

LAS AGUAS DEL SUBSUELO EN EL DERECHO INDIANO

REALIDAD HISTÓRICA VERSUS DOGMA ABSTRACTO
EN LA ESTRUCTURA GENERAL DEL DERECHO INDIANO

EL PROBLEMA DE LA VIGENCIA DE NORMAS
SURGIDAS DE ERRORES CIENTÍFICOS

Guillermo Floris MARGADANT S.

I. INTRODUCCIÓN

En 1985, en una ponencia presentada al VII Congreso de la Historia del Derecho Indiano, en Santiago de Chile,¹ ilustré —mediante ejemplos tomados de la posición de las aguas ante el derecho— la *flexibilidad* del derecho indiano, un sistema que en muchos de sus aspectos merecería más bien la etiqueta de “Política Indiana” (recuérdese el título de la gran obra de Solórzano de Pereira) que de “Derecho Indiano”.²

En esta ocasión ilustraré la *imprecisión dogmática* del derecho indiano, y demostraré —también mediante ejemplos relacionados con el agua— cuánto cuidado debemos tener de no estudiar esta materia en un ambiente de análisis exegético, rigurosamente lógico-dogmático, de las palabras que hallamos en sus normas y en los documentos que nacieron de la aplicación de éstas.

Y algún día espero poder completar estos estudios sobre la *flexibilidad* y la *imprecisión dogmática*, mediante un tercero, sobre las múltiples *contradicciones* dentro del derecho indiano.

¹ La ponencia fue publicada en 13 *Revista Chilena de Historia del Derecho* (1987), 227-252, pero como no me avisaron de los proyectos de publicación respectivos, también en el primer número de los *Cuadernos Mexicanos de Historia del Derecho* (1989).

² El connotado experto norteamericano del derecho indiano en cuanto a las aguas, Michael C. Meyer de la Universidad de Arizona, reconoció recientemente que “there is no longer any doubt concerning the elasticity of the Hispanic water rights”, y esta “elasticidad” puede observarse en muchos otros aspectos, no sólo en materia de

II. LA APLICACIÓN FORENSE, ACTUAL, DEL DERECHO INDIANO EN ESTADOS UNIDOS

En las últimas décadas en Estados Unidos hemos tenido varios ejemplos sonados de litigación alrededor de intereses económicos muy fuertes, dentro de las regiones que fueron trasladadas de México hacia nuestro vecino durante el siglo pasado. En estos litigios el derecho indiano ha jugado o está jugando un papel importante.³

Generalmente, en estos casos se trata de aguas que corren en la superficie, pero recientemente también se han presentado problemas relacionados con aguas del subsuelo,⁴ de manera que los problemas tratados en el presente ensayo tienen una dimensión pragmática moderna.

Ésta se debe al hecho de que, en virtud de la interpretación predominante del artículo VIII del Tratado de Guadalupe-Hidalgo, el derecho mexicano relativo al sistema de la propiedad en las partes de México que en virtud de aquel Tratado fueron trasladadas hacia Estados Unidos, se prolongó hacia la realidad posterior a 1848.

Este principio corresponde a una tradición jurídica norteamericana bien arraigada en textos de autoridad: ya el famoso Presidente de la Suprema Corte, John Marshall,⁵ observa que es contrario a las costumbres que un conquistador haga más que sustituirse al soberano y asumir el poder en el territorio conquistado, de manera que, en opinión de él, la conquista limita su efecto a un cambio de la liga de fidelidad del pueblo y una disolución de su relación con el antiguo soberano; y mientras que el nuevo soberano no aporte modificaciones, las relaciones entre los ciudadanos individuales, o el perfil de su derecho de propiedad, no son perturbados.⁶

Como nunca he visto una norma general, expedida entre 1821 y 1848 sobre este tema de las aguas del subsuelo, la investigación sobre

aguas (The living legacy of Hispanic groundwater law in the contemporary Southwest. 31 Journal of the Southwest, 3 [autumn 1989], 287-299; esta cita está en p. 291). Langdum llamó la atención, por ejemplo, sobre el gran margen de juego entre el derecho escrito y las sentencias dictadas por la justicia mexicana en California durante las últimas décadas antes de la anexión.

³ Sobre este tema, véase la ponencia presentada en este mismo Congreso por el eminente conocedor del derecho mexicano, profesor Hans Baade, de la Universidad of Texas.

⁴ El caso *Maricopa* tiene cierta fama al respecto.

⁵ En *US vs. Percheman*, 7 Pet. 51, 86.

⁶ Véase M. C. Meyer, *Water in the Hispanic Southwest — a social and legal history, 1550-1850*, Tucson, 1984, p. 289.

la situación jurídica de tales aguas en 1848, nos lleva hacia el derecho novohispano.

III. EL AGUA DEL SUBSUELO ANTE EL DERECHO HISPANO: P.3.32.19

El derecho romano, confirmado a este respecto por el *ius commune* medieval, otorgaba al dueño de la superficie el derecho al subsuelo ("hasta los infiernos", como aclaran los romanistas medievales: allí comienza el régimen de otro propietario, muy poderoso). Y este derecho implica el de usar las aguas que contenga tal subsuelo, como vemos en D. 39.2.24.12 (Ulpiano, con referencia aprobatoria a Trebacio),⁷ luego suavizado por D.39.3.1.12 (del mismo autor).⁸ Pero las invasiones germánicas habían sometido este principio a erosión, y en el derecho vulgar romano, del Occidente de Europa, ya había comenzado a penetrar el principio germánico de que *las minas* (o sea *no todo el subsuelo*) pertenecen a la Corona.⁹

Además, inclusive si el caso de que el derecho romano de la práctica, durante los siglos "oscuros" de la Edad Media —o sea el derecho "vulgar" romano—, se hubiera quedado fiel al principio clásico romano, de las minas como accesorias a la superficie, esto no habría cambiado en Castilla la realidad jurídica respectiva, ya que el derecho romano vulgar (y, desde la alta Edad Media, su forma más sofisticada, el derecho justiniano, o sea romano-bizantino), era tan sólo derecho *supletorio* (si acaso)¹⁰ del sistema jurídico que durante la Edad Media y el Renacimiento estuvo en vigor en Castilla, y tuvo que retroceder ante el principio visigótico —contrario al respectivo principio romano— de que los minerales del subsuelo pertenecían a la Corona.¹¹

⁷ Esta cita establece que no hay acción contra el que en su terreno abre un pozo, por cuya obra se corta una corriente de agua subterránea hacia un pozo del vecino; el primero sólo ejerce su derecho, de manera que no se expone a reclamaciones.

⁸ Esta cita establece una excepción a la regla anterior, si existe el *animus vicino nocendi*.

⁹ El Breviario de Alarico ya ilustra la transición respectiva; véase F. Luchaire, "Le problème de la propriété des mines et ses solutions dans l'antiquité". *Annales Universitatis Saraviensis*, 1954, Saarbrücken, III, 3-4, 223-237.

¹⁰ Desde 1505 (Leyes de Toro) esta supletoriedad es *de facto*, más que *de iure*.

¹¹ En otras ramas del derecho germánico este principio se extiende inclusive a los tesoros, lo cual tiene una graciosa repercusión en Fausto II, de Goethe ("la escena del papel-moneda"), y en la Ópera de Carl Orff, "El Rey y la Mujer Intelectual".

Por lo que a *las minas* se refiere, este principio se encuentra claramente formulado en las Siete Partidas,¹² obra por lo demás de sabor predominantemente romanista.

En su origen estas Siete Partidas no habían sido más que una orientación general que el rey Alfonso el Sabio ofrecía a sus súbditos para el caso de que decidieran cambiar su sistema jurídico regional (por ej., uno de los famosos derechos forales): no era una obra impuesta con carácter de obligatoria; pero en 1348, en el Ordenamiento de Alcalá, las Siete Partidas alcanzaron por fin un rango oficial, aunque sólo de derecho supletorio. Sin embargo, este principio, de que las minas correspondieran a la Corona fue confirmado *expressi verbis* por dicho Ordenamiento mismo, de manera que esta regla no surgía del derecho supletorio, a través de las Partidas, sino que era un principio legal de vigencia primordial.

La Conquista desencadenó un traslado en masa, desde Castilla hacia las Indias, "de cultura material y de materia cultural" (en la feliz frase de M. C. Meyer, de Arizona), y dentro de aquélla vino acá el contenido de las *Siete Partidas*. Éstas, en su patria, como derecho supletorio, habían sufrido la competencia de los fueros locales, pero que, por ausencia de tales fueros en las Indias, aquí únicamente tuvieron que retroceder a) ante normas castellanas de creación posterior a 1348 y b) ante normas expedidas *ad hoc* para aplicación en las Indias o parte de ellas.

Ahora bien, en la Nueva España ¿se limitaba la mencionada regla germánico-castellano-indiana a las minas, o se extendía, por analogía, hacia las *aguas del subsuelo*?

Para Castilla, aunque no necesariamente para las Indias, esta pregunta encuentra una contestación en una ley de las Siete Partidas que ocupa un lugar central en la discusión sobre este tema: P. III.32.19:¹³ un propietario puede sacar libremente agua de su subsuelo, siempre que no lo haga con el fin exclusivo de causar perjuicios a su vecino —aplicación del principio romano de que *malitiis non est indulgendum*.¹⁴

Por lo tanto, en Castilla el derecho de la Corona al subsuelo sólo se limitaba a los minerales, y el agua del subsuelo era un elemento acce-

¹² P. III.28.11.

¹³ Esta Ley tiene sus raíces en el *Digesto*: D. 39.3.21; 43.24.1 pr.

¹⁴ "No debemos ser tolerantes con la malicia", o sea con el deseo de molestar a otro y de causarle daños o perjuicios. El posglosador Paulus de Castro aclara al respecto que la mala fe se presume en el caso de que la persona que alumbre en su terreno aguas del subsuelo lo hiciera sin beneficio (véase las glosas de Gregorio López a P.3.32.19).

sorio de la superficie.¹⁵ Este principio castellano luego se extendía al derecho español en general,¹⁶ cuando en España las Leyes de Aguas de 1866 y 1879 confirmaban que "pertenecen al dueño de un predio en plena propiedad las aguas subterráneas que en él hubiera obtenido por medio de pozos ordinarios" (artículo 18 de la ley de 1879)¹⁷ y cuando el Código Civil español de 1889 en su artículo 408 confirmaba que las aguas subterráneas que se hallasen en predios de dominio privado eran de dominio privado.¹⁸ Sólo en 1985 la Ley de Aguas española puso la explotación de aguas subterráneas por el dueño de la superficie bajo control estatal.

IV. CIENCIA FÍSICA Y DERECHO

En este punto cabe hacer una observación esencial, de sentido común: *¡no se puede esperar un tratamiento jurídico razonable de las aguas del subsuelo, en normas procedentes de una época en que en el mundo de los legisladores nadie se daba cuenta de la realidad física detrás de este fenómeno!*

El profesor Meyer dice al respecto: "el conocimiento de las aguas subterráneas era muy rudimentario. Quizás el agua que aparecía en manantiales vino de fuentes subterráneas; quizás simplemente había

¹⁵ En otras partes de España, este principio ha sido limitado cuando en Castilla subsistía. Así vemos que en el Reino de Valencia, una Instrucción del 13.IV. 1783 por una parte abría la posibilidad de que terceros alumbrasen aguas del subsuelo de algún particular contra la voluntad de éste, prefiriéndose la "pública utilidad" al interés de un propietario, pero al mismo tiempo inclusive el particular que quisiera alumbrar aguas subterráneas en su propiedad, necesitaba seguir un procedimiento administrativo y obtener un permiso.

¹⁶ Para el desarrollo de este tema en la Madre Patria, es recomendable: El Derecho de Aguas en España, por Alfredo Gallego Anabitarte, Ángel Menéndez Rexach, y José Manuel Díaz Lema, publicado en Madrid por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo.

¹⁷ La Ley de 1879 sólo limitaba el derecho del dueño, al respecto, por el requisito de una distancia mínima de 2 metros (en población) o 15 metros (en el campo) entre la obra de alumbramiento y el límite de la finca vecina, y por la condición de que pozos *artesianos* no aparten aguas públicas o privadas de su corriente natural —artículo 23— (una limitación que el artículo 19 no establece para pozos ordinarios).

¹⁸ Es verdad que el Decreto Ley de Minas de 1868 requería para la explotación de aguas subterráneas una concesión, pero una Real Orden del 5.XII.1876 resolvía esta contradicción entre la Ley de 1866 y el Decreto-Ley de 1868 a favor de la primera.

estado allí siempre; de todos modos, el abastecimiento parecía ilimitado".¹⁹

Efectivamente, sólo la relativa escasez convierte una sustancia en un bien "económico", con lo cual esta sustancia entra bajo las reglas del derecho patrimonial; mientras que tal sustancia no alcance un nivel de escasez en comparación con su demanda, no es interesante para el derecho. Por ejemplo, originalmente, el aire no interesaba al derecho; pero una vez que aire fresco, respirable sin riesgos, comenzaba a convertirse en un bien conscientemente deseable y cada vez más escaso, una avalancha de normas vino a ocuparse del aire.

El agua *de superficie* era escasa en muchas partes de Castilla y de las Indias, y por esta razón encontramos que el legislador y la justicia se ocupan de ella, pero la (equivocada) idea de que un propietario que sacaba agua del *subsuelo* de su terreno, con este acto no aumentaba la escasez de agua a sus vecinos inmediatos o remotos, era una consideración que guardaba las aguas del subsuelo fuera de la órbita de interés de legisladores y jueces.

En la nota correspondiente a la cita anterior, el profesor Meyer se refiere al hecho de que la comprensión actual de la mecánica y de las intercomunicaciones del agua del subsuelo encuentra su origen en 1674, cuando el científico francés Pierre Perrault publicó ideas al respecto, pero que estos conocimientos no entraron en la jurisprudencia española durante los años de la dominación hispana en las tierras que en 1821 se convirtieron en México.²⁰

Así, en los famosos Comentarios a las Ordenanzas de Minas de Francisco Xavier de Gamboa, Madrid, 1761,²¹ el docto autor se apoya en el padre Falck²² y en el jesuita Jerónimo Lagomarsinus,²³ para explicar cómo es posible que inclusive arriba en las montañas existan ríos y fuentes de agua subterránea. Allí el agua asciende,

según la opinión de algunos por los varios movimientos o tempestades del Océano, al modo que en el cuerpo humano, por la contracción del corazón, sube la sangre arriba. Otros afirman que siendo la tierra como árida esponja, atrae y chupa las aguas del mar, como la esponja la de un vaso. Otros ponen toda la fuerza en la de los

¹⁹ M. C. Meyer, *op. cit.* en la nota núm. 6, p. 120 (traducción mía).

²⁰ *Op. cit.* en la nota precedente, núm. 22.

²¹ Miguel Ángel Porrúa hizo en 1987 una pulcra reedición facsimilar de esta obra.

²² *Mundus ad Spectabilis Contemplationem*, 9.3.4.

²³ *De Fontium Origine*, notas 23, 26, 29 y 30.

cilindros o columnas, que forman las aguas del mar, que introducidas por los canales de la tierra, fuerzan las aguas a subir sobre los montes. Otros lo atribuyen al calor subterráneo; de forma, que como al hervir el agua en el alambique se separan de las partes crassas las más ligeras y suben para arriba. . .”

Finalmente, Gamboa se coloca del lado de Falck, el cual atribuye los ríos subterráneos no a una sola causa, sino a todas juntas, “diciendo que tienen origen o del mar, o del rocío, y nieves disueltas, o de los vapores”.

Todo esto demuestra que aun las mentes más claras de la España y de las Indias de la segunda mitad del siglo XVIII, se encontraban todavía en una fase precientífica en cuanto a la naturaleza y mecánica de las aguas del subsuelo.

En la segunda mitad del siglo pasado Cirilo Franquet llevó una idea acerca de la mecánica hidráulica de las aguas del subsuelo hacia la conciencia de la elite española, lo cual se dejó sentir en la Ley (española) de Aguas de 1866, cuando las mejoras técnicas en cuanto al bombeo comenzaron a obligar al legislador a ocuparse seriamente de aquellas aguas subterráneas. Pero en aquel año la nueva legislación española tenía para México no mucho más que el interés general que siempre tiene el derecho comparado.

V. LAS AGUAS YA ALUMBRADAS ANTE EL DERECHO HISPANO P.3.32.13

Existe, empero, otro problema relacionado con las aguas del subsuelo.

El dueño de un terreno tiene la facultad de llevar estas aguas hacia la superficie²⁴ sin necesitar permiso alguno, como hemos visto (P.32.19). Son “sus” aguas. Pero una vez que las haya sacado hacia la superficie, puede surgir la duda de si este dueño es completamente libre

- a) para decidir sobre su curso inicial;
- b) para cambiar éste a su antojo, dentro de su terreno, y
- c) para hacer obras que afecten la cuantía de los remanentes.

Una contestación clara a la segunda de estas tres preguntas se encuentra en P.3.32.13, que forma una mancuerna con P.3.32.19. Esta ley dispone que el dueño en cuestión, a pesar de que se trate de “sus”

²⁴ O sea de “alumbrar” estas aguas.

aguas, no tiene la facultad de cambiar su curso en perjuicio de sus vecinos: P.3.32.13 le prohíbe que "alçasse pared o fiziesse estacada o valladar o otra lavor en su heredad, de guisa que el agua no pudiesse correr por el lugar por do solía".

En otras palabras, una vez que el agua del subsuelo haya surgido a la superficie, en forma natural o mediante obras especiales, cae bajo el régimen común y corriente de las aguas corrientes, caracterizado por la protección del *status quo*, que ya el derecho romano protegía contra cambios artificiales mediante el sistema accional englobado en la *actio de aqua pluviae arcenda*.

También la tercera pregunta queda probablemente contestada por P.3.32.13, aunque no en forma tan diáfana. En caso de disminuir los reman(i)entes, si el dueño hace que ya no todo el agua corra "por el lugar por do solía", viola lo dispuesto en dicha Ley.

En cuanto a la primera pregunta, caben dudas.

Cuando se trata de aguas que, mediante obras especiales o por alguna modificación hidráulica natural dentro del seno de la tierra, por primera vez surgen hacia la superficie, no se puede hablar de lugares "por do solía" correr. ¿Puede el dueño del terreno que hace una noria o que destapa una vena de agua en la parte superior de su terreno, preparar de antemano para las aguas que van a alumbrarse, un lecho especial? O en el momento de descubrir el nacimiento de un manantial en su terreno, ¿puede designarle un camino especial, artificial, a la nueva corriente? ¿O deberá resignarse ante el curso natural que las nuevas aguas tomen o hubieran tomado a través de su terreno, de manera que el destino de los remanentes quede fuera de su arbitrio?

No conozco un tratamiento teórico de esta cuestión en la literatura jurídica de la fase indiana, y supongo que sólo los archivos podrán mostrarnos cómo estas cuestiones han sido resueltas en diversos casos concretos, alrededor de hechos que se hayan presentado en varias partes del inmenso territorio de las Indias, y si hay, al respecto, cierta homogeneidad de criterio.

Pero la contestación a la primera pregunta —en la práctica seguramente la más importante— resulta claramente formulada en P.3.32.13.

VI. LAS AGUAS DEL SUBSUELO EN LAS INDIAS: GENERALIDADES

Por la semejanza del problema de las aguas subterráneas con el de los minerales que se encuentren bajo la superficie de terrenos privados, hablaremos un momento de esto último.

El traslado hacia las Indias del principio de que la riqueza mineral del subsuelo corresponde a la Corona tuvo sus aspectos nebulosos,²⁵ pero las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno, de 1584, confirman que las minas (en la Nueva España) son propiedad de la Corona, por su naturaleza y origen, así como por su "reunión",²⁶ ordenada por la Ley VI.13.4 de la Nueva Recopilación; pero luego, en V.2 de aquellas mismas Ordenanzas, encontramos que la Corona, "sin separar las minas de su Real Patrocinio", da las minas a sus vasallos "en propiedad y posesión", de manera que puedan venderlas, permutarlas, rentarlas o donarlas, heredar o legarlas.

Se trata de un buen ejemplo de la dificultad de interpretar dogmáticamente los derechos castellano e indiano. El "Real Patrocinio", dentro del cual quedan las minas, no es el "Real Patrimonio", sino que, probablemente, debe considerarse como un derecho subyacente de reglamentación y, en situaciones excepcionales, de recuperación, que el soberano se reserva en cuanto a las minas concedidas a particulares en "propiedad y posesión"; por lo tanto se trata de un ejemplo de *dominium eminens*, más pronunciado en materia de minas que en materia de aguas (aunque también allí queda un amplio campo disponible para medidas derivadas del *dominium eminens*) y en materia de tierras (donde la facultad de expropiación ilustra la existencia de un *dominium eminens*, aunque menos amplio que en materia de aguas).²⁷

Por lo tanto, en el derecho indiano el *dominium eminens* era un aspecto del poder de la Corona que estuvo inherente al poder jurídico privado sobre el subsuelo, las aguas y la superficie, en cuantía variable.

VII. ¿ERA APLICABLE EN LAS INDIAS EL PRINCIPIO DE P.3.32.19? UNA CONTESTACIÓN DOGMÁTICA, APRIORÍSTICA

Es verdad que las VII Partidas tuvieron en las Indias una aplicación más amplia de la que tuvieron en su patria, Castilla; en tierras

²⁵ Cf. González, María del Refugio, en el tercer capítulo de la obra colectiva *Minería Mexicana*, publicada por la Comisión de Fomento Minero, México, 1984.

²⁶ Esta ordenanza de 1559 no corresponde completamente a la lógica: insiste en que las minas de oro, plata y azogue (¿sólo ellas?) siempre han sido parte del patrimonio real, y luego las "incorpora" en dicho patrimonio. En vez de una "reunión", una "nueva unión", se trata de la insistencia en una "unión" que *de iure* nunca dejó de existir.

²⁷ La amplitud del *dominium eminens* en materia de tierras, que existió en el derecho indiano parece más considerable de lo que observamos en el derecho moder-

castellanas, las Siete Partidas, como derecho supletorio, sólo tenían eficacia en ausencia de reglas aplicables que uno podía encontrar en los diversos fueros locales y en el Ordenamiento de Alcalá; pero como en las Indias no hubo fueros locales, la aplicabilidad de las Partidas no se encontraba tan fácilmente restringida por normas competidoras de jerarquía superior, como sucedía en Castilla.

Sin embargo, a primera vista y dogmáticamente hablando, las Siete Partidas no debían tener aplicación en presencia de alguna norma de derecho indiano (en sentido estricto),²⁸ que fuera incompatible con aquella obra medieval alfonsina.

La Corona castellana, por concesión papal (fundamento muy discutible fuera del mundo católico, e inclusive de implicaciones controvertidas dentro del mundo hispano) y por derecho de conquista (argumento más fuerte) había adquirido un derecho fundamental a todas las tierras y aguas de las Indias. Este principio fue ajeno al sistema jurídico de Castilla, y en virtud del mismo los particulares o agrupaciones sólo podían demostrar tener derechos sobre tierras y aguas en virtud de una merced o composición, obtenida de la Corona o sus delegados,²⁹ por las cuales el Rey se hubiera desprendido del *dominium utile* sobre estos terrenos o aguas, reservando en ellos sólo un *dominium directum* o un *dominium eminens*, de acuerdo con lo que acaba de explicarse.

VIII. UNA CONTESTACIÓN CONTRARIA A LA APRIORÍSTICA, SUGERIDA POR UN CASO OFRECIDO POR NUESTROS ARCHIVOS: APLICABILIDAD EN LAS INDIAS DE TANTO P.3.32.19 COMO P.3.32.13

Sin embargo, en contra de la lógica conclusión anterior encontré recientemente un caso concreto interesante en el archivo del Ramo Civil, 188.3.22-42, de la Real Audiencia del Reino de la Nueva Galicia, en la Biblioteca Pública del estado de Jalisco.

no, ya que en el derecho indiano se conocen casos de expropiación de terrenos por razones imperantes de estructuración del territorio (establecimiento de congregaciones de indios, fundación de presidios), sin la indemnización correspondiente.

²⁸ O sea alguna norma expedida expresamente para las Indias.

²⁹ Un fundamento sólido para esta construcción se encuentra en RI IV.12.14, relacionado con el comienzo de la política de las composiciones. Esta ley es un extracto de una Cédula más amplia, cuyo texto completo se encuentra en varias publicaciones, de las cuales quizá la más accesible es ahora Solano, 132. También es importante para este tema la Política Indiana de Solórzano, VI.12.9 y ss.

La preparación del presente congreso me llevaba varias veces a Guadalajara, donde mi amistad con la doctora Carmen Castañeda me puso en contacto con el importante archivo de dicha Audiencia, y allí, utilizando el índice para localizar los casos de aguas entre los casi 4,000 expedientes del Ramo Civil, encontré una controversia acerca de un intento de indios de construir una presa de cal y canto, en perjuicio de una hacienda. Lo analicé, en busca de datos acerca de la actitud de las autoridades cuando había conflictos sobre aguas entre indios y españoles, pero encontré, de paso, algo que para mí resultaba más interesante: ³⁰ un indicio acerca de la posible vigencia de P.3.32.19 en la Nueva España, a pesar de su aparente incompatibilidad con el principio indiano general del poder original de la Corona sobre todas las tierras y aguas. De paso encontré también un argumento a favor de la vigencia de P.3.32.13 en la Nueva España.

Los hechos del caso eran los siguientes.³¹ En la hacienda de los Mora, sita en la subdelegación de La Barca, nacía el arroyo de Chacale, que, en las circunstancias originales, naturales, durante parte de la época seca solía quedarse sin agua. Para poder disfrutar del agua durante casi todo el año, en beneficio de un portreo suyo, más abajo, los Mora habían construido una presa para almacenar agua antes de aquella temporada de sequía. Por debajo de esa presa el arroyo pasaba un momento por tierras de un cercano pueblo de indios, Jamay o El Jamain; se juntaba allí con aguas de un arroyo más modesto, cuyo origen se encontraba en terrenos comunales de aquellos indios, para regresar luego al terreno de los Mora y al potrero que, gracias a la presa, recibía agua durante casi todo el año.

Unos cinco o seis años antes del inicio del juicio, los indios, en sus propios terrenos, o sea en el corto trecho del arroyo donde éste pasaba por tierras comunales de ellos, habían construido una presa de estacadas —o sea de ramas y troncos—, sin pedir permiso a los Mora, y alegando más tarde que esta presa sólo se refería a las aguas que nacieron en sus propios terrenos —algo que los Mora negaron—. Sin em-

³⁰ Un típico ejemplo de lo que en el mundo anglosajón se llama "serendipity": uno busca A, pero inesperadamente encuentra algo más interesante: B (el término de "serendipity" tiene su origen en un cuento orientalista del aristócrata inglés Hugh Walpole, de la segunda mitad del siglo XVIII, muy conocido por sus cartas flamboyantes y chismosas, pero injustamente olvidado en cuanto a sus graciosos cuentos).

³¹ Faltan algunas fojas al expediente, quizás por el hecho de que al escribano de Cámara se le cayó el tintero, borrando dos fojas, como se menciona en el expediente.

bargo, esta presa era, obviamente, bastante porosa, de manera que los Mora no habían considerado necesario levantar una protesta.

Ahora bien: seis años no son diez años, y sólo por el transcurso de este último lapso los indios hubieran tenido el argumento de haber adquirido, por prescripción adquisitiva *inter presentes*, la servidumbre de tener una presa (de estacadas) en aquel arroyo.

Como ya dije, los indios alegaron en el transcurso del proceso que la presa se refería no tanto a aguas que procedieron de una fuente en terrenos de la hacienda, sino más bien a aquel modesto arroyo que corría desde una fuente en sus propios terrenos. Pero este argumento no parece muy fuerte: de las aguas de este segundo arroyo, los Mora de todos modos habían recibido siempre los remanentes, y cualquier cambio artificial en corrientes de agua, que repercute en el *status quo*, debe ser autorizado por todos los interesados en forma de un permiso o, mejor todavía, de una servidumbre confirmada por prescripción, principio derivado de P.3.32.13, cuya vigencia en las Indias el Fiscal confirmaba.³²

En 1798 los Mora habían visto que los indios estaban acumulando materiales para convertir la ruda presa de estacadas, en una presa de cal y canto, y se dirigieron a la Audiencia de la Nueva Galicia, en Guadalajara, para impedir esta nueva obra.

El Fiscal de la Audiencia era, *ipso iure*, el Protector General de los indios, y lo vemos muy activo, en este caso. En su argumentación en apoyo de los indios (cuya causa, formalmente visto, parece más bien débil), lo vemos alegar aquella Ley de las Partidas, como punto de partida para un curioso razonamiento analógico, que podemos reformular en esta forma: si, en materia de aguas, las Partidas permitirían a los indios hacer obras *verticales*, aunque con éstas perjudicaran a sus vecinos (siempre que tal perjuicio no fuera la finalidad de las obras), ¿porqué no podrían hacer obras *horizontales*?

Además (olvidando que no todo lo que es económicamente recomendable tiene el sello de aprobación de parte del Derecho), el Fiscal alegaba que una presa de estacadas requiere un cuidado perpetuo y reparaciones continuas, de manera que era lógica la iniciativa de los indios de mejorar técnicamente, lo que ya habían hecho.

³² Esta norma "prohíbe que alguno haga labor en su eredad por la qual se estanque o extravie el curso de las aguas con perjuicio de las eredades vecinas", pero el Fiscal, en defensa de los indios, consideraba que esta norma no era aplicable al presente caso ya que "queda combencido que aunque se fabrique la preza cuestionada [o sea la de cal y canto] correrán las aguas libremente como ahora sucede sin embargo de la presa estacada."

La Audiencia no tomó muy en serio estos argumentos, y sentenció que los indios debían contentarse con la presa existente, de estacadas.

Esta decisión, en realidad, favorecía en parte a los indios, convirtiendo su derecho a la presa, *todavía atacable* (ya que aún no habían transcurrido los diez años para la prescripción adquisitiva de la servidumbre respectiva), en un derecho *definitivo*, ya protegido por el efecto de la cosa juzgada contra una eventual *actio negatoria* (o *actio de aqua pluviae arcenda*, denominación más estrecha de lo que en realidad era el campo de eficacia de esta acción) de parte de los Mora.

Por lo tanto, se trataba de una sentencia conciliatoria, que concedía básicamente la razón a los Mora, pero que otorgaba también una pequeña ventaja jurídica, *ex novo*, a los indios, como "benigno temperamento a los extremos en que se encontraron las contrarias pretensiones".

Sin embargo, contra esta pequeña victoria de los indios, los Mora no recurrieron al recurso de la súplica y se contentaron con su propia victoria, sólo ligeramente menguada por esta concesión a los indios.

Pero éstos sí recurrieron a una súplica, y dentro de ésta su representante, el Fiscal, propuso que se permitiera a los indios construir su presa de cal y canto, bajo la condición de que, en cualquier momento los Mora pudieran exigir a los indios que abriesen una compuerta para dejar pasar más agua hacia el potrero de los Mora, más abajo. Además, el Fiscal se pregunta por qué los mora no abrirían una zanja desde la presa grande, arriba en su terreno, hasta el potrero —una curiosa sugerencia, que parece pecar contra el principio de P.3.32.13, del *status quo* en materia de aguas, cuya vigencia en las Indias el Fiscal había reconocido expresamente. Finalmente, el Fiscal recurre a la demagogia, y dice de los Mora que ellos "como poderosos hombres quieren dejar sentir su mano sobre los infelices indios".

Los Mora protestaron contra la proposición de que la compuerta siempre se abriría a su petición, y la Audiencia les hizo caso, confirmando su sentencia original. El evidente argumento contra la solución conciliatoria, propuesta por el Fiscal, era que tales pedimentos de abrir la compuerta se convertiría fácilmente en un "seminario de litigios". ¡Efectivamente!

Aunque esto no tiene importancia para el tema central de este ensayo, por la curiosidad del caso quiero añadir que los indios, a pesar de su relativa derrota, tranquilamente continuaron construyendo su presa de cal y canto, de manera que los Mora, en 1799, unos meses después de la sentencia, solicitaron a la Audiencia la autorización de

demoler esta obra. Luego, obviamente, hubo negociaciones entre las partes cuyos detalles no constan en el expediente (es posible que los indios hayan esgrimido el argumento que los Mora no tenían derecho de tener su hacienda tan cerca de un pueblo de indios, con violación de la obligatoria zona de protección de mil varas —algo que el Fiscal, de paso, ya había mencionado según el expediente—); y finalmente vemos cómo los indios y los Mora se dirigieron de común acuerdo a la Audiencia, en 1801, pidiendo la homologación de su convenio de transacción, a la cual la Audiencia accedió el 12.III.1801.

Resultado: la presa de cal y canto podía quedarse, y en caso de sequía, los Mora tendrían el derecho de exigir que se dejara pasar más agua por la compuerta.

Para nuestro tema, lo importante de este expediente es que en la Nueva España hayan sido alegadas, por un Fiscal, las Leyes P.3.32.13 y 19 de las Siete Partidas, como válidas en estas tierras. Por lo tanto, uno no podía cambiar en perjuicio de vecinos el curso de las aguas que nacieron de una fuente en su terreno (Ley 13) y uno podía alumbrar libremente las aguas subterráneas por debajo del terreno de uno, aun en perjuicio de vecinos, siempre que uno no obrara así por malicia (Ley 19).

Es verdad que la sentencia fue dictada sin tomar en cuenta el argumento basado en la Ley 19; por otra parte, la vigencia de ella en las Indias tampoco fue refutada por la Audiencia.

IX. OTRO INDICIO DE LA VIGENCIA DE P.3.32.13 EN LAS INDIAS

Contrariamente a lo que afirma Escriche³³ (y lo que acepta, probablemente bajo la autoridad de éste, M. C. Meyer),³⁴ un propietario no podía desviar el curso de aguas, nacidas de una fuente en su terreno, si tal acto causara un perjuicio a terceros. En las Indias, siguiéndose al respecto el derecho romano, a través de las Partidas (P.3.32.13), el *status quo* en materia de aguas quedaba protegido contra cambios artificiales. Esto queda confirmado, no sólo por el caso anterior, sino también por el expediente 243.4.3237 del mencionado Ramo Ci-

³³ Para dudas sobre la calidad de Escriche como orientador acerca del derecho español, véase *State of Texas v. Valmont Plantations* (1962) 346SW 2nd 853 (Court of Civil Appeals *allidant sub nom.* Valmont 355 SW 2nd 502 (Texas Supreme Court)), donde Escriche queda definitivamente enterrado como autoridad sobre derechos de agua en tiempos novohispanos del México independiente.

³⁴ *Op. cit.* en nota 6, Ch. VI.

vil, de 1808, donde un Presbítero-hacendado, Antonio Plateros, dueño de la Hacienda San Pedro de la Labor, protestaba contra el hecho de que su vecina, la hacendada María Antonia Ramírez, estuviera menguando el remanente que el actor siempre había recibido de la hacienda de ella, por el hecho de desviar hacia terrenos de los indios de Ixtlán, jurisdicción de Ahuacatlán ("sus socios"), mediante "canoas", parte del agua que nacía de una fuente en el terreno de ella. De un juez inferior (designado como el "juez territorial") el Presbítero ya había recibido una sentencia favorable en un juicio restitutorio sumario, pero como los indios no querían permitir que se quitaran las canoas, el Presbítero se dirigió ahora a la Audiencia. Lo que pidieron luego los indios, el 18.X.1808, es que pudieran quedarse las canoas allí durante el juicio ante la Audiencia, para que no se perdiera su cosecha de caña de azúcar; en caso de perder el pleito, pagarían entonces al presbítero una "pensión" por esta agua; ya el día siguiente a su petición la Audiencia les concedió este favor. Luego protestó el presbítero, muy consciente de su alta dignidad espiritual, que sus cultivos eran "de mayor consideración que los pegujales de uno u otro indio". El Sermón de la Montaña es demasiado noble como para ser contaminado con la vil realidad económica.

Afortunadamente, la Audiencia insistió en la suspensión de la sentencia de aquel "juez territorial" hasta que ella misma hubiera revisado el caso. A este respecto el cuidado por el tributo puede haber sido un factor importante entre las consideraciones de los oidores (es que los indios alegaron que la caña dulce era su único "arbitrio"³⁵ para el pago del tributo).

Es todo lo que el expediente nos cuenta; pero se nota que la protesta por un vecino, contra una desviación de aguas procedentes de una fuente, ya había dado buen resultado en nivel judicial inferior, y que, obviamente, inclusive los indios mismos estuvieron contemplando la posibilidad de que, de nuevo, quedarían derrotados.³⁶

X. MÁS INDICIOS

El principio de que las fuentes pertenezcan al dueño del terreno donde brotan, aunque no sean mencionadas expresamente en el texto

³⁵ O fuente de ingresos.

³⁶ Señalo en beneficio de colegas-investigadores, que otros expedientes importantes para nuestro tema son: AGN, Tierras, vol. 1799, exp. 10, acerca de aguas que proceden de una fuente en terrenos privados, y que son reclamadas por un asentamiento de indios, más abajo; AGN, *Provincias Internas*, vol. 163, exp. 3.

de la merced o composición en cuestión, queda aparentemente confirmado en otras publicaciones de gran autoridad para el derecho indiano.

Así, en 1761, Lasso de la Vega publicó una obrita privada, "De las medidas de Aguas", en el cual cita con aprobación una opinión del *Thesaurus Indicus*, escrito en Perú por Avendaño, en el sentido de que fuentes pertenecen al propietario de la tierra donde tienen su origen, y son parte y producto de la tierra, de manera que son mercedadas junto con la tierra".³⁷ El hecho de que Lasso de la Vega haya recibido una patente oficial para su obra, no significa que la autoridad haya avalado todas sus opiniones: tal patente era simplemente una figura precursora de nuestro derecho autoral. Pero más significativo es que la obra haya sido aceptada como pauta general por el virrey novohispano, el marqués de Cruillas.

Escriche, en su famoso *Diccionario*, también afirma que un propietario de un terreno que cuente con una fuente natural, puede disponer libremente del agua que sale de la fuente, e inclusive cambiar su curso, dentro de su propiedad, de manera que el agua deje de aprovechar determinado terreno vecino. En cuanto a este derecho de cambiar el lecho, Escriche, una vez más se equivoca (es que este jurista español radicado muchos años en Francia, estuvo muy influido por normas y doctrinas francesas, y no es una autoridad de primer rango para conocer el derecho español);³⁸ pero, de todos modos, algo sabía del derecho español y obviamente estaba de acuerdo con la idea de que el agua procedente de una fuente en un terreno privado pertenezca al dueño del terreno —a cuya base, el famoso autor—, influido por el derecho francés, añade luego la equivocada opinión que acabamos de citar.

Un indicio más para la vigencia de P.3.32.19 resulta de la nueva legislación respectiva minera para la Nueva España, de 1783, promulgada el 15.I.1784 por el virrey. Este código prevé en su sexto título que si un minero hace obras de drenaje de las aguas subterráneas en su mina, y tales obras aprovechan de paso a otros mineros, se hará un reparto equitativo de los gastos respectivos.³⁹

³⁷ La manera más cómoda para consultar esta obrita es buscarla en Galván Rivera, Mariano, *Ordenanzas de tierras y aguas*, un libro que tuvo varias ediciones en la capital mexicana (he usado la tercera edición, de 1849).

³⁸ La poca fideidignidad de Escriche para el derecho español en cuanto a aguas, queda persuasivamente analizada en el sonado litigio de Los Ángeles vs. San Fernando.

³⁹ Roberto Moreno, autor del capítulo VI sobre "Las Instituciones Mineras del Siglo XVIII", en la obra colectiva mencionada en la nota 25, pp. 163-4.

Nada sugiere que para tales obras el minero en cuestión tuviera que pedir un permiso al titular de todas las aguas que, como éstas, no habían sido mercedadas o compuestas:⁴⁰ la Corona.

Sin embargo, admito que este argumento a favor de P.3.32.19 no es tan fuerte como los otros, ya que en este caso no se trata de *aprovechar* aguas del subsuelo en beneficio de algún propietario de la superficie, sino de *combatir* aguas dañinas a la minería, dentro de minas que formalmente pertenecen a la Corona (de ahí el término de "Reales de Minas"). Como las minas dieron lugar al importante impuesto del Quinto, no hubiera sido lógico limitar tal drenaje, o condicionarlo a un sistema de permisos.

De la misma manera, resulta de la mencionada obra de Gamboa (1761) que las Justicias de Minas debían visitar las minas de sus distritos y obligar a los mineros a guardar sus minas bien desagüadas.⁴¹ En vez de un sistema de *permisos*, encontramos una *obligación* impuesta por la Ley, ya que "son las aguas la mayor borrasca de las minas", y la Corona estuvo vitalmente interesada en la producción minera, fuente importante de ingresos fiscales.

Más convincente parece el hecho de que la Instrucción para Alcaldes y Corregidores, de fines del régimen ilustrado de Carlos III, premiaba al que construía una noria en sus tierras.

En cuanto al derecho indiano, el problema con esta norma es que desde el 14 de diciembre de 1614 las nuevas normas españolas sólo tendrían aplicación en las Indias, mediante un "pase" especial otorgado por el Consejo de Indias —un pase que no me consta en este caso, aunque la *ratio iuris* de esta medida, en la Península y en las Indias, fue idéntica.

Pero la norma es luego trasladada hacia la Novísima Recopilación de 1805. Es verdad que esta obra tampoco recibió el "pase", pero en el México del siglo pasado existía una fuerte corriente, de mucha autoridad, en el sentido de que esta falta de "pase" había sido simplemente la consecuencia de un descuido, y que la Novísima Recopilación se había incorporado en el derecho indiano (en sentido amplio). Además, con indudable vigencia para el derecho novohispano (o, cuando menos, dentro de éste, el derecho bajacaliforniano) encontramos

Esta regla ya cuenta con antecedentes en las Ordenanzas del Cuaderno Antiguo de 1584.

⁴⁰ La literatura indiana suele usar el participio de "compuesto" en el sentido de: trasladado hacia el dominio particular en virtud de una composición.

⁴¹ Gamboa, *ibidem*, p. 353.

que según el artículo 11 de las Instrucciones del 12.VIII.1768, promulgadas por Gálvez para la Baja California, el participante en una merced colectiva, en caso de excavar una noria, recibirá como recompensa dos lotes de tierra ("suertes") adicionales.⁴²

Finalmente quiero llamar la atención sobre la interesante norma, expedida en Texas, que figura al final de la ponencia del profesor Hans Baade, publicada en esta misma Memoria.

XI. INDICIOS SACADOS DE LA POSTERIOR EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN MÉXICO INDEPENDIENTE

La normación acerca de las aguas encontró una base firme en la Ley Federal de Aguas del 5.VI.1888, modificada por las del 4.VI.1894 y 17.XII.1896. Esta legislación todavía no afecta el libre alumbramiento de las aguas del subsuelo por los propietarios de la superficie, confirmando al respecto la larga tradición precedente. Por lo tanto, encontramos, por ejemplo, en el "Indicador particular del administrador de hacienda", por Santiesteban, J. B., Puebla, 1903, una contribución por Rafael Lozando Saldaño acerca de los aspectos jurídicos de la administración de haciendas, y allí, en pp. 503-4 hallamos que un hacendado en cuyas tierras existiera una fuente natural o que hiciera construir un pozo brotante, o un aljibe o presa para detener las aguas pluviales de su propio fondo, podía disponer libremente de aquellas aguas.

XII. CONCLUSIÓN PROVISIONAL

In abstracto, el análisis dogmático de la posición de las aguas del subsuelo ante el derecho indiano, sugería la exclusión de P.3.32.19 de la realidad indiana, ya que el derecho del propietario de la superficie a las aguas del subsuelo, que hallamos en el derecho castellano, parece ser incompatible con el sistema fundamental del dominio de tierras y aguas que le corresponde a la Corona de acuerdo con un principio fundamental del derecho indiano —y como el derecho castellano es sólo *supletorio* del derecho indiano—, éste tiene que retroceder ante aquél.

⁴² Véase Río Chávez, del. Ign., "Utopía in Baja California: the Dream of José de Gálvez", *Journal of San Diego History*, Fall 1972, p. 6 y AGN *Prov. Internas* 166, f. 173-178.

Pero, como sugieren algunos expedientes indianos que se encuentran en nuestra archivalia, en la *realidad indiana* existía una situación incompatible con aquella limpia conclusión dogmática, sin que el muestreo de expedientes sobre las aguas que he hecho en el transcurso de los últimos años, me haya proporcionado casos que armonizaran con el mencionado resultado de un análisis *dogmático, apriorístico*.

Así, por lo pronto, lo que encuentro en los archivos apunta hacia la conclusión de que las aguas del subsuelo, alumbradas mediante fuentes naturales o sacadas mediante pozos artificiales, no fueron consideradas como una riqueza equiparable a los minerales del subsuelo. Evidentemente, originalmente correspondieron a la Corona, ya que ésta era titular de todas las tierras y aguas, pero en caso de que la Corona mercedara la tierra, tácitamente las fuentes y las aguas por debajo de tal tierra fueron comprendidas en la merced.

Parece que estamos en presencia de otro caso más de otorgamiento tácito de derechos sobre aguas, implícito en mercedes de tierra, al lado de aquellos otorgamientos implícitos en mercedes de tierras indicadas con nombres especiales, como "tierras de regadío", "tierras de riego", "labranzas", "tierras de labor" o "tierras de pan llevar", cuya existencia Taylor ha demostrado convincentemente, en mi opinión.⁴³

Y una vez alumbradas aquellas aguas del subsuelo, por obras especiales o por cambios naturales, el dueño del terreno donde surgieron podía aprovecharlas, pero no era libre en cuanto al destino de los remanentes.

Creo que debemos distinguir tres situaciones del hombre frente al fenómeno "agua", en las Indias.

a) El agua del subsuelo es abundante y nociva, como en minas que estén en peligro de inundarse; en tal caso existe inclusive el *deber* de combatir tales aguas.

b) El agua del subsuelo es considerada como abundante y es potencialmente útil, en cuyo caso el propietario de la superficie tiene completa libertad de alumbrarla, con las restricciones que hemos visto. Inclusive, se lo puede premiar por su esfuerzo de sacarla a la superficie.

c) El agua toma forma de corrientes visibles en la superficie. En este caso, cualquiera puede utilizarla para lavar y otros fines domésticos y para abreviar el ganado, pero para usarla con fines de irrigación o de

⁴³ Cf. Taylor, William B., "Land and Water Rights in the Viceroyalty of New Spain", *50 New Mex. Hist. Rev.* (July 1975), 189-212, especialmente p. 207 y Meyer, Michael C., *op. cit.*, en la nota 6, p. 126 y ss.

fuerza motriz (molinos) se debe pedir un permiso a su titular general: la Corona. Tales permisos van a veces implícitamente incluidos en mercedes de tierra, cuando éstas usan una terminología específica.

De estas tres reglas, la primera y la tercera son razonables, pero la segunda *estuvo basada en una equivocada apreciación de la realidad física que circunda el fenómeno de las aguas del subsuelo*, y en relación con el uso de derecho indiano en la litigación norteamericana quiero terminar este ensayo con una pregunta de carácter general. Estoy muy de acuerdo con la idea de que la estabilidad de las relaciones jurídicas a veces nos aconseje a tomar en cuenta ciertas normas históricas, extrapolándolas hacia controversias actuales; pero ¿extendemos este uso de normas antiguas para decidir situaciones actuales inclusive hacia las *reglas jurídicas que surgieron comprobadamente de un concepto equivocado de la realidad física?*

Agradezco de antemano los hallazgos o sugerencias que los demás investigadores del derecho indiano puedan proporcionarme acerca de este tema.