



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN

CURSO ACADÉMICO 2017-2018

**LA INFLUENCIA DEL DERECHO MINERO ROMANO EN EL DERECHO
MINERO INDIANO**

**THE INFLUENCE OF THE ROMAN MINING LAW IN THE INDIAN
MINING LAW**

RAMIRO VALIÑA MARTÍNEZ

FRANCISCO CUENA BOY

Índice

Introducción

Bloque Primero: Derecho minero romano

I. I. La propiedad de las minas en el derecho romano

II. Regímenes de explotación de las minas

III. Procedimiento de otorgamiento de la concesión minera

IV. Las obligaciones del colono

Bloque Segundo: Derecho minero indiano

Introducción: Sistema de fuentes del derecho minero indiano

I. I. La propiedad de las minas en el derecho romano

II. Regímenes de explotación de las minas

III. Procedimiento de otorgamiento de la concesión minera

IV. Las obligaciones del colono

Bloque Tercero: La influencia del derecho minero romano en el derecho minero indiano

I. La propiedad de las minas

II. Regímenes de explotación de las minas

III. Procedimiento de otorgamiento de la concesión minera

IV. Las obligaciones del colono

Fuentes

Bibliografía

Introducción

En este trabajo se pretende explicar la influencia que tuvo el derecho romano en el desarrollo y elaboración del derecho indiano, refiriendo este análisis al ámbito de la legislación minera. Para ello, en primer lugar, se realiza una exposición del derecho minero romano, en segundo término se realiza una exposición del derecho minero indiano y para concluir se comparan ambas legislaciones, buscando las similitudes y las diferencias, y en este caso, el porqué de las mismas. Dentro de la legislación minera se analizarán cuatro aspectos considerados, a mi juicio, de los más relevantes: la propiedad de las minas, los regímenes de explotación, los procedimientos de otorgamiento de las concesiones mineras y las obligaciones de los colonos.

Bloque Primero: Derecho minero romano

I. La propiedad de las minas en el derecho romano

Lo primero que es necesario explicar a la hora de comenzar a tratar las diversas cuestiones referidas a la propiedad de las minas, es la carencia que hubo en el derecho romano de un derecho específico y completo que regulase la minería¹. Esto se debe a que los

¹ J. Vildósola Fuenzalida, *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe*, Caracas, 1999, p. 3.

romanos consideraban que los recursos minerales eran productos naturales del suelo o el subsuelo, formando antes parte integrante e indisoluble de los mismos, es decir, en principio no hay una delimitación entre los conceptos jurídicos del suelo y el subsuelo ya que la propiedad esos recursos minerales era atribuida al propietario del terreno superficial, operando en la práctica una verdadera accesión. Por lo tanto, en origen, se concibe el derecho minero romano como un sistema fundiario².

De este modo, en función de quién sea el titular dominical del fundo superficial, se pueden clasificar las minas en privadas, que eran descubiertas en fundos de los particulares y explotadas por los mismos y que salvo ciertas limitaciones se hallaban en su pleno dominio, y en públicas, que eran descubiertas en terrenos pertenecientes al Estado o las ciudades, y eran por tanto bienes de dominio público. En la práctica la gran mayoría de las minas formaron parte del erario público. Esto se debe a que las grandes extensiones de terreno adquiridas por los romanos tras la Segunda Guerra Púnica (218-201 a.C) y la Segunda Guerra Macedónica (200-196 a.C), fueron calificadas como *ager publicus* quedando sus recursos mineros en manos del Estado, política que se mantendrá en futuras conquistas (es preciso recordar que antes de la anexión de estos territorios solo existían dos provincias romanas creadas tras la Primera Guerra Púnica, Sicilia y Cerdeña). Esto se acabará reflejando en la teoría del dominio en el suelo provincial, que indica que en el mismo no cabe la propiedad privada ya que el

² Vildósola Fuenzalida, *op. cit.*, p. 4.

dominio del suelo provincial es del pueblo romano o del César, siendo los que disfrutaban del mismo simples poseedores.³

Al considerarse el subsuelo como parte integrante del dominio del propietario del fundo se plantea de forma inevitable la cuestión de si existen límites a ese dominio, y si existen hasta dónde llegan los mismos. Durante mucho tiempo se consideró que tales límites no existían, concibiéndose el derecho de propiedad sobre el subsuelo como ilimitado en base al principio latino “*cuius est solum eius usque ad coelum, usque ad inferos*”. Sin embargo, a día de hoy esa expresión latina se atribuye al glosador italiano Cino de Pistoia que vivió en el siglo XIV, y se acepta de forma más o menos unánime que la propiedad no tuvo como límite el infinito, sino que si existieron ciertos límites desde el principio.⁴

En primer lugar nos encontramos con un texto de Ulpiano sobre la explotación de canteras:

*Si constat in tuo agro lapidicinas esse, invito te nec privato nec publico nomine quisquam lapidem caedere potest, cui id faciendi ius non est: nisi talis consuetudo in illis lapidicinis consistat, ut si quis voluerit ex his caedere, non aliter hoc faciat, nisi prius solitum solacium pro hoc domino praestat: ita tamen lapides caedere debet, postquam satisfaciat domino, ut neque usus necessarii lapidis intercludatur neque commoditas rei iure domino adimatur.*⁵

3 S. Castán Pérez-Gómez, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid, 1996, p. 185.

4 Castán Pérez-Gómez, *op. cit.*, p. 179.

En este párrafo parece apreciarse un derecho ilimitado por parte del propietario sobre el subsuelo, ya que prohíbe la extracción de piedras de un fundo sin el consentimiento de su propietario ya sea privada o públicamente. Sin embargo, la doctrina ha considerado que la utilización de las expresiones *lapidicinas* y *lapidem caedere*, es deliberada, es decir, Ulpiano quiere hacer referencia expresa a las excavaciones de piedra y no referirse a las minas (*metalla*).⁶

Pero además nos encontramos en este mismo párrafo que la segunda parte del mismo entra en abierta contradicción con la primera, siendo considerada aquella claramente como una interpolación⁷. Ésta segunda parte dice, a diferencia de la primera, que sí es posible extraer piedras de un fundo ajeno sin el permiso de su propietario mediante el pago de una compensación, que no es de carácter legal, sino que se trata de un canon consuetudinario (*nisi consuetudo in illis lapidicinis consistat*). Esta costumbre más tarde servirá probablemente de

5 D.8.4.13.1.

6 Castán Pérez-Gómez, *op. cit.*, p. 183.

7 Castán Pérez-Gómez, *op. cit.*, p. 182.

inspiración para el cambio introducido por la legislación especial del mármol en el siglo IV.⁸ Es probable que ésta no hiciera sino recoger y extender a los *metalla* la práctica de una costumbre ya enraizada en la sociedad romana.

En segundo lugar nos encontramos con una serie de fragmentos referentes a los fondos dotales:

*Vir in fundo dotali lapidicinas marmoreas aperuetat: diuortio facto quaeritur, marmor quod caesum neque exportatu esset cuius esset et impensam in lapidicinas factam mulier an vir praestare deberet. Labeo marmor viri esse ait: ceterum viro negat quidquam praestandum esse a muliere, quia nec necessaria ea impensa esset et fundus deterior esset factus. ego non tantum necessarias, sed etiam utiles impensas praestandas a muliere existimo nec puto fundum deterioresem esse, si tales sunt lapidicinae, in quibus lapis crescere possit.*⁹

*Si vir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit et fundum fructuosioresem fecerit, marmor, quod caesum neque exportatum est, mariti et impensa non est ei praestanda, quia nec in fructu est marmor: nisi tale sit, ut lapis ibi reanascatur, quales sunt in Gallia, sunt et in Asia.*¹⁰

8 Castán Pérez-Gómez, *op. cit.*, p. 184.

9 D.23.5.18.pr.

*Sed si cretifodinae, argentifodinae vel auri uel cuius alterius materiae sint vel harenae, utique in fructu habebuntur.*¹¹

*Si fundus in dotem datus sit, in quo lapis caeditur, lapidicinarum commodum ad maritum pertinere constat, quia palam sit eo animo dedisse mulierem fundum, ut iste fructus ad maritum pertineat...*¹²

En estos textos se aprecian nuevamente límites al derecho del propietario del fundo sobre el subsuelo, y que van en contra del principio del *usque ad inferos*, ya que los frutos obtenidos de la explotación de las minas de los fundos dotal se atribuyen al marido, que es quien ejerce de minero y explota el fundo, mientras que si se siguiera ese principio los frutos obtenidos del fundo, los minerales en este caso, pertenecerían al dueño del fundo.¹³

10 D. 24.3.7.13.

11 D.24.3.7.14.

12 D.24.3.8.pr.

13 Castán Pérez-Gómez, *op. cit.*, p. 181.

Por último nos encontramos con dos fragmentos que tratan de los poderes del usufructuario para abrir nuevas minas y galerías:

*Sed si lapidicinas habeat et lapidem caedere velit vel cretifodinas habeat vel harenas, omnibus his usurum Sabinus ait quasi bonum patrem familias: quam sententiam puto veram.*¹⁴

*Sed si haec metalla post usum fructum legatum sint inventa, cum totius agri relinquatur usus fructus, non partium, continentur legato.*¹⁵

*Inde est quaesitum, an lapidicinas vel cretifodinas vel harenifodinas ipse instituere possit: et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit: ergo et auri et argenti et sulphuris et aeris et ferri et ceterorum fodinas vel quas pater familias instituit exercere poterit vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. Et si forte in hoc quod instituit plus redditus sit quam in vineis vel arbustis vel olivetis quae fuerunt, forsitan etiam haec deicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem.*¹⁶

14 D.7.1.9.2.

15 D.7.1.9.3.

16 D.7.1.13.5.

*Si tamen quae instituit usufructuarius aut caelum corrumpant agri aut magnum apparatus sint desideratura opificum forte vel legulorum, quae non potest sustinere proprietarius, non videbitur viri boni arbitrato frui: sed nec aedificium quidem positurum in fundo, nisi quod ad fructum percipiendum necessarium sit.*¹⁷

Del primero de estos fragmentos se deduce que por el mero comienzo de la actividad minera en un fundo, mediante la apertura de minas o canteras, no se produce una transformación de la propiedad que se pudiera catalogar como *rei mutatio*, a los efectos de poder provocar una extinción del usufructo.¹⁸

Del segundo de estos fragmentos se desprende la autorización al usufructuario para la explotación de las minas, tanto las iniciadas por el propietario del fundo como las que el mismo haya abierto, adueñándose aquél de todos los frutos obtenidos de las mismas y sólo condicionado por el respeto al límite del *uti frui*, el respeto a la destinación económica de la cosa.¹⁹

17 D.7.1.13.6.

18 A.Vergara Blanco, *Principios y sistemas del Derecho Minero. Estudio histórico-dogmático*, Santiago de Chile, 1992, p. 164; Castán Pérez-Gómez, *op. cit.*, p. 181. Para un análisis más detallado de todas éstas cuestiones referentes a los límites de la propiedad del propietario del fundo sobre el subsuelo, y los supuesto que afectan al principio del *usque ad inferos*, véase Vergara Blanco, *op. cit.*, pp. 156-166.

19 Vergara Blanco, *op. cit.*, pp. 165-166; Castán Pérez-Gómez, *op. cit.*, p. 181 nota 24.

En el derecho clásico sólo serán apreciables, en los supuestos ya descritos, ciertos matices de los que se puede inferir esa posible separación entre los conceptos jurídicos de suelo y subsuelo. Solo la progresiva evolución del pensamiento jurídico romano permitirá el surgimiento de los primeros derechos mineros, en los que se aprecia esa distinción de forma más nítida, que se consolidarán en las leyes tardoimperiales.

De ésta legislación de época bajoimperial hay que destacar cuatro leyes. La primera es una constitución del Emperador Constantino del año 320 d.C. Dice así:

*Secundorum marmorum ex quibuscumque metallis volentibus tribuimus facultatem, ita ut, qui caedere metallum atque ex eo facere quodcumque, decreverint, etiam distrahendi habeant liberam potestatem.*²⁰

En ella se atribuye de modo general el poder de extraer mármol de suelo ajeno. Se establece un principio nuevo ya que no se trata de suelo en manos del Estado que autoriza la extracción, sino que se trata de suelo de particulares. Parece que si bien este principio no existía en la legislación minera romana, sí que existía una costumbre en ese sentido, referente a las piedras, que se había ido manifestando durante todo el período clásico y que culminó en esta legislación. Se establece por tanto una clara limitación legal al derecho del titular del fundo.

20 CTh. 10.19.1.

La segunda disposición es una ley del emperador Valentiniano, la *lex Perpensa deliberatione*, del año 365 d.C. Dice así:

*Perpensa deliberatione duximus sanciendum, ut, quicumque exercitium metallorum vellet adfluere, is labore proprio et sibi et rei publicae commoda compararet. Itaque si qui sponte confluerint, eos laudabilitas tua octonos scripulos in balluca cogat exsolvere; quidquid autem amplius colligere potuerint, fisco potissimum distrahant, a quo competentia ex largitionibus nostris pretia suscipient.*²¹

En esta ley se fija la obligación para todos los yacimientos mineros de pagar una contribución al Fisco Imperial. Es novedosa porque no supone solo el cargar con un impuesto a los concesionarios de las minas públicas, sino que también afecta a los dueños de minas privadas que hasta ese momento no pagaban impuesto alguno por lo que extraían de sus fundos. No hay que olvidar que los concesionarios ya pagaban el *pretium* por el otorgamiento de la concesión minera, por lo que aquella contribución constituía una nueva carga para ellos.

También tenemos una ley dictada por el Emperador Teodosio, la *lex Cuncti*, en el año 382 d.C. Dice así:

*Cuncti, qui per privatorum loca saxorum venam laboriosis effossionibus persequuntur, decimas fisco, decimas etiam domino repraesentent, cetero modo suis desideriis vindicando.*²²

21 C.11.7.1.

22 C.11.7.3.

Esta ley incluye por vez primera el principio del derecho del Fisco a la décima parte, de gran vigencia en la tradición minera posterior, si bien en esta ley ya no sólo se imponía esta carga en la explotación del mármol sino además a los metales. También esta ley fijaba que el explotador de la mina debía pagar otra décima parte al propietario del fundo, en caso de haberlo.²³

Por último tenemos la *lex Quosdam*:

*Quosdam operta humo esse saxa dicentes id agere cognovimus, ut defossis in altum cuniculis alienarum aedium fundamenta labefactent. Qua de re, si quando huius modi marmora sub aedificiis latere dicatur, perquirendi eadem copia denegetur.*²⁴

Esta ley impone al propietario del fundo el límite de no poder excavar a una profundidad tal que pudiera perjudicar los cimientos de los edificios ajenos.

En la época de Justiniano no se altera en esencia el régimen de la minería desarrollada en el Bajo Imperio, sólo es destacable la supresión del régimen especial de la minería del mármol.

²³ Vergara Blanco, *op. cit.*, p. 143.

²⁴ C 11.7.6.

De este modo se puede concluir, que si ya el principio del *usque ad inferos* es discutido y en ciertos supuestos no es aplicable en el derecho romano clásico, en el derecho romano bajoimperial y justiniano definitivamente no se puede aplicar al haberse introducido la legislación ya explicitada que limitaba de forma general los derechos del propietario del fundo sobre el subsuelo de la forma descrita.

II. Regímenes de explotación de las minas

A la hora de explotar las minas públicas el *populus romanus* adoptó diferentes formas jurídicas. Algunos autores hablan de que esas distintas formas de realizar la actividad minera se debieron al paso del tiempo²⁵, siendo cierto en el caso de las sociedades de publicanos en declive a partir del siglo II. d.C,²⁶ y alguno habla incluso de su variabilidad en función del tipo de minerales extraídos.²⁷ Las minas eran explotadas tanto por el Estado, trabajándolas directamente, como por los particulares, a los que les eran cedidas a cambio de un canon. Todo esto no implicaba la propiedad estatal de las minas, sino que la titularidad estatal comprendía la superficie, que incluía el subsuelo, y al particular se le otorgaba una especie de posesión de ambos.²⁸ De ésta explotación de las minas por parte del Estado directamente, se

25 Castán Pérez-Gómez, *op. cit.*, pp. 191-192.

26 Castán Pérez-Gómez, *op.cit.*, p. 193.

27 A. Mateo, *Observaciones sobre el régimen jurídico de la minería en tierras públicas en época romana*, Santiago de Compostela, 2001, pp. 43-62

conserva una conocida referencia del historiador Polibio sobre las minas de Cartagena²⁹, en la que aunque no expresa si la explotación de esas minas se realizó directamente por el Estado, sí que a tenor del enorme número de esclavos según él empleados, solo pudo ser explotada por el mismo, y no por una sociedad de publicanos.

En la práctica la forma de explotación de las minas preferida por el Estado Romano fue la de la cesión de las minas a particulares. En general eran concedidas a grandes compañías particulares: las *societates publicanorum*. Cuando se celebraba el negocio concesional entre el censor y la *societas publicanorum*, la *locatio conductio*, los publicanos quedaban obligados a pagar una cuota (*vectigal*). Se arrendaban las minas a cambio de una parte de los frutos obtenidos o de una cuota fija en dinero. También se concedían a particulares no encuadrados en sociedades, trabajadores que tomaban en arriendo pozos directamente del Estado o de la sociedad arrendataria de la mina.³⁰

28 A. Bruna Vargas, *Evolución histórica del dominio del estado en materia minera*, Santiago de Chile, 1971, p.11.

29 Castán Pérez-Gómez, *op. cit.*, p. 189. Pol., 34. 8-11.

30 Castán Pérez-Gómez, *op. cit.*, pp. 186-187; Mateo, *op. cit.*, pp. 32-33.

Si bien como se ha comentado existían minas privadas en Italia en época clásica, en provincias, al ser declarado todo el terreno como *ager publicus*, no puede haber minas privadas ya que no hay propietarios privados del suelo, que es del pueblo romano.

III. Procedimiento de otorgamiento de la concesión minera

No es posible entrar a valorar el régimen minero provincial en Roma sin mencionar las tablas de Vipasca que contienen dos leyes: la *lex territorio metalli Vipascensis* y la *lex metallis dicta*. Éstas recogen la regulación del distrito minero de Vipasca en el actual Portugal y contienen las primeras normas concernientes a la concesión y explotación de minas públicas (es preciso recordar que se había mencionado ya el mecanismo de la *locatio conductio* que era el utilizado en el derecho clásico). Estas leyes se cree que datan de época del emperador Adriano (117-139 a.C.)³¹ y que son una muestra del régimen general vigente en los distritos mineros de las provincias romanas.

Al frente de cada distrito minero había un *procurator metallorum*, representante del fisco y titular de la acción administrativa del Estado que a través de ésta legislación intervendrá con el fin de que las minas sean correctamente explotadas, por lo que ya de alguna forma se empieza a vislumbrar una diferenciación entre la propiedad del suelo y de las

31 Castán Pérez-Gómez, *op. cit.*, p. 187.

minas. Este funcionario será el que estará facultado para realizar las concesiones de los pozos mineros.³²

Para adquirir el derecho a explotar las minas el colono en primer lugar tenía que ocupar pozos mineros que se hallaran libres. Para poder hacerlo era necesario pagar al arrendatario un impuesto especial: el *pittaciarum*, y era necesario que ocupase el pozo en plazo de dos días. El colono adquiría de esta forma un derecho provisional, el *ius occupandi* que era el paso previo a constituirse en verdadero concesionario, para obtener la *proprietas* (término utilizado en la ley).

Ese derecho a explotar el pozo solo permitía al colono explorar el mismo hasta hallar la veta o filón, momento en el que debía comunicar el hallazgo al representante del Fisco (*procurator metallorum*), y acordar el monto a pagar (*pretium*) para poder convertirse en el titular de derecho de *proprietas* (concesión), ya mencionado anteriormente.³³ El colono que había adquirido ese derecho, lo conservará mientras cumpla sus obligaciones como concesionario, que serán descritas a continuación

32 Castán Pérez-Gómez, *op.cit.*, pp. 187; Vergara Blanco, *op.cit.*, p. 150.

33 Vergara Blanco, *op. cit.*, pp. 150-152; Mateo, *op. cit.*, pp.123-124.

IV. Obligaciones del colono

En primer lugar el colono tenía la obligación de trabajar el pozo, debiendo comenzar la explotación en un plazo de veinticinco días. Si el ocupante no comenzaba las labores de explotación en ese plazo perdía su derecho y el pozo podía ser ocupado por cualquier otro colono.

En segundo lugar el colono ocupante tenía que pagar un precio al Estado por el otorgamiento de la *proprietas*, que es una concesión, que le otorga el derecho a explotar y quedarse en propiedad con los minerales extraídos: el *pretium*. Este precio se negociaba una vez que el colono, tras realizar las perforaciones, había encontrado una veta, momento en el que debía parar. Si el colono ocupante, pero que aún no había adquirido la *proprietas*, que solo tenía un derecho provisional, decidía comenzar la explotación de la veta sin pagar el precio, perdía el derecho que tenía, que incluso se concedía al colono delator. Todo esto además por supuesto de su obligación de pagar al Fisco los impuestos correspondientes por los minerales que se fueran extrayendo del pozo.

Además el colono que adquiría la *proprietas* de la mina no podía dejar el pozo o pozos inactivos ya que era un derecho sujeto a caducidad. Si no eran trabajados durante seis meses seguidos el derecho caducaba y cualquiera podía ocupar el pozo.³⁴

Bloque Segundo: Derecho minero indiano

Introducción: Sistema de fuentes del derecho minero indiano

34 Vergara Blanco, *op. cit.*, pp. 151-153; Mateo, *op. cit.*, pp.123-124.

Se ha creído necesario, para justificar la elección de los ordenamientos mineros que se tratan en este trabajo, explicar el sistema de fuentes que estaba vigente en Indias durante la presencia española en América, así como el sistema de fuentes vigente en Castilla, para después entrar a explicar las fuentes del derecho minero indiano que rigió en Indias durante este período.

Lo primero que es necesario decir es que el concepto de derecho indiano puede entenderse en dos sentidos: estricto y amplio. En sentido estricto sólo comprendería el conjunto de disposiciones legislativas promulgadas por el monarca o sus autoridades en Indias para ser aplicadas con carácter general o particular en sus territorios. En sentido amplio comprendería todo el sistema jurídico vigente en Indias durante más de tres siglos, incluyendo el derecho castellano, la costumbre indígena, etc.³⁵ Se habla de derecho castellano, porque las Indias fueron incorporadas a la Corona de Castilla y por tanto se extendieron a ellas las instituciones y el derecho castellanos y no los de los otros reinos peninsulares. Por eso a la hora de estudiar los ordenamientos que rigieron la minería en Indias no es posible, si se quiere realizar un análisis de cierta entidad, ignorar los ordenamientos y disposiciones mineras vigentes en Castilla en este período.

En Castilla, en todo este período, el orden de prelación de fuentes será el establecido por el Ordenamiento de Alcalá de 1348, en el que en primer lugar se aplicará el derecho propio o castellano a través de las leyes del Ordenamiento de Alcalá, las Leyes de Toro y la Nueva Recopilación y en su defecto los fueros municipales. En defecto del derecho propio de Castilla se aplica el derecho común, concretado en las Partidas.

35 B. Bernal Gómez, *Historia del Derecho*, México D. F., 2010, p.150.

En Indias se reproduce el esquema derecho propio - derecho común, en el que el derecho específico de Indias se corresponde con el derecho propio de Indias y el derecho castellano con el derecho común, lo que implica que el derecho indiano es de aplicación preferente, precisamente por haber sido dictado teniendo en cuenta los territorios en los que se habría de aplicar, mientras que el derecho castellano se aplica siempre que no exista derecho indiano sobre la materia. La realidad demostró que no era excepcional la aplicación del derecho castellano, más bien era muy común en gran cantidad de materias.³⁶

Teniendo todo esto en cuenta pasaremos a explicar los ordenamientos mineros vigentes en el derecho castellano en este período. Cuando Cristóbal Colón descubre América en 1492 el ordenamiento minero en vigor son las ordenanzas de Bribiesca de 1387 del rey Juan I. Obviamente en el siglo XVI se encontraban ya desfasadas y no resultaban prácticas para el monarca, que necesitaba recursos para financiar los numerosos gastos de la Hacienda Real y precisaba aumentar el volumen de metales extraídos, por lo que fueron sustituidas por las Pragmáticas de Valladolid en 1559, complementadas por las Pragmáticas de Madrid de 1563 y posteriormente se elaborarían las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno de 1584. Éstas estarán vigentes hasta el siglo XIX.

En el derecho indiano habrá que distinguir en función de la entidad territorial en la que nos encontremos. Este trabajo solo se va a ocupar del período de formación y consolidación del derecho indiano, por lo tanto se limitará al estudio de las disposiciones anteriores al año 1650, por lo que solo trataremos de las dos grandes administraciones territoriales en que se dividieron las posesiones españolas en Indias en esa época: el Virreinato de Nueva España y el Virreinato del Perú.

36 B. Bravo Lira, "El derecho indiano y sus raíces europeas: Derecho común y propio de Castilla", en *AHDE*, 58, 1988, p.10.

En el derecho indiano en un principio no habrá un régimen minero, únicamente existirán las reservas fiscales de las capitulaciones.³⁷ Posteriormente surgirán los primeros ordenamientos mineros locales, circunscritos a determinadas regiones en torno a mediados del siglo XVI. No es sino en el último tercio del siglo XVI cuando se aprueba el primero de los dos grandes ordenamientos mineros de Indias: las ordenanzas del virrey del Perú Francisco de Toledo de 1573 (el otro gran ordenamiento serán las Ordenanzas de Nueva España de 1783 fuera del ámbito de estudio del trabajo).

La aplicación en la práctica de todas estas normas³⁸ indica que la unificación legislativa no se logra sino a finales del siglo XVIII con la aprobación de las mencionadas Ordenanzas de Nueva España, mientras que anteriormente en los territorios del Virreinato de Nueva España rigió básicamente la legislación castellana, representada por las ordenanzas del Nuevo Cuaderno de 1584 (por lo que se deduce que, con anterioridad a ese año, debían de ser de frecuente aplicación los demás ordenamientos castellanos ya nombrados en defecto de los ordenamientos locales existentes), y en el Virreinato del Perú la legislación minera vigente fueron las Ordenanzas de Minas de Francisco de Toledo de 1573 (de lo que sacamos la misma conclusión ya expuesta antes, ante la falta de cuerpos legales mineros indianos de carácter general, debió en un primer momento de tener gran peso el derecho castellano,

37 Vergara Blanco, *op. cit.*, p. 80.

38 A. de Ávila Martel, "La propiedad minera en el derecho indiano. Sus bases, constitución y peculiaridades", en *Historia*, 8, 1969, pp. 13-17. Véase nota 1 p.13; Francisco Xavier de Gamboa, *Comentarios a las ordenanzas de minas*, Madrid, 1761, nº 7-8, pp. 4-5.

completado por las ordenanzas locales que pudieran existir). Esta es pues la situación en cuanto a las fuentes mineras indianas.

I. La propiedad de las minas en el derecho indiano

En ésta primera época el derecho indiano comienza a conformarse. No hay grandes ordenamientos mineros que rijan en los crecientes territorios indianos. En las primeras regulaciones no se siguen criterios uniformes, recogiendo la tradición jurídica minera existente en el reino de Castilla, sino que las disposiciones en materia minera, cédulas y capitulaciones en ese período, seguirán un rumbo errático, en el que los monarcas se preocuparán únicamente por dos aspectos: las reservas fiscales en cuanto a las minas y la propiedad de las mismas. La propiedad de las minas se incorporará a los bienes propios de la Corona al ser considerados como regalías. Éste es un concepto surgido en la Edad Media, al producirse la recepción del derecho romano, que iba a separar los hasta entonces confundidos bienes patrimoniales del monarca, de los bienes que tenía en función de ostentar el cargo de monarca. De este modo en la jurisprudencia de la época ya comienza a establecerse una serie de clasificaciones de bienes pertenecientes a la monarquía: las regalías o *iura regalia* (Los equivalentes actuales de los bienes de dominio público).³⁹

Hay que decir que si bien en principio en el reino de Castilla las minas habían sido declaradas regalías de la Corona en sus disposiciones del ámbito minero, las ordenanzas de Bribiesca de 1387 y una disposición de las Cortes de Nájera de 1138, en la práctica la existencia del régimen de las mercedes y el aún moderado poder del monarca, hacían que se tratara de una cuestión todavía no completamente cerrada. Los Reyes Católicos aprovecharán la tabla rasa que ofrecen los territorios indianos recién descubiertos para declarar desde el

39 Vergara Blanco, *op. cit.*, pp. 92-93.

primer momento los productos de las minas como regalías, y esa firmeza en defensa de las regalías mineras en Indias influirá a su vez en la definitiva afirmación de las regalías mineras también en la metrópoli.

Estos dos factores comunes a estas primeras disposiciones mineras indianas se ponen ya de manifiesto en las Capitulaciones de Santa Fe entre Cristóbal Colón y los Reyes Católicos, en las que le otorgan la décima parte de los minerales extraídos quedándose ellos con el resto.

Del carácter de las minas en Indias como regalía de la Corona da cuenta el más importante de los autores del derecho Indiano, Juan de Solórzano y Pereira que explica con claridad meridiana lo siguiente:

Que ellos (referido a los metales) y las minas ó mineras de donde se sacan, se tengan por de lo que llaman regalías, que es como decir, por bienes pertenecientes á los Reyes y supremos Señores de las Provincias donde se hallan y por propios é incorporados por derecho y costumbre en su patrimonio y Corona Real, ahora se hallen y descubran en lugares públicos, ahora en tierras y posesiones de personas particulares.

*En tanto grado, que aunque estos aleguen y prueben que poseen las tales tierras y sus términos por particular merced y concesión de los mismos Príncipes, por muy generales que hayan sido las palabras en que se les hizo, no les valdrá ni aprovechará esto para adquirir y ganar para sí las minas que en ellas se descubrieren, si eso no se hallare especialmente dicho y expresado en la dicha merced, como lo tienen puesto y declarado muchas leyeses del derecho común y del Reyno...*⁴⁰

40 Juan de Solórzano y Pereira, *Política Indiana Tomo segundo*, Madrid, 1776, 6.1.17.

Además el jurista Francisco Javier de Gamboa comenta también al respecto:

Por Derecho Común todas las Venas, o Minerales de cualesquiera Metales de Oro, Plata, de piedras preciosas, eran propios de los Soberanos, y de su Patrimonio, si estaban en lugares públicos: pero estando en fundos privados, pertenecían al Señor de el fundo; sí bien los dueños de estos, si los trabajaban, debían pagar la décima al Príncipe, como derecho de Regalía: y si otro de su consentimiento: debía pagar dos diezmos. uno al Príncipe, y otro al dueño del mismo fundo.

*Después. por casi universal costumbre de todos los Reynos, y por Estatutos, y Leyes particulares de cada uno. todas las venas de metales preciosos, y sus frutos se declararon por Regalía, y Patrimonio de los Reyes, y Príncipes Soberanos...*⁴¹

Por ende, en las Ordenanzas de Francisco de Toledo:

*Por cuanto todos los minerales son propios de S.M. y derechos realengos por leyes y costumbres, y asi los da y concede a los vasallos y súbditos donde quiera que los descubrieren y hallaren, para que sean ricos y aprovechados, dándoles leyes y ordenanzas, para que gocen de ellos y los labren...*⁴²

41 Gamboa, *op. cit.*, nº1-2, p. 10.

42 Melchor de Navarra y Rocafull, *Ordenanzas del Perú Tomo primero*, Lima, 1685, 3.1.2; el libro III citado se corresponde con las Ordenanzas del virrey Francisco de Toledo.

En el derecho indiano se introducirá la facultad de catar y cavar las minas permitiendo la libre búsqueda de minerales en tierras ajenas, pues al haberse producido ya la separación de los conceptos jurídicos de suelo y subsuelo, los minerales que se encuentren ya no son propiedad del dueño del fundo sino del monarca al ser una regalía, rompiendo con la situación establecida en el derecho común en la que era necesaria con carácter general la licencia del dueño del fundo para explotar una mina:

*... y porque algunas personas, así encomenderos, como caciques y principales y otros que poseen heredades y estancias, impiden que en sus tierras no les puedan entrar a buscar y descubrir, y así están ocultos y sin que de ellos reciba la república la utilidad para que fueron criados. Ordeno y Mando, que de aquí adelante ninguno de los susodichos impida, ni haga resistencia a todos los que quisieren hacer los dichos descubrimientos, de cualquier estado o condición que sean, sino que libremente los dejen dar catas. y buscar minas y metales.*⁴³

Y en las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno:

*Ten ordenamos, y mandamos, que todas, y qualesquier personas, aunque sean Extrangeros, puedan libremente buscar Minas de Oro, y Plata, y las demás que por estas nuestras Ordenanzas van declaradas, y catar, y hacer todas las diligencias necesarias para el descubrir los dichos metales en todos los dichos nuestros Reynos, y Señoríos de la Corona de Castilla...*⁴⁴

43 Navarra y Rocafull, *op.cit.*, 3.1.1.

44 Gamboa, *op. cit.*, ord. 16, pp. 91-92.

Al respecto comenta Gamboa:

Del tenor de estas Ordenanzas se acredita la absoluta libertad de los Vasallos, y también de los Extranjeros para buscar Minas en qualesquiera lugares públicos, privados, sin que sus dueños puedan impedirlo, en pagándoles el daño, que se tasare por personas peritas. Esto mismo previene la Ordenanza 15 de las antiguas.

Estas disposiciones son correctivas de el Derecho Común, y de el antiguo de España: Lo primero, porque las Minas de los lugares públicos no podían trabajarse sin licencia, como propia Regalía de los Soberanos; y las que estaban en fundos particulares pertenecían al Señor de el fundo, como propios frutos de él (...) Pero por nuestra nueva Ordenanza, ni la licencia de el Príncipe, ni la de el Señor de el fundo se necesita para buscar Minas.⁴⁵

En el derecho indiano, como ya se ha explicado, todas las minas pertenecen a la Corona, y por tanto es a la misma a la que habrá de pagarse por su aprovechamiento. Según el derecho común⁴⁶ los que explotaban las minas debían pagar la décima parte del valor de lo extraído al propietario del fundo y la décima parte al Estado. En el caso del derecho indiano al ser el propietario del fundo el mismo Estado, pasa éste a cobrar el 20%. Se configura así el llamado quinto real, si bien este impuesto sobre la explotación de los metales no siempre se

45 Gamboa, *op.cit.*, nº1-2, pp. 93-94.

46 Haciendo referencia a la *lex Perpensa deliberatione* (C 11.7.1) y la *lex Cuncti* (C 11.7.3).

correspondió con ese porcentaje⁴⁷. Son muchas las referencias a ese quinto real, se muestran aquí dos extractos:

*...con condición, que huviesen de pagar, y pagasen precisamente al Rey la quinta parte de todos los metales que sacasen, y beneficiasen, y que no pudiesen usar de ellos, sin que primero se les huviese echado el sello, o marca Real, que llaman del Quinto, por la qual constase que ya le habían pagado en la Casa Real más cercana del mineral.*⁴⁸

*... todos los vasallos, vecinos y mercaderes de la India que cogieran o sacaran de cualquier provincia o lugar dellas oro, plata, estaño, azogue, fierro u otro cualquier metal, habían de pagar y contribuir al Real Patrimonio con la quinta parte de lo que sacaren neto.*⁴⁹

La extensión de ese derecho de catar y cavar tendrá, al igual que en el derecho común, ciertos límites:

47 Ávila Martel, *op. cit.*, p. 13 nota 7; Solórzano y Pereira, *op. cit.*, 6.1.21.

48 Solórzano y Pereira, *op. cit.*, 6.1.21.

49 Vildósola Fuenzalida, *op.cit.*, pp. 85-86. Fragmento de la Real Cédula de 5 de febrero de 1504.

*Item, porque podría acaecer que las dichas catas se quisieren dar en viñas, y heredades de arboledas, o maliciosamente o por que se tuviese por cierto aver en ellas metales, y no es justo que los dueños recibieren daño sin comoda satisfacción, proveyendo sobre todo. Ordeno y mando que antes que los que quieran descubrir dentro de las dichas catas, sean obligados a dar fianzas que pagaran el daño que hizieren al señor de la heredad...*⁵⁰

Y si fuere necesario cabar, y ahondar en las dichas dehesas, y heredades, lo puedan hacer: con que si hizieren daño, la Justicia de Minas nombre dos personas de confianza, que entiendan el daño, las quales lo vean, y con juramento lo declararen ...

*Y si hallaren metal, que les parezca que se debe seguir, y hizieren Asiento, y Fábrica, y las demás cosas necesarias para la labor, y beneficio de la Mina, o Minas, y del dicho metal dos personas vean el daño, que por razón de lo suso dicho, la tal dehesa, o heredad oviere recibido, o recibiere, y con justa consideración de todo aprecien el tal daño, y la dicha Justicia lo mande pagar, según lo dicho es.*⁵¹

De estas Ordenanzas comenta Gamboa:

*lo cual es conforme al Derecho Común, para que semejante caución preocupe la malicia, y el perjuicio que se pueda causar en los edificios, o heredades, en las quales, por el mismo Derecho, no se podía cabar con solo el pretexto de que avia metales.*⁵²

50 Navarra y Rocafull, *op. cit.*, 3.1.2.

51 Gamboa, *op. cit.*, ord. 16, p. 92.

*Y como toda facultad que indirectamente pueda resultar en daño de tercero, se debe entender con quanta moderación sea posible, y con quanto menos daño se pueda causar; será justo, que la Justicia modere la libertad, y el daño, en quanto sea posible.*⁵³

Así, estas normas prevén compensaciones a los propietarios de los fundos por los perjuicios que pudieran sufrir por la búsqueda de minerales que se realizasen en sus tierras, así como los procedimientos de valoración de los mismos. Además Gamboa justifica estas normas aludiendo al derecho común como se ha dicho, refiriéndose a una norma concreta.⁵⁴

II. Regímenes de explotación de las minas

Para la explotación de la enorme riqueza mineral de la que gozaban las colonias españolas en América, la Corona utilizó dos formas jurídicas distintas, en la misma línea que las ya descritas en el Imperio Romano. Las minas podían ser explotadas tanto por el Estado como por los particulares, a los que se cedían para su explotación a cambio del pago de un tributo sobre el valor de los minerales extraídos. En lo que se refiere a la explotación de minas directamente por parte de la Corona, es conocida la exclusividad legislada en un

52 Gamboa, *op. cit.*, nº9, p. 98.

53 Gamboa, *op. cit.*, nº8, p. 97.

54 La *lex Quosdam* (C.11.7.6).

principio para las minas de azogue (mercurio), dada su importancia estratégica para la refinación de la plata, destacando la mina de Huancavelica en Perú, sin ser las únicas minas que fueron explotadas bajo este régimen.⁵⁵

Sin embargo, en la práctica, la forma de explotación de las minas más extendida fue la de la cesión a los particulares para su aprovechamiento. Las minas al ser regalías son propiedad de la Corona y es el monarca o el funcionario que lo represente, ya sea el Virrey, el alcalde de minas u otro cualificado, el que puede cederlas a los particulares para que las exploten, debiendo por ello contribuir con una parte de los beneficios que obtengan de las mismas. Esa propiedad minera de amplio contenido pasa así del rey a los particulares. A este respecto, dice Gamboa:

*Y pasa a los Vasallos este dominio directo, o propiedad y también el útil, por virtud de la merced, y concesión de el Soberano, la que no dudamos en llamar una modal donación, atendidas las reglas con que ésta se mide en el Derecho, que se reducen a ser un acto perfecto, y liberal, después de cuya consumación se grava al donatario para el tiempo futuro, aunque las palabras se ponga a modo de condición...*⁵⁶

55 Ávila Martel, *op. cit.*, p. 15.

56 Gamboa, *op. cit.*, nº25, p. 20; véase también nº26.

Por tanto concibe el traspaso de ese dominio directo de forma gratuita como una donación modal. En la donación es fundamental que el donatario no esté obligado al pago de una contraprestación, pero cuando hablamos de donación modal nos referimos a una donación que impone al donatario, a cambio del lucro que obtiene, un determinado comportamiento, una carga (*modus*). Ésta carga no se concibe como una obligación de contraprestación por la donación, sino que únicamente el incumplimiento de ese comportamiento impuesto al donatario puede permitir la revocación de la donación por la ingratitud del donatario incumplidor. En todo caso esa carga será de valor inferior al de lo donado.⁵⁷

III. Procedimiento de otorgamiento de la concesión minera

Como ya se ha explicado con anterioridad, la legislación indiana había introducido el derecho de catar y cavar, permitiendo la libre exploración y explotación de minas en fundos ajenos, a cualquier persona, ya fuera nacional, indígena o extranjero. De este modo el colono comenzaba a explorar en un determinado terreno hasta que encontraba una veta. Introduce aquí el legislador la obligación, para el colono, de informar al funcionario encargado. La intervención administrativa del Estado en las minas se articuló en torno a la figura del alcalde de minas, que contaba con un amplio abanico de competencias entre las que se encontraba

57 A. d'Ors, *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, 2010, § 332, p.197.

incluso la de impartir justicia. Esa obligación de informar se conoce en la legislación minera como el registro de la mina. De esto dan cuenta los siguientes textos de las ordenanzas:

*Que goze del derecho, y privilegios de descubridor qualquiera que descubriere y registrare mina...*⁵⁸

*Iten, ordenamos, y mandamos, que el primero que hallare, y descubriese la Mina como primero Hallador, y Descubridor, haga primero registro...*⁵⁹

Se fija además un plazo para realizar ese registro, que comienza a contar desde que se halle la veta y que es de diez días naturales.⁶⁰

Una vez que el colono ha registrado la mina, ya se ha realizado el acuerdo concesional, y tiene la propiedad útil de la mina en cuestión, conservando ahora este derecho mientras cumpla sus obligaciones como concesionario, que serán descritas a continuación.

IV. Las obligaciones del colono

58 Navarra y Rocafull, *op. cit.*, 3.1.5.

59 Gamboa, *op. cit.*, ord. 22, p. 182.

60 Gamboa, *op. cit.*, ord. 22, p. 182; Navarra y Rocafull, *op. cit.*, 3.1.7; aquí el plazo es de 30 días.

Los mineros que habían adquirido esas concesiones, de forma gratuita, pero con la obligación de tributar por los beneficios que obtuvieran, estaban sujetos a una serie de obligaciones, justificadas en cierto modo por la gratuidad del derecho obtenido, y sobre todo por el interés del monarca en la obtención de beneficios en tierras que la Corona no podía explotar. De este modo las obligaciones de los colonos se dividen en las referentes a sus deberes fiscales y las referentes al trabajo efectivo de las minas.

Dentro de las obligaciones del trabajo efectivo de las minas son dos las obligaciones que tiene el colono: el ahondar y el poblar las minas. Estos conceptos jurídicos aparecen y son propios de la legislación minera indiana. Tanto es así que aún a día de hoy en la lengua española mantienen ambas palabras su acepción minera:

(Ahonde) *Excavación de siete varas que, según las ordenanzas, debía hacerse en un plazo determinado en las minas de América para conseguir su propiedad.*

(Pueblo) *En minería, conjunto de operarios que concurren al laboreo de una mina.*⁶¹

Los grandes ordenamientos mineros indianos recogen ambos conceptos, en ese momento ya establecidos, tanto por ordenanzas locales anteriores, como por las Ordenanzas antiguas (1559) y las Pragmáticas de Madrid (1563). Así definen la obligación de ahondar la mina:

Item ordenamos y mandamos, que todas y qualesquier personas que tuvieran, tomares y adquirieren minas, así en las descubiertas como en las que de aquí adelante se descubrieren, sean obligados dentro de tres meses, que corran desde el día que registraren las dichas minas, á ahondar en las minas nuevas una de las catas que dieren en ellas, y en

61 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 2014.

*las viejas uno de los pozos que tuvieren vena o metal, tres estados, cada estado de siete tercias de vara de medir; so pena que si no las ahondaren y tuvieren ahondados los dichos tres estados, pasados los dichos tres meses las hayan perdido y pierdan, y sean del que lo denunciare; y la Justicia de nuestras minas meta luego en la posesión al tal denunciador con el mismo cargo de ahondar los dichos tres estados en el dicho término, sin embargo de qualquier apelación, nulidad o agravio que de ello se interponga.*⁶²

*Ordeno, y mando, que después de estacados y puestos mojones en la veta que se registrase, en la forma que está ordenado, cada uno de los que en ellas hubieren tomado minas sea obligado dentro de sesenta días tener dado un pozo en la pertenencia que le cupiere, por lo menos de seis varas de hondo, y tres de largo, so pena de que sino lo hubiere hecho, sin otra diligencia el Juez con el testimonio del día en que se amojonó, y medida, la adjudique por despoblada al que la pidiere, sin otra provanza, ni verificación, el qual se declara por título bastante.*⁶³

Se refleja aquí la obligación de trabajar las minas hasta una cierta profundidad, y se castiga al colono propietario de ese derecho en caso de no haber realizado esas excavaciones con la pena de perder ese derecho sobre la mina, recayendo en el particular que hubiera denunciado esa situación y teniendo la misma obligación que el colono original de ahondar la mina. Como se ve son prácticamente idénticas, salvo algunas diferencias menores en cuanto a la profundidad y los plazos.

62 Gamboa, *op. cit.*, ord. 35, p. 310.

63 Navarra y Rocafull, *op. cit.*, 3.7.1.

Y la obligación de poblar las minas es definida de la siguiente forma:

Ordenamos , y mandamos , que todos sean obligados a tener sus Minas pobladas , por lo menos con quatro personas cada una Mina, o pertenencia , agora sean Señores enteramente de las dichas Minas, o las tengan en compañía ; porque de qualquier manera que sea , con las dichas quatro personas en cada Mina en toda la pertenencia della, se cumple para que sea visto tener pobladas las dichas minas (...) so pena, que qualquier Mina, que no estuviere poblada, y que beneficiandole con las dichas quatro personas, según dicho es, tiempo de quatro meses continuos, por el mismo caso la aya perdido, y pierda la persona cuya fuere: y dende en adelante no tenga derecho alguno a ella, si no fuere haciendo de nuevo Registro della (...) y la dicha Mina se adjudica al que la denunciare por despoblada, con que haga las dichas diligencias.⁶⁴

Ordeno y mando, que los que las tuvieren sean obligados a tenerlas pobladas, y labrarlas, siendo mina entera de sesenta varas a lo menos con ocho Indios, o quatro Negros, y su persona, o algún Minero, y siendo de treinta varas con quatro Indios, o con los mismos quatro Negros, sin que cumplan con traer menos en la dicha labor, aunque sean pedazos menores, so pena si veinte días dejaren de cumplir lo susodicho, no labrando seis días continuos de los dichos veinte con la dicha gente, qualquiera la pueda pedir, y se le adjudique por despoblada.⁶⁵

64 Gamboa, *op. cit.*, ord. 37, p. 322.

65 Navarra y Rocafull, *op. cit.*, 3.7.3.

Expresan estas ordenanzas la necesidad y el interés del monarca de que las minas sean trabajadas, fijando un límite mínimo de cuatro trabajadores por mina e imponiendo además, al colono que durante un plazo de tiempo mínimo y de forma continuada incumpliera estas obligaciones, la misma pena de pérdida de su derecho ya explicada en el caso del ahonde. Nuevamente las diferencias son menores y referidas únicamente a cuestiones cuantitativas

Es interesante el comentario de Gamboa diferenciando entre los conceptos de posesión y pueble de las minas:

De donde se sigue, que no basta el tener posesión en la Mina, para decirse poblada, por ser distinta la posesión de el pueble: consiste aquella en la custodia, en la recepción de el instrumento del dominio, en la tradición, y recibo de las llaves, y en qualquiera acto corpóreo de arrancar ramos, tirar piedras, y pasearse en qualquiera parte del fundo, o en otro acto ficto con el ánimo, o intención de poseer el todo, como se puede ver en varios textos, y DD. Pero el pueble consiste en el trabajo de las quatro personas, dentro, ó fuera de la Mina, con tal, que sea dirigido a su labor, y habilitación; de forma, que puede estar poseída, y al mismo tiempo despoblada: puede tener guarda, y custodia, y estar sin pueble, por pedirse para este indispensablemente los quatro peones, y trabajadores: sin que baste para evitar la pena el hacer actos posesorios, sin el preciso del pueble.⁶⁶

En las obligaciones referentes a sus deberes fiscales, como ya se ha explicado, es obligación del colono la de pagar el Quinto real, que como sabemos no siempre coincide con ese porcentaje del 20%.⁶⁷

66 Gamboa, *op. cit.*, nº3, pp. 325-326.

67 Gamboa, *op. cit.*, nº3-12, pp. 65-91.

Bloque Tercero: La influencia del derecho minero romano en el derecho minero indiano

I. La propiedad de las minas

Es posible apreciar en la lectura de las leyes y normas indianas así como en las obras de los tratadistas de la época, una gran influencia del derecho común, debido al hecho de que era este derecho en el que se habían formado todos esos juristas.

En el asunto de la propiedad de las minas es donde se observa mejor la progresiva evolución de los planteamientos, tanto dentro del propio derecho romano, como posteriormente hasta su recepción por el derecho indiano. En el derecho romano se parte de la base de una casi nula distinción jurídica entre los conceptos del suelo y el subsuelo. En el derecho romano clásico solo existen, en unos determinados supuestos, limitaciones al derecho de propiedad del dueño del fundo sobre su subsuelo. Sin embargo, ya en el derecho romano de época bajoimperial, sí que se establecen esos límites con un carácter más global. Sin duda toda la legislación bajoimperial descrita en este trabajo no responde sino a la intención del Estado de incrementar sus recursos fiscales en un momento de grave crisis como es el siglo IV. d.C., mediante una mayor intervención administrativa. Todo esto sin olvidar que al declarar todo el territorio provincial como público ya habían quedado la práctica totalidad de las minas en manos del Estado.

Es importante describir, siquiera sea por encima, esta situación económica y política, ya que, pese a lo que se pueda pensar, no difería en exceso de la situación de España en el siglo XVI. La Corona en ese momento dispone de una enorme cantidad de territorios sin

explotar y además tiene la acuciante necesidad de obtener recursos financieros para costear los gastos de las guerras en Europa. Teniendo en cuenta por tanto esa formación en derecho común de los juristas de la época, y que los problemas a los que se enfrentaban no eran tan distintos, no puede extrañar que acudieran a las soluciones que conocían y ya se habían utilizado en época romana.

Como respuesta a lo explicado respecto a los recursos financieros, tenemos que en el derecho romano clásico, sin el permiso del propietario del fundo, no se podían extraer minerales del mismo. Sin embargo, como hemos mencionado, el afán recaudatorio del Fisco Romano por un lado, y la existencia de una costumbre de larga tradición por otro, llevaron a la aprobación de una ley por la que se permitía extraer mármol de un fundo ajeno sin la necesidad de que el dueño accediera. No podemos dejar de observar que ésta idea de permitir la libre explotación de canteras de mármol en fundos ajenos, con ciertos límites, es la que inspira el derecho de catar y cavar, que tan profusamente aparece en los textos jurídicos indianos. Vemos aquí el desarrollo por parte de los juristas españoles de esa idea surgida en las postrimerías del imperio romano, con el fin de fomentar la explotación de los vastos territorios conquistados.

Lo mismo podemos decir de las leyes romanas *Perpensa deliberatione* (C. 11.7.1) y *Cuncti* (C. 11.7.3) que por primera vez impusieron tributos a todos los propietarios de minas, incluyendo a los de las escasas minas privadas que aún existían. De hecho la configuración teórica del famoso Quinto real no es sino la aplicación de la ley *cuncti* a la nueva situación producida al convertirse todos los minerales en regalías, y por tanto en bienes pertenecientes a la Corona. En la ley *cuncti* se habla del pago de un diez por ciento al propietario del fundo y del pago de un diez por ciento al Estado. En el derecho indiano el subsuelo ya no depende de la explotación de minas del propietario del fundo, sino que los minerales pertenecen a la Corona, por lo que se paga el diez por ciento a ésta como impuesto, y se le abona el otro diez por ciento como propietaria de esos derechos sobre los minerales.

Y en lo que a los límites a esa explotación libre en fundos ajenos se refiere, se aprecia también, con referencias expresas a legislación romana, como en los casos anteriores, la influencia de la legislación romana en la indiana. En la ley *Quosdam* (C. 11.7.6), directamente se prohíbe al propietario del fundo el excavar a una profundidad tal que pudiera perjudicar a los cimientos de edificios ajenos. La legislación indiana toma esa idea, pero además la desarrolla indicando que es posible causar perjuicios en fundos ajenos en la búsqueda de vetas, pero que en esos casos se deberá compensar al propietario. Nuevamente achaco ese avance al afán recaudatorio de la Corona.

II. Regímenes de explotación de las minas

Respecto a las fórmulas jurídicas para explotar las minas, poco es lo hay que decir, ya que no difieren en exceso las utilizadas en época romana y en Indias, al menos en cuanto al concepto, si bien lo hacen en los detalles formales. Al igual que en época romana, los legisladores indios prevén dos modos de explotar las minas: por parte de los poderes públicos, o mediante la cesión de minas a los particulares. Hablando de las minas que eran explotadas por el Estado directamente, sólo podemos reseñar que los motivos para que fueran aprovechadas así son los mismos: ser minas de enorme importancia económica, como las ya mencionadas de Cartagena, o como las minas de azogue clave para el refinamiento de la plata.

En la práctica, la forma de explotar las minas con carácter general fue la misma, mediante la figura de las concesiones, que si bien en derecho romano responden a la figura de un arrendamiento en origen, en el derecho indiano ya se habla de manera expresa de la concesión minera. Es también interesante destacar que la importante organización y riqueza del Imperio Romano permitió que no sólo particulares, sino que sociedades de publicanos pudieran ser concesionarios de minas, algo que no sucede en el derecho indiano, que hasta prohíbe la acumulación de demasiadas minas en manos de un colono. Por último hay que destacar que el derecho minero indiano elimina la exigencia de un pago inicial por el

otorgamiento de la concesión, que sí se hacía en el derecho romano, otra vez más con el objetivo de impulsar la actividad minera. Se ve también aquí la influencia del derecho romano en el comentario que hace Gamboa respecto del otorgamiento de las concesiones por parte del monarca de forma gratuita, al calificarlo de donación modal, es decir, de una donación que impone al donatario un determinado comportamiento, una carga (*modus*).

III. Procedimiento de otorgamiento de la concesión minera

Como ya se ha dicho, los paralelismos entre los procedimientos de otorgamiento de la concesión minera en el derecho romano e indiano son evidentes, si bien con la diferencia de la posibilidad del colono indiano de buscar vetas en casi cualquier parte, al tener el derecho ya mencionado de catar y cavar. Por lo demás, al colono romano se le imponía la obligación de ocupar el pozo en el plazo de dos días, pero donde se ve nuevamente esa influencia es en la obligación de, una vez encontrada la veta, ponerlo en conocimiento de la autoridad competente. También se ven las similitudes entre un derecho y otro, en el hecho de que encargan la fiscalización de esos tributos mineros al *procurator metallorum* y al alcalde mayor de minas respectivamente, so pena de perder ese derecho, en el caso romano por extraer mineral sin pagar el *pretium*, y en el caso indiano, al no existir ese pago, si no se registraba en esos plazos (los ya mencionados).

IV. Las obligaciones del colono

También aquí de nuevo se aprecia el afán recaudatorio del Estado. Los juristas indianos imponen obligaciones a los colonos con el fin de poner en funcionamiento la mayor cantidad de minas posibles y cobrar los impuestos por la extracción de los minerales. En el derecho romano se imponía la obligación al colono de trabajar de forma efectiva el pozo concedido, bajo pena de perder su derecho en caso de hacerlo transcurridos veinticinco días y poder ser ocupado por cualquier otro colono.

El derecho indiano adopta también ese criterio del trabajo efectivo, pero en este caso lo desarrolla y endurece. Nos referimos a la obligación del colono de ahondar y poblar la mina. Por un lado se le obliga a profundizar en la veta hasta una determinada profundidad en un plazo de tiempo de 3 meses, por otro se le obliga a tener trabajando en la misma a un número mínimo de personas, castigándole en caso de tener menos de cuatro personas trabajando durante cuatro meses, con la pérdida de la concesión de forma idéntica al castigo por no profundizar la veta. Se identifican así tanto en el derecho romano como en el indiano la falta de trabajo efectivo de la mina y las penas que se aplican en ese supuesto.

Por último imponen, tanto el derecho romano como el indiano, obligaciones fiscales a los colonos, por los metales extraídos, siendo el quinto real ya mencionado, el mejor referente de esa influencia del derecho romano en el indiano.

Fuentes

- *Digesta*
- *Codex Iustinianus*
- *Codex Theodosianus*
- Francisco Xavier de Gamboa: *Comentarios a las ordenanzas de minas*, Madrid, 1761.
- Melchor de Navarra y Rocafull: *Ordenanzas del Perú*, Lima, 1685.
- Juan de Solórzano y Pereira, *Política Indiana Tomo Segundo*, Madrid, 1776.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 2014.

Bibliografía

- Santiago Castán Pérez-Gómez, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid, 1996.
- Antonio Mateo, *Observaciones sobre el régimen jurídico de la minería en tierras públicas en época romana*, Santiago de Compostela, 2001.
- Beatriz Bernal Gómez, *Historia del Derecho*, México D. F., 2010.
- Augusto Bruna Vargas, *Evolución histórica del dominio del estado en materia minera*, Santiago de Chile, 1971.

- Alamiro de Ávila Martel, “La propiedad minera en el derecho indiano. Sus bases, constitución y peculiaridades”, en *Historia*, 8, 1969.
- Julio Vildósola Fuenzalida, *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe*, Caracas, 1999.
- Alejandro Vergara Blanco, *Principios y Sistema del Derecho minero. Estudio histórico-dogmático*, Santiago de Chile, 1992.
- Bernardino Bravo Lira, “El derecho indiano y sus raíces europeas: Derecho común y propio de Castilla”, en *AHDE*, 58, 1988.