, Tesis de Historia, 1987), 130 pp.

<sup>14</sup> César Mauricio Pinochet Méndez, *Jurisprudencia agraria indiana. Turnos de aguas* (Santiago, Memoria Universidad de Chile, 1986), 122 pp.

<sup>15</sup> Vid. Guillermo F. Margadant S., *El régimen jurídico de aguas no marítimas, en la literatura iusromanista desde los posglosadores hasta mediados del siglo XVIII*, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XIX, 57 (1986), pp. 945-963.

<sup>16</sup> Guillermo F. Margadant S., *El agua a la luz del derecho novohispano. Triunfo de realismo y flexibilidad*, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 13 (1987), pp. 227-252; [trabajo republicado en: *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, I (México, UNAM, 1989), pp. 113-146]; y el mismo, *El régimen de aguas en el derecho indiano*, en: *Recopilación de Leyes de los reynos de las Indias. Estudios histórico-jurídicos*. (Coord. Francisco de Icaza Dufour, México, Miguel Angel Porrúa, 1987), pp. 499-513. De gran interés para el tema es la siguiente indagación local del mismo autor: *El Plan de Pitic*, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 62 (1988), pp. 699-715.

<sup>17</sup> Alberto G. Spota, *Traado de Derecho de Aguas* (Buenos Aires 1941, Jesús Menéndez), Tomo I, pp. 267-285, quien, con un buen manejo de fuentes y autores, aporta conclusiones importantes, que citaré *infra*, en su lugar.

<sup>18</sup> Guillermo Cano, *Régimen jurídico económico de las aguas en Mendoza durante el período intermedio (1810-1884)*, (Mendoza 1941, Librería de la Universidad), 319 pp.

<sup>19</sup> Carlos Páez de la Torre, *La legislación de aguas en la provincia de Tucumán (1810-1897). Aportes para su estudio*, en: *Revista de Historia del Derecho*, 5 (1977), pp. 149-177.

<sup>20</sup> Stewart, Daniel L., *El Derecho de Aguas en Chile* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970) 330 pp.

flictos de aguas en el río Illapel. Del mismo modo, el trabajo de Bruzzone,<sup>21</sup> referido al río Huasco. Y los recientes trabajos, aunque dirigidos a otros ámbitos, de Ludwik A. Teclaff.<sup>22</sup>

g) Hay algunos trabajos sobre temas más amplios, que tocan específicamente algo importante para esta indagación, los que se irán mencionando en su lugar, como por ejemplo, la conocida *Historia de la Ingeniería en Chile*, de Greve,<sup>23</sup> o, en fin, lo referido a los alcaldes de aguas, en un trabajo de Zorraquin Becú,<sup>24</sup> o aspectos históricos de la conflictividad de aguas, como los trabajos de Sayago,<sup>25</sup> y Broll,<sup>26</sup> entre otros.

h) Por último, hay que citar necesariamente dos textos antiguos, ineludibles en esta materia, como se verá: *Política Indiana* de Juan de Solórzano y Pereira,<sup>27</sup> que, en su capítulo XII, dedicado al tema, confirma muchos datos que entregan los textos vigentes a la época. Asimismo, deben tenerse presente otros autores, como Gaspar de Escalona y Agüero, por su *Gazophilacium*,<sup>28</sup> o Antonio de León Pinelo, los cuales son tributarios, en las indudables conexiones del derecho indiano, del derecho castellano medieval y moderno, y, aún, del *Ius Commune*, y de la doctrina de los autores respectivos. Pero como es evidente que la exposición que sigue está dedicada a las “fuentes” del derecho de aguas, sus doctrinas y pareceres serán utilizadas en la medida que aporten fuentes, o que refuercen su contenido.

Este es, en general, el panorama bibliográfico sobre el derecho de aguas en el período indiano, sin considerar los libros de texto, manuales, y obras generales, cuya consulta es siempre obligada.

### III. LA EXISTENCIA DE UNOS “PRINCIPIOS GENERALES”

Si bien, como ha dicho Margadant, el derecho de aguas indiano es un “triumfo de realismo y flexibilidad”, o “un conjunto flexible, realista y polifacético de normas y costumbres, además de principios dogmáticos y usos adminis-

<sup>21</sup> Enrique Bruzzone Rocco, *La propiedad agrícola en el río Huasco y sus derechos de aguas* (Santiago, Memoria de prueba, Universidad de Chile, 1949) 58 pp.

<sup>22</sup> Ludwik A. Teclaff, *Water law in historical perspective* (Buffalo, New York 1985, William S. Hein Company) 592 pp.

<sup>23</sup> Cfr. Ernesto Greve, *Historia de la Ingeniería en Chile* (Santiago 1938, Imprenta Universitaria), 2 vols.

<sup>24</sup> Ricardo Zorraquin Becú, *La organización judicial argentina en el período hispánico* (Buenos Aires 1952, Biblioteca de la Sociedad de Historia Argentina), pp. 74-75.

<sup>25</sup> Carlos María Sayago, *Historia de Copiapó* (Buenos Aires, Santiago, Editorial Francisco de Aguirre, 1973) en: “La cuestión de aguas tumales de regadío”, pp. 328-346.

<sup>26</sup> Julio Broll Carlán, *La lucha por el agua en el valle de Copiapó (1744-1810)*, en: el mismo, y Jorge Pinto R., *Copiapó en el siglo XVIII*. (Valparaíso, Instituto de Estudios Humanísticos, 1988), pp. 127-146.

<sup>27</sup> Juan de Solórzano y Pereira, *Política Indiana* (corregido y aumentado por Francisco Ramiro de Valenzuela, Madrid 1972, Compañía Iberoamericana de Publicaciones, Biblioteca de Autores Españoles, N° 256), Tomo V, pp. 37-41.

<sup>28</sup> Gaspar de Escalona y Agüero, *Arcae Limensis. Gazophilacium regium Perubicum* (Madrid, 1775).

trativos”,<sup>29</sup> es posible, a pesar de tal flexibilidad, extraer ciertos principios básicos, los que conforman un cierto núcleo dogmático. Es a partir de tal núcleo, de tal sistema, de donde puede originarse alguna flexibilidad, pero que nunca perdería su fisonomía propia, porque, como en otras materias,<sup>30</sup> en esta de las aguas, el derecho indiano fue peculiar. Esta sería la primera dificultad para rastrear en las fuentes ciertos principios generales. Otra dificultad dice relación con las fuentes, y la forma especial en que están redactadas. En efecto, a veces las leyes se referían a “tierras”, sin mencionar expresamente a las aguas, pero debemos entender que también afectan, implícita pero claramente, a las aguas.<sup>31</sup> En último término, también dificulta la obtención de conclusiones generales el hecho apuntado en la Introducción, de existir un riquísimo derecho local, regional, cuya fuente está, obviamente, en un derecho consuetudinario. Esto impide ofrecer con certeza principios generales para todo el derecho indiano, y para todas las antiguas localidades de América hispana.

A pesar de lo anterior, es posible pensar en la existencia de ciertos principios generales del derecho indiano de aguas, como lo han expuesto en México Margadant<sup>32</sup>, y en Chile, Dougnac;<sup>33</sup> incluso, es posible señalar *a priori* que los cuatro principios que están detrás de la reconstrucción del Derecho de Aguas que he expuesto en otros trabajos y en éste,<sup>34</sup> esto es, un dominio público de las aguas; un procedimiento concesional para acceder a su uso; la creación de derechos de aguas, para uso o aprovechamiento por los particulares, y, en fin, una intensa intervención de la Administración en dicho rubro, están presentes en toda la legislación indiana. A demostrarlo están dedicadas las páginas que siguen.

<sup>29</sup> Margadant, *El agua a la luz del derecho novohispano* (n. 16), pp. 227 y 251.

<sup>30</sup> Cfr. GARCIA GALLO, Alfonso, *Metodología de la historia del derecho indiano* (Santiago 1971, Editorial Jurídica de Chile), p. 19, n. 10, quien se refiere a un “sistema único” respecto de las instituciones indianas que regularon las minas. Lo mismo se puede decir, como veremos, de las aguas.

<sup>31</sup> Cfr. Margadant, *El régimen de aguas* (n. 16), p. 506.

<sup>32</sup> Margadant, *El régimen de aguas* (n. 16), pp. 501-505, quien señala los siguientes: (a) la Corona es titular de un derecho básico sobre tierras y aguas en las Indias; (b) la Corona puede otorgar una propiedad *sui generis* sobre tierras y aguas, a individuos y diversas agrupaciones; (c) mediante “composiciones” es posible acercar situaciones *de iure* a situaciones *de facto*; (d) la distribución de aguas siempre debe poder adaptarse a nuevas circunstancias; (e) tierras y aguas habitualmente fueron mercedadas separadamente; (f) mediante el uso de cierta terminología en cuanto a la calidad de la tierra mercedada la Corona podía implicar el derecho de irrigación; (g) no existió una automática adaptación de la cantidad de agua mercedada a nuevas necesidades; (h) el monopolio de aguas no gozaba del favor de los administradores de las Indias; (i) Aguas no mercedadas quedaban a la común disposición de todos los habitantes de las Indias; y (j) en cuestiones de tierras y aguas, los indios tenían derecho a un tratamiento preferencial. Nótese, por lo que diré más adelante, cómo Margadant se refiere en (a) a “derecho básico” y en (b) a “propiedad *sui generis*”, para referirse, respectivamente, al vínculo de la Corona y los particulares sobre las aguas, sin efectuar precisión alguna sobre la naturaleza jurídica de estos vínculos.

<sup>33</sup> Cfr. Dougnac, Antonio, *Régimen jurídico de las aguas* (n. 11), pp. 77-78, quien los presenta en forma de “conclusiones”.

<sup>34</sup> *Vid.* nota \*, al inicio de este trabajo, especialmente: Vergara, *Hipótesis*.

## IV. EL DOMINIO DE LAS AGUAS

Las aguas, desde siempre, en las Indias, fueron consideradas *públicas*. Digo "públicas" simplemente, pues la calidad o terminología adecuada no está clara en las fuentes ni en los comentadores de la época ni en los modernos. Recuérdese que el desarrollo dogmático y el estudio sobre la naturaleza jurídica de este vínculo jurídico o "dominio", o como quiera llamársele, no interesa por ahora en una reconstrucción histórica. Importan más los datos que aportan las fuentes. Por ahora se verá aparecer en dichas fuentes y en la doctrina diversas denominaciones como "iura regalia", "bienes comunes", "cosas comunes", "bienes del soberano", "realengos", "res públicas", e, incluso "dominio eminente", queriendo referirse, evidentemente, a lo que contemporáneamente se llamará "bienes nacionales" (Código Civil) o "dominio público", en una variedad terminológica difícil de comprender<sup>35</sup>

Esta variopinta terminología evidencia un profundísimo problema dogmático que dice relación con el *dominium* y la *proprietas*, y "lo público", "lo común", temas que desde entonces y hasta hoy dividen a la doctrina, y sobre lo cual, la actual dogmática, con una perspectiva histórica, debe profundizar necesariamente, pues constituye un tema neurálgico del actual desarrollo dogmático del derecho de aguas. Según el método a seguir en esta indagación, examinaré toda la riqueza que aportan las fuentes, los textos históricos, sin los cuales cualquier desarrollo dogmático de nada sirve.

1. *Las Capitulaciones del siglo XVI*. La preocupación por regular jurídicamente todas las "regalías" de la Corona en "lo que ha descubierto en las Mares Oceanas" don Christoval de Colon, es patente en las "Capitulaciones de Santa Fe", carta que contiene las mercedes otorgadas al ilustre marino, que, en lo pertinente, señala:

*"Item que de todas e qualesquiere (...) cosas (...) de qualquiere especie, nombre e manera que sean, (...) hovieren dentro de los límites de dicho Almirantazgo, que desde agora Vuestras Altezas facen merced al dicho don Christobal e quieren que haya e lieve para sí (...)"*.<sup>36</sup>

El derecho que la Corona se atribuye desde un inicio, por la vía de considerar todas las riquezas de las Indias, jurídicamente, como *iura regalia*, está patente, además, en las otras Capitulaciones de Indias, que se otorgan, luego del

<sup>35</sup> Sobre el concepto de "dominio eminente", vid. Vergara Blanco, Alejandro, *Sobre Grocio, aquel gran inventor de conceptos jurídicos, y las aportas del dominio eminente*, en: *Revista de Estudios Políticos*, 64 (Madrid 1989) pp. 337-346, y, respecto del uso de tal concepto en Chile, en *Derecho Minero*, vid. el mismo, *El dominio eminente y su aplicación en materia de minas*, en: *Revista Chilena de Derecho*, XV (Santiago 1988), pp. 87-110. En cuanto a la doctrina sobre el dominio público, ella es abundante. Vid. Vergara Blanco, Alejandro, *La teoría del dominio público: el estado de la cuestión*, en: *Revista de Derecho Público*, 114 (Madrid 1989) pp. 27-58, y, recientemente, en: Vergara, *Teoría del dominio público y afectación minera*, en: *Revista Chilena de Derecho*, XVII (Santiago 1990) pp. 135-159.

<sup>36</sup> Reproducida de: Morales Padrón, Francisco, *Teoría y leyes de la Conquista* (Madrid 1979, Ediciones Cultura Hispánica, Centro Iberoamericano de Cooperación), pp. 54-55.

descubrimiento, durante todo el siglo XVI. Por ejemplo, la Carta de Merced a Hernán Cortés, de 1529, dice lo siguiente:<sup>37</sup>

*“Merced, gracia y donación pura y perfecta, y no revocable, que es dicha entre vivos, para agora e para siempre jamás de las villas e pueblos (...) con sus tierras y aldeas y términos y vasallos (...) y rentas y oficios y pechos y derechos y montes y prados y pastos y aguas corrientes, estantes e manientes (...) para que todo ello sea vuestro e de vuestros herederos y sucesores, e de aquel o aquellos que de vos o dellos obiere título o causa y razón, e para que los podáis e puedan vender y dar y donar y trocar (...) como de cosa vuestra, propia, libre e quita e desembargada (...)”.*

En otras capitulaciones del siglo XVI se hacía mención a las “aguas”, “arroyos”, o como se les denominase. Por ejemplo, la Capitulación con Pedro de Heredia para poblar y conquistar (...), de 5 de agosto de 1532,<sup>38</sup> señala:

*“Asimismo, que vos fazemos merçed, como por la presente vos la hazemos, que de todo el oro que en la dicha provincia se sacare, e así en egrosos como en arroyos y nascimientos como en quebradas o en otra qualquier parte de la dicha provincia (...)”.*

Como a cambio de estas mercedes la Corona exigía el diezmo, la *publicatio* previa de todas las aguas tuvo su importancia en la organización financiera de las Indias.<sup>39</sup>

2. *El Derecho Supletorio.* La vigencia del derecho castellano en América española tiene un fundamento jurídico, pues las Indias fueron incorporadas a la Corona de Castilla, y en consecuencia, se extendieron a ellas las instituciones y el derecho de Castilla.<sup>40</sup> Así, en 1530 se ordena “*que se guarden las leyes de Castilla en lo que no estuviere decidido por las de Indias*”, por las denominadas Ordenanzas de Audiencia, cuyo texto recopilado es el siguiente:

*“Ordenamos y mandamos que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe preveer [por las leyes de esta Recopilación, o]”<sup>41</sup> por Cédulas, Provisiones, u Ordenanzas dadas, y no*

<sup>37</sup> Reproducida de: Ots Capdequi, *El régimen de la tierra en la América española durante el período colonial* (Ciudad Trujillo 1946, Editorial Montalvo) pp. 30-31. El énfasis es agregado.

<sup>38</sup> Reproducida de: Del Vas Mingo, Milagros, *Las Capitulaciones de Indias en el siglo XVI* (Madrid 1986, Instituto de Cooperación Iberoamericana) p. 275, doc. n° 33, cap. 6. El énfasis es agregado. En este texto es posible encontrar una completa y ordenada edición de las Capitulaciones de descubrimiento, conquista y población que se otorgaron en el siglo XVI para acceder a Indias, desde 1501 a 1596, las que, de acuerdo a la autora, suman 75.

<sup>39</sup> Sobre lo cual, *vid.*, con amplios antecedentes, Sánchez Bella, Ismael, *La organización financiera de las Indias (siglo XVI)*, (Sevilla 1968, Escuela de Estudios Hispanoamericanos de Sevilla). Hay una reciente edición facsimilar: México 1990.

<sup>40</sup> Cfr., entre otros Bravo Lira, Bernardino, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo* (Santiago 1989, Editorial Jurídica de Chile), p. 6.

<sup>41</sup> El texto señalado entre paréntesis está obviamente interpolado, con posterioridad a 1530, al ser recopilada esta ordenanza en 1680, fecha de Rec. Ind.

*revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reyno de Castilla, conforme a la de Toro, así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de sustanciar".*<sup>42</sup>

Este es, pues, el fundamento jurídico de la vigencia en Indias, de la siguiente ley del Ordenamiento de Alcalá, "*que habla de las aguas, et poços salados*":

*"Todas las aguas, é poços salados que son para facer sal, 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 devia".*<sup>43</sup>

Por cierto en los textos castellanos, y que rigieron en Indias, las aguas eran consideradas *iura regalia*.

3. *Los Textos Indianos*. Estas disposiciones castellanas pronto tuvieron su confirmación en el derecho indiano, no obstante que la terminología adopta otro carácter, pues ahora ya no se refiere éste a las aguas como "regalías", propiamente, sino como "bienes comunes", matiz que es necesario recalcar. Así, una provisión de 1533,<sup>44</sup> señala lo que sigue:

*"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".*

Posteriormente, en una Provisión de 15 de abril de 1541 (confirmada el 18 de octubre del mismo año y el 8 de diciembre de 1550),<sup>45</sup> se dijo:

*"Nos hemos ordenado, que los pastos, montes y aguas sean comunes en Indias, y algunas personas sin título nuestro tienen ocupada muy grande parte de término, y tierras en que no consienten que ninguno ponga corral, ni buhio, ni trayga allí su ganado: Mandamos que el uso de todos los pastos, montes, y aguas de las Provincias de las Indias, sea común a todos los vecinos de ellas, que ahora son, y despues fueren para que los puedan gozar libremente, y hacer junto a qualquier buhio sus cabañas, traer allí*

<sup>42</sup> Rec. Ind. 2, 1, 2.

<sup>43</sup> OA. 32, 48. Recuerdo que OA. es de 1386. Luego cuando se recoge esta ley en NRec. 6, 13, 2, se la intitula: "(...) pertenecen a los reyes las aguas(...)", y en el texto se dice: "(...) pertenecen a Nos (...) las fuentes y pilas (...)". Luego, así pasa a NsRec. 9, 18, 1. Véase, Vergara, *Contribución a la historia del derecho de aguas, II: El derecho de aguas español medieval y moderno* (n\*), donde he analizado estos textos y su tránsito histórico a través de las sucesivas recopilaciones castellanas.

<sup>44</sup> Rec. Ind. 4, 17, 7. Intitulada: "*Que los montes y pastos de las tierras de Señorío sean también bienes comunes*". Nótese que esta provisión está recopilada en el título 17 del libro tercero de Rec. Ind., intitulado: "*De los caminos públicos, posadas, ventas, mesones, términos, pastos, montes, aguas, arboledas, y plantío de viñas*". El énfasis es agregado.

<sup>45</sup> Rec. Ind. 4, 17, 5. Intitulada: "*Que los pastos, montes, aguas, y términos sean comunes, y lo que se ha de guardar en la Isla Española*".

los ganados, juntos, o apartados, como quisieren, sin embargo de qualesquier ordenanzas, que si necesario es para en quanto á esto las revocamos, y damos por ningunas y de ningún valor y efecto Y ordenamos a todos los Concejos, Justicias y Regidores, que guarden y cumplan, y hagan guardar y cumplir lo contenido en esta nuestra ley, y cualquier persona que lo estorbare, incurra en pena de cinco mil pesos de oro, que sea executada en su persona y bienes para nuestra Cámara; y en quanto á la Ciudad de Santo Domingo de la Isla Española se guarde lo referido, con que esto se entienda en lo que estuviere dentro de diez leguas de la dicha Ciudad en circunferencia, siendo sin perjuicio de tercero; y fuera de las diez leguas permitimos y tenemos por bien, que cada hato de ganado tenga de término una legua en contorno, para que dentro de ella otro ninguno pueda hacer sitio de ganado, corral, ni casa con que el pasto de todo ello sea asimismo común, como está dispuesto; y donde hubiere hatos se puedan dar sitios para hacer ingenios, y otras heredades, y en cada asiento haya una casa de piedra, y no ménos de dos mil cabezas de ganado, y si tuviere de seis mil arriba, dos asientos; y de diez mil cabezas arriba tres asientos: y precisamente en cada uno su casa de piedra, y ninguna persona pueda tener más de hasta tres asientos, y así se guarde donde no hubiere título, ó merced nuestra, que otra cosa disponga”.

Nótese, en primer término, que ya no se habla aquí, como en el derecho castellano, de las aguas “que son del rey”, o sea, dándoles la calidad de *iura regalia* propiamente, sino hay una consideración diferente: se refiere este texto a las aguas como bienes *comunes*. Recuértese, entonces, la diferencia que se marcó desde el derecho romano entre *res publica* y *res communes omnium*, del mismo modo que en las Partidas. Esta diferencia más de alguna perplejidad doctrinal ha ocasionado, como se verá a continuación. Esta provisión de 1541 es ciertamente contradictoria, pues, a primera vista, deja entregada el agua al uso común, y aparentemente sin necesidad de una previa concesión o merced; no obstante, al final del texto, se refiere a la “merced nuestra”, sometiendo nuevamente a las aguas a un procedimiento concesional, situación normal, según se verá más adelante.

4. *La Doctrina*. Los autores que han abordado el tema no siempre hacen esta matización entre cosas públicas y cosas comunes. Así, Santos Martínez,<sup>46</sup> siguiendo a Escalona, distingue entre aguas de realengo y públicas. Dougnac, Antonio,<sup>47</sup> también siguiendo a Escalona, habla de aguas que pasan a ser públicas; este autor, según él con apoyo en Solórzano, cree ver en estos “bienes de regalía” un “dominio eminente”, criterio discutible, según se verá. En fin, Spota,<sup>48</sup> mezclando algo las cosas, dice que “todas las aguas eran bienes del soberano, constituían realengos, y, por tanto, sometidas al uso común”: ¿Será lo mismo?

<sup>46</sup> Santos Martínez, *Regulación* (n. 8) p. 170.

<sup>47</sup> Dougnac, Antonio, *Régimen jurídico de las aguas* (n. 11), p. 52.

<sup>48</sup> Spota (n. 17), 1, p. 273. Este autor agrega que el agua como bien de la Corona, esto es, como realengo, “es un principio que se trasladó al derecho patrio”, y, citando al Código Civil chileno, señala que todos los códigos de los países que estuvieron sometidos a España, adoptaron tal principio (p. 283, n. 460).

Es importante apuntar la opinión que sobre el punto del dominio de las aguas señaló un jurista de la época, como lo es Juan de Solórzano Pereira, en su *Política Indiana*: En el frontispicio del capítulo XII de tal libro señala: "Nos es digno de menor consideración otro derecho que compete y está reservado a los Reyes y Soberanos Señores por razón de la *suprema potestad* de sus Reynos y Señoríos, conviene a saber, el de las tierras, campos, montes, pastos, ríos y *aguas publicas de todos ellos*. El qual 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*. Y que por consiguiente, siempre que se ofrecieren pleytos sobre ellas, o parte de ellas, así en posesión como en propiedad, entren fundando su intención contra qualesquiera personas particulares que no mostraren incontinenti títulos y privilegios legítimos por donde puedan pertenecerles".<sup>49</sup>

Luego Solórzano, para fundamentar el "derecho que tiene a las aguas la Real Hacienda", expone las leyes castellanas e indianas y aun autores del derecho común que de esto tratan. Acerca de esta "suprema potestad" sobre las aguas, Solórzano señala que "*tenemos leyes expresas del derecho de nuestro Reyno en las Partidas y en la Recopilación, donde se da por razón: Que esto es ganado por los Reyes por respeto de la conquista que hicieron de la tierra*".<sup>50</sup>

Agrega luego que: "Y recogíendome yo á lo que toca á la de 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 Género y especialmente lo que estuviere por romper y cultivar, es y debe ser de su Real Corona y *dominio*".<sup>51</sup> Según señalaré, si bien es correcta esta distinción entre los bienes comunes y los bienes de realengo, como venía ocurriendo desde el derecho común, tal distinción desaparecerá a partir de la codificación, pues todos estos bienes pasarán a ser públicos, simplemente.

En suma, de todo lo señalado es posible concluir que uno de los principios del derecho de aguas indiano era la calidad pública de las aguas. Pero el concepto de "público", esta publicación, debe matizarse, pues entonces no se tenía la misma concepción de lo *público* que tenemos hoy. Las fuentes (Rec. Ind.) se refieren a las aguas como "comunes" y como "regalías". Solórzano agrega otros calificativos para explicar el "derecho que tiene á ellas y en ellas la Real Hacienda". Los autores modernos abusan aún más, introduciendo otra terminología, como "dominio eminente", por ejemplo.

La situación de las aguas en el Derecho Indiano, a mi juicio, sufrió una evolución, fruto de la particularidad y casuismo del mismo, el que iba evolucionando de acuerdo a las necesidades de la Conquista y del poblamiento de América. En un inicio, tomando por fuente la concepción de las aguas que provenía del Derecho Común, se las consideró como "comunes", sujetas al uso común de todos, para luego, progresivamente, ir retomando su calidad de "regalías" de la

<sup>49</sup> Solórzano, *Política Indiana* (n. 27), p. 37. Texto con que se inicia el capítulo XII: "*De las tierras, aguas, montes y pastos de las Indias, y Derecho que tiene a ellas y en ellas la Real Hacienda*". Este párrafo se lo subtitula en el sumario como "*Baldíos y Aguas pertenecen al Fisco*". Los énfasis en el texto transcrito son agregados, excepto "*Realengo*".

<sup>50</sup> Solórzano, *Política Indiana* (n. 27) p. 38. El énfasis en el original.

<sup>51</sup> Solórzano, *Política Indiana* (n. 27), p. 38.

Corona, como sucedía en la Península, constancia de lo cual hay en el derecho castellano.

Esto explica la evolución de los primeros textos del siglo XVI (Cédulas de 1533 y de 1541 citadas *supra*, y las posteriores (que analizaré *infra*), que sujetan su uso a una previa merced o concesión. Esto lo explica, además, el siguiente texto tan expresivo de Solórzano: "Y 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 pudiesen aprovecharse de sus frutos, intereses y grangerías, se tuvo en poco el derecho de esta Regalla, y se permitió que los Gobernadores y los Cabildos de las Ciudades las pudiesen repartir y repartiéren á su voluntad entre los vecinos que por bien tuviesen, como consta por muchas cédulas y ordenanzas de las recogidas en el dicho primer volumen, despues, por otras más nuevas que alli se añaden, se volvió á poner esta distribucion en la Real mano, mandando, que quando se huviesen de dár y repartir algunas tierras ó estancias para labores ó ganado, se vendiesen ó beneficiasen por los Oficiales Reales en pública almoneda, y revocando ó estrechando á los Virreyes la facultad que antes se les havia dado y ellos se havian ampliado de darlas á sola su voluntad, como lo dexo yá dicho en el capítulo en que traté de su potestad, y lo advierte bien el Lcenciado Antonio de Leon, con ocasion de tratar si de estas tierras ó estancias, así vendidas ó concedidas, se ha de pedir y sacar confirmacion Real por su Consejo Supremo de las Indias*"<sup>52</sup>

La consideración de las aguas como regalfía es, desde el punto de vista dogmático, una causa necesaria para la exigencia de una "merced" previa a su utilización por los particulares. Si las aguas son comunes no es necesaria merced alguna, pues precisamente su uso es común. Por lo tanto, su importancia tiene, el precisar la naturaleza jurídica de las aguas en el Derecho Indiano, con el fin separar y vincular este binomio dialéctico "regalfía de las aguas-merced de aguas", de lo cual surge un derecho de aprovechamiento o utilización a favor de los particulares.

Como ha quedado dicho, entonces, se puede concluir que las aguas en Derecho Indiano en un comienzo fueron consideradas como "comunes", de uso común; pero pronto, por diferentes motivos o consideraciones jurídicas (textos castellanos que así lo decían; como título para cobrar diezmo; como título para su ordenada repartición y distribución en caso de conflictos, etc), ellas fueron consideradas (igual que en la península hispánica) como una regalfía más de la Corona. Es el concepto jurídico atingente a la época. Lo que hoy llamamos de frente al Estado, dominio público, pero ambos con los mismos resultados jurídicos, conformando la trilogía dogmática "regalfía-merced-derecho de aprovechamiento".

#### V. LAS MERCEDES DE AGUAS

Veremos ahora un tema central en materia de aguas en Derecho Indiano, como es el de la mercedes de aguas. Luego de revisar los textos respectivos, ofreceremos algunas ideas sobre lo que sea una merced de aguas.

<sup>52</sup> Solórzano, *Política Indiana* (n 27), pp. 38-39.

1. *Los Textos Indianos*. Con plena conciencia de la calidad pública de las aguas (sobre todo, como he dicho, al considerárselas de *Realengo*), desde muy temprano la legislación de Indias comienza a hacer alusión a los conceptos de “concesión”, “repartimiento” o “merced” de aguas, variada terminología que aparecerá en las diferentes fuentes. En cuanto a estas fuentes, debe citarse en primer lugar una cédula de 1532, que señala:

*“Habiéndose de repartir las tierras, aguas, abrevaderos, y pastos entre los que fueren á poblar, los Vireyes, o gobernadores, que dé Nos tuvieren facultad, hagan el repartimiento, con parecer de los Cabildos de las Ciudades, ó Villas, teniendo consideración á que los Regidores sean preferidos, si no tuvieren tierras, y solares equivalentes; y á los Indios se les dexen sus tierras, heredades y pastos, de forma que no les falte lo necesario, y tengan todo el alivio y descanso posible para el sustento de sus casas y familias”*.<sup>53</sup>

En seguida debe tenerse presente una provisión de 1541<sup>54</sup> que en su parte final se refiere a “*título o merced nuestra*”. La más clara de las ordenanzas es la de 1563 de Felipe II,<sup>55</sup> y cuyo texto es el siguiente:

*“Ordenamos que si se presentare petición, pidiendo solares, o tierras en Ciudad, o Villa donde residiere Audiencia nuestra, se haga la presentación en el Cabildo, y habiéndose conferido, se nombren dos regidores Diputados, que hagan saber al Virey, o Presidente, lo que al Cabildo pareciere, y visto por el Virey, ó Presidente, ó Diputados, se de el despacho firmado de todos en presencia del Escribano de Cabildo para que lo asiente en el libro de Cabildo; y si la petición fuere sobre repartimiento de aguas y tierras para ingenios, se presente ante el Virey, o Presidente, y él la remita al Cabildo, que asimismo habiendolo conferido, envíe a decir su parecer con un Regidor, para que visto por el Virey, o Presidente, provea lo que conenga”*.

Luego, una cédula de 1568 ratifica el principio concesional y la defensa de los derechos de terceros en los siguientes términos:

*“Si en lo ya descubierto de las Indias hubiere algunos sitios y comarcas tan buenos, que convenga fundar poblaciones, y algunas personas se aplicaren á hacer asiento, y vecindad en ellos, para que con mas voluntad, y utilidad lo puedan hacer, los Vireyes y Presidentes les dén en nuestro nombre tierras, solares, y aguas, conforme á la disposicion de la tierra, con que no sea en perjuicio de tercero, y sea por el tiempo, que fuere nuestra voluntad”*.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Rec. Ind. 4, 12, 5. Intitulada: “*Que el repartimiento de tierras se haga con parecer del Cabildo, y sean preferidos los Regidores*”.

<sup>54</sup> Contenida en Rec. Ind. 4, 17, 5 (transcrita *supra*).

<sup>55</sup> Rec. Ind. 4, 12, 8. Intitulada, “*Que declara ante quien se han de pedir solares, tierras y aguas*”.

<sup>56</sup> Rec. Ind. 4, 12, 4. Intitulada: “*Que los Virreyes puedan dar tierras, y solares á los que fueren a poblar*”.

Una cédula de Felipe II de 1588, señala:

*“Mandamos que los repartimientos de tierras, así en nuevas poblaciones, como en lugares y términos, que ya estuvieren poblados, se hagan con toda justificación, sin admitir singularidad, acepción de personas, ni agravio de los Indios”.*<sup>57</sup>

De estos textos emana la necesidad de recurrir siempre a la autoridad para solicitar una merced de aguas, antes de aprovechar de cualquier manera las aguas, lo que confirma, además, Solórzano.<sup>58</sup>

2. *Procedimientos Administrativos.* ¿Quiénes eran competentes para otorgar estas mercedes? Según las cédulas de 1532 y de 1563, recién transcritas, lo era el propio Virrey y los Gobernadores, con parecer de los Cabildos.

¿Siempre era necesaria una merced de aguas, para poder aprovecharlas? O, en otras palabras, ¿era posible tener derechos de uso a unas aguas sin previa merced? Según los textos que he traído a colación, y asimismo, como he concluido *supra* siempre era necesaria una merced. No obstante, Margadant habla de ciertos “derechos implícitos”, para los casos de una merced de tierra en que no se hubiese señalado expresamente los derechos de agua.<sup>59</sup> Si se considera la opinión de Antonio Dougnac, en el sentido que mercedes de tierra y de agua eran totalmente diferentes,<sup>60</sup> se podría contradecir la opinión de Margadant. Con todo, creo que es adecuada la conclusión de Margadant, y este podría ser otro ejemplo de la flexibilidad del régimen jurídico de las aguas en el derecho indiano; además, no significa el quebrantamiento del principio de la necesidad de previa concesión, pues si bien no hay aquí una concesión o merced de aguas propiamente tal, sí hay una merced de tierras, que involucraría también las aguas necesarias para regarlas, lo que parece natural y lógico. Incluso, según he adelantado, como hay textos que aparentemente se refieren literalmente sólo a las tierras, en forma implícita es dable concluir que también incluyen las aguas necesarias para regarlas.

3. *Concepto de “Merced”.* ¿Qué se entendía por “merced de aguas” entonces? Como he adelantado, la necesidad de una “merced” es la consecuencia de la previa *publicatio* que ha operado sobre las aguas, convirtiéndolas en bienes de *regalía*.

Según Santos Martínez, “se empleaba la expresión ‘mercedes de aguas’ en el sentido de que la utilización de los bienes públicos o de la corona se hacía por gracia o ‘merced’ del monarca. La solicitud de la concesión se llamaba ‘denuncio’, como era usual en el régimen jurídico de la minería”.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> Rec. Ind. 4, 12, 7. Cédula de Felipe II, de 6 de abril de 1588; intitulada: “*Que las tierras se repartan sin acepción de personas, y agravio de los indios*”. El énfasis es agregado.

<sup>58</sup> Solórzano, *Política Indiana* (n. 27), p. 39, quien se refiere, en forma sinónima, a “mercedes”, “gracias”, “concesiones”, “licencias” y “facultades”.

<sup>59</sup> Margadant, *El agua a la luz del derecho novohispano* (n. 16), p. 248

<sup>60</sup> Cfr. Dougnac, Antonio, *Régimen jurídico de las aguas* (n. 11), p. 58. Esta opinión de Dougnac debe ser matizada, pareciera no ser del todo correcta a la luz de varios textos indianos. Véase, por ejemplo, el trabajo de Margadant, *El Plan Pitic* (n. 16).

<sup>61</sup> Santos Martínez, *Consideraciones* (n. 8) p. 329.

Por otro lado, Antonio Dougnac sobre el tema de la conceptualización de "merced" dice lo siguiente:<sup>62</sup> "podría definirse la merced de aguas 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". Pero la verdad es que tal autor, más que definir la merced, esto es el "acto" de la autoridad que confiere derechos de uso o aprovechamiento sobre las aguas, define a estos últimos, a los derechos mismos, los que en verdad nacen de la merced. Es este un problema dogmático que habitualmente ha confundido a la doctrina, y evidencia la falta de desarrollo de una teoría de la concesión o de la "merced", y de los derechos que de ella nacen, conceptos que, obvia y naturalmente, son diferentes.

Por ahora sólo adelanto estas ideas. El Diccionario define "merced" como "dádiva o cualquier beneficio gracioso: *las mercedes de un rey*". Y es razonable vincular el término "repartimiento" al de "merced" y hacerlos sinónimos, como lo he hecho *supra*, pues para ello no sólo hay base en los textos recopilados transcritos,<sup>63</sup> sino también en definiciones enciclopédicas, que podrían marcar un alcance natural y obvio de la palabra; alcance, entonces, con validez hermenéutica desde el punto de vista jurídico. Así se ha definido "merced de agua"<sup>64</sup> como: "*repartimiento que se hace de ella en algunos pueblos para uso de cada vecino*".

En fin, a mi juicio, para los efectos del Derecho Indiano, las mercedes de aguas son antes que nada, un acto, una manifestación de voluntad de las autoridades indianas (Virreyes y Gobernadores) dirigido a crear *ex novo* un derecho de uso o aprovechamiento de las aguas a favor de los particulares, para los fines señalados en tal título.

## VI. LOS DERECHOS DE USO Y APROVECHAMIENTO

1. *Los Textos Indianos*. En este apartado debe considerarse, en primer término, una ordenanza de 1525 que, en general, señala:

*"Los que aceptaren asiento de caballerías y peonías, se obliguen de tener edificados los solares, poblada la casa, hechas y repartidas las hojas de tierras de labor, y haberlas labrado, puesto de plantas, y poblado de ganados las que fueren de pasto, dentro de tiempo limitado, repartido por sus plazos, y declarando lo que en cada uno ha de estar hecho, pena de que pierdan el repartimiento de solares, y tierras, y mas cierta cantidad de maravedis para la República, con obligación en pública forma, y fianza llena y abonada".*<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Cfr. Dougnac, Antonio, *Régimen jurídico de las aguas* (n. 11), p. 53.

<sup>63</sup> Recuérdese cómo Rec. Ind. 3, 12, 8 se refiere a "*repartimiento de aguas*".

<sup>64</sup> Cfr. *Diccionario Enciclopédico Abreviado* (Buenos Aires 1945, Editorial Espasa-Calpe), 4, voz "merced".

<sup>65</sup> Cédula de 19 de mayo de 1925. Rec. Ind. 4, 12, 3. Intitulada: "*Que dentro de cierto tiempo, y con la pena de esta ley, se edifiquen las casas, y solares, y pueblen las tierras de pasto*".

Por su parte, una cédula de 1536 señalaba lo mismo:

*"Todos los vecinos y moradores a quien se hiciere repartimiento de tierras, sean obligados dentro de tres meses, que les fueren señalados, a tomar la posesión de ellas, y plantar todas las lindes, y confines, que con las otras tierras tuvieren de sauces, y árboles, siendo en tiempo, por manera, que demás de poner la tierra en buena, y apacible disposición, sea parte para aprovecharse de la leña, que hubiere menester, pena de que pasado el término, si no tuvieren puestas las dichas plantas, pierdan la tierra, para que se pueda proveer, y dar a otro cualquiera poblador, lo qual no solamente haya lugar en las tierras, sino en los Pueblos y zanjas que tuvieren, y hubieren en los límites de cada Ciudad, o Villa".*<sup>66</sup>

Una provisión de 20 de noviembre de 1536 dijo:

*"Ordenamos que la misma orden que los Indios tuvieron en la división y repartimiento de aguas, se guarde y practique entre los Españoles en quien estuvieren repartidas y señaladas las tierras, y para esto intervengan los mismos naturales, que antes lo tenían a su cargo, con cuyo parecer sean regadas, y se de a cada uno el agua, que debe tener, sucesivamente de uno en otro, pena de que al que quisiere preferir, y la tomare, y ocupare por su propia autoridad, le sea quitada, hasta que todos los inferiores a él rieguen las tierras, que tuvieren señaladas".*<sup>67</sup>

En una cédula de 1559<sup>68</sup> se habla de "aprovechamiento" de un bien común: los montes, por lo que podemos colegir que las aguas, como bienes comunes que eran, en las leyes de Indias, en un inicio (y luego claramente de realengo), también se consideraban susceptibles de aprovechamiento. En todo caso, es este el desarrollo de un matiz conceptual. Resulta claro que las mercedes de aguas eran el título a partir del cual nacían derechos a favor de los particulares, precisamente, para "usar", "gozar", o "aprovechar" las aguas. Así lo ha entendido la doctrina, cuando dice, por ejemplo, que la cédula de 1536<sup>69</sup> "es la disposición básica que regla el uso y aprovechamiento del agua de regadío en América española".<sup>70</sup>

2. *Los Nuevos Repartimientos.* Margadant se refiere a unos "nuevos repartimientos" de aguas, citando varios ejemplos.<sup>71</sup> Esto de "nuevos repartimientos",

<sup>66</sup> Rec. Ind. 4, 12, 11. Cédula de Carlos III, de 20 de noviembre de 1536; intitulada: "*Que se tome posesión de las tierras repartidas dentro de tres meses, y hagan plantíos, pena de perderlas*". El énfasis es agregado. Nótese que para hacer "plantíos", obviamente, habrá de necesitarse agua. Además, al final, este texto se refiere a "zanjas", esto es, aquella abertura de la tierra para escurrir las aguas, lo que es sugerente para nuestro tema.

<sup>67</sup> Rec. Ind. 4, 17, 11. Intitulada: "*Que las tierras se rieguen conforme a esta ley*".

<sup>68</sup> Rec. Ind. 4, 17, 14. Intitulada: "*Que los Indios puedan cortar madera de los montes para su aprovechamiento*".

<sup>69</sup> Recopilada en Rec. Ind. 4, 17, 11.

<sup>70</sup> Santos Martínez, *Regulación* (n. 8), p. 171. Es juiciosa esta opinión, pues de esta cédula surgía un principio básico para dirimir conflictos de distribución.

<sup>71</sup> Margadant, *El agua a la luz del derecho novohispano* (n. 16) p. 249.

al parecer no sólo es una nueva fuente de derechos de agua a favor de nuevos titulares, sino, también, a la vez, una forma de afectar anteriores derechos de agua, que, ahora, tendrán que compartir su derecho con otros titulares, normalmente. Esto es demostrativo, pensamos, de aquella flexibilidad del derecho indiano de las aguas a que hemos aludido anteriormente, y al hecho de ser este derecho de aprovechamiento de los particulares un derecho derivado de otro superior, público, y que la autoridad puede, posteriormente, limitar con "nuevos repartimientos". Si bien esta posibilidad que entonces parecía posible, hoy se debe enfrentar con la certeza y seguridad que se le otorga a cada derecho nacido de una concesión, y a una verdadera privación, que debiera ser indemnizada.

3. *Naturaleza Jurídica*. En ninguna fuente aparece la posibilidad de aguas de propiedad privada. Más bien pareciera que esto es imposible, dada la característica de "comunes" de estas aguas, y luego bienes de la Corona. Por lo visto, este tema está relacionado fuertemente con el de la naturaleza jurídica del vínculo que unía a la Corona con las aguas. Por lo tanto, si en el derecho indiano no hay dominio de particulares sobre las aguas, los particulares sólo podían aprovecharlas por medio de una concesión.<sup>72</sup>

#### VII. LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA

En último término, la Corona, por sistema propio —y como consecuencia obligada a partir de la *publicatio* de todas las aguas de las Indias como *iura regalia*, o bienes de regalía, o como se quiera, por la calidad de comunes de tales aguas— se reservó la potestad de intervenir en esta materia de aguas y así lo hizo permanentemente. Una cédula de 20 de marzo de 1532<sup>73</sup> decía:

*"Los Vireyes y Audiencias vean lo que fuere de buena gobernación en quanto a los pastos, aguas, y casas públicas, y provean lo que fuere conveniente a la población, y perpetuidad de la tierra, y envíennos relación de lo proveído, executándolo entretanto que les constare de lo que hubiéremos determinado. Y ordenamos, que entre partes hagan en esta materia justicia a quien la pidiere"*.

Así surgen, también, como se da cuenta en una cédula de 1563,<sup>74</sup> los "jueces de aguas", la que señala:

*"Ordenamos que los Acuerdos de las Audiencias nombren Jueces si no estuviere en costumbre, que nombre el Virrey, ó Presidente, Ciudad y Ca-*

<sup>72</sup> Cfr. el desarrollo realizado *supra*. Es de esta opinión Spota (n. 17) 1, p. 277, pues según él en el derecho indiano: "el dominio de las aguas jamás pudo pertenecer a los particulares".

<sup>73</sup> Rec. Ind. 4, 17, 9. Intitulada: "*Que en quanto a los montes y pastos las Audiencias executen lo conveniente al gobierno*".

<sup>74</sup> Rec. Ind. 3, 2, 63. Intitulada: "*Que da la forma de nombrar Jueces de aguas y execución de sus sentencias*". El título II del libro 3º en que está ubicada esta cédula se intitula: "*De la provisión de oficios, gratificaciones y mercedes*".

*bildo, que repartan las aguas á los Indios, para que rieguen sus chacras, huertas y sementeras, y abreen los ganados, los cuales sean tales, que no les hagan agravio, y repartan las que hubiere menester; y hecho el repartimiento, dén cuenta al Virey, ó Presidente, que nos le darán con relación de la forma en que han procedido. Y mandamos que estos Jueces no vayan á costa de los Indios, y en las causas de que conocieren, si se apelare de sus sentencias, se execute lo que la Audiencia determinare, sin embargo de suplicacion, por la brevedad que requieren estas causas; y si executado suplicaren las partes, los admita la Audiencia en grado de revista, y determine lo que fuere justicia”.*

A estos jueces de aguas se los llama en otras zonas, según Zorraquín Becú,<sup>75</sup> “alcaldes de aguas”, y tenían jurisdicción para entender en todos los pleitos relativos a “acequias públicas”, “para que las repartan” (las aguas), “para el buen gobierno del agua”, y, en fin, “para el reparo de la dicha acequia”.

Por otro lado existen ordenanzas locales relativas a las aguas, y que son de interés tener en cuenta, aun cuando no son propiamente del territorio cubierto por la Capitanía General de Chile. Es el caso de las “*Ordenanzas del Virrey Don Francisco de Toledo acerca de la distribución y conservación de las aguas para las huertas y casas de la Ciudad de los reyes, y para las chacras y labores del campo*”, de 21 de enero de 1577.<sup>76</sup> Dicho cuerpo legal comprende 15 ordenanzas, las cuales constituyeron, al decir de Martínez,<sup>77</sup> “fuente de la Administración de las aguas en América del Sur”, y tanto así que un cargo de “juez de aguas”, que se crea en estas ordenanzas, pasaría luego a la Recopilación Indiana.<sup>78</sup> En fin, sobre su importancia, véase también Greve.<sup>79</sup> Aun más, según Antonio Dougnac,<sup>80</sup> es probable, aun cuando no está documentado, que rigiesen en forma supletoria de otras santiaguinas, incluso para territorio chileno.<sup>81</sup> Gastón Gabriel Doucet ofrece el texto de una “*Ordenanzas de aguas para La Rioja del Visitador don Francisco de Alfaro*”, de 1611,<sup>82</sup> que habrían regido en dicha localidad. Así, Dougnac señala algunas ordenanzas de Santiago de Chile, de 1548, 1549 y 1569.<sup>83</sup>

Esta intervención se mantiene durante todo el período propiamente indiano, demostración de lo cual son las disposiciones especiales que se consignan sobre las aguas y su aprovechamiento, y las obras que han de hacerse respecto de ellas, tanto en las Ordenanzas de Intendentes, de 1749,<sup>84</sup> como en las Ordenanzas de Corregidores y Alcaldes, de 1785.<sup>85</sup>

<sup>75</sup> Zorraquín Becú (n. 24), p. 74.

<sup>76</sup> Cfr. su texto en: Roberto Levillier, *Ordenanzas de Don Francisco de Toledo. Virrey del Perú (1569-1581)*, (Madrid 1929, Imprenta de Juan Pueyo), pp. 383-399.

<sup>77</sup> Santos Martínez, *Regulación* (n. 8) pp. 171.

<sup>78</sup> Rec. Ind. 3, 2, 63 (transcrita *supra*).

<sup>79</sup> Greve, (n. 23) pp. 100 y sgtes.

<sup>80</sup> Cfr. Dougnac, Antonio, *Régimen jurídico de las aguas* (n. 11), p. 53.

<sup>81</sup> A estas ordenanzas refiérese sustancialmente el precioso texto de Ambrosio Zerdán, *Tratado de las aguas que fertilizan el Valle de Lima*, publicado en *Mercurio Peruano* (1792).

<sup>82</sup> Cfr. Doucet, *Las Ordenanzas* (n. 9), pp. 413-423 (texto completo).

<sup>83</sup> Cfr. Dougnac, Antonio, *Régimen jurídico de las aguas* (n. 11), pp. 55 y 56.

<sup>84</sup> Vid. Rec. Ind. 7, 11, 24 [Nº 20].

<sup>85</sup> Vid. Rec. Ind. 7, 11, 27 [Nº 48].

## VIII. CONCLUSIONES

a) *Dominio de las aguas* En un inicio los textos indianos parecen separarse de sus precedentes castellanos (y aun romanos por la vía de las Partidas) considerando a todas las aguas como comunes, destinadas a un uso común. Posteriormente, los textos, y los comentaristas, van aclarando, al igual que en la Península, cómo las aguas son *iura regalia*, bienes de Realengo, calidad jurídica esta última que vinculó, en definitiva, a las aguas con la Corona. A este vínculo supremo estaban supeditadas las siguientes grandes características jurídicas del régimen indiano de las aguas.

b) *Procedimiento concesional*. Para el acceso de los particulares al aprovechamiento de las aguas era necesario un acto de la autoridad, título este que recibió una variedad de usos terminológicos, siendo la expresión "merced" la que tendría uso más generalizado. La merced es, por lo tanto, un acto de autoridad, un concepto jurídico procedimental; el título del cual surgían *ex novo* derechos de uso y aprovechamiento sobre las aguas a favor de particulares. No es adecuado, entonces, confundir este "acto" o título, con el derecho que nace a partir de él.

c) *Derechos de uso o aprovechamientos*. Estos derechos de los particulares a aprovechar las aguas no han tenido un desarrollo dogmático en la historiografía jurídica, la que tiende a confundirlos con el acto que les da vida. En todo caso, de los textos surge la necesidad de evitar su perjuicio con nuevas mercedes (defensa de los derechos de terceros), la necesidad de un uso efectivo dentro de cierto plazo, y forma de distribución en caso de escasez. El estudio de la jurisprudencia indiana, seguramente, dará muchas luces al respecto.

d) *La intervención administrativa*. Es intensa, por la previa publicación que ha operado sobre el sector. La necesidad de previa merced, que corresponde otorgarla a la autoridad, la fiscalización del uso efectivo del agua y la resolución de conflictos a través de la distribución, la evidencian.

## IX. ANEXO

TEXTOS DE LA RECOPIACION DE LEYES DE LOS REYNOS DE LAS INDIAS  
REFERIDOS A LAS AGUAS Y A SU APROVECHAMIENTO*LIBRO III, TITULO II: De la  
provisión de oficios, gratificaciones  
y mercedes*

*Ley lxxij. Que da la forma de nombrar Jueces de aguas, y execucion de sus sentencias.*

D. Felipe II Ordenanza 78. de Audiencias de 1563. D. Felipe III en Madrid a 5 de Febrero de 1631, y 16 de Abril de 1636.

Ordenamos que los Acuerdos de las Audiencias nombren Jueces si no estuviere en costumbre, que nombre el Virey, o Presidente, Ciudad y Cabildo, que repartan las aguas a los Indios, para que rieguen sus chacras, huertas y sementeras, y abreen los ganados, los cuales sean tales, que no les hagan agravio, y repartan las que hubieren menester; y hecho el repartimiento, den cuenta al Virey, o Presidente, que nos le darán con relación de la forma en que han procedido. Y mandamos que estos Jueces no vayan a costa de los Indios, y en las causas de que conocieren, si se apelare de sus sentencias, se execute lo que la Audiencia determinare, sin embargo de suplicación, por la brevedad que requieren estas causas; y si executa suplicaren las partes, los admita la Audiencia en grado de revista, y determine lo que fuere justicia.

*LIBRO III. TITULO XII: De la venta,  
composición y repartimiento de  
tierras, solares, y aguas*

*Ley iij. Que dentro de cierto tiempo, y con la pena de esta ley, se edifiquen las casas, y solares, y pueblen las tierras de pasto.*

D. Felipe II allí, Ordenanza 107.

Los que aceptan asiento de caballerías y peonías, se obliguen de tener edificados los solares, poblada la casa, hechas y repartidas las hojas de tierras de labor, y haberlas labrado, puesto de plantas y poblado de ganados las que fueren de pasto, dentro de tiempo limitado, repartido por sus plazos, y declarando lo que en cada uno ha de estar hecho, pena de que pierdan el repartimiento de solares, y tierras, y mas cierta cantidad de maravedis para la República, con obligación en pública forma y fianza llana y abonada.

*Ley iij. Que los Vireyes puedan dar tierras, y solares a los que fueren a poblar.*

El mismo año 1568. Y en Madrid a 18 de Mayo de 1572. Y en Valencia a 15 de Febrero de 1586.

Si en lo ya descubierto de las Indias hubiere algunos sitios y comarcas tan buenos, que convenga fundar poblaciones, y algunas personas se aplicaren a hacer asiento y vecindad en ellos, para que con mas voluntad, y utilidad lo puedan hacer, los Vireyes y Presidentes les den en nuestro nombre tierras, solares, y aguas conforme a la disposición de la tierra, con que no sea en perjuicio de tercero, y sea por el tiempo, que fuere nuestra voluntad.

*Ley V. Que el repartimiento de tierras se haga con parecer del Cabildo, y sean preferidos los Regidores*

El Emperador D. Carlos en Barcelona a 4 de Abril de 1532. D. Felipe II Ordenanza de Audiencias de 1563. Y Ordenanza 58, en Toledo a 25 de Mayo de 1596.

Habiéndose de repartir las tierras, aguas, abrevaderos, y pastos entre los que fueren a poblar, los Vireyes, o Go-

bernadores, que de Nos tuvieren facultad, hagan el repartimiento, con parecer de los Cabildos de las Ciudades, o Villas, teniendo consideración a que los Regidores sean preferidos, si no tuvieren tierras, y solares equivalentes; y a los Indios se les dexen sus tierras, heredades y pastos, de forma que no falte lo necesario, y tengan todo el alivio y descanso posible para el sustento de sus casas y familias.

*Ley vij. Que las tierras se repartan sin acepción de personas, y agravio de los Indios*

D. Felipe II en el Pardo a 6 de Abril de 1588.

Mandamos que los repartimientos de tierras, así en nuevas poblaciones, como en lugares y términos, que ya estuvieren poblados, se hagan con toda justificación, sin admitir singularidad, acepción de personas, ni agravio de los Indios.

*Ley viii. Que declara ante quien se han de pedir solares, tierras y aguas.*

El mismo Ordenanza de 1563.

Ordenamos que si se presentare petición, pidiendo solares, o tierras en Ciudad, o Villa donde residiere Audiencia nuestra, se haga la presentación en el Cabildo, y habiéndolo conferido, se nombren dos Regidores Diputados, que hagan saber al Virey, o Presidente lo que al Cabildo pareciere, y visto por el Virey, o Presidente y Diputados, se dé el despacho firmado de todos en presencia del Escribano de Cabildo para que lo asienten en el libro de Cabildo; y si la petición fuere repartimiento de aguas y tierras el Virey, o Presidente, y él la remita al Cabildo, que asimismo habiéndolo conferido, envíe a decir su parecer con un Regidor, para que visto por el Virey, o Presidente, provea lo que convenga.

*Ley xj. Que se tome posesion de las tierras repartidas dentro de tres meses, y hagan plantíos, pena de perderlas.*

Lo mismos en Valladolid a 20 de Noviembre de 1536.

Todos los vecinos y moradores a quien se hiciere repartimiento de tierras, sean obligados dentro de tres meses, que les fueren señalados, a tomar la posesión de ellas, y plantar todas las lindes, y confines, que con las otras tierras tuvieren de sauces, y árboles, siendo en tiempo, por manera, que demas de poner la tierra en buena, y apacible disposición, sea parte para aprovecharse de leña, que hubiere menester, pena de que pasado el término, si no tuvieren puestas las dichas plantas, pierdan la tierra, para que se pueda proveer, y dar a otro qualquiera poblador, lo cual no solamente hay lugar en las tierras, sino en los Pueblos y zanjias que tuvieren, y hubieren en los límites de cada Ciudad, o Villa.

*LIBRO III TITULO XVII: De los caminos públicos, posadas, ventas, menores, términos, pastos, montes, aguas, arboledas y plantío de viñas.*

*Ley v. Que los pastos, montes, aguas, y términos sean comunes, y lo que se ha de guardar en la Isla Española.*

El Emperador D. Carlos, y el Cardenal Tabera Gobernador en Talavera a 15 de Abril, y en Fuensalida a 18 de Octubre de 1541. La Emperatriz Gobernadora en Valladolid a 8 de Diciembre de 1550 D. Carlos II y la Reyna Gobernadora.

Nos hemos ordenado, que los pastos, montes, y aguas sean comunes en las Indias, y algunas personas sin título nuestro tienen ocupada muy grande parte de término, y tierras en que no consienten que ninguno ponga corral, ni buhio, ni trayga allí su ganado: Mandamos que el uso de todos los pastos, montes, y aguas de las Provincias de las Indias, sea común a todos los vecinos de ellas, que ahora son, y después

fueren para que los puedan gozar libremente, y hacer junto a qualquier buhio sus cabañas, traer allí los ganados, juntos, o apartados, como quisieren, *sin embargo de qualquier ordenanzas, que si necesario es para en quanto a esto las revocamos, y damos por ningunas y de ningun valor y efecto.* Y ordenamos a todos los Concejos, Justicias y Regidores, que guarden y cumplan, y hagan guardar y cumplir lo contenido en esta nuestra ley, u qualquier persona que lo estorbare, incurra en pena de cinco mil pesos de oro, que sea executada en su persona y bienes para nuestra Cámara; y en quanto a la Ciudad de Santo Domingo de la Isla Española se guarde o referido, con que esto se entienda en lo que estuviere dentro de diez leguas de la dicha Ciudad en circunferencia, siendo sin perjuicio de tercero; y fuera de las diez leguas permitimos y tenemos por bien, que cada hato de ganado tenga de término una legua en contorno, para que dentro de ella otro ninguno pueda hacer sitio de ganado, corral, ni casa con que el pasto de todo ello sea asimismo común, como está dispuesto; y donde hubiere hatos se puedan dar sitios para hacer ingenios, y otras heredades, y en cada asiento haya una casa de piedra, y no menos de dos mil cabezas de ganado, y si tuviere de seis mil arriba, dos asientos; y de diez mil cabezas arriba tres asientos; y precisamente en cada uno su casa de piedra, y ninguna persona pueda tener mas de hasta tres asientos, y *asi se guarde donde no hubiere título, o "merced nuestra" que otra cosa disponga.*

*Ley vij. Que los montes y pastos de las tierras de Señorío sean tambien bienes comunes.*

El emperador D. Carlos y la Emperatriz Gobernadora año 1553.

Los montes, pastos, y *aguas* de los lugares, y montes contenidos en las mercedes, que estuvieren hechas, o hicieremos de Señoríos en las Indias, deben ser comunes a los Españoles e Indios. Y así mandamos a los Vireyes, y Audiencias, que lo hagan guardar, y cumplir.

*Ley viiiij. Que en quanto a los montes y pastos las Audiencias executen lo conveniente al gobierno.*

El Emperador D. Carlos y la Emperatriz Gobernadora a 20 de Marzo de 1532.

Los Vireyes y Audiencias vean lo que fuere de buena gobernación en quanto a los pastos, y casas públicas, y provean lo que fuere conveniente a la población, y perpetuidad de la tierra, y envíenos relación de lo proveido, executándolo entretanto que les constare de lo que hubieremos determinado. Y ordenamos, que entre partes hagan en esta materia justicia a quien la pidiere.

*Ley xj. Que las tierras se rieguen conforme a esta ley.*

El Emperador D. Carlos y la Emperatriz Gobernadora en Valladolid a 20 de Noviembre de 1536.

Ordenamos que la misma órden que los Indios tuvieron en la división y repartimiento de aguas se guarde y practique entre los Españoles en quien estuvieren repartidas y señaladas las tierras, y para esto intervengan los mismos naturales, que antes lo tenían a su cargo, con cuyo parecer (sean regadas) y se dé a cada uno el agua, que debe tener, sucesivamente de uno en otro, pena de que al que quisiere preferir, y la (tomare, y ocupare) por su propia autoridad, le sea quitada, hasta que todos los inferiores a él rieguen las tierras, que tuvieren señaladas.