

# EL DERECHO INDIANO Y LA TENENCIA DE LA TIERRA

*Por José Alvear Sanín.*

De los programas de las facultades de derecho ha desaparecido el estudio del derecho español indiano. Las apremiantes necesidades de la vida imponen el descuido de las disciplinas histórico-jurídicas en beneficio del estudio del derecho positivo.

El derecho indiano tiene un interés grandísimo. Casi ninguna rama de la legislación en Colombia está libre de aportes de esa magna obra legislativa. Especialmente el derecho minero, el derecho procesal, el derecho civil han sido influídos amplísimamente por el derecho español.

El derecho indiano presenta para su estudio casi todas las dificultades que presenta el derecho romano: Abarca un período larguísimo que se extiende desde la iniciación del descubrimiento de América hasta los días de la independencia. Su vigencia, empero, se prolonga después de ésta. Recordemos que en tanto no se opusiera a ley expresa emanada de la república, estuvo vigente el derecho español entre nosotros hasta la ley 155 de 1.887, cuyo artículo 15 dice: Todas las leyes españolas están abolidas. Desvanecida por la paciente obra de los investigadores modernos la "leyenda negra" contra la colonización española, aparece la obra de España como un nobilísimo empeño para lograr en sus dominios americanos la creación de una sociedad inspirada en los principios cristianos. Fuera del problema histórico de interpretación de la labor de la Corona, dificulta el estudio del derecho indiano el continuo cambio de las instituciones. La política española se mantuvo apegada, en general y a pesar del cambio de dinastía, a algunas doctrinas constantes, lo que no impidió la evolución continua del derecho y el desen-

volvimiento de nuevas instituciones. Las instituciones antiguas sobreviven frente a las nuevas algunas veces. Otras veces la "merced real" introduce excepciones difíciles de comprender.

La enormidad del territorio y la diferencia de necesidades obligó al soberano, en algunos casos a dictar legislación especial. Y así sucesivamente surgen nuevas dificultades para el estudio del derecho indiano.

Entendemos por derecho indiano el promulgado por los católicos reyes de Castilla para sus reinos de América. Los territorios colonizados por los españoles estuvieron sometidos al monarca castellano por determinación de la reina Doña Isabel. Esta notable mujer no permitió jamás la ingerencia de su esposo Don Fernando en los asuntos castellanos. La unificación posterior de España no cambió la preeminencia de la legislación de Castilla en los dominios de América que nunca fueron de Aragón.

En la Recopilación de Leyes de las Indias de 1.680 se disponía que en todos los "casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta Recopilación, o cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla conforme a la de Toro". Así pues el derecho del reino castellano se aplicó en América española solo con el carácter de supletorio y siguiendo el orden de prelación de las leyes de Toro o sea: En primer lugar el propio ordenamiento, el fuero municipal vigente en la ciudad, a falta de éste el "Fuero Real" de Alfonso X y a falta de éste el "Código de las siete partidas".

En este breve trabajo nos guiamos por tres obras que nos permitimos recomendar a los estudiantes de derecho, a saber: "Los grandes conflictos Económicos y Sociales de Nuestra Historia" del doctor Indalecio Liévano Aguirre y dos trabajos del eximio investigador español don José María Ots Capdequí, publicados por el Fondo de Cultura Económica de Méjico: "El Estado Español en las Indias" y "España en América".

Los rasgos mas salientes del derecho indiano, siguiendo a Ots Capdequí son los siguientes:

1). Casuismo. 2). Tendencia asimiladora y uniformista. 3). Gran minuciosidad reglamentista y 4). Hondo sentido religioso y espiritual. Se puede añadir a la lista de

rasgos del profesor esjaño<sup>1</sup> una sexta característica, el predominio del interés fiscal y, con más discusión, una clara comprensión de lo que ahora denominamos “función social de la propiedad”. También se escapa en el análisis anterior el abso'utismo de estado, aunque atemperado por una clara conciencia de los derechos adquiridos y de la obligación de' Soberano de ser e' gestor de la felicidad de sus súbditos, protegiendo a los débiles, en especial a los indios.

Se ha aceptado por la generalidad de los historiadores, que hubo una absoluta dislocación entre “el hecho” y “el derecho” en las Indias y se ha sintetizado este concepto en la frase “se acata pero no se cumple”.

Así planteado el problema, habría que iniciar una investigación sobre los esfuerzos de los monarcas peninsulares para lograr la efectiva aplicación de sus leyes: A pesar de los abusos cometidos no puede negarse que los reyes, especialmente los de la dinastía de Hapsburgo, hicieron frente denodadamente a los abusos. La locución anteriormente transcrita “se acata pero no se cumple” viene de la práctica colonial. Las autoridades hacían solemne profesión de acatamiento a la orden y luego la suspendían alegando que era imposible cump'irla. Pero no debe olvidarse que una vez suspendida la norma era obligación enviar a España un informe de las causas para suspenderla, decidiendo entonces el Soberano sobre reformarla, derogarla o imponerla.

La gloria de España al considerar a los indios como súbditos libres de la Corona y legislar en su favor se ve apocada por la admisión de la institución de la esclavitud. En los primeros tiempos de la conquista solo podían ser reducidos a esclavitud los indios capturados en guerra justa y los de algunas tribus especialmente sa'vajes. La guerra era justa si los indios no se rendían después de serles leída la “Intimación” redactada por el jurisconsulto Palacios Rubios.

La obra benemérita del padre de las Casas, obispo de Chiapas, en defensa del indio ma'tratado produjo la autorización del tráfico de negros africanos.

La mancha de la esclavitud no puede hacer olvidar rasgos de la legislación indiana que no tienen ningún paralelo en las demás potencias colonizadoras de la época. La libertad de los indios, la cristianización de los aborígenes, la retribución del trabajo indígena, la limitación de la

jornada de trabajo a 8 horas diarias en todos los territorios de la Corona (Cfr. Alexander Von Randa), la propiedad comunal y ejidal, ciertas disposiciones sobre hospitales, las normas de urbanización, la protección de la libertad sexual de los naturales, la ausencia de discriminación racial, la libertad de matrimonio, el salario mínimo, etc.

Al encontrarse con la infinitud de América los Monarcas de España se preocuparon por legitimar su conquista. Los teólogos españoles elaboraron una teoría para justificar la ocupación de América. El título del Monarca no era otro que el de expandir la santa religión católica. El indio, después de violentas polémicas, fué considerado ser humano, dotado de alma y hermano de los blancos.

Los primeros colonos, los encomenderos, recibían la encomienda como "merced real" con la carga de evangelizar a los indios, pudiendo retribuirse con algunos tributos en dinero, en especie o en trabajos personales de los indios. La institución pronto fué sustancialmente modificada y los trabajos personales fueron prohibidos. La propiedad de la tierra, según los trabajos de Zavala, nunca estuvo en cabeza del endomendero. El Rey era el dueño de todas las tierras, sin perjuicio de los indios, mientras no salieran por algún título de su real patrimonio. La justificación del título era la explotación de la tierra. El abandono del laboreo de la tierra era una causal de reversión a la Corona. El latifundista era perseguido con severidad. Frente a la tierra adjudicada a los blancos estaba la propiedad de los indios (La reducción) donde la propiedad de la tierra era comunal. Los municipios que se fundaban estaban siempre dotados de tierras ejidales.

El cuadro anterior es radicalmente opuesto al que produjo la república neogranadina. La Nueva Granada, la Confederación granadina y los Estados Unidos de Colombia realizaron la obra funesta de someter el régimen de tenencia de la tierra a los postulados liberales de la revolución francesa y de rodear al terrateniente de los atributos de la concepción justinianea. Cuando terminó el despojo del indio se inició el despojo de la Iglesia a través de la legislación de "manos muertas" (expresión también heredada del derecho indiano) en favor de los latifundistas.

Los caracteres del régimen indiano de tenencia de la tierra, a mi juicio, son los siguientes: 1). El derecho del

propietario se condiciona al cumplimiento de sus obligaciones que son habitar y cultivar. 2). El Soberano recupera la propiedad (reversión) por el no cumplimiento del propietario. 3). El Rey hace merced de la tierra solo después de los trámites de "Confirmación" para asegurarse del cumplimiento de los requisitos legales y 4). No se procura el latifundismo. Así las cosas el derecho de dominio está muy alejado de la concepción romana y se inspira en el pensamiento cristiano.

La libertad del propietario está limitada también por las ordenanzas en favor de la industria y de la agricultura de España y de los intereses de la Real Hacienda. Muchas veces están prohibidos los cultivos de vid o de tabaco, por ejemplo, en zonas adecuadas para tales productos. Lo mismo ocurre con la caña de azúcar y el anís.

Nuestro legislador de 1.936 al expedir la ley 200 sobre tierras tuvo muy en cuenta los principios españoles, si hemos de creer a Ots Capdequí (quien vivió largos años en nuestra patria) y que cita la Real Cédula de 2 de Agosto de 1.780 en la que leemos. . . . Concédanse graciosamente a los sujetos que las quisieran desmontar, con la condición de que en el preciso término que se asignare las hayan de desmontar, sembrar y cultivar y mantenerlas siempre cultivadas con pastos o con siembras según la naturaleza excepto el tiempo necesario para su descanso, pena de que si no lo ejecutaren pierdan el derecho a ellas, y se adjudiquen a otros prefiriéndose al que las denunciare y con calidad también de que a ningún sujeto *se conceda más porción de tierras que buenamente pudiera labrar, atendiendo a su caudal.*

Textos de interés en nuestros días de reforma agraria.

Ocupémonos en su orden de las tierras de los indios, de los pueblos y de las tierras concedidas por la Corona a los españoles.

I — LAS TIERRAS DE LOS INDIOS. LAS REDUCCIONES.— El indio fué considerado desde el comienzo de la colonización española como súbdito libre de la Corona. Esta libertad fué objeto en muchas ocasiones de desconocimiento y en el siglo XVIII, en algún documento oficial, se contraponen indio a libre. Muchas veces las reducciones indígenas fueron trasladadas en perjuicio de los aborígenes a otras zonas para favorecer a los españoles, otras veces se abusó de la Institución de la Mita (trabajo obliga-

torio pero remunerado de los indios, impuesto en beneficio de la minería), hasta terminar con las reducciones. Pero, en términos generales, y sobretodo bajo la Casa de Austria, los indios fueron defendidos por las autoridades.

El indio fué considerado como menor para los efectos jurídicos. Se le prohibía enajenar sin autorización como a los "rústicos" del viejo derecho castellano. También, por estar sometidos a la tutela (del encomendero) se les denominó "miserables". Tal incapacidad parece afectarles aún ahora en nuestro derecho republicano.

El legislador español procuró siempre que el indio no se desvinculase de la tierra. En todas las "capitulaciones" (convenios entre el Rey y el conquistador) se hace constar que no debe hacerse agravio a los indios. Las nuevas poblaciones, según las ordenanzas de don Felipe II de 1.573, no deben tomar lo que fuere particular de los indios.

El indio gozaba del derecho a la propiedad individual. Fué muy poco frecuente que esa propiedad se extendiera al dominio de la tierra. Lo habitual era que en pueblos o reducciones de indios fueran de propiedad comunal las tierras.

Para lograr el aprovechamiento económico de las tierras del "resguardo" se dividían estas en tres partes: una que se parcelaba, adjudicándose las parcelas a las distintas familias, y según el número de hijos se daba mayor o menor extensión. Otra parte se dedicaba a pasto para los ganados del pueblo y la otra parte "se labraba por todos los vecinos —según un sistema de trabajo gratuito y de rotación obligatoria— o que se adjudicaba a título de censo, bien a los indios, bien a los españoles ingresándose los beneficios que así se obtenían a las Cajas de Censos y Bienes de la comunidad" (España en América", pag. 86).

Los resguardos eran inalienables, salvo autorización del superior gobierno y debían constar por lo menos de una legua de extensión "en cuadra o la redonda". Los títulos de propiedad se expedían en cabeza de los caciques.

Sobre los caciques es bueno advertir la profunda sabiduría de las autoridades españolas que supieron aprovecharse del orden viejo para la creación de uno nuevo, utilizando la autoridad de los caciques y conservando las normas jurídicas de las poblaciones indígenas que no se opusieran al ordenamiento cristiano que se trataba de imponer.

La vida en los resguardos o reducciones debió ser muy tolerable para los indígenas antes de comenzar los atentados borbónicos o republicanos a esas tierras. En los últimos tiempos la Corona, agotados sus bienes realengos, siempre estuvo buscando deficiencias en la titulación o causales de reversión para proceder a remates o composiciones. Iguales expedientes inventaron nuestros legisladores republicanos.

También recibieron el nombre de reducciones las admirables fundaciones de los padres jesuitas entre los indios guaraníes. En estas reducciones el talento de los hijos de San Ignacio de Loyola logró civilizar a los indígenas de una manera sin precedentes. En ellas se crearon industrias útiles y una apreciable riqueza que tentó la codicia de la Corona borbónica que culminó en los tiempos de Carlos III con la expulsión de la Compañía. En las reducciones de la compañía la tierra era también de proppiedad comunal en su mayor parte y se dividía en dos porciones: El Campo de Dios y el campo del Hombre. V. Liévano Aguirre, Caps. XI y XII que contienen un apasionante estudio sobre el tema.

Otro problema de las reducciones al final de la época colonial fué el del aumento de la población que obligó a muchos a emigrar y el de la despoblación de otros por el temor a la mita. Los indios que abandonaban sus resguardos eran conocidos como "forajidos" y fueron constreñidos a trabajar a virtud de ordenanzas sobre vagancia.

En las poblaciones indígenas había la obligación de mantener la cura de las almas, a cargo de un "doctrinero" y tener escuelas para la enseñanza de ciertas artes y oficios. El hospital se sostenía de las cajas comunales.

II — LOS PUEBLOS. EL REGIMEN MUNICIPAL. El régimen municipal en las Indias fué transp'ante del régimen municipal español medieval. Las circunstancias peculiares de América lograron que este régimen inicialmente se caracterizara por una notable autonomía, ejerciéndose por el Consejo Municipal una grandísima autoridad, dentro de las viejas normas democráticas de la península. La institución del cabildo "abierto" fué muy usual y dió voz a todos los vecinos en la administración municipal. Opuesto a este cabildo extraordinario estaba el cabildo "cerrado" integrado por los regidores y los demás magistrados.

En los tiempos de don Felipe II se inició una evolución que llevó a la administración municipal a las oligarquías, ya que comenzó, en beneficio del fisco, la venta de los empleos, siendo estos considerados como "regalía". Antes de la independencia vuelve a notarse un fortalecimiento de la institución municipal.

La labor de la Corona en Indias se orientó desde los primeros tiempos a lograr una rápida población y una adecuada explotación de la tierra, evitando los privilegios. El régimen de privilegios fué utilizado solo en retribución de señaladísimos servicios de los principales conquistadores, llegando inclusive al establecimiento de una especie de feudalidad contra la cual prontamente reaccionó el Estado español. Fué preocupación constante del Estado español dotar abundantemente de tierras a los pueblos que se iban fundando. Establecido un pueblo por treinta vecinos se les adjudicaba tierra en una extensión de cuatro leguas en cuadro "o prolongado según la calidad de la tierra acaeciera ser". Las tierras del pueblo se dividían en diferentes clases, estando en primer lugar las casas y solares de la población, teniendo en cuenta estrictas disposiciones sobre urbanismo, muy adelantadas para la época: Las calles siempre habían de ser rectilíneas, la plaza debía ser rectangular y de una dimensión, en cualquier caso, muy parecida a la de la plaza mayor de Santa Fé de Bogotá, o de Tunja o de Villa de Leyva, para solo citar ciudades colombianas.

Fuera de estos solares anexos a las casas de los vecinos, tenemos que la propiedad de la tierra es comunal. Se dividen las tierras en "ejido", en "dehesa" y en bienes "propios".

El ejido y la dehesa "boyal y concejil" están reglamentados en su uso por el cabildo. Los ejidos son las tierras de las afueras del poblado. La dehesa está destinada a pasto para los ganados de los habitantes del pueblo. Esta administración de las tierras comunales ejercía por los cabildos y estaba siempre sometida a la inspección de las autoridades superiores.

Las tierras de propios pertenecían a los cabildos como personas jurídicas. Los cabildos, con la anuencia del superior gobierno, les señalaban el destino. En el ramo de propios figuraban también algunas edificaciones.

Cuando las villas se encontraban frente al aumento de población pedían nuevas tierras, que "al incremen-

tar el ramo de propios les permitieran solventar las dificultades que derivaban del crecimiento grande de número de vecinos" ("España en América", Pag. 52). Los cabildos no tenían facultad para adjudicar mercedes de tierras baldías o realengas. Estas mercedes eran privativas de la real persona.

Muchas veces, eso sí, se presentaban los cabildos a recibir mercedes para sus bienes "de propios". Pero en los municipios donde la población decrecía lo usual era arrendar o vender, con permiso de las autoridades españolas, las tierras del ejido.

En todos los pueblos de América española se dio una organización similar. Curioso es el caso de los municipios antioqueños. Hemos perdido toda memoria de los ejidos y se ha llegado a sostener que nunca los hubo en los pueblos antioqueños. Tal idea parece reñida con la realidad de los hechos y sería un tema apasionante de investigación. En otros departamentos, aún hay problemas con ejidos y la voracidad de los terratenientes inspiró en el siglo pasado leyes lesivas de la propiedad comunal. Con referencias concretas al departamento del Valle del Cauca hay un artículo interesante sobre ejidos en la revista "Estudios de Derecho" por Gustavo Espinosa Jaramillo (año de 1.959).

Para el legislador indiano el ejido tenía la finalidad de que la gente tuviese tierra donde "se pueda salir a recrear".

**III— TIERRAS PARA LOS COLONIZADORES ESPAÑOLES.**— Fuera de los términos municipales y de las reducciones de indígenas, la Corona adjudicó la tierra atendiendo, según los tiempos o las necesidades fiscales a distintos criterios. Fué el criterio dominante el de la merced real, dotado de características similares a nuestras "situaciones de derecho administrativo" y que no era un título perfecto de dominio. La merced real estaba supeditada a condiciones resolutorias expresadas con las palabras "morada y labor", y se exigía una residencia mínima de cuatro años.

Al comenzar la conquista, y con el fin plausible de alentar los descubrimientos, se concedieron bajo el régimen de las "capitulaciones" grandes extensiones a los adelantados. En alguna épocas de penuria se vendieron tierras y siempre se admitió el expediente, la "composición", con-

sistente en la modificación de una situación de hecho en una situación de derecho previo pago de una suma de dinero.

Pero en general el régimen español se preocupó por evitar el latifundismo. Las tierras se adjudicaban, según las regiones, o según la destinación por "peonías" o "caballerías". La caballería comprendía cinco peonías. A los adjudicatarios se les daban cinco peonías o tres caballerías nada más.

La peonía era según Liévano Aguirre "cien fanegas de tierra de labor, de trigo o cebada; diez de maíz; dos huebras de tierra para huerta y ocho para las plantas de otros árboles de secadal; tierra de pasto para diez puerkas de vientre, veinte vacas y cinco yeguas, cien ovejas y veinte cabras". ("Los grandes conflictos...", tomo I., pág. 193).

Para Ots Capdequí es "un solar de cincuenta pies en ancho y ciento en largo: cien hanegas de tierra de labor de trigo o cebada" y los demás requisitos que anota el historiador colombiano. Como se ve se trata de una medida superficiaria muy rudimentaria y difícil de precisar en equivalentes modernos, teniendo en cuenta que variaban según las regiones en algunos detalles.

Se mandaba que se dieran las caballerías "deslindadas y apeadas en término cerrado". Los que recibían peonías o caballerías se obligaban a tener:

"... Edificados los solares, y poblada la casa, y hechas y repartidas las hojas de la tierra de labor, y haber las labrado, y haberlas puesto de plantas, y poblado de ganado las de pastos dentro de tanto tiempo, *repartido por sus plazos y declarando lo que en cada uno de los plazos ha de estar hecho*; con pena de que se pierda el repartimiento de solares o tierras y *más cierta cantidad de maravedíes de pena para la república*. Y ha de hacer obligación en forma pública con fianza lega, llana y abonada". (Cfr. "España en América", pag. 21).

A pesar de la redacción un tanto arcaica del anterior documento, transcrito por el profesor español, vemos un espíritu moderno, casi contemporáneo, un criterio de función social de la propiedad olvidado durante mucho tiempo en nuestro derecho, influido largamente por corrientes ajenas al cristianismo que inspiró la legislación colonial.