

EL AGUA A LA LUZ DEL DERECHO NOVOHISPANO. TRIUNFO DE REALISMO Y FLEXIBILIDAD

por

Guillermo F. Margadant S.

LAS DIVERSAS CAPAS DE NORMAS SOBRE EL AGUA

El derecho que estuvo vigente en las Indias ("derecho indiano en sentido amplio") se nos presenta como un conjunto de sistemas; éstos, sin embargo, no se relacionan entre ellos, claramente jerarquizados, como las capas de una cebolla, sino más bien como una síntesis de bloques yuxtapuestos, como el orden jerárquico que, en la realidad forense o administrativa, no siempre corresponde exactamente a las normas formales que tratan de poner orden en su convivencia.¹

Los conjuntos de normas que interesan para nuestro tema se componen, desde luego,

I. de las normas expedidas especialmente para aplicación en las Indias ("derecho indiano en sentido estricto"), de índole criolla o peninsular;

II. del derecho castellano;

III. del *Ius Commune*, siempre presente detrás del derecho castellano;

IV. de la costumbre indígena, hasta donde la autorizó el derecho legislado indiano, y

V. de la costumbre general que se haya establecido en las Indias.

I. DERECHO INDIANO EN SENTIDO ESTRICTO

A. Principios rectores

Desde las normas en las diversas Capitulaciones sobre la distribución de tierras entre conquistadores y otros, pasando por las Ordenanzas de Antonio de Mendoza, ampliadas por el Marqués de Falcés, en 1567, y los Cedularios de Puga, de 1563, y de Encinas, de 1596,² crece el caudal de

¹ Así, el *Ius Commune* de facto gozaba de mayor eficacia forense de lo que uno supondría a la luz de claras prohibiciones; el papel de las VII Partidas resulta más importante de lo que sugiere el Ordenamiento de Alcalá; la vigencia de la Novísima Recopilación en las Indias (que buenos autores mexicanos como OROZCO, Wistano Luis,

Jurisprud. sobre Tierras Baldías, Méx., 1895 [existe una edición reciente], p. 12, consideran indubitable) pugna con la regla formal de RI 2.1.39/40; etc.

² A este último se refiere Solórzano cuando habla de una recopilación que en 1.61 contiene *pluresschedulae* sobre tierras y aguas (*De Iure Indiarum*, 1639, V.1.98).

principios sobre la forma de organizar la tenencia de la tierra y el uso de las aguas en la Nueva España, con las cuatro ideas básicas: 1) que todo el territorio pertenece originalmente a la Corona; 2) que las aguas y los pastos deben gozarse en común, a no ser que, en casos especiales, la Corona haya dispuesto otra cosa; 3) que el fomento de la producción agrícola y minera corresponde a la Corona, y que, al respecto, el interés de la comunidad tenga siempre preferencia sobre los intereses individuales, y 4) que el bienestar de los indios debe estar en el centro de la política monárquica.

Que nos sea permitida una breve excursión en relación con este último principio, paternalista, del deber tutelar de la autoridad española para con los "niños con barba", un principio que, es verdad, disminuye su importancia gradualmente en el curso de los tres siglos novohispanos, pero que nunca desaparece en forma total,³ e ilustremos el triunfo de esta tendencia protectora mediante unos casos concretos, tomados de las abundantes constancias en nuestros archivos, relativas a conflictos sobre aguas, casos en los que vemos que las iniciativas (y a menudo victorias) no sólo correspondieron a los españoles: también los indios se volvieron muy cosquillosos en cuanto a sus derechos de aguas, y cualquier contacto, aunque sea global, con los ramos de Indios, Mercedes o Tierras del AGN ilustra la afirmación de R. Greenleaf, de que "thick bundles of surviving documents in the archives show that the Indians of Central Mexico became very astute in such (sc. referentes a tierras y aguas) legal matters".⁴

Así, a mediados del siglo XV, 1544, a petición de los indios de Tabalilpa, De Mendoza hizo demoler una presa construida por unas ciudades españolas que perjudicaba a aquéllos;⁵ en 1557, los indios de Coyoacán obtuvieron del Virrey L. de Velasco una victoria en materia de aguas. inclusive sobre el mismo Fiscal de la Audiencia Lic. Maldonado⁶ y el 13.VI.1630, el Virrey, a petición del pueblo de indios de Santo Tomás Meacatlán (cerca de Cuernavaca), inclusive ordenó traer a la Real Cárcel de la Capital al trapichero español Hernando de Vera Capata por el hecho de haber desviado aguas otorgadas a los indígenas.⁷

Estos casos son de la primera mitad de la fase novohispana, pero en el curso del presente ensayo encontraremos luego, en relación con otros temas, unos casos de triunfos indígenas de la segunda mitad del siglo XVII y durante el siglo XVIII.

³ Por otra parte, la tesis de MURO OREJON, Antonio sobre el camino del paternalismo hacia igualdad (*La igualdad entre Indios y Españoles*, Valladolid, 1975) queda confirmada por la evolución que se puede observar en la política de resolver disputas de aguas; a este respecto, la aureola que al comienzo tuvieron los pueblos de indios gradualmente palidece, y poco a poco el argumento étnico pierde peso, sin volverse jamás completamente inoperante.

⁴ GREENLEAF, R. E., *Land and Water in Mexico and New Mexico, 1700-1821*, 47:2 *New Mex. Hist. Rev.* (1972), pp. 96-104.

⁵ ENOSTRAND, Iris H. W., Univ. of San Diego, *Examination of the History and Laws of Spain and their Application in the Indies*, todavía no publicado, primera versión, pp. 47/8.

⁶ Transcripción de documentos en ANDERSON, A. J. A. et alii, *Beyond the Codices*, Univ. of California Press, 1976, pp. 215-219.

⁷ AGN, Indios, X. 145/6.; ZAVALA, Silvio y CASTELO, M., *Fuentes para la Historia del Trab. en la Nva. Esp.*, Méx. 1939-1946, reimpr. 1980, VI.466.

B. Normas legisladas

La concesión de derechos sobre las *aguas* queda íntimamente ligada a la de *tierras*: como veremos, primero en forma esporádica, y desde el comienzo del siglo XVII en forma ligeramente más frecuente, pero probablemente sin llegar jamás a un 3% de los casos, las mercedes de éstas mencionaban claramente el derecho a aquéllas; además, el otorgamiento de derechos a ciertas aguas pudo considerarse *tácitamente incluido* en algunas mercedes de tierras, aunque de ningún modo en todas. Veamos, por lo tanto, además de las normas indianas más sobresalientes sobre aguas, las referencias a tierras que pudieran tener relevancia para el tema de las aguas.

Importantes para nuestro tema son, en el siglo XVI, los permisos contenidos en Capitulaciones con primeros conquistadores, de tomar para ellos ciertas tierras, y de repartir otras a determinados españoles que les habían asistido en sus aventuras de descubrimiento y pacificación.⁸

Tales capitulaciones a menudo mencionan en forma especial el derecho a ciertas aguas, como, por ej., cuando la Corona, en un permiso para la conquista de la Isla de San Bernardo (1527), añade a la concesión de tierras la décima parte de las aguas que se encuentren en la isla.⁹ También, por ej., en la famosa Merced del 6.VII.1529 a Hernán Cortés, de 23.000 vasallos, con sus terrenos, se menciona en forma expresa que las tierras y aldeas, etc., que compondrán este enorme feudo, contendrán "aguas corrientes, estantes e manientes",¹⁰ pero recordemos al respecto que las concesiones a Cortés, que comprendieron el cerro de Chapultepec, de ningún modo le otorgaron un monopolio de aguas en perjuicio de la Capital: desde el comienzo de la transformación de Tenochtitlán en la nueva ciudad española, las aguas de Chapultepec pudieron ser aprovechadas por el vecindario de la Capital.

Ya pronto, la distribución de tierras por líderes de la Conquista (como Cortés, Nuño de Guzmán, Pedro de Alvarado, Diego de Mazariegos, etc.), así autorizada, fue colocada bajo cierto control de autoridades indianas, y poco a poco cristaliza el sistema de que tales repartos de tierras —en los que ya pronto intervinieron también los Cabildos en cuanto a *solares* para construcción y *suertes* para el cultivo— debieran ser autorizados provisionalmente por Virreyes, Capitanes Generales y Audiencias,¹¹ y que (desde una R.C. del 17.VI.1617 hasta 1754) luego la documentación debía ser enviada a España, para confirmación por la Corona.¹²

⁸ OTS CAPDEQUI, José María, *España en América*, Méx. - Bs. Aires, 1959, p. 12.

⁹ OTS CAPDEQUI, *Ibidem*, p. 13.

¹⁰ OTS CAPDEQUI, *Ibidem*, 16/7.

¹¹ Desde 1754, jueces especiales tenían el control, al respecto, y desde 1786 los Intendentes, con confirmación por la Junta Superior de Hacienda (cf. OROZCO, op. cit., II.768 ss.). Fuera de estas normas básicas, hubo siempre situaciones regionales especiales —véase SIMMONS, Marc, *Sp. Irrigation Practices*, 47.2 N. Méx. Hist. Rev. (1972), pp.

135-150, nota 20, con referencia a Nuevo Méx., las Instrucciones que dio el Virrey a Peralta (sucesor del Adelantado J. de Oñate), 4. *New Mex. Hist. Rev.* (1929), 181 ss., y los poderes que recibieron Gobernadores en el norte, de autorizar repartos de tierras y aguas entre nuevos pobladores (por ej., en Texas, 1730)— 46 *SW Hist. Quarterly* (1962), 76 ss.

¹² Recuérdese al respecto el famoso *Tratado sobre las Confirmaciones*, por A. de LEON PINELO, Madrid, 1630.

En la práctica, esta confirmación fue omitida frecuentemente, y después de recordarse este requisito a los interesados, probablemente sin mucho éxito, por R.C. del 24.XI.1745, la gran reforma de 1754 se contentó con una confirmación a nombre del Rey, por autoridades establecidas en las Indias.¹³

A medida que avanzaba la colonización, al lado de la distribución gratuita de solares y suertes entre los pobladores originales de nuevos asentamientos, la Corona comenzaba a vender con más frecuencia terrenos bastante grandes —sitios de ganado mayor o menor, tierras agrícolas— mediante mercedes *onerosas* estableciendo al respecto un procedimiento con avalúo y subasta. Pero estamos adelantándonos: ¡regresemos al siglo XVI!

Allí se refieren a nuestro tema las Ordenanzas para los Nuevos Descubrimientos, de 1573, y (con antecedentes en 1578 y 1589) la reforma agraria del 1.XI.1591 (véase RI 4.12.14), que impone a los colonos el deber de exhibir títulos, cuando la autoridad lo pidiera, y de permitir que ésta remida objetivamente sus terrenos, recayendo el excedente no justificado en el dominio de la Corona; por otra parte, esta R.C. contiene razonables plazos de gracia, y la suavizante afirmación por parte del Rey de que no exista un “ánimo de despojar” o de “inquietar (sc. a los súbditos) en su posesión”; además, por honesta composición las irregularidades encontradas generalmente podrían remediarse, y la posesión por 40 años, “o tanto tiempo que se pueda tener por largo”, quedaba al margen de esta reforma. Observemos de paso que esta R.C. proclama que la Corona tiene un dominio universal sobre las tierras en las Indias, por haber sucedido en el Señorío que tuvieron allí los Señores de ellas, formulación que obviamente se hizo famosa y que es citada por Solórzano, Carrasco y Avendaño.¹⁴

El 17.V.1631 se expiden reglas adicionales sobre las composiciones (véase RI 4.12.15), y también en 1643, el Virrey Salvatierra expide instrucciones en cuanto a éstas, que más tarde son mejoradas por la Audiencia de México, el 3.VI.1717.¹⁵

En la Recopilación de Leyes de Indias, de 1680, son relevantes para nuestra materia, sobre todo: 2.1.2 (1530 y años posteriores; vigencia supletoria del derecho castellano); 2.1.4 (sobrevivencia del derecho indígena); 2.1.5 (eliminación de recursos contra decisiones en las que se aplicaron normas de protección al indígena); 2.1.32 (requisito de aprobación por Audiencia y confirmación por Corona, de ordenanzas locales —sc., por ej., sobre aguas domésticas—); 2.1.39/40 (1614; requisito de autorización por el Consejo de Indias, para que nuevas normas castellanas valgan en las Indias); 3.2.63¹⁶ (1563; confirmación de la institución de Jueces [indígenas] de Aguas, nombrados por las Audiencias —salvo si la costumbre ya permite su nombramiento por el Virrey, el Presidente o el Cabildo—; de sus decisiones hay apelación ante la Audiencia); 4.5.1 (el deber de otorgar muchas y buenas aguas a los aborí-

¹³ OTS CAPDEQUI, op. cit., 78/81.

¹⁴ Cf. RI. 3.1.1, que justifica la soberanía castellana en las Indias, con referencia a la donación por la Santa Sede “y otros justos títulos”.

¹⁵ AGN Tierras, 188 exp. 5.

¹⁶ Norma todavía considerada, *mu-*

tatis mutandis, como relevante para el derecho mexicano de mediados del siglo pasado, según las Pand. Hisp. - Mej., Méx., 1840, N° 1462. Del título completo de esta obra, se ve que todas las normas indianas allí comprendidas son consideradas como “útiles y vivas”.

genes, para beber y regar); 4.7.7 y 12 (mercedes de tierras siempre se otorgan sin agravio para los aborígenes); 4.7.13 y 14 (sobre la determinación de tierras individuales y comunales); 4.12.1-5 (distribución de tierra —y aguas, mencionadas expresamente en 4.12.4—, según grado y merecimiento, y normas para que los pobladores se arraiguen); 4.12.5 (Virreyes y Gobernadores harán el reparto de tierras, aguas, abrevaderos y pastos, con parecer de los cabildos); 4.12.8 (tramitación de peticiones —ahora de pronto con competencia de Virreyes y Presidentes de Audiencias, en vez de Virreyes y Gobernadores—, con una diferenciación en cuanto a trapicheros, que tantos problemas causaron en relación con su uso de las aguas); 4.12.9 (restitución de lo otorgado en perjuicio de indios); 4.12.12 (protección de agricultura indígena contra ganadería española); 4.12.13 (prohibición de usar tierras de regadío para la ganadería y orden de sembrar allí trigo¹⁷ —no maíz—); 4.12.15-17 (reglas sobre composiciones); 4.12.18 y 19 (protección de los indios, sobre todo en relación con tierras en que hubieren hecho acequias, que por ningún concepto deben perder; y preferencia para los indios que deseen componer); 4.12.20 (control superior sobre otorgamiento de tierras por Cabildos); 4.12.21 (control de la Corona sobre las actuaciones de Virreyes y Presidentes en cuanto a composiciones); 4.17.5 (que pastos, montes y aguas sean comunes en las Indias, siempre que no hubiera título o merced por parte de la Corona que dispusiera otra cosa); 4.17.7 (de 1533; en caso de repartirse antiguos Señoríos de indígenas mediante mercedes, los montes, pastos y aguas que pertenecieron a éstos deben quedarse comunes entre indios y españoles); 4.17.8 (de 1532, que Virreyes y Audiencias hagan lo que sea de buen gobierno en materia de pastos, aguas y casas públicas); 4.17.9 (competencia de Virreyes y Audiencias, con aviso a la Corona, para organizar pastos, aguas y casas públicas para conveniencia de la población y *perpetuidad de la tierra* —¡preocupación ecológica!—); 4.17.10 (protección de agricultura contra ganado), y 4.17.11.

Interrumpamos, en relación con esta última, importante, disposición¹⁸ un momento esta lista, para llamar la atención sobre una duda. Esencialmente, esta norma parece ordenar que los españoles sigan los sistemas de irrigación que tradicionalmente hayan tenido los indios; que éstos intervengan en cuanto a irrigación con aguas que antes hayan tenido para ellos solos; y que todo lo referente a la irrigación se efectúe con parecer de estos indios. Pero ¿no era así que la Corona haría respetar los derechos territoriales tradicionales de los indios sedentarios?¹⁹ ¿Cómo puede ser, entonces, que los colonos tuviesen de pronto derechos sobre ríos que habían pertenecido a aquéllos, debiendo copiar al respecto el sistema de irrigación que los indios habían creado, y usando para esto el consejo de los especialistas indígenas (lo cual sugiere toda ausencia de fricción entre colonos e indios —es más: una cordial co-

¹⁷ Esta liga entre trigo e irrigación no debe hacernos pensar que el trigo procediera, sobre todo, de tierras de regadío; la mayor parte del trigo fue cultivada en terrenos de temporal (GIBSON, C. *Aztecs under Sp. Rule*, Stanford, 1964, nota 126 al Cap. XI.).

¹⁸ GALVAN RIVERA, Mariano, en su *Nueva Colección de Leyes y Decretos*

Mex. en forma de Diccionario, Méx., 1853, menciona RI 4.17.11 (como también RI 4.17.9) todavía como relevante para la vida jurídica de aquella época; en las *Pandectas Hisp. - Mej.*, Méx., 1840, inclusive todas las leyes de RI 4.17.1-17 son citadas como de importancia práctica.

¹⁹ RI 4.12.18.

laboración en relación con el tema de aguas)? La norma básica, al respecto, entre los diversos ingredientes de RI 4.7.11, es de 1536, o sea antes de las tremendas epidemias, que causaron y justificaron un traslado, en masa, de tierras indígenas hacia el mundo de los colonos (a pesar de las restricciones con que la Corona había circundado tales ventas), de manera que en este caso probablemente no se trataba de tierras vendidas por indios a colonos; esta norma obviamente se refiere a una convivencia relativamente íntima entre asentamientos de colonos y otros de indios, sobre un mismo trecho de río, cosa perfectamente posible, a pesar de la adhesión oficial a la teoría de las Dos Repúblicas, en esta fase; no olvidemos que la obligatoria distancia mínima de 1000 varas entre tierras de un asentamiento de colonos y las de un pueblo de indios no era más que de 838 metros.²⁰

Observemos en relación con tales comunidades de irrigación, que hubo dos categorías: a veces el Cabildo las organizaba y vigilaba a través de jueces o alcaldes de aguas; en otras ocasiones se trataba de comunidades espontáneas, sin intervención directa del Cabildo, formadas por propietarios que eligieron a los funcionarios en cuestión (*mayordomos*, por ej., como los que todavía existen en New Mexico).²¹

RI 6.3 contiene normas sobre la reducción de indios, una política que de hecho ha facilitado el traslado de tierras y aguas indígenas hacia la economía de los españoles;²² 6.3.21-25 —con ingredientes que van de 1563 a 1646— reflejan la idea de las “Dos Repúblicas separadas —juntas pero no revueltas—; sin embargo, 4.17.7, ya mencionado, de 1533 (¿todavía?), no deja sentir esta tendencia, que florece en el siglo XVI y que en el siglo XVIII es gradualmente abandonada.²³

De la fase posterior a la promulgación de la Rec. de Leyes de Indias, cabe mencionar unas medidas de la Audiencia de México, ya mencionadas, del 3.VI.1717, y un Decreto Real del 24.XI.1735 (sobre las denuncias de usurpaciones de tierras y aguas).²⁴ Y luego viene la Real Instrucción del 15.X.1754, medida comparable en importancia a la de 1591.²⁵ La venta y composición quedan ahora a cargo de jueces especiales, “Ministros Subdelegados”, con ratificación por las Audiencias; la falta de la confirmación que antes de 1754 hubiera debido solicitarse de España, podría ahora subsanarse mediante simple anotación por los mencionados jueces.

Del reporte de José Cuervo y A. Alta, sobre Nvo. Santander (1757) resulta que la Corona estuvo ayudando con subsidios para obras de irrigación en nuevos asentamientos, pero las subsecuentes Visitas Generales de 1767 en aquellas tierras no muestran grandes resultados de esta bienintencionada política; generalmente, los suelos estuvieron demasiado porosos²⁶ o las riberas estuvieron demasiado altas para irrigación por gravedad, única técnica allí practicada (aunque una irrigación temporal, cuando el río estuviera alto, a menudo era posible).

²⁰ Véase R.C. 26.V.1567, usada para R.I. 4.12.12-18; también mencionada en R.C. 4.VI.1687; HALL, *Laws of Mex.*, S. Francisco, 1885, p. 65. Para la “vara” y otras medidas, véase OROZCO, L. W., op. cit. II. 738-759.

²¹ SIMMONS, Marc, op. cit. 141.

²² MARGADANT, Guillermo F., *La Política de Congregación de Indios en su Fase más Aspera*, Est. en Honor de Recasens Siches, I., 1980, 627-649.

²³ Cf. MOERNER, Magnus, *Estado, Razas y Cambio Social en Hisp. Am.*, Méx., Sep.-Setenta, 1974.

²⁴ AGN, R. Céd. Orig. 74, exp. 80, fols. 1 y 2.

²⁵ El texto puede consultarse, por ej., en Wistano Luis OROZCO, op. cit., 1.59-95.

²⁶ Visita General, Camargo, 1767.

Mencionemos también, aunque no se trate de un texto oficial, el Reglamento General de las Medidas de las Aguas, que el Padre Domingo Lasso de Vega elaboró, en 1761; fue ampliamente usado, y vino a aportar más claridad en la distribución de aguas de irrigación.²⁷ El Virrey de Cruillas apoyó moralmente esta obra mediante su Licencia, y ayudó a darle divulgación.²⁸ Prevé claramente en art. 40, que en caso de escasez, el agua será distribuida por tandas, de acuerdo con una decisión democráticamente alcanzada por todos los interesados.

También es interesante la Instrucción del 12.VIII.1768 del Visitador General de la Nueva España, José de Gálvez, para la colonización de Baja California,²⁹ que prevé un uso comunal de las aguas (art. 5), además de premios (en tierras) por la apertura de norias (art. 11), confirmando la tendencia oficial hacia una distribución del agua de los ríos, proporcional a las necesidades, mediante sistemas comunales de distribución (sin privilegio para los propietarios ribereños, o para los primeros apropiantes). Salvo aparentes excepciones, que veremos, una *propiedad privada* del agua sólo existía en relación con fuentes y pozos en terrenos de particulares (hasta el momento en que tales aguas salieran del terreno de su propietario).

Además, a José de Gálvez se debe la Instrucción para Asignación y Repartimiento de Tierras en los Pueblos de Indios de estas Provincias y los de Españoles,³⁰ del 23.VI.1769, que limita la libertad de indios y (a través de la referencia en art. 12 al art. 8) de españoles, de disponer de la propiedad que nazca de los repartimientos en Sonora: ya no podrán gravar o vender, sólo transmitir por herencia; tendrían el deber de cultivar y con dos años de abandono los terrenos serían objeto de nuevo repartimiento.

Igualmente se debe a Gálvez la Instrucción Práctica que han de Observar los Comisionados para el Reparto de Tierras en los Pueblos de los Cuatro Ríos de Sinaloa, Fuerte, Mayo y Hiaquí, del 25.I.1771,³¹ que prevé para el caso de *avulsio* una solución mejor adaptada a circunstancias locales, que la romanista (contenida en las Partidas y en la literatura del *Ius Commune*). Resulta que cuando los ríos arrancan un pedazo de tierra —algo que sucede allí frecuentemente—, tales trozos de terreno, una vez depositados, son codiciados para siembras de verano; ahora la Instrucción prevé que las orillas donde se encuentran no sean objeto de repartimiento por el Comisionado de la autoridad central, sino que queden a la disposición de los Gobernadores indígenas, que las pondrán a disposición de indios que, en su opinión, tengan méritos especiales, prefiriendo a los que, a pesar de la prudente distancia de los terrenos repartidos por el Comisionado, respecto de los ríos, excepcionalmente hayan sufrido daño por *avulsio*.

Un interés indirecto para nuestro tema tienen las nuevas normas, del 10.IX.1772 para los Presidios, que habitualmente gozaban de un tratamiento generoso en cuanto al reparto de aguas.

²⁷ Véase GALVAN RIVERA, Mariano, *Ordenanzas de Tierras y Aguas*, México, 1842, 1844, 1849, 1855 y 1883.

²⁸ Decreto: del 16.IV.1761, mencionado por GALVAN, op. cit., p. 157, nota.

²⁹ I. RIO CHAVEZ, del, *Utopia in Baja California; the Dreams of José de Gálvez*, Journal of S. Diego Hist., Fall,

1972 (debo el conocimiento de este estudio a la historiadora Engstrand, Iris H. W., S. Diego Univ.).

³⁰ AGN, *Historia*, Vol. 16, Exp. 8, folios 217-228.

³¹ AGN, *Historia*, Vol. 16, Exp. 8, folios 230-231.

También de interés indirecto es, en 1776, la prohibición de comentar las normas oficiales, luego repetida en 1790.³²

En este lugar de la lista cronológica de medidas debe colocarse el Plan de Pi(c)tic (= Hermosillo, Sonora), de 1781 ó 1783,³³ con sus 24 artículos, autorizado por la Corona, de acuerdo con una copia del 14. XI.1789, como modelo general para la organización local (incluyendo los derechos de agua), en caso de posteriores fundaciones dentro de la Comandancia General, un Plan en el que encontramos las huellas de dos personas muy capaces, Pedro Galindo Navarro y el ingeniero Manuel Mascaró.

Encontramos en este documento (arts. 6 y 7)³⁴ que las aguas deben ser para uso común de españoles e indios que residan en el asentamiento (la idea de las "Dos Repúblicas" separadas, desde luego ya había sido abandonada). La distribución de tierras y privilegios de agua quedaba inicialmente a cargo del Gobernador, su Lugarteniente o el Alcalde Mayor; una vez establecido el Cabildo, éste debería hacer la repartición entre las familias, tomando en cuenta las necesidades de cada uno (también en vista del tamaño del grupo doméstico), sus proyectos y sus posibilidades de cultivar la tierra. Por méritos en cuanto al cultivo, posteriormente podría haber reparticiones adicionales. Además, art. 7 establece claramente que, en forma provisional, fuera de los límites de Pitic, todos los pueblos de la comarca podrían usar libremente las aguas, mientras que no intervinieran nuevas mercedes al respecto³⁵ y el art. 19 muestra que se piensa, no sólo en los intereses de los vecinos de Pitic, sino también en los de otros habitantes de la región, prohibiendo dar a los vecinos de la ciudad más de lo que sería equitativo, para no perjudicar a aquéllos. Los arts. 19-23 incl. versan sobre cuestiones de irrigación, previendo la creación de Distritos respectivos, con sus acequias y sus funcionarios especiales para la administración de las aguas.³⁶

La Ordenanza de Intendentes para la Nueva España, de 1786, nos interesa por su art. 81, que da competencia en cuanto a mercedes de tierra y aguas al Intendente; sin embargo, el 12.II.1796 el Virrey y el Presidente de la Audiencia de Guadalajara recuperan importancia, al respecto, después de lo cual el 23.III.1798 se establece de nuevo una

³² GARCIA-GALLO, *Manual de Hist. del Der. Esp.*, Madrid, 1967, sección 589.

³³ AGI, Aud. de G'jara, 518; AGN, Tierras 2773, Exp. 22. Curiosamente, TRELEASE, *Water Law*, 3ª ed., p. 230, todavía en 1979 considera que este Plan es espurio, ya que cree que no se han podido localizar copias.

³⁴ GREENLEAF, R. op. cit., pp. 96-104; MEYER, M. C., *Water Law in the Hispanic South West*, Tucson, 1984, pp. 31-37.

³⁵ La copia de AGN, Tierras 2773, Exp. 22, aunque en general afectada por más descuidos que la copia de Sevilla, contiene en el art. 7, después de "pastos" la palabra "aguas", que falta en la copia sevillana.

³⁶ Este Plan ha sido utilizado desde 1860, mediante discutibles reinter-

pretaciones, como uno de los ingredientes para la creación de la California Pueblo Rights Doctrine (Hart v. Burnett y varios casos subsecuentes, californianos); véase HUTCHINS, W., *Pueblo Water Rights in the West*, 38 Texas Law Rev. (1960), 748 ss.; —"money buys history?"—. También el abuso de la 3ª ed. (1847) del Diccionario de ESCRICHE y MARTIN, Joaquín, el cual vivió de 1823 a 1833 en Francia y estuvo demasiado afrancesado en relación con derechos de aguas (basándose visiblemente en Duranton) contribuyó a la creación de esta institución cuasi india, que en 1958 (Cartwright et al. v. Public Service Cy. of N. Mex.) penetró desde California en New Mexico, y arriesga convertirse allí en un impedimento para una racional centralización de la administración de las aguas del Estado.

excepción en esta materia, a favor del Intendente, en casos de menor importancia, además de hacer optativo el cambio de la confirmación por el pago de un 2% del valor del terreno.

Un lugar aparte ocupan las normas municipales sobre el agua para uso doméstico,³⁷ que, dogmáticamente, como *res communis omnium*, debería tener preferencia sobre el agua para la agricultura, y que, de acuerdo con importantes autores del *Ius Commune*, debería quedarse gratuitamente a la disposición del público. Así, en el Presidio de Santa Rosa, Coahuila, seis acequias eran para agua doméstica, que podría ser aprovechada por cualquiera, sin permiso alguno; y dos para irrigación, bajo un sistema de permisos.³⁸ Sin embargo, el funcionario español, con su buen sentido común mediterráneo y su intuición adogmática del justo medio, produjo compromisos al respecto. No dio una absoluta prioridad al uso doméstico, sino que trató de equilibrar los diversos intereses. Así, en la Capital, la importancia del agua doméstica fue reconocida, pero no al grado de excluir completamente la irrigación de huertas (por ej. de los Franciscanos y Dominicos) del uso del agua que desde Chapultepec vino por acequia, y más tarde por un acueducto apoyado en pilares.³⁹ Y las Actas del Cabildo, que tantas veces nos iluminan sobre los detalles de la administración del agua dentro de la Capital novohispana, demuestran que ya en el siglo XVI esta *res communis omnium* de ningún modo podía tomarse por los ciudadanos sin más trámite: un Auto Acordado del 10.VII.1584 castiga todo uso que no fuera autorizado expresamente;⁴⁰ en aquel mismo siglo ya se exigió en la capital el pago de derechos para el uso del agua doméstica.⁴¹ Por otra parte, cuando la ciudad de Monterrey quería quitar agua a una huerta de una iglesia, que pasaba los sobrantes hacia los pobres, para establecer un sistema de distribución municipal mediante pago de derechos, el argumento de que era la intención del Cabildo, de convertir así un producto de la naturaleza, común a todos, en una "mercancía", fue elocuentemente formulado por el abogado de la iglesia en cuestión, que finalmente triunfó ante la Audiencia de Guadalajara.⁴²

Es interesante que los permisos de agua domésticos, otorgados a particulares, nunca podían crear derechos definitivamente establecidos: el verdadero dueño del agua que corría por las cañerías públicas seguía siendo el "vecindario" de la ciudad y todo permiso dado por el Cabildo fue siempre precario y revocable, como se formula claramente en una R.C. del 18.XI.1803, luego confirmada por una Real Orden del 22.VI.1807, que se refiere a una disputa con el Arzobispo de México respecto del agua que éste necesitaba para su casa, jardín y huerta en Tacubaya.⁴³

³⁷ Para la distribución de aguas domésticas municipales es interesante: R. ALTAMIRA et alii, *Hist. Municipal de Am.*, Méx., 1951.

³⁸ MEYER, op. cit., 119.

³⁹ En la Rioja (Arg.), las Ordenanzas de Aguas del Visitador Fco. de Alfaro, de 1611, limitan el uso de agua para la agricultura, en bien del uso doméstico, pero tampoco en forma absoluta (las viñas gozan de un privilegio, al respecto). DOUCET, Gastón Gabriel, *Rev. Hist. Der.* 4 (1976), 397-425 y 11 (1983) 491-506.

⁴⁰ *Pand. Hisp. - Mej.*, Méx., 1840, N° 1594.

⁴¹ Véase la Guía de las Actas del Cabildo de México hasta 1600, que se hizo bajo dirección de E. O'GORMAN, CFE & DDF, 1970, con su índice alfabético.

⁴² MEYER, op. cit., 158/9; AGN Tierras, 1345, Exp. 11 (vol. 1345, referido por Meyer en su nota 66, debe ser 1395).

⁴³ DUBLAN & LOZANO, *Legisl. Mex.*, I (1876), 303/4 y 316/7.

Observemos todavía que las ordenanzas municipales de aguas raras veces fueron ratificadas por Virrey y Audiencias, aunque, formalmente hablando, este requisito fue la *conditio sine qua non* para la validez de normas expedidas por autoridades locales. Por otra parte, Meyer afirma que en caso de solicitarse tal aprobación, ésta raras veces fue negada.⁴⁴

Evidentemente, las magnas obras de desagüe, efectuadas bajo el Virreinato, también tuvieron sus aspectos jurídicos (financiamiento, problemas laborales, expropiaciones, responsabilidad por desaciertos), pero en esta ocasión dejaremos éstos fuera de consideración.

C. Los Comentaristas

Llegando a esta importante fuente para nuestro conocimiento del derecho indiano, recurrimos, desde luego, primero a Solórzano, el cual describe en V.1.86 de su *De Iure Indiano* (y en VI.12.5 de su *Política Indiana*), claramente el camino desde la generosidad y flexibilidad de, por ej., la R.C. del 27.X.1535, que prevé una avalancha de donaciones de tierras a los que hayan tenido mérito en la Conquista, hacia un creciente pragmatismo financiero y una acentuada severidad, con venta mediante almoneda y control centralizado, que se observan en las próximas generaciones. Más específicamente en relación con el tema de las aguas, se refiere en *De Iure Indiarum* a la popular obra de "Cepola" (Caepolla), *De Servitutibus*, y los *Consilia* 20 y 100 de Valençuela (la referencia al *Consilium* 7 es probablemente un error). Más tarde, en su *Política Indiana* (1646) —VI.12.5— se limita esencialmente a la misma información (omitiendo, esta vez, la referencia a Valençuela), y en ulteriores ediciones, Ramírez Valenzuela completa el texto de Solórzano con el dato de que un Consejero especial en el Consejo de Indias, a través de su Subdelegado en las Indias (algún Oidor), por órdenes del Rey vigilaba las composiciones de tierras, lo cual lógicamente implicaba las composiciones de derechos a las aguas.⁴⁵

Gaspar de Escalona Agüero, en su *Gazophilatium Regium Perubicum*, Madrid, 1675, es un poco más explícito, en II.II. Cap. 21, confirmandonos que "el dominio y la propiedad" de los ríos, fuentes y pozos corresponde originalmente al *Princeps*, que puede conceder derechos al respecto, al "comun de alguna ciudad, villa o lugar, que en tal caso las dichas aguas dexan de ser Reales y se hacen públicas". En este texto no se hace referencia alguna a la posibilidad obvia de conceder derechos de agua a algún *particular* (hacendado, molinero, trapichero, etc.).

El principio justiniano de que el agua no debe ser "*venalis*" (aunque el mismo *Corpus Iuris* mencione excepciones al respecto) es alegado, para que tales aguas concedidas no sean gravadas en forma "ex-

⁴⁴ MEYER, op. cit., 165.

⁴⁵ Además, en V. 1.86 de *De Iure Indiarum* (cf. 6.12.15 de la *Política Indiana*) en derogación del principio inicial de que las aguas en las Indias fueran comunes a todos, Solórzano se refiere a las "*agu(æ) qua(s) Rex Indis, uribus, oppidis aut privatis indulst*" (en cu-

ya lista *oppidum* significa quizás Presidio; el autor hubiera podido añadir las minas y la Iglesia en sus múltiples formas: misiones, monasterios, etc.). Estas concesiones, empero, no fueron otorgadas en tal forma que creasen algún verdadero *monopolio* respecto de algún arroyo o río, como veremos.

traordinaria, contentándose (sc. el Fisco) con la templada y ordinaria contribución destinada a la limpieza y aderezo de los caños”.

Este autor menciona en forma especial que los indios gozan de privilegios en relación con la distribución de las aguas (a cuyo respecto se refiere a una R.C. del 15.III.1642), materia colocada, dentro de sus pueblos indígenas, bajo control de Jueces de Aguas, nombrados por los Virreyes o Presidentes (nombramiento, por lo tanto, sustraído al impacto de los Cabildos).⁴⁶ De las decisiones de estos Jueces hubo recurso ante las Audiencias (R.C. del 16.IV.1636). Finalmente, Escalona nos comunica que esta materia es muy “difusa, que ha movido muchas plumas” y dado lugar a múltiples controversias, a causa de las circunstancias particulares que hacen difícil la normación abstracta y general de esta materia (por ej., la “nativa mudança”; cf. las eternas quejas de que los indios sean tan “andonés”). Al final, este jurista se declara conforme con las opiniones del teólogo Avendaño, manifestadas en el *The-saurus Indicus* de éste, Dec. 245.

Y con esto llegamos a este interesante jesuita, que, por centrar su interés en el fuero interno de la conciencia, combina, generalmente en forma armoniosa, los puntos de vista jurídico y teológico.

Primero afirma⁴⁷ que la Corona ha sucedido en todos los derechos que los soberanos precolombinos habían tenido sobre tierras, aguas, riberas y sus accesorios, de manera que la Corona pueda ahora donar, vender o dar en enfiteusis estos derechos, creando en el patrimonio de los particulares un *plenum dominium*. Este dominio, sin embargo, es limitado en el caso de los indios, ya que éstos no pueden vender lo que ellos mismos necesitarían para conservar su base de sustento. Luego discute unos temas referentes al clero regular y la Iglesia, y en el núm. 163 pasa a explicar cómo ve el tema del agua. En primer lugar opina que las fuentes pertenecen al dueño del terreno, como accesorio comprendido automáticamente dentro de la Merced, y pueden ser aprovechadas por este dueño según su libre arbitrio; pero el *sobrante* del agua que abandona tal terreno, debe estar a la disposición de los demás, y el dueño que perjudique al uso para irrigación que los vecinos pudieran hacer de tales aguas comete un grave pecado contra la caridad, además de obrar ilegalmente. Luego, en núm. 164 De Avendaño habla de los ríos. El hecho de que Justiniano los haya declarado *res communes omnium*, podría hacer pensar que cualquiera podría tomar agua de los ríos para fines de irrigación; pero no es así: todos deben acatar las normas en cuanto a medidas y distribución por tandas, para que el agua aproveche a todos los terrenos (cuestión que hace correr sangre: *pro qua solet usque ad sanguinem decertari*). Llega a la conclusión de que “el Rey distribuye el agua de los ríos como un dueño distribuye lo suyo (sc. dentro de su finca), de manera que ya no parecen ser propiedad del público”. En relación con esta última afirmación, empero, De Avendaño hace una distinción: para fines *domésticos* y *personales* (lavar, beber) el uso del río sigue quedando libre para cualquiera, sin que se pueda requerir pago alguno al respecto; pero nadie puede tomar tanta agua que su uso pudiera redundar en perjuicio público, “como cuando alguien quisiera desviar parte del río hacia su pro-

⁴⁶ Existe una ligera diferencia en cuanto a las autoridades mencionadas aquí, y en RI 3.2.63.

⁴⁷ Caput 21, 157 ss.

pia ventaja, causando un perjuicio a los demás", cosa que sucede en el caso de *irrigación*.⁴⁸ Por lo tanto, es necesario que la autoridad distribuya las aguas destinadas al riego. Una vez que el agua, oficialmente atribuida al propietario de un terreno irrigado, entre en su predio, tal agua es objeto de propiedad privada, pero antes no. Y en núm. 165 llega a la conclusión de que nadie pueda usar más agua, que lo que quede contenido en la Merced real, sin que pequeñas transgresiones, al respecto, como en el caso del que tomara de la acequia común más de lo que oficialmente le correspondiera, deban considerarse como pecado mortal (con carga de restitución), ya que es imposible determinar con gran exactitud (*ad unguem*) cuáles son las necesidades de cada predio: tales detalles se arreglan con la flexibilidad necesaria en toda la vida social, con su "dar y tomar". En cambio, si alguien usa fraudulentamente para un predio suyo agua que ya había entrado a un terreno ajeno y que, por lo tanto, ya era propiedad del otro, entonces sí comete un pecado mortal y tiene, además de otras consecuencias, el deber de restitución.

II. EL DERECHO CASTELLANO

Este fue automáticamente aplicable en las Indias, como derecho supletorio, en cuanto a las normas expedidas hasta 1614,⁴⁹ y después de esta fecha en cuanto a normas que mencionan claramente su aplicabilidad a las posesiones de Ultramar.

El Fuero Juzgo (segunda mitad del S. 7) se ocupa de nuestro tema en 8.4.28-31, a cuyo respecto son interesantes 8.4.29 (*antigua*), que dispone que los ríos "grandes" no deben cerrarse mediante "setos" para pesca o molinos, sino hasta por una mitad, y 8.4.31, expedido por Recesvinto, que castiga el robo de agua de irrigación, y está formulado de tal manera que demuestra la existencia de sistemas comunales con surcos y tandas, en aquella fase preislámica. En esta obra, la distinción entre ríos navegables y los que no lo sean es combinada con un nuevo dualismo, entre ríos grandes (o "mayores") y otros; aunque ríos donde pasan salmones, y que por lo tanto son "grandes", no son necesariamente "navegables", la diferencia práctica entre la tradicional dicotomía romanista y esta nueva probablemente no ha sido muy importante.

Luego, durante el período islámico, cuando el derecho mahometano

⁴⁸ En nuestro medio escasea todavía la literatura sobre la historia del derecho de irrigación. CHAVEZ OROZCO, Luis, *La irrigación en Méx.* (Ensayo Hist.), Probl. Agríc. & Industriales de Méx., II.2. (abril-junio 1950), 11-31., PALERM, Angel, *Obras Hidráulicas prehispanicas*, SEP-INAH, Méx., 1973, y el estudio de Armillas, mencionado en la nota 179 pertenecen más bien a la historia económica y de la técnica, que a la del derecho. Mejor conectado con la materia jurídica es Gastón Gabriel Doucet, en los estudios mencionados en la nota 39. En los EE.UU. sobresalen, en esta materia, los estudios sobre la

irrigación en Nueva España por HUTCHINS, Wells A., *The Community Acequia; Origin and Development*, 31 SW Hist. Quarterly (1928), 261-84; DOBKINS, Betty E., *The Spanish Element in Texas Water Law*, Austin, 1959; GREENLEAF, R., *Land & Water in Mex. and New Mex., 1700-1821*, New Mex. Hist. Rev. 47 (April 1972), 85-112; TAYLOR, William B., *Land and Water Rights in the Viceroyalty of N. Spain*, N. Méx. Hist. Rev. 50 (July 1975), 189-212, y MEYER, Michael C., *Water in the Hispanic Southwest, A Social and Legal History, 1550-1850*, Tucson, 1984.

⁴⁹ RI 2.1.39/40.

acentúa la obligatoria solidaridad dentro de la comunidad de los fieles, y cuando se introduce en España, como añadidura al sistema de irrigación ya existente,⁵⁰ la larga experiencia de gente, acostumbrada a sacar toda la ventaja posible de agua disponible para una agricultura en ambiente semiárido, se reglamenta la irrigación en forma admirable, con flexibilidad y evitando la idea de derechos definitivamente adquiridos sobre aguas.⁵¹ El subsecuente régimen cristiano conservó los méritos de los sistemas locales al respecto,⁵² combinándolos con la idea de 1) una soberanía del *Princeps* sobre ríos grandes, 2) el régimen especial ribereño, y 3) la sistemática prevalencia del interés comunal sobre el particular, tres principios compatibles con los textos justinianos, y el segundo inclusive una creación bastante particular del derecho romano.

Observemos que España o el derecho romano nunca conocieron concesiones al derecho del primer apropiador de un río, y que la situación privilegiada de propietarios ribereños sólo fue una cuestión de hecho (acceso más cómodo al río), pero nunca otorgaba monopolio alguno respecto de las aguas del río. En cambio encontramos desde la fase islámica la clara tendencia hacia una distribución de aguas con intervención de organizaciones locales, según las necesidades de cada uno, y con la preocupación de que nadie desperdiciara lo que otros necesitarían (vigilancia que, por ej. en Cataluña es ejercida por "bailles de agua", y la Bailía General).

El Fuero Viejo de Castilla, con varias capas desde el S. 11, contiene en 4.6 ocho reglas, siete de las cuales se refieren al derecho de molinos, mientras que la octava se refiere a un delito de pesca. El Fuero Real de Castilla, de 1255, sólo confirma la ya mencionada prohibición de cerrar los "ríos mayores" (4.6.6.).

Siguen las VII Partidas (que más tarde tendrían una mayor vigencia en las Indias que en la Península, donde los múltiples fueros locales fueron siempre sus competidores). Siempre debe consultarse la glosa de Gregorio López en relación con esta obra.⁵³

De P. 5.5.15 se puede derivar que los ríos grandes son del soberano (conclusión confirmada por la glosa respectiva de Gregorio López, salvo si el río corre por tierras "aplicadas" a una ciudad, de acuerdo con la teoría "moderna", como dice este autor renacentista). Al lado de tales ríos, pertenecientes a ciudades, existieron ríos que nacieron de fuentes en propiedades particulares, y que eran privados hasta que salieran de éstas (cf. P. 3.31.5. Servidumbres de agua estuvieron *in commercio* (P. 3.31.12).

En esta obra interesan para nuestro tema: 2.11.1 (que impone al Rey el cuidado para que la tierra no quede yerma, lo cual implica en las Indias, donde todas las tierras y aguas corresponden originalmente a la Corona, que su política de otorgamiento de mercedes debe apuntar hacia un uso óptimo de las aguas disponibles, que sólo se consigue mediante una distribución flexible; y efectivamente, la existencia de sis-

⁵⁰ SIMMONS, M., op. cit., deshincha la reputación de la aportación árabe, con bibliografía en las notas 5 y 6.

⁵¹ CAPONERA, Dante A., *Water Laws in Moslim Countries*, U.N., 1954.

⁵² De ahí la supervivencia en español de términos árabes como acuíla,

noria, alforda (impuesto de irrigación) o taluilla (medida agraria).

⁵³ Especialmente el comentario de este autor a P. V. 5.15 es recomendado por el autor indiano ESCALONA (Gazoph., II.II.21, nota b).

temas esencialmente modificables queda ilustrada en numerosos ejemplos de repartimientos de aguas, que encontramos en los archivos indianos); 3.28.3 (interesante por mostrar, por comparación con Ins. 2.1, que el *aqua profluens* de aquel texto justiniano se convirtió, en las Partidas, en "aguas de la lluvia", con cuya traducción arbitraria la contradicción que en seguida señalaremos en la *divisio rerum* de las Instituciones pudo esquivarse); 3.28.6 (ríos pertenecen a todos, también a extranjeros; régimen ribereño —aquí es interesante la glosa de Gregorio López, el cual coincide con Baldo, afirmando de nuevo que los ríos —inclusive los navegables— son de las ciudades cuyos territorios atraviesan (contradiciendo al respecto Libri Feudorum 11.56; cf. la controversia entre Rodericus Suárez, *Allegatio* XVI, y Caepolla), pero como textos básicos del derecho indiano contradicen esta opinión del famoso comentarista de las Partidas, ésta no afecta nuestro tema); 3.28.8 (demolición de lo que perjudique a la navegación); 3.28.26 (reglas romanistas sobre *alluvion* y *avulsio*); 3.28.27 (regla romanista sobre la *insula in flumine nata*); 3.28.28 (sobre el nuevo brazo que convierte parte de un terreno en isla); 3.28.30 (con el problema de saber si la *insula* mencionada debe aprovechar al nudo propietario o al usufructuario); 3.28.31 (cambio de lecho); 3.28.32 (terreno repentinamente cubierto de agua); 3.29.6 ("derechos cualesquier" que pertenezcan al Rey no pueden ganarse por tiempo); 3.29.7⁵⁴ (con el problema de la prescripción en perjuicio de la *comunidad*; el texto legal no menciona expresamente las aguas; la glosa de Gregorio López sí); 3.31.4 y ss., con el tema de las servidumbres de acueducto y la limpieza de acequias (la glosa de G. L. se refiere varias veces a la obra clásica de "Cepola", Caepolla, que más tarde figurará en el presente estudio); 3.32.15 (obstáculos a la irrigación, con interesante glosa de Gregorio López); 3.32.18 (problema del segundo molino); y 3.32.19 (sobre la libertad de excavar pozos, texto que, con su limitación, prevista exclusivamente en caso del *animus aemulandi*, indica un fundamental desconocimiento de los problemas del agua del subsuelo).

El Ordenamiento de Alcalá (1348) otorga al Rey las aguas y pozos para producción de sal (32.48). Luego, la Recopilación de Montalvo (1485) insiste en que no se puede cerrar un río, salvo permiso del *Princeps* (6.12.6.), repite algunos materiales de las VII Partidas, y aporta como novedad 6.10.8 relativo a la construcción de puentes. Las Leyes de Toro (1505) quedan mudas sobre nuestro tema.

La Nueva Recopilación (1567) contribuye algo con 1.3.14; 1.6.3; 5.21.4; 6.15.2 y 7.10.2 (que ordena que no se ponga ningún obstáculo en un río público, aunque no sea navegable, salvo costumbre inmemorable o privilegio real).⁵⁵

En cuanto a la Novísima Recopilación, ya hemos mencionado la posible falta de su "pase" hacia las Indias. De relativo interés es Nov. R. 7.11.27, con las Instrucciones a Alcaldes y Corregidores del 15.V.1788 (en vez de la necesidad de permisos para irrigación, encontramos ahora

⁵⁴ Las discusiones respectivas sobre los ríos públicos en la Lombardía (*privilegium Pacis Constantiae*) cuyo régimen Bartolo quiere extender a toda Italia, no son relevantes para el *Ius Commune* del mundo hispano.

⁵⁵ La literatura sobre este tema a veces menciona también una disposición del 24.VII.1717 de los Autos Acordados, pero le falta la autorización para su aplicabilidad a las Indias.

órdenes para emprender tales obras), pero todo depende de nuestra interpretación en cuanto a la enigmática falta del mencionado "pase".

Luego son de interés indirecto para nuestro tema, a través del elemento "tierra", y sin referencia expresa al agua, salvo en dos casos que apuntaremos, las medidas gaditanas del 26.V.1810 (todavía un "Real Decreto"), que Vanegas publica en la Nva. España el 5.X.1810, sobre el reparto de tierras a los indios; del 13.III.1811 (igualmente sobre repartición de tierras a indios —no a castas—); 6.VII.1811 (eliminación de privilegios de señoríos, referencia expresa al aprovechamiento de aguas en el art. 7); 11.VIII.1811; 9.X.1812 (repartición de tierras a indios, salvo las privadas y comunales, a no ser que las comunales sean abundantes, en cuyo caso se podrá afectar una mitad de ellas, pero siempre sin tocar los exidos); 9.XI.1812 (privatización de propiedades comunales de indios); 4.1.1813 (privatización de realengas y propios, manteniéndose el *statu quo* en cuanto a cañadas, travesías, abrevaderos y servidumbres, art. 2);⁵⁶ 8.VI.1813 (con la misma disposición sobre el *statu quo* en su art. 1);⁵⁷ además se refieren a nuestro tema los Decretos del 19.VII.1813 (reafirmación del Decreto del 6.VIII.1811) y del 31.VIII.1813. La restauración de la Monarquía en 1814 trae consigo la abrogación de estas medidas, pero el Decreto del 31.VIII.1819 para Fomento de la Agricultura contiene reglas para estimular la irrigación y exenciones temporales de diezmos para los que tengan méritos al respecto; el 15.IV.1820 se restablecen las mencionadas normas gaditanas para las regiones de Ultramar, y el Decreto del 22.(29).IV.1820 confirma *expressis verbis* el restablecimiento de la medida del 9.IV.1812. También ha sido relevante la R.C. del 27.IX.1820, que insiste en la privatización de los realengos. Después de la fase indiana —7.VIII.1823— el México independiente confirma las medidas liberales de las Cortes de Cádiz.

En cuanto a los comentarios al derecho castellano, además de Gregorio López para las Partidas, y Azevedo para la Nueva Recopilación, es interesante para nuestro tema la Curia Felípica, Com. Naval, 3.1.

III. IUS COMMUNE

Se ha escrito ya mucho sobre la discrepancia entre, por una parte, las limitaciones legislativas, formales, al uso del *Ius Commune* (cuyo ingrediente iusromanista tiene para nosotros un especial interés en relación con este tema) y, por otra parte, la gran tolerancia práctica para con los argumentos derivados de la literatura del *Ius Commune*.⁵⁸ Es significativa, al respecto, la abundancia de obras que hallamos en nuestras bibliotecas antiguas; se trata de obras costosas, obviamente traídas a las Indias no a causa de su interés histórico y abstracto, sino por su importancia práctica. Las opiniones, relevantes para el tema del uso de las aguas novohispanas, además de los que encontramos en la Gran Glosa y los máximos postglosadores, no proceden únicamente de los

⁵⁶ Pandectas Hisp. Méj., Méx., 1840, N° 2474.

⁵⁷ *Ibidem*, N° 2979.

⁵⁸ Recientemente trató este tema GUZMAN BRITO, Alejandro, *La vigen-*

cia del Derecho Romano en Indias según... CORRAL CALVO de la TORRE, Juan del, Just., Soc. y Econ. en la Am. Esp. siglos XVI, XVII, XVIII, Valladolid, 1983.

principales autores españoles o lusitanos que escribieron sobre el agua de los ríos desde el ángulo de “ambos derechos” (como Antuñez, Diego Covarrubias o Lessius - de Lovaina, Universidad orientada hacia la cultura jurídica española en tiempos de este importante y lúcido autor), sino también los italianos (como Caepolla, Montanus, Gobius, etc.), los del *Mos Gallicus* (como Donellus, Antonius Faber y Cuyacius), varios del *Usus Modernus Pandectarum* (como, en relación con el derecho de los molinos, Heringius) y algunos de la *Iurisprudentia Elegans* (como Noodt, y el omnipresente Vinnius).

Estos autores encuentran inmediatamente un problema fundamental en la imprecisión aportada por los compiladores justinianos a la *Divisio Rerum*: ¿cuál es la diferencia exacta entre *Res communes omnium* y *Res publicae*?, y ¿cuál es el lugar de los ríos en esta división?

La dificultad surge por la colocación de *agua profluens* entre las primeras, y de *flumen* entre las segundas. Hubo intentos, etimológicamente no muy convincentes, de traducir el primer concepto como “agua de la lluvia” y el segundo (desde luego) como “río” (intentos que repercuten en las VII Partidas, como acabamos de ver), pero también acercamientos más sofisticados al problema, distinguiéndose entre el derecho de todos de usar *el agua del río*, distinto del derecho de usar *el río* como tal, derecho sujeto a reglamentación por el *Princeps*, ya que el río mismo es *res publica*. Así surge en la literatura de la segunda vida del derecho romano la idea de que todos tienen derecho de usar el agua del río para beber, lavar y abrevar,⁵⁹ inclusive los que no sean ciudadanos de la región en cuestión; pero el derecho de *navegar* o de *pescar* queda sujeto a reglamentación por el soberano en cuestión, ya que el río como tal es una *res publica*, que no queda libremente a la disposición de todos. El soberano, para el *bonum publicum*, puede reglamentar la navegación en perjuicio de extranjeros, o limitar el derecho de pesca a concesionarios, además de restringirlo por temporadas (vedas) o según la técnica usada. Sin embargo, sólo por buenas causas la autoridad debe intervenir en tales derechos, antes tan generosamente otorgados a todos. Este derecho de reglamentación se extiende al derecho de gravar.

El concepto de “río privado” crece (Gobius presenta nueve “causas” al respecto; otros autores presentan listas un poco distintas), pero al mismo tiempo se restringe, como cuando el río no navegable que contribuya con sus aguas a otro navegable (*flumina ex quibus fiunt navigabilia*) para algunos efectos es incorporado a la categoría de ríos navegables, y por lo tanto públicos (algo que ya vemos en *Libri Feudorum* II.56, cuando Federique I establece la lista de los *regalia*). La diferencia concreta entre ríos públicos y privados sigue siendo vaga. Todavía en el siglo pasado, Muehlenbruch, con base en el *Corpus Iuris*, tiene que referirse a criterios tan imprecisos como “magnitud” y “*existimatio circumcolentium*” —la opinión de la gente de la región en cuestión.⁶⁰

De citas como D. 39.2.24, estos autores sacan argumentos para un incremento del poder del soberano sobre los ríos públicos.

⁵⁹ Cf. el “derecho de la sed” del sistema islámico, que permite siempre beber y abrevar, inclusive en aguas privadas (pero allí sólo en casos extremos y mediante pago equitativo).

⁶⁰ *Doctrina Pandectarum*, Bruselas, 1838, p. 207.

Todo lo anterior, sin embargo, deja todavía fuera de discusión un uso que en las Indias estuvo tan importante: el de irrigación. Los autores en cuestión generalmente resuelven este tema, ligando la irrigación a la navegación: si se trata de un río navegable y la irrigación pone en peligro los intereses del transporte acuático, o causa molestias a éste, el soberano puede y debe intervenir para proteger la navegación contra la irrigación.

Así, para sacar agua para irrigación de ríos *navegables*, un permiso por parte del soberano se impone⁶¹ y tal permiso nunca debe perjudicar a los favorecidos por permisos anteriores, ni tampoco a los que hayan usado agua para irrigación desde tiempos inmemoriales⁶². En caso de duda, se supone que tal autorización sea inherente al predio,⁶³ además de perpetuo, y de generosa interpretación.⁶⁴ Hasta puede considerarse como una *causa favorabilis*.⁶⁵ Tales permisos pueden coincidir respecto de las mismas aguas, en cuyo caso se aplica la regla de *prior tempore, potior iure*.⁶⁶ También es posible que varias concesiones se otorguen al mismo tiempo, quizás en el mismo acto, en cuyo caso, en la eventualidad de escasez, el agua debe repartirse *pro tempora*,⁶⁷ cuyo repartimiento eventualmente podría exigirse mediante un *actio de communi dividundo*.⁶⁸ Las mismas reglas valen respecto de irrigación de ríos, quizás no navegables, pero que contribuyan con su caudal a ríos, interesantes para la navegación, como vimos.

En cuanto a los ríos *no navegables* y que tampoco contribuyan a ríos navegables, todo el mundo puede usar su agua para fines de irrigación,⁶⁹ salvo en caso de:

- 1) una prohibición por parte del soberano;
- 2) perjuicio para algún uso público del agua (como baños públicos o un sistema municipal de irrigación);⁷⁰
- 3) un cambio de lecho, provocado por tal uso, o peligro de escasez de agua⁷¹ (en cuyos supuestos, de todos modos una autorización por parte del soberano puede establecer una excepción a esta excepción).

Evidentemente, el que saque agua para irrigación de un río no navegable, aprovechando la circunstancia de no encontrarse en uno de estos tres casos, pero que no sea propietario ribereño, necesita que algún titular de una propiedad ribereña le dé un permiso personal para llevar el agua por esta propiedad, o, mejor, una *servitus aquaeductus*.

Cabe preguntar si existen mercedes de agua, tácitamente implícitas en mercedes de tierra. Caepolla⁷² defiende esta posibilidad, pero Antúñez⁷³ la niega, opinión que concuerda con el principio romano de que, en caso de duda, el alcance de un acto de generosidad debe interpretarse en sentido mínimo, pero que pugna con la interpretación generosa que Valenzuela Velázquez había ligado a las mercedes, como vimos.

⁶¹ ANTÚÑEZ, op. cit., 3.4.28.

⁶² ANTÚÑEZ, ibídem, 4.11.31.

⁶³ Creándose, por lo tanto, un derecho real, no personal; Valenzuela Velázquez, Cons. 81, 2-6.

⁶⁴ Ibídem, 7.

^{65,66} Ibídem., 35.

⁶⁷ ANTÚÑEZ, 4.11.32.

⁶⁸ Cf. D. 43.20.4.

^{69,70} ANTÚÑEZ, 3.4.23.

⁷¹ ANTÚÑEZ, 3.4.19.

⁷² Op. cit., 31.11.

⁷³ Op. cit., 3.4.52.

El tema se complica algo mediante discusiones sobre el dualismo entre ríos públicos y ríos privados (cf. la palabrita *pene* en D. 1.8.4, o D. 43.12.1.3), pero como esta cuestión parece no ser relevante para las Indias,⁷⁴ donde la Corona era propietario originario de tierras y aguas sin tener que reconocer la existencia de ríos que, por costumbre, concesión previa u otras razones, fueran privados, y como el Rey, aparentemente, no creó este fenómeno de "ríos privados" mediante mercedes expresas, nos limitaremos a señalar en una nota algunas fuentes importantes para el análisis de esta cuestión, para el lector que tuviera interés en este tema.⁷⁵

Los molinos (para trigo, azúcar, textiles, etc.) no causan el mismo problema que la irrigación, ya que el agua cuya fuerza se usa un momento, inmediatamente después suele regresar al caudal principal del río. La discusión respectiva en la segunda vida del derecho romano versa más bien sobre el derecho de un molinero ya establecido de oponerse al uso del mismo río por nuevos molineros (a cuyo respecto el autor indiano Escalona recomienda la monografía arriba ya mencionada del autor alemán Heringius, *De Molendinis*, obra que, efectivamente, se encuentra con cierta frecuencia en nuestras viejas bibliotecas; también es factible encontrar en nuestras colecciones de "pergaminos" a otro autor, Pecchius, que ha escrito sobre este tema en su *Tractatus de Molendinis*, Roma, 1713).

Finalmente cabe mencionar las frondosas discusiones en esta rama de la literatura, acerca de la adquisición de derechos de agua mediante prescripción, contra la Corona, comunidades o particulares. Se encuentra al respecto la afirmación de que *possessio aquae non acquiritur solo usu, nisi adsit titulus*, principio que se apoya en D. 43.20.1 y otros lugares del *Corpus Iuris* (cf. Brunneman, Pérez, Struvius y otros). En caso de uso "inmemorial", empero, el derecho sobre aguas triunfa quizás inclusive sin título o buena fe, también en contra de la Corona y de comunidades.⁷⁶

En cuanto a la adquisición por prescripción contra particulares, sobre todo en relación con *aquae ductus* y *aquae haustus*, el *Ius Commune* es más tolerante que el justiniano, respecto de servidumbres discontinuas; algunos autores ya las quieren tratar como las continuas; otros admiten por lo menos, en relación con aquéllas, la prescripción por tiempo inmemorable, sin título, o por 40 años con título vicioso.⁷⁷

⁷⁴ Cf. MOLINA ENRIQUEZ, Andrés, *Los Grandes Problemas Nacionales*, Méx., 1909, p. 171.

⁷⁵ Son interesantes: ANTUÑEZ PORTUGAL, Dominicus, *Tractatus de Donationibus lurium et Bonorum Regiae Coronae*, Lisboa, 1675, *Caput IV*; CAEPOLLA, Bart, *De Servitutibus*, Lyon, 1660, II. *Serv. Rust. Praed* 32; TUSCHUS, Dom, *Practicae Concl.* Lyon, 1661, 405 N° 26; GOBIUS, Antonius, *Tractatus de Aquis*, en sus *Tractatus Varii*, Venecia, 1700; también el ya mencionado Herin-

gius, en *De Molendinis*, ofrece su versión del concepto de ríos privados, así como MONTANUS, Horatius, en su *De Regalibus Tractatus*, Nápoles, 1634, y PECCHIVS, Fr. Maria, en su *Tractatus De Aquaeductu* Ticino, s.f.

⁷⁶ ALFARO, Fco. de, autor indiano, en su *Tractatus de Officio Fiscalis*, Madrid, 1630, se encuentra muy del lado regalista en estas discusiones.

⁷⁷ Cf. COVARRUVIAS, Var. Res., 1.17.11.

IV. COSTUMBRE INDÍGENA

Sin llegar a la asombrosa técnica de irrigación de las culturas preincaica e incaica, con sus enormes depósitos artificiales, amortiguadores,⁷⁸ los antiguos habitantes del territorio que después correspondería a la Nueva España, habían desarrollado apreciables sistemas comunales de irrigación —lagunas artificiales de notable visión— (además del sistema, diametralmente opuesto a la irrigación, de las *chimanpas*, en el que, en vez de llevar agua a la agricultura, se lleva la agricultura al agua). En estos diversos sistemas de irrigación observamos que la tenacidad de la costumbre indígena ha sido variable de región a región. Pedro Armillas⁷⁹ demuestra, por ej., que en la cuenca del Balsas el sistema indígena de irrigación decayó pronto después de la conquista. En cambio, en New Mexico, sistemas precortesianos ideados por los *Pueblo indians* sobreviven hasta la fecha,⁸⁰ e inclusive gozan de un nuevo auge.⁸¹

De todos modos, la Corona no sólo respetaba la costumbre indígena⁸² en materia de irrigación, sino inclusive la puso como modelo para los españoles, como resulta de RI. 4.17.11. Fco. Meañó⁸³ alega que ciertas semejanzas entre, por una parte el sistema tradicional azteca, con su régimen del callpulli, parcelas familiares en usufructo, y goce comunal del agua, y por otra sistemas medievales españoles con rasgos semejantes, hayan facilitado la supervivencia de las tradiciones indígenas, al respecto.

V. COSTUMBRE INDIANA GENERAL⁸⁴

A causa de la frecuente imprecisión de las Leyes de Indias, en cuanto a contenido⁸⁵ y vigencia espacial, e inclusive contradicciones entre sus disposiciones, además de la escasez de letrados y de libros de derecho,⁸⁶ en muchas regiones indianas, y de la deficiencia de las comunicaciones y, por lo tanto, del control central, es natural que hayan surgido muchas costumbres jurídicas *praeter legem* e inclusive *contra legem*. Cabe

⁷⁸ Sin embargo, por ej. en Tula se creó en la fase precortesiana toda una laguna artificial (véase Códice Ramírez). Para más detalles: PALERM, Angel, *Obras Hidráulicas prehispánicas en el sistema lacustre del Valle de Méx.*, SEP-INAH, 1973.

⁷⁹ Notas sobre sistemas de cultivo en Mesoam., Anales INAH III (1949).

⁸⁰ SIMMONS, Maro, op. cit., 136/8.

⁸¹ Cf. *Las Nueve Acequias Steering Committee para distritos al norte de Albuquerque*, New York Times, 15.IV. 1985.

⁸² Para la tolerancia general respecto de la costumbre indígena, véase R.C. 2.14. 5.2.22 y 2.15.83, y MANZANO y MANZANO, Juan, *Las Leyes y Costumbres indígenas en el Orden de Prelación de Fuentes del Der. Indiano*, 18 Rev. Levene (1967), 65-71.

⁸³ *Las Aguas en los Tiempos Pre-*

colombinos y en la Epoca Colonial, Rev. de Der. y Legis., Caracas, 50 (mayo/junio 1961), 85-96.

⁸⁴ Para este tema, véase TAU ANZOATEGUI, Victor, *La Costumbre como Fuente del Der. Indiano en los siglos XVI y XVII, estudiada a través de los Cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán*, Mem. III. Congr. del Ins. Internac. de Est. del Der. Indiano, Madrid, 1973, 115-191.

⁸⁵ RI. 4.5.7. que dispone que organizadores de nuevos centros de población deban presentar "más o menos" treinta vecinos, "conque no sean menos de diez" —es un precioso ejemplo de la vaguedad de muchas disposiciones indianas.

⁸⁶ Datos concretos e inquietantes al respecto, en BAADE, H., *El Derecho Español y Mexicano en Texas*, conferencia mimeografiada, Austin, 1984.

apuntar que la actitud del *Ius Commune* respecto de costumbres que pugnarán con el derecho escrito, era más tolerante de la que predomina en la dogmática moderna. Por ejemplo, cuando la autoridad se daba cuenta de la existencia de tal costumbre y no se oponía, los autores consideraban que la costumbre generalmente debía prevalecer sobre el derecho escrito (véase al respecto, entre los autores europeos a Lessius y entre los indianos a Carrasco del Saz.⁸⁷

VI. ¿UNA JERARQUÍA DE LOS DERECHOS DE AGUA?

Los encargados de resolver conflictos de aguas (el Cabildo, cuyas decisiones siempre podrían revocarse y modificarse,⁸⁸ Jueces de Agua, algún mediador seleccionado por las partes —como, por ej., el sacerdote—, Comisionados mandados por el poder central, las Audiencias), ¿cuáles factores tomaron en cuenta para sus decisiones?

Eliminando un momento los factores de hecho que pudieran existir al margen del derecho (corrupción y aquellos compadrazgos y otras ligas personales que precisamente en el ambiente de los cabildos se infiltraban con facilidad) podemos señalar lo siguiente.

En primer lugar, los pueblos de *indios* tenían, no sólo en teoría, sino también en la práctica forense y administrativa, como demuestran los archivos, un derecho ante el cual los de haciendas y asentamientos de españoles a menudo tuvieron que ceder (tómese en cuenta, empero, lo dicho en la nota 3).

También era importante que los litigantes mostrasen un *título*, confirmado o, desde 1754, cuando menos anotado, con derechos oficialmente concedidos, en papel sellado, o que, cuando menos, demostraran un uso del agua de "*tiempo inmemorial*". Sin embargo, el hecho de que alguien mostrara un derecho oficialmente concedido, en toda forma, no era necesariamente la última palabra, y Thomas Glick afirma correctamente que "there has been a tendency to overstress the importance of rights in the overall picture".⁸⁹ Efectivamente, en las decisiones sobre aguas observamos realismo, compromiso y flexibilidad, más bien que rigor legalista.⁹⁰ Así, en AGN, Tierras, vol. 933, exp. 1, fol. 10r-v,⁹¹ encontramos instrucciones de 1768, que dio la Audiencia capitalina a un Inspector, en las que se nota qué derechos, aunque bien comprobados, sólo deben tomarse en cuenta hasta donde van las necesidades de las propiedades en cuestión.

Además, para el repartimiento de derechos sobre un río, desde luego *las necesidades* —objetivamente analizadas mediante una "vista de ojos", "reconocimiento", peritos, veedores, etc.—, se tomaron en cuenta. Este elemento de "necesidad"⁹² era un factor de decisión tan fuerte, que a veces superaba las consideraciones estrictamente jurídicas: "aun cuando no tubiera Derecho, la necesidad es la suprema de todas las

⁸⁷ CARRASCO DE SAZ, Francisco, Interpret. ad Aliquas Leges Recop. Regni Castellae, Sevilla, 1620.

⁸⁸ Véase R.C. 18.XI.1803, Pandectas Mej., II.304 y MEYER, op. cit., 156.

⁸⁹ Citado por MEYER, op. cit. 161.

⁹⁰ Cf. MEYER, ibídem.

⁹¹ Transcripción en TAYLOR, op. cit. 211.

⁹² Que quizás tiene sus raíces en el derecho de aguas islámico; MEYER, op. cit. 151.

leyes"⁹³ Cabe observar, al respecto, que no se perjudicaría fácilmente a una hacienda ya comprobadamente productiva, a un presidio (en fin, en varias regiones, el éxito de la agricultura dependía de la eficacia de los presidios), o a una mina (la minería era una *causa favorabilis* para la administración indiana),⁹⁴ para beneficiar personas que vinieran con meros proyectos. Por otra parte, el argumento de recién llegados, que habían venido a estas tierras por sugerencia de la Corona, tuvo gran fuerza.⁹⁵

Agua para fines *domésticos* tenía prioridad sobre agua para riego, aunque no en forma absoluta, como ya vimos.

Pero hubo otros elementos de jerarquización. A veces se otorgaba a algún solicitante sólo derecho a *sobrantes* (*sobras*) de agua que pudieran quedar después de regar otras tierras. El derecho del usuario prioritario quedaba a veces claramente cuantificado; en otras ocasiones hubo sólo una global referencia a sus necesidades. Así surgieron derechos de agua de varios rangos.

Presentaré un ejemplo, ya de fuera de la fase indiana, pero de una época en que ninguna innovación legislativa había ocurrido todavía en cuanto a los principios de la irrigación. El 25.XI.1846, ya fuera de la fase indiana, pero todavía bajo el régimen heredado de la colonia, un nuevo repartimiento de aguas en New Mexico, relacionado con la merced de Las Vegas, permitió a nuevos concesionarios sacar agua para irrigación del río de las Gallinas, pero con la disposición de que en caso de escasez las nuevas acequias debían cerrarse para que toda el agua corriera de nuevo por el lecho del río, en beneficio de los usuarios más abajo, que tenían derechos más antiguos.⁹⁶ Aquí encontramos, por lo tanto, una clara jerarquía de derechos de agua, "juniores" y "seniores".

Así, en este caso vimos que los derechos concedidos *anteriormente* prevalecieron sobre los de creación posterior⁹⁷ (ya que las mercedes generalmente contienen una cláusula de "sin perjuicio de terceros");⁹⁸ sin embargo, tal aplicación del *prior tempore, potior iure* no era absoluta, ya que la Corona se reservó siempre el derecho de modificar el régimen de las aguas, y a veces se encontró precisamente el argumento contrario a la prioridad del derecho más antiguo, alegando el titular del derecho más reciente que, como la autoridad había concedido su nuevo derecho con plena conciencia de la existencia de un derecho previo, su interés, obviamente, había pesado más que el interés en aguas que tuviese su adversario.⁹⁹

Normalmente, beneficiarios *río abajo* estuvieron protegidos contra obras espontáneas (y entonces ilegales) que hicieran propietarios río

⁹³ Este argumento es formulado así en un caso mencionado por MEYER, op. cit., 152. El solicitante en cuestión triunfó finalmente ante la Audiencia de Guadalajara.

⁹⁴ Las Orden. del Trib. Gral. de la Minería de Nueva Esp., del 22.V.1783 (que pueden consultarse, por ej., en la Rec. Sum. de Beleña), demuestran el interés en un entrega suficiente de aguas a las minas.

⁹⁵ MEYER, op. cit., 160; AGN, Prov. Internas, 163, Exp. 3 (1731).

⁹⁶ EBRIGHT, M., *The Las Vegas Community Land Grant*, reporte todavía no publicado, 1985.

⁹⁷ Para una aplicación de este principio en Venezuela, por Providencia del 2.11.1788, véase el estudio mencionado en la nota 84.

⁹⁸ Sobre significado y variantes de esta cláusula, véase TAYLOR, op. cit., 195/8, y MEYER, op. cit. 152 ss.

⁹⁹ MEYER, op. cit., p. 149, con referencia a AGN, Tierras, 1018, Exp. 3 (1778).

arriba; y si éstos habían recibido una nueva merced que perjudicaba a aquéllos, también podían alegar que la cláusula de "sin perjuicio" había sido violada, en cuyo caso se llegó habitualmente a algún nuevo repartimiento (en cambio, en caso de acequias, los de más abajo evidentemente no podían protestar contra lo que hiciesen los de más arriba, en caso de haberse juntado aquéllos al conjunto de brazales, contraacequias, sangrías, etc., sin arreglo previo con las autoridades de la acequia).

Así, varios factores se tomaron en cuenta, en forma realista y flexible, para llegar a un repartimiento de aguas social y económicamente justificado en un momento dado y esencialmente modificable a la luz de nuevas circunstancias. El espíritu de *rebus sic stantibus* estuvo siempre presente en tales arreglos, y Meyer observa con razón que los derechos de aguas, mucho más que los derechos sobre tierras, estuvieron susceptibles al impacto de algo parecido a un "dominio eminente" por parte de la Corona.¹⁰⁰

VII. EL PROBLEMA DE LOS DERECHOS IMPLÍCITOS

Hallamos mercedes de tierra que comprenden *expresamente* derechos de agua;¹⁰¹ por ej., "dos días de agua", tantos "surcos" o "naranjas", "reales", "bueyes",¹⁰² etc. (pero casi¹⁰³ nunca a toda el agua de algún río o arroyo). También encontramos mercedes que sólo se refieren a agua, en cuyo caso se trata a menudo de otorgamientos para regularizar una situación surgida a raíz de una merced de tierras que haya omitido la referencia a aguas,¹⁰⁴ u otorgamientos adicionales de aguas, necesarios a causa del crecimiento de las necesidades.¹⁰⁵ En otros casos, para no tener que reajustar constantemente la cantidad de agua, originalmente otorgada, se concedió de antemano un margen para crecimiento futuro (por ej., en el caso de San Antonio, 1731, este margen era de una quinta parte).¹⁰⁶

Sin embargo, la gran mayoría de las mercedes de tierra no mencionan *expressis verbis*¹⁰⁷ los derechos de aguas, de manera que cabe preguntar si tales derechos, para fines de irrigación, no quedaban a veces *tácitamente* implícitos en alguna merced de tierras.

Betty Dobkins¹⁰⁸ da una contestación negativa a esta cuestión, pero Taylor,¹⁰⁹ después de extensa investigación en los archivos, discrepa, al

¹⁰⁰ Op. cit. 108.

¹⁰¹ El primer caso que TAYLOR localizó en el ramo de Mercedes, AGN, era de 1584. Para un caso combinado, de 1591, que me deja con dudas acerca de la equivalencia entre "1/5 de toda el agua" y "3 días por mes"; cf. LOPEZ PORTILLO, E., *Apuntes para la Historia Antigua de Coahuilla y Tejas*, ..., p. 392.

¹⁰² GALVAN, op. cit., 151-157, explica estas medidas.

¹⁰³ La palabra "casi" se impone, a causa del caso mencionado en la nota 121: "A fact is a stubborn thing..."

¹⁰⁴ CHEVALIER, op. cit., p. 63, nota 3, referente a San Felipe, Celaya.

¹⁰⁵ Ejemplos en MEYER, op. cit., pp. 136/7.

¹⁰⁶ MEYER, op. cit., p. 137.

¹⁰⁷ TAYLOR, op. cit., 197, encuentra que sólo en algo como 2 ó 3% de los miles de casos que estudió, una concesión de tierras va unida a una concesión de aguas. Sin embargo, desde el comienzo del siglo XVII, tales mercedes que combinen tierras y aguas se volvieron un poco más frecuentes: p. 196.

¹⁰⁸ *The Spanish Element in Texas Water Law*, Austin, 1959, p. 130.

¹⁰⁹ *Land & Water Rights*, 207.

respecto. Luego, Meyer¹¹⁰ presenta una prudente posición intermedia, considerando que puedan haber derechos de aguas implícitos en los casos en que la merced se refiera a tierras de *regadío*, *huertas*, *labores*, *labranzas*, o *tierras de pan llevar*¹¹¹ (pero no simplemente simenteras, agostaderos, tierras de pan sembrar o de pan coger, tierras de trigo de aventurero, de temporal, etc.).¹¹² Recuerden al respecto los dos principios del *Ius Commune*, ya mencionados arriba, —a primera vista tan difíciles de conciliar—, de que, si por una parte una merced es una *causa favorabilis* y merece, en caso de duda, una generosa interpretación, por otra parte toda donación debe recibir una interpretación restrictiva, limitada a lo claramente dispuesto. Recuerden también la ya mencionada controversia entre Antúñez y Caepolla sobre derechos de agua, quizás tácitamente implícitos en una merced de tierras para la construcción de un presidio.

Para terminar, quisiera añadir a la discusión respectiva el dato siguiente: Prudencio Antonio de Palacios, titular de una larga y distinguida carrera indiana desde fines del siglo XVII hasta mediados del siglo XVIII, escribe en su comentario a RI 4.17.11.¹¹³ “Las aguas vienen en concesión de los campos, *aunque no se expresen*, porque las aguas son necesarias para regar los campos” (énfasis añadida). Para apoyar esta opinión, el autor cita C. 11.62.1.

VIII. MERCEDES Y REPARTIMIENTOS

Así como la composición resultó ser una alternativa viable de la adquisición de terrenos mediante merced, varios derechos de agua no nacieron de mercedes de agua, sino de *repartimientos*, o sea, repartición de aguas entre varios interesados, al establecerse un nuevo asiento, o después de un reparto anterior, en vista del descontento manifestado por alguno(s) de los vecinos (o inclusive no-vecinos) individuales, u otra comunidad. Tal repartimiento podría resultar de un acuerdo voluntario entre los interesados, alcanzado a menudo con ayuda de un mediador; pero en otros casos (y éstos son los que más frecuentemente sobreviven en nuestros archivos), estos repartimientos eran actos de autoridad. A menudo fue el Cabildo que tenía que tomar una decisión en primera instancia, pero si se trataba de una pugna de intereses entre personas no pertenecientes al mismo asentamiento, el Alcalde Mayor se ocupaba del asunto, después de lo cual la decisión podría recurrirse ante la Audiencia. En los procedimientos respectivos, se nota que la autoridad trataba de alcanzar un acuerdo entre las partes, más bien que imponer desde arriba su opinión.

Unos ejemplos. En 1643, el repartimiento de aguas de Yzucar resultó insatisfactorio, de manera que el Virrey ordenó una reestructuración total del sistema (lo cual confirma que los derechos de aguas nunca eran

¹¹⁰ MEYER, Michael C., *The Legal Relationship of Land to Water in Northern Mex. and the Hisp. Southwest*, 60: 1 N. Mex. Hist. Rev. (1985), 61-79.

¹¹¹ Para los términos de “pan coger”, “pan llevar”, “pan sembrar”, véase GALVAN, op. cit. 90/91.

¹¹² MEYER, Michael C., op. cit. 69-73.

¹¹³ Notas a la Rec. de Leyes de Indias, ed. Bernal de Bugeda Beatriz, UNAM, 1979, p. 292.

definitivos: tenían carácter precario, quedando siempre supeditados a nuevos criterios por parte de la autoridad superior.¹¹⁴ A petición de indios de Tulancingo contra colonos que tomaron demasiado agua, la Audiencia ordenó un nuevo sistema de distribución proporcional a comprobadas necesidades agrícolas de todos los involucrados, mediante racionamiento por medidas o por horas (1742).¹¹⁵

En el caso de S. Francisco de Malpaís (1750-52) una queja de indios llevó hacia una nueva distribución de las aguas de dos fuentes, arriba en el monte, entre dos haciendas, un convento, una villa española y el pueblo de indios en cuestión, después de una determinación de las necesidades objetivas de todos los interesados, mediante intervención de peritos, en un procedimiento en el que todos tuvieron oportunidades de presentar sus argumentos. El sistema ordenado por el Alcalde Mayor, luego aprobado por el Virrey, dio un resultado que parece haber satisfecho a todas las partes.¹¹⁶

IX. ¿MONOPOLIOS DE AGUA?

La propiedad de *tierras* derivada de una merced, era relativamente firme, una vez cumplidos los requisitos de cultivo (dentro de un año) y posesión durante cuatro años.

Cabe decir: "relativamente firme": no olvidemos que la tierra podía recuperarse por la Corona en caso de quedarse sin cultivar durante —generalmente— cuatro años consecutivos, y que hallamos la cláusula expresa en mercedes, de que en caso de necesitarse la tierra en cuestión para fines sociales superiores (por ej., una congregación de indios,¹¹⁷ o el establecimiento de un presidio)¹¹⁸ se revocaría la merced, "sin pago, recurso o indemnización de ninguna especie".

Más precario era el derecho concedido sobre *aguas*. Un asentamiento gozaba, es verdad, de toda el agua que objetivamente necesitaba de las fuentes, sitas en su territorio; pero respecto de los sobrantes no podía hacer valer derecho alguno.¹¹⁹ Evidentemente, hubo muchas haciendas individuales que con su concesión de tierras habían recibido derechos a aguas; pero nunca en forma *exclusiva* o *definitiva*. Inclusive las concesiones de aguas a comunidades (núcleos de indios o de colonos) no tuvieron tal carácter,¹²⁰ y si excepcionalmente parecieran haber recibido un "derecho total" sobre ciertas aguas, decisiones posteriores podrían siempre ordenar un repartimiento nuevo, más equitativo aunque, formalmente hablando, con violación de tal "derecho total" original.¹²¹

¹¹⁴ AGN, Mercedes, XLVI. 317-341. CHEVALIER, François, *La Form. des Gr. Domaines au Mex.*, París, 1952, p. 288.

¹¹⁵ Engstrand, op. cit. 51/2.

¹¹⁶ Engstrand, op. cit. 51/4.

¹¹⁷ TAYLOR, op. cit., p. 196. Sin embargo, en caso de necesitarse la tierra para un asentamiento de españoles, el propietario podía recibir una indemnización al precio corriente; TAYLOR, *ibídem*, 195.

¹¹⁸ MEYER, op. cit., 155, con referencia a AGI, Aud. de G'jara, 270.

¹¹⁹ AGN Tierras, 79 exp. 8, f. 4r-v ofrece un ejemplo.

¹²⁰ Una excepción al respecto es mencionada por TAYLOR, op. cit., p. 211, nota 37, donde un pueblo de indios recibió, con fundamento en el *prior tempore, potior iure*, un derecho exclusivo sobre una corriente de agua.

¹²¹ Según GLICK, T., en el mejor de los casos, el derecho proporcionaba un marco general dentro del cual se arreglaban los problemas de aguas; y si resultaba que un arreglo era insatisfactorio (yo añadiría: *ab initio* o por

Efectivamente, a la luz del principio básico, tantas veces repetido en la antigua literatura sobre tierras y aguas, de que el interés individual siempre debe ceder ante el comunal, y el de grupos pequeños ante el general,¹²² sería sorprendente encontrar una concesión de aguas en forma exclusiva a algún particular o inclusive a una comunidad. Quizás es demasiado fuerte la afirmación de la Prof. I. Engstrand, de la University of San Diego, que ha hecho estudios especiales sobre este tema,¹²³ de que "No law, order or decree has been found, which provided exclusive water rights to any one person, settlement or institution": se conocen casos, como acabamos de ver,¹²⁴ pero, a pesar de encontrarse a veces, en forma excepcional, tal aparente concesión de un monopolio de aguas, básicamente todo queda en el ambiente de flexible distribución equitativa, que tome en cuenta las necesidades comprobadas y que permita siempre a la autoridad volver a establecer una nueva base para el sistema de repartimiento de aguas. Es verdad que la consideración de las necesidades existentes quedaba templada por cierta concesión al "*prior tempore, potior iure*"; recomendado al respecto por el *Ius Commune*, como hemos visto; pero la autoridad virreinal de algún modo quería petrificar a la luz de dicho principio, la distribución de aguas, requerida por el bien común.

Un ejemplo entre muchos: los colonos de S. Francisco de Bexar alegaron haber recibido derecho a toda el agua del Arroyo de San Pedro; por otra parte, algunas Misiones de aquella región reclamaron el mismo derecho; el Virrey decidió que las aguas en cuestión debían ser gozadas en común (carta de Casafuerte a Fray G. de Vergara, 25.X.1731). Después de algunos vaivenes, el agua del arroyo en cuestión y del río de San Antonio fue distribuida, en 1733, entre cinco Misiones, un Presidio y ciertos colonos, según las reglas de R.I. 4.17.11, con un sistema de turnos en caso de escasez.

X. EPÍLOGO

Con este conjunto flexible, realista y polifacético, de normas y costumbres, además de principios dogmáticos y usos administrativos, el derecho sobre las aguas de la Nueva España alcanzó el momento de la Independencia (1821). Luego, Leyes de Colonización, de carácter federal y algunas de índole local¹²⁵ aportaron a veces ciertas modificaciones, y finalmente se presentó la bifurcación de 1847/8: gran parte del territorio mexicano pasó hacia los EE.UU., traslado luego todavía incrementado por el Tratado-Gadsden; pero art. VIII del Tratado de Guadalupe-

circunstancias sobrevinientes) se hicieron los cambios necesarios en los derechos otorgados, a menudo con resistencia de los afectados (*The Old World Background to the Irrigation System of S. Antonio, Texas* W. Univ. Press, 1972, 51).

¹²² Cf. P. 3.28.8: beneficios de todos no deben ser impedidos por beneficios de algunos.

¹²³ Op. cit., p. 46.

¹²⁴ Una vez más: TAYLOR, op. cit., p. 211, nota 37, *in fine*. El *prior tempore, potior iure* parece haber sido el fundamento de este monopolio de aguas, véase además el caso de S. Antonio, del final de este párrafo.

¹²⁵ Véase al respecto OROZCO, op. cit.

Hidalgo¹²⁶ preveía que el vecino septentrional respetara, en los territorios amputados, el perfil de la propiedad raíz, lo cual incluye el régimen de aguas. Como este perfil surgió a menudo de mercedes de la fase novohispana, observamos en los EE.UU. una a menudo compleja litigación, en la que se ha intentado —y sigue intentando— determinar con detalle cuál haya sido el régimen de aguas en el derecho indiano. Es interesante, al respecto, cómo se haya elaborado en California una teoría de “pueblo water rights”, que implica que mercedes de aguas concedidas a núcleos de población en tiempos virreinales o del México independiente, hasta 1848, contuvieran un derecho prioritario, autoexpansivo en forma automática, a favor de los municipios que puedan considerarse como sucesores de los concesionarios originales. La deficiente base histórico-jurídica de esta teoría ha sido reconocida, entre tanto, pero la S. Corte californiana, en Sacramento, ha preferido no modificar la jurisprudencia establecida, en virtud de tantas decisiones que particulares y comunidades ya habían tomado, confiados en dicha teoría. Se trata, entre tanto, de frenar que esta teoría cuasi indiana se proliferara hacia otras entidades federativas.¹²⁷

En el resto del territorio mexicano, el derecho de aguas ha quedado sujeto a importantes innovaciones de carácter local hasta 1888, y luego sobre todo de índole federal, culminando, por el momento, en el complejo conjunto de normas, manejado, básicamente, por la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos, en cuyo centro se hallan, sobre todo desde 1926 (Pres. Calles), importantes normas de irrigación (y además, desde luego, la Ley Federal de Aguas).

¹²⁶ El Art. X acentuaba todavía este principio, pero no fue ratificado por el Senado norteamericano.

¹²⁷ Texas ya la rechazó (Valmont Plantations, 1962; Medina River Watershed; In re Contests of City of Laredo —1984—. La situación en New Mexico está sub júdice, con una victoria inicial

de los Pueblo Water Rights (Cartwright, 1958). Véase HUTCHINS, Wells A., Pueblo W.R. in the West, 38. Texas Law Rev. (1960) 748-762, y CLARK, R. E., The Pueblo W.R. Doctrine in N. Mex., 35. N. Mex. Hist. Rev. (Oct. 1960), 265-283 (con algunas observaciones discutibles, por ej. en cuanto al Plan de Pitic).