

II.3. DERECHO ROMANO

LA PROPIEDAD COLECTIVA EN LA AMÉRICA PRECOLOMBINA Y SU SUPERVIVENCIA AL DERECHO CASTELLANO. BREVE REFERENCIA AL DERECHO ARGENTINO

Por D. ANTONIO SILVA SÁNCHEZ
Área de Derecho Romano
Facultad de Derecho de la UEX

SUMARIO

LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO EN ESPAÑA

INTRODUCCIÓN

LA RECEPCIÓN

LA RECEPCIÓN EN CASTILLA

LA RECEPCIÓN EN INDIAS

LA EXPROPIACIÓN DE LAS TIERRAS INDÍGENAS

PROPIEDAD, COPROPIEDAD, PROPIEDAD COLECTIVA

DERECHO INDÍGENA

DERECHO ARGENTINO

CONCLUSIONES

LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO EN ESPAÑA

INTRODUCCIÓN

Las primeras comunidades transhumantes del paleolítico, como las sedentarias del neolítico, tuvieron su Derecho a través de las reglas o pautas que regían la vida en colectividad. En la península ibérica la existencia de monumentos megalíticos –desde el IV milenio a. C.– permite pensar que había grupos humanos teóricamente estructurados y organizados.

Son, sin embargo, los testimonios escritos los que permiten conocer que, inicialmente, en los pueblos ibéricos prerromanos predomina una estructura social de carácter indoeuropeo, en fase poco evolucionada, dependiente casi exclusivamente de vínculos consanguíneos –tribal– que, a medida que se van debilitando, evolucionan mediante asociaciones de carácter temporal –*populus*– o de pactos –derecho pacticio–. En estos últimos encontramos el llamado *pacto de hospitalidad y relaciones de clientela o protección*¹.

Algunos autores defienden la existencia –en la Península ibérica– de sociedades preestatales compuestas por clases sociales y con un derecho propio de carácter escrito². Dentro de las fuentes epigráficas, merece la pena destacar el Bronce de Contrebia (87 a. C.) en el que aparece un proceso entre dos comunidades indígenas –prerromanas– que se someten al arbitraje del *Senatus* de una tercera localidad indígena bajo la autorización del gobernador romano *Cayo Valerio Flaco*.

Así vemos cómo los pueblos que existían en la Península antes de la romanización resolvían sus diferencias por la vía procesal y, lo más importante, la relación entre los derechos prerromanos y romano al ser el propio proceso supervisado por un magistrado romano³ hasta que, paulatinamente se va imponiendo el Derecho romano sin dejar de asumir parte de las costumbres y ritos anteriores.

LA RECEPCIÓN

En este apartado vamos a estudiar el marco histórico en el que se va a producir la «*recepción*» de ese Derecho romano que mencionamos en el apartado

¹ Una modalidad peculiar ibérica es la *devotio* o *fides iberica* que no es más que una servidumbre a perpetuidad a cambio de obligaciones alimenticias o similares.

² Para lo cual se basan, básicamente, en tres textos: *Estrabón* (leyes escritas de los tartesios), *Gargor y Habis*, y el *Bronce de Lascuta*.

³ B. Aguilera, *Historia y derecho*, Barcelona, 1994, págs. 109-113.

anterior, haciendo una breve referencia a los posteriores modelos de estudio y enfoque de dicho Derecho: glosadores, comentaristas, humanistas, etc. El fenómeno de la supervivencia del Derecho Romano está ligado a la instauración en las universidades de su estudio. Así, en Bolonia a finales del siglo XI y después en el resto de las universidades europeas.

La introducción del Derecho romano en el mundo del Derecho y de las ideas en la Europa medieval y su acogimiento por los distintos pueblos o sociedades, es lo que se llama recepción⁴. La recepción del Derecho romano no sólo supuso la adopción de un conjunto normativo dotado de un contenido terminológico, sino también de una determinada forma de razonamiento jurídico conducente a la formulación de soluciones jurídicas. Aparece el jurista como profesional en condiciones de orientar la aplicación del derecho en la práctica judicial y negocial.

El período histórico en que nos vamos a centrar es la Edad Media (o medieval, cuya denominación fue introducida por los humanistas italianos del renacimiento), época que comprende desde el siglo V hasta el siglo XV (es decir, desde la caída del Imperio romano de occidente en el año 476 d. C. hasta la caída del Imperio de Oriente en 1453).

Como características más importantes que van a producirse a lo largo de este período cabe destacar las siguientes: a) se produce una expansión de la Iglesia de Roma por toda Europa y la aparición del Islam (V-X). Durante este tiempo hay un gran descenso cultural y jurídico, pues en los estados germánicos, la tarea en lo que al Derecho se refiere, va a ser la de recopilar o reunir en obras *leges romanae*. b) A partir del siglo X, la situación cultural, jurídica y económica mejora y prueba de ello es que comienza a haber un pequeño renacimiento de los estudios de Derecho romano, así como una cierta expansión económica, cuyo fruto es la aparición de la burguesía y expansión de las ciudades⁵. c) Será en el período que comprende los siglos X-XIII, en el que se difundirá el feudalismo, aparecerán las monarquías nacionales y habrá una fuerte reacción de la Cristiandad contra el Islam. d) A lo largo de los siglos XIV-XV va fracturándose, paulatinamente, el modelo de régimen feudal y se van afianzando las monarquías nacionales, al tiempo que va calando la idea de la secularización de la cultura y del pensamiento.

Uno de los agentes de la transformación que comienza a producirse en todos los ámbitos —con predominio del plano jurídico— y que va cuajando, no sin dificultades, es la Universidad, centro en el que se va a formar el jurista ya que el derecho se va a enseñar desligado de otras enseñanzas a las que había estado, hasta entonces, unido⁶.

⁴ P. Molitor - H. Schlosser, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, Barcelona, 1979, pág. 11.

⁵ E. Gacto, *El derecho histórico de los pueblos de España*, Madrid, 1987, pág. 265.

⁶ J. Sánchez-Arcilla, *Historia del derecho y de las Instituciones*, tomo II, Madrid, 1991, pág. 6. A partir del siglo XI el Derecho se estudiará como ciencia autónoma y separada de otras materias pues como acabamos de decir, hasta entonces, se impartía su docencia junto con las otras disciplinas que formaban el *trivium*: Gramática, Retórica y Dialéctica.

LA RECEPCIÓN EN CASTILLA

Como es por todos sabido, a partir del llamado *Corpus Iuris Civilis* mandado elaborar por Justiniano y la edición que de él lleva a cabo Dionisio Godofredo en 1583, se podrá proceder a efectuar un análisis más preciso de la evolución del sistema jurídico romano así como de su pervivencia hasta nuestros días. De esta forma, en Francia y España la práctica determinará la continuidad del Derecho justiniano a través de la *Lex Romana Burgundiorum* y la *Lex Romana Wisigothorum*, entre otras⁷.

Ello significa que en la Alta Edad Media arraigó la tradición romana aunque con importantes variaciones pues, a diferencia de las zonas meridionales en las septentrionales –menos romanizadas–, perdurarán costumbres autóctonas. Es, en esta época, donde se producirá el enfrentamiento entre el *Mos Italicus* y el *Mos Gallicus*. La jurisprudencia humanística, formada en el ámbito cultural renacentista, adoptó una actitud crítica ante los textos abandonando el estudio dogmático del *Corpus Iuris Civilis*.

El derecho de propiedad en la recepción se plantea desde distintas perspectivas:

- a) Los glosadores, para quienes la propiedad es el derecho a usar y abusar de la cosa propia hasta donde sea razonable, en beneficio del propietario⁸. Basiano incluso dice que también se comprenderá en este derecho la facultad de destruir la cosa y Baldo incluirá cualquier tipo de ganancia como lícita (incluso la usura) de tal manera que lo que se consigue es acentuar aún más si cabe el poder del propietario sobre la cosa que está bajo su dominio⁹.

⁷ A. Fernández-Barreiro, *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del derecho romano*, Santiago de Compostela, 1976, pág. 77, y *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, Madrid, 1992, pág. 62. En Francia, en un primer momento, la penetración del Derecho romano no encontró resistencia, produciéndose, con posterioridad, una reacción en contra de la recepción del Derecho romano afirmándose la supremacía de la *consuetudo gallicana*, en parte quizás como decisión más de tinte político que jurídico, tomada por Felipe Augusto en el siglo XIII para mantenerse en el poder. Hasta mediados del siglo XVI no se permitirá el estudio del *ius scriptum* a título de *droit coutumier*, lo que implicaba el reconocimiento del Derecho romano como supletorio en primer grado frente al Derecho francés.

En España, hasta el siglo VII hubo una separación entre los pueblos de tradición romana y los godos. Tras la promulgación del *Liber Iudiciorum*, se intenta unificar el Derecho y aplicarlo a todos los habitantes en todo el territorio, derogando las demás leyes; si bien en el ámbito judicial y comercial pervivirá el Derecho romano con ciertas influencias bárbaras y de costumbres locales.

⁸ Para lo que se basarán en textos como *I. 2.1.19; D. 22.2.25; D. 41.1.2 y 6; C. 3.32.1*.

⁹ Pese a que el concepto de propiedad del *ius commune* se va a fundamentar en el Derecho romano, Búlgaro y Accursio dividen ese concepto unitario en la llamada doctrina del *dominio útil* y del *dominio directo* que tendremos ocasión de ver a continuación. Doctrina que elaboran a partir de los textos: *D. 14.5.5.1; D. 39.3.1.23; C. 11.62.12*; en los que no queda nada claro, a nuestro juicio, tal diferenciación. Coing, por su parte, distingue otras clases de dominio como, por ejemplo, el *dominium fictum* –caso del que puede hacer valer la *actio publiciana*– y *propriété imparfaite* –de la que habla Poithier, para designar los casos en que la condición o posición del propietario se halla sometida a condición suspensiva o resolutoria. H. Coing, «*Derecho privado europeo*» (traducc. A. Pérez Martín), págs. 371 y ss.

- b) Por otro lado, para Santo Tomás de Aquino, la propiedad no es un fin en sí mismo, sino un medio que permite al titular de los bienes hacer un uso honesto de los mismos en beneficio propio y de sus semejantes. Nace así un concepto de *función social* de la propiedad en el que destaca el uso de ésta a favor del Bien común. Se trata de un planteamiento moral de la propiedad con conexión social¹⁰ y de consecuencias jurídicas opuesto al clásico concepto individualista de propiedad tan habitual y comúnmente aceptado en Roma.

La recepción en Castilla tiene un primer momento de manifestación en el año 1255¹¹ con el Fuero Real y el Espéculo. El primero de ellos contiene elementos del derecho tradicional y otros incorporados provenientes del Derecho romano-canónico. El segundo, también fuertemente impregnado de derecho común, está destinado a la práctica jurídica. En 1265 Alfonso X el Sabio, publicó las VII Partidas, de contenido jurídico romano justiniano y de la Glosa¹².

En resumen, el derecho común se recibe en Castilla en un momento –siglo XIII– de reorganización de la administración de justicia bajo la dependencia del monarca y de tecnificación y profesionalización de la misma.

En 1348, el Ordenamiento de Alcalá y en 1505 las Leyes de Toro, otorgarán a las Partidas el carácter de derecho supletorio de tercer grado tras las leyes reales y los Fueros¹³. En 1805 Carlos IV promulgó la Novísima Recopilación de las Leyes de España, donde se recogerá el Derecho desde el siglo XV hasta su publicación. No será, sin embargo, hasta 1851 cuando cristalizó el primer proyecto de Código civil de marcado influjo francés y su publicación en 1889 gracias a la labor de García Goyena.

LA RECEPCIÓN EN INDIAS

Al igual que lo sucedido en la Península, en América habrá una dualidad de normas: los derechos de los pueblos indígenas y el vigente en Castilla en la época del Descubrimiento y Conquista de las Indias Occidentales cual es el Derecho castellano.

De esta forma, con la llegada y asimilación del Derecho castellano, se produce la llamada recepción del mismo. Así, en Indias, coexistirán, a partir de entonces, los derechos castellano –de claro influjo romano–, el indígena, el crio-

¹⁰ Concepto de propiedad fruto del entrecruzamiento, por un lado, de reglas romanas y, de otro, del influjo filosófico del *inaturalismo* escolástico.

¹¹ Fecha que, como recoge E. Gacto (*El derecho, cit.*, pág. 312), resulta cuestionada por algunos autores –como Martínez Díez– basándose en una alusión del Maestro Jacobo que sitúa al Fuero Real antes de la llegada de Alfonso X al Trono.

¹² En realidad, su publicación oficial fue posterior, dada la resistencia del pueblo a aceptar imposiciones unificadoras anteriores a ésta y a esta misma ley.

¹³ C. Sherman, *Roman Law in the Modern World*, New Heaven, 1994, pág. 288.

llo indiano¹⁴ y, finalmente, se conformará en la actualidad, con base en los tres anteriores, el derecho propio o específico de cada nación impregnado de vestigios de muy diferentes rasgos extraídos de los derechos citados además de la incorporación de ideas provenientes de las nuevas tendencias¹⁵.

Siguiendo a Levene¹⁶, la legislación de Indias abarca dos períodos:

- 1º. Desde los Reyes Católicos hasta la promulgación de la Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias de 1680 que se desenvuelve durante los siglos XVI y XVII. La dinastía de los Austrias se caracterizó por la tendencia a la descentralización política en Indias.
- 2º. Desde el advenimiento de Felipe V hasta la Revolución de la Independencia en 1810 con la dinastía Borbónica que comprende todo el siglo XVIII y se caracterizó por la reforma de la legislación de Indias a favor de una tendencia regalista o de centralización política de España e Indias¹⁷.

Ahora bien, ¿por qué es el derecho castellano el que, en un primer momento, se aplica en Indias?. Diversas razones avalan tal hecho como, por ejemplo, a) Que es la Corona de Castilla la que impulsa y soporta las cargas del descubrimiento, pareciendo lógico que «exporte» igualmente su Derecho, b) al trasladarse y organizarse institucionalmente América a imagen y semejanza de Castilla, parece normal que también sea este Derecho el que rijan, y todo ello con el reconocimiento papal de la posesión de esas tierras¹⁸, c) como solución urgen-

¹⁴ Resultado de la suma de los derechos castellano, normas dictadas por las autoridades locales y las costumbres indígenas existentes y las normas creadas por los propios indios, así como las de los españoles. Este conglomerado de reglas regirá en Indias durante los tres siglos siguientes a la dominación española e incluso posteriormente. R. Zorraquín, *Historia del Derecho Argentino*, tomo I, Buenos Aires, 1975, pág. 213. J. Manzano, «La adquisición de las Indias por los Reyes Católicos y su incorporación a los reinos castellanos», *AHDE 21-22 (1951-1952)*, págs. 5-170; A. García-Gallo, «Las fuentes de conocimiento de la historia de las recopilaciones de Indias del siglo XVII», *AHDE 21-22 (1951-1952)*, págs. 527-606, y «La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVII», *AHDE 44 (1974)*. Dada la diversidad de fuentes del derecho indiano y distinta procedencia, así como la enorme cantidad de normas dictadas, es conocida la dificultad de los juristas americanos para conocer el Derecho tal y como se recoge en una Real Cédula de 1789, donde se admite la dificultad de los vasallos americanos para «...instruirse suficientemente en todas las disposiciones de las leyes insertas...Cédulas generales, particulares y ordenanzas municipales...». J. J. Matrayo y Ricci, *Catálogo cronológico de pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales (1819)*, Buenos Aires, 1978, pág. 11.

¹⁵ Efectivamente, como virtud de los juristas encargados de compilar leyes o codificarlas, es justo destacar su actitud abierta a la incorporación de las nuevas corrientes así como al continuo debate, lo que no hará más que beneficiar al Derecho; huyendo de dogmatismos y posiciones cerradas y recalcitrantes, que impidieran oxigenar y actualizar lo jurídico.

¹⁶ R. Levene, *Manual, cit.*, pág. 20. Esta misma división en dos períodos la recogen y comparten C. Sherman (*Roman Law. cit.*, pág. 291) y A. García-Gallo (*Los orígenes españoles de las Instituciones americanas. Estudio de Derecho Indiano*, Madrid, 1987, pág. 15).

¹⁷ En todo caso, a lo largo de los siglos XVI a XVIII no hubo nunca ni separación ni equilibrio de poderes no siendo los orígenes de la Justicia de Indias, por tanto, un Poder Independiente.

¹⁸ Como se reconoce en diversas Bulas concedidas por Alejandro VI (*Eximie devotionis e Inter coetera*). F. de Cárdenas, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, tomo II, Madrid (sin fecha), págs. 209-215.

te e inicial¹⁹ para reglar la vida social en Indias hasta que, más adelante y tras la aplicación del derecho indiano, pasa a ser derecho supletorio de este último, d) todo lo cual es así, porque al menos, hasta el siglo XVIII nunca se considerarán aquellas tierras como *colonias* sino *reinos* o *provincias*, equiparándolas a los reinos españoles, su Derecho, condición, y forma de gobierno²⁰.

Dentro de las leyes de Indias, tiene prioridad las dictadas para una Provincia. Sólo excepcionalmente se entiende que la ley general se sobrepone o deroga las leyes particulares anteriores. También poco a poco se reconocen como Derecho las costumbres españolas²¹ e indígenas si bien, estas últimas, con limitaciones²². Ya en 1680, el Derecho indiano puede decirse que se ha consolidado en todos sus ámbitos (instituciones, fuentes, contenido, extensión y aplicación) dejando de regir el Derecho castellano. El Derecho indiano se compondrá, por tanto, de: a) las normas sancionadas en España para regular el funcionamiento de los órganos gubernativos indianos allí existentes, b) las leyes expedidas en España para resolver los problemas de Indias y Filipinas, c) las leyes y costumbres establecidas en las Indias, d) las interpretaciones de todas esas leyes hechas por los tribunales superiores: Consejo de Indias y Audiencias. Así, con la consolidación del Derecho indiano²³, se va desplazando al Derecho castellano²⁴ cuya aplicación va a quedar reducida a una función supletoria en defecto de las leyes de Indias. En todo caso, es frecuente la inaplicación del Derecho castellano en Indias por diversas razones que Zorraquín²⁵ agrupa en los siguientes casos: a) violaciones de las leyes por vulnerar ciertos intereses privados y que tenía su origen en la imposibilidad material de fiscalizar el cumplimiento de las leyes (caso de la trata de indios, contrabando, etc.), b) ciertas situaciones de verdadera resistencia pública y consciente a ciertos aspectos del orden jurídico creado para el Nuevo Mundo (por ejemplo, las Nuevas Leyes de 1542 que provocaron la guerra civil en Perú y el monarca se vio obligado a derogarlas), c) la propia legislación disponía el incumplimiento de las órdenes contrarias al derecho divino y al derecho natural, así como la posibilidad de resistir las que vulneraban el derecho establecido. En tales ocasiones se utilizaba la fórmula *obedézcase pero no se cumpla*²⁶ que implicaba la reverencia hacia la persona del soberano al tiempo que

¹⁹ E. Gacto, *El derecho histórico de los pueblos de España*, Madrid, 1987, pág. 486.

²⁰ A. García-Gallo, *Los orígenes*, cit., pág. 259.

²¹ Referidas al derecho privado, abarcando tanto aspectos del derecho mercantil como del derecho de familia, contratos y determinados derechos reales como el derecho de propiedad.

²² Así, en 1555 Carlos I reconoció la vigencia de las costumbres de los indios que, hasta entonces, fueron ignoradas como tal fuente de creación de Derecho.

²³ A. García-Gallo, «Las Ley como fuente de Derecho en Indias en el siglo XVI», *AHDE* 21-22 (1951-1952), págs. 607-730.

²⁴ En que se aplicaban desde las más modernas recopilaciones castellanas, como los fueros y Partidas (inclusive el Fuero Juzgo y el Fuero Real). R. Levene, *Manual*, cit., pág. 19; R. Zorraquín, *Historia*, cit., págs. 214 y 216; J. A. Escudero, *Curso de historia del Derecho*, Madrid, 1985, págs. 709-718.

²⁵ R. Zorraquín, *Historia*, cit., págs. 228-230; E. Gacto, *El derecho*, cit., págs. 493-494.

²⁶ J. G. Martínez, *Historia del Derecho Indiano. Las fuentes y las Instituciones Político-administrativas*, Cáceres, 1998-99, págs. 266-267.

se mostraba el respeto —a través del no cumplimiento de la disposición concreta— a los sistemas jurídicos superiores, d) aquellas situaciones de incumplimiento de las leyes por propio desconocimiento de las mismas, bien por darles poca publicidad efectiva, bien por su gran número o por caer en el olvido.

LA EXPROPIACIÓN DE LAS TIERRAS INDÍGENAS

La América precolombina estaba habitada por multitud de tribus cada una de ellas con su propia organización, estructura, nivel cultural, modo de subsistencia (los había cazadores, recolectores, pescadores...) si bien, todo ellos, tenían en común la carencia de una organización estatal y la comunidad, pues en la mayoría de los casos, no excedía de los límites del agrupamiento familiar. En contadas excepciones, las distintas familias se habían unido en asociaciones tribales y, más tarde, en uniones de tribus que originarán las llamadas confederaciones estatales²⁷. No obstante, debemos exceptuar a los aztecas, los mayas, los chibchas y los incas, que llegaron a desarrollar verdaderas formas de Estados antes de la llegada de los españoles²⁸.

Con la llegada del hombre blanco a las tierras americanas, llegan también su modelo de organización social, económico, cultural y jurídico. La mentalidad y civilización extranjeras chocan inevitablemente con el sistema de vida indígena y va a ser éste, el indio, más débil, el que va a verse alterado en su vida cotidiana en los casos de sometimiento pacífico, o duramente castigado en caso de hostigar a las tropas españolas conquistadoras.

De este modo, tanto en uno como en otro caso y, en relación con la propiedad del suelo indio, y bajo el influjo de las *civilizadas* doctrinas europeas favorables a la potestad del Estado sobre la propiedad privada, se verificarán en los dominios americanos grandes expropiaciones sin derecho a indemnización alguna. Las diversas creencias tales como: a) la posibilidad de que la autoridad territorial debía poseer el dominio de la tierra, b) el interés de ensanchar los límites de la monarquía y c) asegurar en el nuevo mundo el triunfo del Evangelio; sirvieron de fundamentación a la expropiación casi universal de los territorios indios en América. De esta forma, los Reyes Católicos, se erigían como señores jurisdiccionales del territorio, dueños de la tierra y tenían potestad para repartirla²⁹.

Obviamente tales expropiaciones, pese a estar moralmente justificadas a *su juicio*, debían asentarse sobre bases jurídicas. De esta forma, se decía con mucha

²⁷ Así, por ejemplo, en las ciudades mayas existía una sociedad diferenciada, ordenada jerárquicamente, cuyo estrato superior lo constituían una nobleza hereditaria y el clero. De igual forma, aparecía estratificada la sociedad azteca, que llegará a alcanzar un alto nivel cultural. R. Konetzke, *Historia, cit.*, págs. 4-12.

²⁸ J. G. Martínez, *Tres ensayos sobre los pueblos indígenas de América*, Cáceres, 1998, págs. 11-177.

²⁹ F. de Cárdenas, *Ensayo, cit.*, págs. 208-209; R. Levene, *Manual, cit.*, pág. 40; J. G. Martínez, *Historia, cit.*, págs. 236 y ss.

alegría que si bien los infieles adquirirían válidamente sus dominios por el *ius gentium*, podía privárseles de los mismos desde que Cristo, como monarca absoluto del mundo, transmitió su propiedad a San Pedro y a sus sucesores y, de esta forma, la misión de encargar a los Reyes la sujeción de los pueblos no cristianos a fin de asegurar en ellos el cumplimiento de la misión evangélica³⁰. Otros justificaban tal apropiación afirmando que los indios no eran dueños legítimos de sus bienes al carecer de razón necesaria para gobernarse por sí mismos. Entendían que eran siervos incapaces de dominio y las tierras al no ser de nadie –*res nullius*– pasaban a formar parte de la propiedad del primero que las ocupara: en este caso pasaban a ser dominio español pues se ocupaban en nombre del Rey, titular de la Corona de Castilla.

Frente a ellos, estaban quienes mantenían que a través de las Bulas pontificias, Alejandro VI había encargado, a los reyes de Castilla, el cuidado, conversión y protección de los indios, pero no la privación y confiscación de sus bienes; tal y como defenderá de por vida el padre Bartolomé de las Casas.

A la negación de razón en los indios para disponer de bienes, se les opuso el ejemplo de los niños y dementes que, incluso en esas circunstancias, podían ser propietarios, es decir, sujetos de derechos aunque para el ejercicio de los mismos debieran contar con alguien que les representara –caso del tutor y del curador–. A quienes hablaban de infieles, se les oponía que la mera infidelidad no es causa de declaración de guerra ni de despojo de las tierras. Por otra parte, se alegaba que el dominio, obra del *ius gentium*, tiene su raíz en la *naturalaleza*³¹ y no en la *gracia divina*, pudiendo disfrutarlo pueblos bárbaros e infieles de igual forma que los civilizados y cristianos.

Con estos debates y enfrentamientos intelectuales se conseguirá, como acertadamente expresan De Cárdenas³² y García-Gallo³³, por un lado, la promulgación de leyes encaminadas a mejorar la suerte de los indios y, por otro, la plas-

³⁰ Lo que se hizo por el Papa Alejandro VI a través de las llamadas Bulas Alejandrinas que ya comentamos con anterioridad y que justificaban o, cuando menos, otorgaban la posibilidad a los Reyes de Castilla, de apropiarse de las tierras descubiertas; pues contaban con la protección del *mandato* papal.

³¹ Mucho podríamos decir en torno a este tema que trataremos en otro artículo pues la dedicación de un apartado en el presente resultaría, por un lado, insuficiente y, por otro, nos desviaría la atención de lo que realmente queremos tratar ahora. En todo caso, para profundizar sobre el concepto de Derecho natural y su misión como medio de salvaguardar –aunque no siempre– los derechos que la razón natural otorga al hombre –en este caso, estaríamos refiriéndonos a los indígenas americanos– así como sus diversas perspectivas en función de quien lo alega –Estado, Hombre, Iglesia, etc.–, cabe recomendar la breve pero interesante bibliografía siguiente: A. García-Gallo, *Estudios de historia del derecho indiano*, I.N.E.J., Madrid, 1972, págs. 130 y ss.; A. Fernández, *Derecho natural. Introducción filosófica al Derecho*, Madrid, 1986, pág. 76; H. Coing, *Fundamentos de filosofía del Derecho*, Barcelona, 1979, pág. 47; M. Feldman, *El siglo XVIII*, Madrid, 1981, pág. 60; G. Fassó, *Historia de la filosofía del Derecho*, volúmenes I-III, Madrid, 1978; L. Recaséns, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica razonable*, México, 1971, págs. 52, 218, 235-239, 263 y 416 y ss.

³² F. de Cárdenas, *Ensayo, cit.*, págs. 211 y 212.

³³ A. García-Gallo, *Estudios, cit.*, págs. 129-133.

mación de nuevas ideas en torno a la independencia de la propiedad y su separación de la soberanía.

PROPIEDAD, COPROPIEDAD, PROPIEDAD COLECTIVA³⁴

La propiedad es uno de los derechos reales *–iura in re–* reconocidos –aunque no bien definido– por los juristas romanos³⁵ –que la denominarán a través de los términos *mancipium*, *proprietas*, *dominium–* y se va a caracterizar, precisamente, en esta época, por su excesivo individualismo y poder en contraposición con el territorio conquistado perteneciente al Estado sobre el que no cabe la propiedad privada si bien sí su explotación a cambio del pago de un impuesto ya sea en dinero o especie³⁶.

Tal situación desaparece en la Península al ser su suelo susceptible de *Dominium ex Iure Quiritium* si bien tal posibilidad de propiedad era ajena a los *peregrinii* pues era únicamente aplicable a los sometidos al régimen del *ius civile*, esto es, a los *cives*³⁷.

Se admitirá en Roma un dominio indiviso de la cosa; una comunidad de propiedad por cuotas, sin atribución de partes físicas, conocida como *communio*. La primera figura es el *consortium inter fratres*³⁸, régimen que desaparecerá con an-

³⁴ Colectividad y asociación son dos palabras que representan, a nuestro juicio, la base de cierta estructura jurídica en la época prerromana y, en general, en los pueblos indígenas. De alguna manera, la copropiedad pudo ser, en sus orígenes, una versión evolucionada y al mismo tiempo embrionaria de la propiedad tal y como se dio a entender más tarde. En definitiva, los tres términos (colectividad, asociación, copropiedad) tienen un origen ancestral, que han ido evolucionando dejando paso a conceptos individualistas, con los que se han entremezclado hasta llegar al significado que han cobrado en nuestros días.

³⁵ Los jurisconsultos se limitan a estudiar los diferentes beneficios que procura al pleno propietario: *ius utendi*, *ius fruendi*, *ius abutendi*. Será a partir de los comentaristas o postglosadores cuando se intentará dar un concepto al término *dominium (proprietas, mancipium)* entendiéndolo como *ius utendi et abutendi re sua...*

³⁶ La propiedad podía adquirirse en Roma, básicamente, a través de dos maneras: originariamente y de forma derivativa. Esta última supone la transmisión voluntaria de la propiedad de un sujeto a otro ya sea *inter vivos* o *mortis causa*. En los casos de la transmisión originaria no existe tal voluntariedad –en algunos casos ni tan siquiera *dominus* anterior bien por no disponer de él o bien por dejar de tenerlo al transformarse la cosa en otra nueva diferente inexistente hasta entonces– y se distinguen las siguientes: ocupación *–I. 2.1.12; D. 41.1.1; D. 41.1.3 pr; D. 46.7.2.1; D. 47.2.43.4-5; D. 49.14.3.10; D. 49.15.5.2; D. 49.15.20.1; C. 10.15.1–*, accesión *–Gayo, Instit., 2.72-73; 2.78; I. 2.1.26; D. 6.1.23.3; D. 6.1.23.5; D. 41.1.7.10; D. 41.1.30.2–*, especificación *–D. 41.1.7.7; D. 47.2.52.14–*, confusión y conmixción *–I. 2.1.28; D. 46.3.78–*. En el inicio de la Edad Moderna, Grocio distinguirá («De iure belli ac pacis», II.3); estas diferentes formas de adquisición de la propiedad. En cuanto a la *occupatio*, aparecerá –en esta época– limitado por la *regalía* de las clases altas en relación con la caza y la pesca; así como en otros supuestos de accesión –como el *alluvio*, y la *insula in flumine nata–*; o también en el caso del tesoro.

³⁷ Con las consabidas excepciones que a tal principio van a abrirse paso a través del *ius honorarium* (concretamente a través de la *actio publiciana*) y con las limitaciones y consecuencias jurídicas procedentes, en su mayoría, del período postclásico.

³⁸ *Gayo, Instit., 3.154 a) y b).*

terioridad a la época clásica donde dominará el modelo de propiedad *pro parte*³⁹.

El derecho de propiedad es el derecho real más amplio de que puede disponerse, siempre que el propietario goce de la plenitud de facultades contenidas en el mismo. Podemos definir este derecho como aquel señorío jurídico efectivo o potencialmente pleno de un sujeto sobre un objeto. En este caso, dado el enorme poder real que concede al propietario su ejercicio, tiene una repercusión no sólo jurídica sino también económica y social erigiéndose la propiedad privada, de esta forma, como una clase de propiedad clave en el desarrollo normal de toda sociedad, de forma que, modernamente, esta clase de derecho real cumple una función transindividual y social⁴⁰ colocando en el mismo plano la libertad y la propiedad⁴¹.

Por copropiedad podemos entender cuando una cosa pertenece al mismo tiempo a varios sujetos bien por deseo inicial de los copropietarios⁴² bien por circunstancias devenidas con posterioridad y ajenas a tal voluntad de los mismos⁴³. La copropiedad puede englobarse en tres grupos de actos: a) los que cada propietario puede realizar libremente, b) los que puede ejecutar cada uno de ellos siempre que no se oponga una prohibición expresa de otro copropietario, c) los que cada copropietario no puede llevar a cabo a su exclusiva voluntad precisando el acuerdo unánime de los condóminos⁴⁴.

³⁹ D. 13.6.5.15.

⁴⁰ Ya Santo Tomás de Aquino introdujo esa vertiente social de la propiedad en cuanto forma de limitar el antiguo absolutismo y amplitud de poder del propietario procedentes del antiguo Derecho romano que tan sólo reconocía a la Ley como forma de limitarla –además de la privada– pero sin atender a consideración social alguna. Textos en que se recogen tales limitaciones podemos citar los siguientes: I. 2.1.4; D. 8.6.14.1; D. 11.7.12; D. 43.28; C. 11.1.3.

⁴¹ Lo cual se va plasmando, finalmente, en España en diversos textos constitucionales como la Constitución de 1812 que, en su art. 11 dice: «La nación española está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen». De igual forma, en el art. 33 de la Constitución de 1978 se reconoce, además, su función o contenido social: «Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes». El resto de las constituciones lo hacen parcialmente: así, la de 1837 sólo consagra el respeto a la propiedad privada y la de 1869 no la menciona expresamente mientras que la de 1876 reproduce prácticamente el artículo 10 de la de 1837. Por último, la Constitución de 1931 la presume de hecho otorgándole un gran contenido social.

⁴² Entre sociedad y copropiedad –en sentido general– puede haber diferencias accidentales. Así, la distinción básica entre ellas es que, la copropiedad es un *tener en común* mientras que la sociedad puede decirse que es un *poner en común* ya sean bienes, dinero o industria como medio para obtener una ganancia –lucro– y repartirla entre los socios.

⁴³ J. Iglesias, *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11ª edición, Barcelona, 1998, págs. 307-309.

⁴⁴ Incluso hay autores como Perozzi, que niegan la existencia de la copropiedad. Ver, en este sentido, J. A. Arias, *Derecho romano*, tomo I, Madrid, 1979, págs. 270-273.

Un residuo del antiguo régimen, lo es también el llamado *ius adcrescendi*, a través del cual, si un condómino no puede adquirir o si, adquiriendo, renuncia a su cuota abandonándola (*derelictio*) ésta acrece a los demás condóminos⁴⁵. Cada *socius* puede pedir la división de la *res communis* adjudicándose la cosa a uno o varios de ellos y pagando a los demás el equivalente al importe de sus cuotas o vendiendo a un tercero.

Por su parte, la propiedad colectiva, propiedad indivisa o también llamada en mano común –sin atribución de cuotas– es un modelo de propiedad de tipo germánico (*Gemeinschaft zur Gesamte Hand*). Dicho tipo de propiedad se caracteriza por una serie de connotaciones propias y diferentes como son: a) la existencia de un vínculo personal entre los comuneros, lo cual es perfectamente comprensible dado su origen ancestral, b) la pertenencia a la comunidad y el propio aprovechamiento común impide una división por cuotas del objeto de aprovechamiento, así como, c) la imposibilidad, por tanto, de la disposición sobre las mismas y su indivisión⁴⁶.

Para Ennecerus⁴⁷, la propiedad en mano común tiene su esencia en que tanto los derechos como las obligaciones que competen a varias personas conjuntamente, se dirigen de esta misma forma *erga omnes*. Por su parte, para autores como De Ruggiero, en el caso de la comunidad colectiva estaríamos ante una «especial organización del condominio de forma que los condóminos forman una colectividad perdiendo en ella la individualidad como titulares independientes»⁴⁸. Así vista esta clase de propiedad y, compartiendo la esencia de la idea de Ennecerus, podemos definirla como «aquella situación de cotitularidad por la que un objeto de carácter patrimonial pertenece indivisa y conjuntamente a varios sujetos, unidos por un vínculo de carácter personal, de tal manera que sólo colectivamente están autorizados para ejercitar los derechos que les atribuye tal tipo de propiedad».

Para nosotros, la distinción básica de la comunidad colectiva y la copropiedad o condominio –en contra de lo que opinan autores como De Ruggiero– reside en que no existe división ideal alguna de cuotas o porciones. En la copropiedad romana, cada sujeto ostenta una titularidad independiente por cuota que

⁴⁵ I. 2.7.4; D. 7.7.1.

⁴⁶ Junto a las clases de propiedad vistas en que concurren dos o más propietarios sobre la misma cosa, hay autores, como Lalinde que señalan una tercera cual es el *consorcio* característico en propiedades que recaen sobre pastos, bosques, en proporción a las tierras que se poseen individualmente. J. L. Lalinde, *Derecho histórico español*, Barcelona, 1983, pág. 453. Nosotros incluiríamos tal tercer tipo de copropiedad dentro de la llamada propiedad colectiva que es la que suele recaer sobre ese tipo de tierras: pastos y bosques; que, en algún caso podrían verse como una clase de copropiedad pero, de ninguna manera como una tercera categoría, inexistente, para nosotros, a todas luces.

⁴⁷ L. Ennecerus, *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, Barcelona, 1954, págs. 302 y 303.

⁴⁸ R. de Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, vol. I, Madrid (sin fecha), pág. 583. Aquí De Ruggiero establece alguna diferencia con respecto a lo que entendemos por copropiedad o condominio de origen romano subsidiándola en una clase excepcional de ésta, posición con la que no estamos de acuerdo en absoluto.

le corresponde mientras que en el caso de la propiedad en mano común o colectiva, las varias titularidades individuales se reúnen en una sola formada por el conjunto de derechos abstractos de todos los partícipes y, al no existir cuotas, hay carencia de potestad dispositiva individual.

De este breve pero básico planteamiento diferenciador⁴⁹, extraemos, rápidamente, la conclusión del diferente funcionamiento de ambos tipos de propiedad⁵⁰ perteneciente a varios sujetos, de su también diferente origen y, en general, de las escasas similitudes entre ambas, lo que nos lleva a pensar en dos modelos independientes de propiedad más que en la excepcionalidad de uno con respecto a otro, tal y como lo contemplaba de Ruggiero⁵¹, que incluso englobaba a uno de ellos dentro del otro con simples especificidades pero de base común.

DERECHO INDÍGENA

Se entiende por tal, el existente en Indias antes de la llegada y posterior conquista española. Era un Derecho esencialmente no escrito y procedía, básicamente, de las diferentes autoridades y costumbres propias. No todo el Derecho indígena fue rechazado por los españoles si bien no siempre fue posible mantener ese Derecho por el más que frecuente choque con los preceptos cristianos y la necesidad de imponer una disciplina social que fuera incorporando a los indígenas a la vida civilizada⁵². Subsistirán, por tanto, solamente las costumbres no contrarias a la empresa indiana: el cacicazgo, la propiedad colectiva de la tierra, la mita⁵³, etc. Este derecho indígena será también parte integrante del Derecho indiano.

Ahora bien, con la conquista, la tierra de las zonas sometidas –con sus accesorios: aguas, bosques, minas– fue considerada propiedad de la Corona, que las

⁴⁹ No pretendemos en este trabajo indagar o realizar un profundo estudio de ambas figuras y sus elementos comunes y diferenciadores (como, por ejemplo, a) la imposibilidad –caso de la propiedad colectiva– de los comuneros de ejercitar la *actio communi dividundo*, b) el aprovechamiento indeterminado, esto es, cada comunero obtendrá la utilidad que precise sobre el total sin atenderse a cuotas –caso también de la propiedad en mano común–, c) el típico aprovechamiento y mejor forma de disfrute conjunto de fincas rústicas –básicamente, de pastos y leña en los casos de la propiedad colectiva–, etc...); sino tan sólo establecer un planteamiento previo de carácter general aunque sí procurando dejar establecida la base de partida. Ver en este sentido, M. Albaladejo, *Curso de Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo III, vol. I, Barcelona, 1977, pág. 385.

⁵⁰ Otro asunto que se plantea es si en Roma, desde sus orígenes, se conoció la propiedad privada inmobiliaria. Según parece, ésta podría ser colectiva, pues la propiedad privada sería, en un principio, únicamente posible sobre bienes muebles e inmuebles de poca importancia (tal como un huerto, por ejemplo). Idea esta última que, desde luego ha encontrado detractores de la talla de Ihering o Bonfante.

⁵¹ R. de Ruggiero, *Instituciones*, cit., pág. 583.

⁵² R. Zorraquín, *Historia*, cit., pág. 215.

⁵³ Forma de organización de trabajo forzado en las minas –caso de los incas– en cuadrillas de obreros consistente en el relevo de éstos en un sistema de turnos prefijado. En todo caso, habrá notables diferencias entre la mita incaica y la mita indiana a que nos referimos. J. G. Martínez, *Historia*, cit., págs. 195, 196 y ss.; y 330-331.

repartirá⁵⁴ —a través de Virreyes, gobernadores...— entre los descubridores, pobladores antiguos y descendientes de éstos que fueran a permanecer en la tierra⁵⁵. Estas donaciones de tierras cesarán a mediados del siglo XVIII dejándose a los indios tan sólo las extensiones necesarias para su sustento, constituidas en propiedades colectivas, cuyo dominio directo pertenecía a la Corona quedando para sus pobladores el dominio útil.

En lo referente al *dominio directo* y el *dominio útil*, ya hemos dicho cómo la Glosa influye en el Derecho castellano (también la concepción tomista de la propiedad) ampliando el concepto de dominio e incluyendo dentro del mismo —entendido en un sentido amplio— todo derecho que pueda concernir a la cosa. Quizás también por esta razón, la Glosa se vio obligada a diferenciar las diversas formas de dominio dando origen a la teoría de la propiedad dividida (*getiltes Eigentum*)⁵⁶.

La propiedad colectiva se establecerá, además de en las tierras, también sobre algunos tipos de ganado como el yeguarizo, en un primer momento y, más tarde, extendida también al vacuno⁵⁷. En este sistema de organización⁵⁸, los individuos aparecen asignados —para la realización de tareas en interés común— de modo fijo y los beneficios de todo ello, una vez apartado lo preciso para cubrir las necesidades de cada uno, se atribuyen a la comunidad, que lo destinará a obras de interés general, asistencia de enfermos, etcétera⁵⁹.

Este método de participación en la explotación de la tierra: la obtención de sus frutos, su cultivo, aprovechamiento, en general; era muy común en todo el

⁵⁴ Este repartimiento era, además, uno de los incentivos económicos de las expediciones constituidas y costeadas a iniciativa de los individuos, pero sometidas a la potestad del Estado castellano. R. Levene, *Manual*, cit., págs. 95 y 96.

⁵⁵ R. Zorraquín, *Historia*, cit., págs. 194 y 195. Así, se cita en las Leyes de Indias la «Casa poblada» en tanto muestra del interés de favorecer al hombre casado como estímulo de aumento del número de matrimonios y el trabajo de la tierra.

⁵⁶ Así, Bartolo, por ejemplo, distingue entre *dominio útil* y *dominio directo* basándose en textos romanos como: *D. 37.6.10; D. 39.3.1; C. 4.66; C. 11.61.13; Nov. 112.1*; en contra de textos como *D. 13.6.5.15*, según el cual «...*duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse*».

Los estudios de autores como E. Bussi (*La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, Padova, 1937, pág. 13) han mostrado perfectamente este punto.

⁵⁷ Este tipo de propiedad colectiva aparece en Buenos Aires, reconociéndose a los estancieros unos derechos sobre el ganado cimarrón o salvaje de forma que, una vez cazado, el cuero y sebo se aprovecharan por el sistema de propiedad colectiva. También hay casos parecidos de colectivismo comunal en el hilado de lana de la llama y de la alpaca. En el caso del ganado, los rebaños, obviamente, eran también propiedad del Estado. J. G. Martínez, *Tres ensayos*, cit., pág. 171.

⁵⁸ Implantado, como hemos visto, en el cultivo de la tierra, determinados tipos de ganado y también en las tareas relativas con los trabajos manuales tal y como se practicaba en el imperio azteca y sobre todo, en el incaico. En todo caso, la insuficiencia de fuentes escritas y el predominio de lo oral, nos dejan, en ocasiones, con la inevitable vaguedad y superficialidad del conocimiento, impidiéndonos entrar a conocer con más detalle lo relativo a la relación de los indios con sus bienes y el régimen de tal relación.

⁵⁹ Todo ello, gobernado por los indios y, tras la llegada de los españoles, bajo la tutela de los religiosos.

territorio americano con independencia de la tribu. De esta forma, los incas, por ejemplo, pueblo de tinte imperialista y totalitario, combinaba, sin embargo, tal condición con un ordenamiento económico de carácter social y muy solidario que podríamos definir como metasocialista. De esta forma, la tierra pertenecía a las comunas aldeanas –*ayllus*– que asignaban a las diversas familias –según el número de sus componentes– una superficie cultivable en usufructo. Cada familia podía disponer libremente de su cosecha para sustentarse y entre todos –como referimos anteriormente– mantienen a los enfermos y desvalidos cultivando los predios a ellos correspondientes. En el *ayllu* –que simboliza la unión del hombre con la madre Tierra– regía, pues, el principio de la propiedad y el trabajo colectivos, de tal forma que puede decirse que el régimen de trabajo y producción incaico era un sistema económico de *reciprocidad laboral* y *redistribución colectiva de las rentas del trabajo*⁶⁰.

Los bosques y pastos estaban a disposición de todos los miembros de la comunidad. La tierra restante era del Estado y el cultivo excedente se almacenaba para los tiempos difíciles⁶¹ en los *tambos*, previo registro y contabilización a través de los *quippus* incaicos.

Por otro lado, los *Calpullis* de los aztecas, poseían comunalmente su propio territorio, cultivándose por todos para atender las necesidades comunales o generales⁶².

En el caso de los *Chibchas*, su organización social estaba muy estrechamente vinculada al trabajo colectivo: así, los diferentes clanes habitaban su respectiva y adecuada cabaña en función de la tarea encomendada y cercana a la fuente del recurso natural que habían de trabajar para el bien comunal de toda la comunidad. Por tanto, en este caso –al igual que los anteriores– la propiedad de la tierra era comunal y, por ende, comunitaria; trabajaban todos los miembros de una familia en común y vivían del bien comunal, especializándose por sectores según cada clan familiar⁶³.

En conclusión, puede decirse que el sistema de explotación y propiedad de la tierra en Indias antes de la llegada de los españoles es colectiva o en mano común. La propiedad de la tierra es del Estado que cede su cultivo –aprove-

⁶⁰ Y todo ello, de modo natural y gratuito a modo y semejanza a como actúa el Sol –dios Inti– con sus rayos y energía en relación con los cuerpos celestes, que giran en torno a él, para los que no escatima cantidad alguna de energía, según la mentalidad y cosmogonía incaica. J. G. Martínez, *Tres ensayos*, cit., págs. 157, 165 y 167. La propiedad privada se admitiría únicamente para bienes muy personales como el ajuar doméstico –muy austero– y los utensilios y vestidos de cada uno.

⁶¹ R. Konezke, *Historia universal del siglo XXI*, volumen XXII, América Latina II, Época colonial, 1984, pág. 17.

⁶² Dicho modelo de explotación consistía, en general, en una forma de producción alimentaria que, en gran medida, dependía del sistema de campos de cultivo muy productivo y, generalmente más eficaz y no comparable con los que, por entonces, se daban en Castilla salvas contadas excepciones. J. G. Martínez, *Tres ensayos*, cit., pág. 24.

⁶³ J. G. Martínez, *Tres ensayos*, cit., pág. 131.

chamiento— a los individuos de la sociedad⁶⁴. Con la obtención de los frutos, se mantendrán y, a su vez, aportarán un porcentaje para el sustento de los desvalidos así como para reserva en graneros en previsión de malos tiempos⁶⁵.

Tras la dominación española, de las costumbres indígenas vistas, sólo se mantendrá viva la de la explotación colectiva de la tierra incluso después de entrar en vigor el Código civil argentino⁶⁶. Y decimos explotación porque, como se vio, el dominio útil y el dominio directo de la tierra no se hallaban bajo unas mismas manos sino que el primero de ellos correspondía a los indios y les facultaba el aprovechamiento de la tierra; mientras que el dominio directo lo ostentaba la Corona española pues era quien había *ocupado* aquellas tierras *sin dueños* (*res nullius*). Con la constitución del Estado argentino, éste sucederá en el dominio directo a la Corona de España⁶⁷.

DERECHO ARGENTINO

Concretamente, en Argentina, el derecho castellano y sus instituciones permanecerán activos hasta la entrada en vigor de los Códigos argentinos a mediados del siglo XIX. En resumen, la conformación con base en lo visto con anterioridad, del Derecho argentino comprenderá dos etapas: 1º. La etapa del derecho precodificado desde 1810 hasta la Constitución de 1853 y los Códigos nacionales. 2º. La etapa del derecho codificado: Código de comercio de 1862, Código penal de 1886, Código civil de 1871 y el Código de minería de 1887.

Desde la redacción de 1810 hasta la sanción del Código civil en 1869 —entrando en vigor el día 1 de enero de 1871— hubo en Argentina movimientos sociales que influyeron en la elaboración de una codificación nueva. A su vez, en las posiciones más críticas con todo lo español y parte del Derecho indiano, continuaron los debates más o menos sosegados. La época histórica en que se sitúan estos movimientos codificadores —en que se mira también hacia el exterior: Montesquieu, Grocio⁶⁸, Puffendorf⁶⁹, Bentham⁷⁰...— influirá de manera decisiva y cíclica

⁶⁴ Si bien es cierto que las mejores tierras irían a parar a las clases dominantes, dejando a las más bajas la peor y menos productivas que, aun así, eran suficientes para su subsistencia en el peor de los casos.

⁶⁵ R. Dekkers, *El derecho privado de los pueblos*, Madrid, 1957, pág. 138.

⁶⁶ R. Bustamante, *Condición jurídica de las comunidades de indígenas en el Perú*, Lima, 1919, pág. 45.

⁶⁷ En este sentido, se dirigen los fallos 155, 313 de la Suprema Corte de Justicia (de 9 de septiembre de 1929) en que la provincia de Jujuy reivindica las tierras de los indios de Casavindo y Cochinoca. R. Zorraquín, *Historia*, cit., pág. 233.

⁶⁸ Su construcción del Derecho natural —«*dictado de la recta razón*», M. Feldman, *El siglo XVIII*, Madrid, 1981, pág. 60— no es resultado de presupuestos filosóficos algunos sino del intento del jurista amante de la paz en conseguirla («*De iure belli ac pacis*»).

⁶⁹ Puffendorf (1632-1694), al igual que Grocio, romperá la conexión Derecho natural y Teología («*De iure gentium libri octo*»). Partiendo de la concepción mecanicista del mundo de Galileo (también recibirá una gran influencia de Descartes) y, a través de la deducción lógico-sistemática, construye un sistema racional de verdades racionales profanas fáciles de entenderse y ser objeto de reflexión por la sociedad.

en las discusiones⁷¹, e incluso, en ocasiones hasta ralentizados –por circunstancias puntuales como, por ejemplo, la dictadura de Rosas– hasta que, a su conclusión, se llega a cuajar un Código civil. Es el momento en que llega la inevitable crisis y posterior desaparición del Derecho indiano y del antiguo Derecho castellano, apareciendo uno nuevo, único y propio que se identifica con las nuevas tendencias jurídicas y el nacimiento de las repúblicas americanas que marcarán, en el siglo XIX, un antes y un después en el Derecho en la América española.

En efecto, en relación con el Derecho, ya en el siglo XVII hay un mayor interés por las leyes propias de cada reino que se aplicaban junto al Derecho romano. En este sentido, encontramos a H. Grocio (1583-1645) quien escribió una exposición de la tradición jurídica holandesa hasta su época y favoreció la aparición de obras como «*De origine iuris germanici*» de H. Conring (1606-1681) o «*Nova Methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*» de G. W. Leibniz (1646-1716); si bien, el más importante autor de este siglo va a ser, a nuestro juicio, J. Domat (1629-1696) quien logrará llevar a cabo la primera síntesis de conjunto de derecho aplicable en Francia⁷². Ya en el siglo XVIII se va a tomar más interés por los estudios históricos incidiendo en la ciencia del Derecho y en el movimiento codificador. Es aquí donde destaca Montesquieu⁷³ (1689-1755) quien considera el Derecho como producto de las circunstancias naturales, sociales y espirituales de cada época.

Fruto de estos debates de contenido no sólo jurídico sino también social, político, económico... es la Constitución de 1853 y el Código civil de 1869. La primera de ellos, llamada Constitución de la Confederación Argentina, basada en la Constitución de los Estados Unidos, dio lugar, salvo momentos puntuales y peculiares, a una jurisprudencia similar a la norteamericana; encontrando un fuerte movimiento en su contra⁷⁴ como el encabezado por F. de Zuviría⁷⁵ y encontrado también defensores del modelo adoptado como Alberdi.

En relación con el Código civil argentino en 1864, el presidente Mitre nombra⁷⁶ a un conocido jurista, Vélez Sarsfield, como encargado de proyectar la legis-

⁷⁰ J. Bentham, (1748-1832) conocido, entre otras cosas, por su fuerte ideal sistematizador y, por tanto, adversario del *Common Law*.

⁷¹ Debates, por otra parte, en los que participarán personajes de muy diversa formación y procedencia como Pazos Silva –escritor proclive a una cierta continuidad del orden legislativo argentino–, López Méndez –muy crítico con las leyes de Indias–, Echeverría, Alberdi –más partidarios de debates y discusiones–, Pereda –partidario y defensor del Derecho común: «El Derecho privado de los romanos es el nuestro y poco hay que mejorarlo...»–, De Angelis y Senillosa –defensores de complementar y poner al día disposiciones legislativas y códigos–.

⁷² Síntesis realizada sobre la base de la tradición romana y nacional y de acuerdo con los principios organizadores del Iusnaturalismo racionalista. Del citado autor cabe destacar su obra «*Les lois civiles dans leur ordre naturel*». B. Aguilera, *Historia, cit.*, pág. 33.

⁷³ Importante, en este sentido, su libro *De l'Esprit des lois*.

⁷⁴ F. Sarmiento, *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, Buenos Aires, 1853.

⁷⁵ Ver, en este sentido, el discurso de Zuviría en el Congreso General Constituyente, de 20 de abril de 1853.

⁷⁶ Mitre designa a un solo jurista, pese a que el Congreso le había autorizado a crear una comisión pero no la designación de una persona –ley de junio de 1863–, dado que aún estaba reciente

lación civil argentina, hecho que culminará en agosto de 1869 entrando en vigor el citado Código el 1 de enero de 1871.

Las fuentes utilizadas por Vélez para la elaboración del Código civil argentino –aunque muy amplias– se centran, básicamente, en el Derecho romano, el Derecho castellano y los Códigos del siglo XIX; inspirándose, para ello, en autores como Texeira de Freitas, Savigny, Ortolan, etcétera⁷⁷.

CONCLUSIONES

Como habrá podido comprobarse, la propiedad ha aparecido de diversas maneras en los distintos pueblos de la antigüedad prevaleciendo, en ocasiones, el *principio individualista* (desamortización) y, en otras, el *principio social* (amortización) aunque, en la mayoría de los casos, su organización basada en los vínculos consanguíneos y la vida en común hacen pensar en una mayor difusión de la propiedad que hemos denominado colectiva⁷⁸.

Como expresa De Cárdenas⁷⁹, no fue una mera y casual coincidencia la del régimen político del mundo oriental, fundado en la absorción del individuo por el Estado y en el sistema de castas con el régimen de propiedad colectiva. Tampoco fue fortuita la coexistencia en Roma y Grecia de todas las alteraciones de su respectiva constitución social y política con las acaecidas en orden a la propiedad territorial. La notoria insuficiencia del régimen de gobierno introducido por los bárbaros tras su invasión no fue circunstancia independiente del principio individualista que predominó en la propiedad. El régimen feudal nació en casi toda Europa cuando la propiedad se constituyó bajo el influjo del principio colectivo y desapareció cuando ésta desapareciendo el modelo de amortización de la tierra, recuperó su preeminencia. Hoy mismo aún luchan entre sí las dos poderosas tendencias, manifestándose una en la escuela individualista y otra en la socialista y en la comunista⁸⁰.

En general, puede decirse que la propiedad colectiva era el sistema de organización de explotación de la tierra más difundido y practicado en la antigüedad. Así, la propiedad individual apenas era conocida en los pueblos de Oriente. Entre los asirios y babilonios, el Rey o el Estado, como dueños de todas las

el fracaso de comisiones anteriores encargadas a tal finalidad, como las de 1852 y el posterior e infructuoso intento de Ugarte y Gamboa en 1857.

⁷⁷ R. Zorraquín, *Historia, cit.*, págs. 354 y 381; R. Levene, *Manual, cit.*, pág. 22; G. Sánchez, *Curso de historia del derecho. Introducción y fuentes*, Valladolid, 1972, págs. 175 y ss.

⁷⁸ En este sentido, a diferencia de algunos autores ya citados, consideramos que en relación con la explotación de los recursos y su repartición nada tiene que ver la diferenciación entre los pueblos transhumantes y sedentarios así como tampoco su nivel evolutivo pues cabrá tanto la propiedad colectiva de del ganado –caso de los transhumantes– como sobre la tierra –caso de los pueblos sedentarios–.

⁷⁹ F. de Cárdenas, *Ensayo, cit.*, págs. 4-5.

⁸⁰ En la presente cita de De Cárdenas he introducido matizaciones con el objeto de dar una visión aséptica y global del derecho de propiedad, renunciando a la exaltación de uno de ellos en detrimento del otro, tal y como se contemplaba en el texto originario.

tierras, distribuía una parte de ellas entre sus soldados y vasallos a cambio de una *pensio* o tributo perpetuo y se reservaba la otra parte para su cultivo.

En la India, en sus tiempos más remotos, también la propiedad de la tierra pertenecía al soberano y así seguirá aun después de su conquista por los musulmanes, que mantuvieron el estado de la propiedad territorial⁸¹.

En todos los casos vistos, la tierra desempeña un papel fundamental como medio de subsistencia de la familia, por eso mismo, su propiedad la solía mantener el soberano pues es un elemento clave que sólo a través de la desamortización, el individuo recobra su independencia frente el Estado. Con los frutos obtenidos del cultivo de la tierra, deberá mantenerse la familia representando, pues, para ella, todo su patrimonio y, desde luego, el más importante de tal forma que es costumbre muy antigua la posesión en común de esos bienes tan básicos así como la sucesión hereditaria a la muerte de algún miembro de la familia⁸². Incluso en el pueblo hebreo, al que califica De Cárdenas⁸³ como «*el pueblo que realiza un gran progreso en el camino de la civilización, constituyendo la propiedad privada*», se observa en sus inicios un predominio de la propiedad territorial si bien con diferencias con respecto a otras civilizaciones; diferencias que le llevarán, poco a poco, a dejar abrir paso al modelo individualista, que coexistirá en diversas formas con el modelo de propiedad colectiva si bien, finalmente, se impondrá en el pueblo judío el modelo de la propiedad privada.

Resumiendo lo anterior y echando un vistazo al modelo de propiedad americano precolombino hasta la aparición y constitución de las diversas repúblicas existentes en la actualidad, puede decirse que el modelo tradicional de explotación de la tierra era en mano común o colectivo. La razón por la que es el sistema más común pese a las diferencias de culturas, distancias geográficas entre ellas, incluso étnicas, entre otras muchas; es la primacía de la salvaguarda de los intereses colectivos frente a otros intereses menores y más aún teniendo en cuenta el grado de desarrollo de la economía de esos pueblos antiguos que tenían en la agricultura, básicamente, su modelo de subsistencia. Ello hará que sea de primordial importancia todo lo relativo a la organización de la tierra, la propiedad de la misma –generalmente en manos del jefe de la tribu, monarca, soberano, etc.– su explotación y repartición.

Aún hoy, subsiste el sistema de las comunidades indígenas, con el reparto periódico de las tierras de cultivo de acuerdo con las necesidades de cada miembro del *ayllu* entre los descendientes de los incas en el Perú. Ni la legislación de Indias –en vigor durante tres siglos– ni el Derecho argentino –de más de un siglo– han modificado ni tan siquiera superficialmente los cimientos de estas instituciones económicas, que han sobrevivido con el paso del tiempo.

⁸¹ F. de Cárdenas, *Ensayo, cit.*, págs. 8 y 9.

⁸² No en vano, ese es el régimen romano inicial de sucesión en el patrimonio del *pater* a la muerte de éste –*consortium*– con independencia de que, por la importancia tanto del individuo como del propio derecho de propiedad, con posterioridad pudiera pedirse la separación o división de tal consorcio.

⁸³ F. de Cárdenas, *Ensayo, cit.*, pág. 18.