SOBRE BIENES MOSTRENCOS Y VACANTES

(Especialmente en la doctrina de Solórzano Pereira)

FRANCISCO CUENA BOY
Facultad de Derecho de Santander

I. Permítaseme comenzar esta comunicación sobre bienes mostrencos y vacantes con una cita del competente historiador del derecho peruano Jorge BASADRE que da, en mi opinión, la justa medida del valor de la historia jurídica y, por tanto, de la actitud metodológica que considero válida en orden al estudio de la recepción del Derecho Romano, ya sea en Europa ya en Iberoamérica:

> «La historia vale [...] por ese proceso incesante que modifica y transforma las fuerzas múltiples en ella inmersas, alcanzando así cada etapa una personalidad irrevocable. Las explicaciones causalistas y extrínsecas tienen, muchas veces, el peligro de resultar impotentes para ver lo bullente, lo nuevo y lo propio surgido en la vida misma, deteniéndose sólo en ideas generales que pueden representar cosas conocidas o viejas. Cuando se habla de elementos "romanos" o "germanos", por ejemplo, no se quiere afirmar que ellos hayan sido transportados en bloque o incólumes, como pudiera ocurrir con un monumento o con una especie botánica. Dichos "elementos" se encuentran insertos en una corriente histórica compleja que, a su vez, los modifica y transforma constantemente. Lo importante, en este caso, es esa corriente en sí, pues es ella la que determina el significado y las funciones de las ideas y de las instituciones, de las leyes y de las costumbres, de la ciencia y de la conciencia que la integran» [1].

No es nada fácil captar lo propio de la nueva corriente vital americana que empieza a fluir, con sus luces y sus sombras, a raíz de la llegada de los europeos al Nuevo Mundo, aunque indudablemente en ella convergen, por lo menos, el elemento indígena con todos sus aspectos (humano, cultural, económico, político, social, etc.) y el elemento foráneo (o sea, el europeo) necesariamente transformado, como indica la cita de BASADRE, por su despliegue en un medio nuevo. Dada esta dificultad, toda precaución es poca

[1] BASADRE, J., *Los fundamentos de la Historia del Derecho,* Lima, 1967, pp. 380 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0361

frente al riesgo de esconder o deformar realidades total o parcialmente distintas señalando entre ellas correspondencias o paralelismos que acaso sean sólo superficiales. Lo cual es válido también para las correspondencias y los paralelismos que pueden observarse entre las instituciones jurídicas de la Metrópoli y las aplicadas en las colonias, aunque lleven unas y otras el mismo nombre. Si los miembros del Consejo de Indias tuvieron siempre como principal dificultad el muy impreciso conocimiento de las realidades americanas para las que tenían que legislar, no debemos nosotros dar esas realidades por sabidas e iguales a las europeas, ni mucho menos tomarlas como pretexto para un juego de salón consistente en descubrir coincidencias jurídicas formales que puedan dejarnos satisfechos de la difusión alcanzada por el Derecho Romano en Iberoamérica. Es preciso atender al proceso histórico general, pero además, antes de llegar a un resultado como el señalado, es también imprescindible recorrer con detalle el proceso histórico-jurídico [2], si es que todos compartimos, como creo que es el caso, el postulado de la historicidad del derecho en cuanto tal.

Éstas son las coordenadas metodológicas en las que me gustaría enmarcar mis observaciones sobre el tema que me he propuesto examinar; espero que no parezcan demasiado ambiciosas en comparación con la modestia de mi trabajo.

II. Según el Diccionario de ESCRICHE, bienes mostrencos son «los muebles y semovientes que se encuentran perdidos o abandonados sin saberse su dueño»; añade ESCRICHE que se llaman «mostrencos porque se deben mostrar o poner de manifiesto o pregonar, para que pueda su dueño saber el hallazgo y reclamarlos» [3]. Este mismo origen atribuye a la palabra SOLÓRZANO PEREIRA [4], que lo toma de Sebastián DE COVARRUBIAS, aunque también menciona que la denominación «mostrencos» es, según Antonio DE NEBRIJA, alteración de «mestengos», por cuanto el ganado sin dueño pertenece a la Mesta y sus leyes disponen de él [5]. En cuanto a los bienes vacantes, son aquellos que «dejan las personas que mueren abintestato y sin herederos legítimos» [6].

---

[2] Cfr., en este sentido, las observaciones de CALONGE, A., «La recepción del Derecho Romano», en *Actas del I Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (Granada, 16, 17 y 18 de febrero de 1995), Granada, 1997, pp. 12 y ss., sobre la necesidad de atender a las distintas etapas históricas en el estudio de cada institución.

[3] ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia,* nueva ed. reformada y considerablemente aumentada por los doctores León GALINDO Y DE VERA y José VICENTE Y CARAVANTES, tomo II, Madrid, 1874, voz «bienes mostrencos»; cfr. el tomo IV, Madrid, 1876, voz «mostrenco»: «Dícese de la alhaja o bienes que no tienen dueño conocido, y por eso pertenecen al Príncipe o comunidad que tienen ese privilegio.» Según DE ASSO y MANUEL (*Instituciones del derecho civil de Castilla,* Madrid, 1792, p. 100), mostrencos son aquellos bienes «que han perdido el dueño».

[4] SOLÓRZANO PEREIRA, J., *Política Indiana,* lib. IV, cap. XXV, núm. 26; cito por la edición de Francisco TOMÁS Y VALIENTE y Ana María BARRERO, Madrid, 1996.

[5] DE COVARRUBIAS Y OROZCO, S., *Tesoro de la lengua castellana,* parte segunda, ed. de Madrid, 1673, voz «mostrenco»; DE NEBRIJA, A., *Diccionarium redivivam, pars altera,* ed. de Madrid, 1778, voz «mostrencos bienes». Cfr. COROMINAS, J., *Diccionario etimológico crítico de la lengua castellana,* vol. III, Ma-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0361

En virtud de una regalía de la Corona, los bienes mostrencos y los vacantes pertenecen a la Cámara y Fisco reales, a no ser que alguien pruebe tener privileglo especial por el que le hayen sido concedidos [7]. En relación con las Indias, esta regalía es ratificada por SOLÓRZANO al rechazar la pretensión de los religiosos mercedarios de que dichos bienes les fueran aplicados en exclusiva para fines propios de su orden; entre los «textos y autores» que alega tan ilustre tratadista en prueba de la titularidad real sobre mostrencos y vacantes figuran algunas leyes del Código de Justiniano asociadas con otras de la Nueva Recopilación [8]. Por otro lado, la razón de ser de esta regalía, como de otras que la Corona tiene sobre minas o aguas, por ejemplo, se encuentra en el señorío universal que ostentan los príncipes soberanos. La idea parece consistir en la derivación de todo derecho de privados sobre los bienes concernidos de aquel universal dominio [9], y por eso, en interés y protección de los vasallos, los bienes que carecen de dueño particular o de heredero «retornan» como mostrencos o vacantes al Fisco y Cámara Real [10]; en este sentido se

---

drid, 1974, voz «mostrenco»: «Alteración del antiguo mestengo, mesteño o mestenco [...]; la alteración se debe al influjo del verbo mostrar, por la obligación que tenía, el que encontraba animales sin dueño, de hacerlos manifestar por el pregonero o mostrenquero»; es muy interesante la documentación histórica aportada por COROMINAS en respaldo de este significado (ni más ni menos que desde 1287), así como la referida a la configuración de mostrenco como término jurídico.

[6] SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, lib. VI, cap. VI, núm. 14. El Diccionario de ESCRICHE, tomo II, voz «bienes mostrencos» *cit.*, distingue entre bienes vacantes (inmuebles o raíces sin dueño conocido) y abintestatos (quedan sin dueño por la muerte de uno que no ha hecho testamento y no tiene descendientes, ascendientes ni colaterales que le sucedan).

[7] Sobre las regalías de la Corona en Indias, *vid.* OTS CAPDEQUÍ, J. M.ª, «El derecho de propiedad en nuestra legislación de Indias», en *AHDE*, 2, 1925, pp. 51 y ss.; Id., *Instituciones* (tomo XIV de la *Historia de América y de los pueblos americanos* dirigida por A. BALLESTEROS Y BERETTA), Barcelona, 1959, pp. 147 y ss. (pp. 150 y ss. sobre bienes mostrencos, vacantes y procedentes de naufragios); DOUGNAC RODRÍGUEZ, A., *Manual de Historia del Derecho Indiano*, México, 1994, pp. 399 y ss.

La doctrina común de la época en materia de regalías es expuesta en tratados como los de Regnerus SIXTINUS, *Tractatus de Regalibus*, editio secunda, Francofurti, 1614; y Horatius MONTANUS, *Tractatus de Regalibus, ac in tit. quae sint Regalia et officiis*, Neapolis, 1634; de los bienes vacantes trata SIXTINO en el lib. II, cap. IX (pp. 113-129) y MONTANO en las pp. 82-87. De las regalías se ocupa también Franciscus DE ALFARO, *Tractatus de officio fiscalis deque fiscalibus privilegiis*, Matriti, 1639, glossa 20 sobre el Real Patrimonio (& 9 *De bonis vacantibus*).

[8] *De bonis vacantibus et de incorporatione* C. 10.10.1 y 4 y todo el título; *De petitionibus bonorum sublatis* C. 10.12.2.1; *Nueva Recopilación*, lib. 6, tit. 13, leyes 6 y 7; cfr. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, lib. IV, cap. XXV, núm. 25, nt. 21.

[9] Para la explicación de este concepto y su aplicación a las Indias, *vid.* DOUGNAC RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 399-401; OTS CAPDEQUÍ, *Instituciones.op. cit.*, p. 147: «todo el derecho patrimonial privado descansó, originariamente, en la gracia o merced real» (cfr. p. 391).

[10] Sobre el título jurídico de la adquisición de los bienes vacantes por el Fisco (reversión en virtud de un dominio eminente del Estado o adquisición sucesoria), *vid.*, con orientaciones opuestas, DE LOS MOZOS, J. L., «La sucesión abintestato en favor del Estado», en *ADC*, 18, 1965, pp. 393 y ss.; y TOMÁS Y VALIENTE, F., «La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes», en *AHDE*, 36, 1966, pp. 189 y ss.; para el Derecho Romano, *vid.* VON VOLLA, S., «Zum romischen Helmfalisrecht», en *ZSS*, 59, 1939, pp. 546 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0361

alega, y con la autoridad de CUYACIO se explica, una constitución imperial relativa a la seguridad de las enajenaciones fiscales y de cosas pertenecientes a la *res privata* del emperador [11].

De algún modo, en estos primeros dos ejemplos se aprecia ya la manera característica de utilizar los textos jurídicos romanos por parte de SOLÓRZANO PEREIRA, que no es otra, en realidad, que la del conjunto de los escritores del *mos italicus* tardío: para ellos, la legislación real *in genere* constituye la norma, mientras que lo que ellos mismos llaman «textos, reglas o principios del derecho», o sea, los textos de la compilación justinianea, suministran una suerte de marco jurídico-doctrinal legitimador de la normativa regia y no pocas veces, especialmente en los puntos discutidos, un eficaz método de interpretación de la misma [12].

III. La norma vigente en esta época en materia de bienes mostrencos es principalmente una ley de la Nueva Recopilación, la cual se refiere a «toda la cosa que fuere hallada en cualquier manera mostrenca desamparada» (lib. 6, tít. 13, ley 6). Como buen jurista de la Corona, SOLÓRZANO intenta dar la mayor amplitud posible a la categoría, y así busca en primer lugar rebatir la opinión tradicional de otros escritores que sostenían que sólo son mostrencos los ganados y otros animales sin dueño, y no en cambio las cosas inanimadas [13]. Advierte SOLÓRZANO que esta distinción es contraria a la generalidad que se desprende de la dicción de la ley: «toda», «cosa» y «en cualquier manera mostrenca y desamparada» son expresiones de alcance tan universal que no admiten legítimamente ninguna limitación; para probarlo, aparte de recordar algunos pasajes del Digesto en los que los equivalentes latinos de estas palabras se usan con la misma amplitud [14], esgrime un canon interpretativo que la Glosa asentaba, entre otros, en un fragmento *De publi-*

SOLÓRZANO no se ocupa *ex profeso* de este problema, aunque el desarrollo general que da al tema parece deponer más bien en favor de la tesis de la soberanía o dominio eminente del Estado como fundamento jurídico-político de la adquisición de los bienes mostrencos y vacantes; en cambio, ALFARO, *Tractatus, op. cit.*, glossa 20 & 9, núm. 124, afirma el título sucesorio: «fiscus enim succedit in bonis vacantibus ex voluntate defuncti [...] eodem modo, quo venientes ab intestato dicantur ex tacita voluntate defuncti succedere»; cfr. también los núms. 122 y 147, entre otros.

[11] *De quadrienni praescriptione* C. 7.37.3 pr., y sobre esta ley CUYACIO, *Observationes et emendationes*, lib. 15, cap. 30; también la glosa ad D. 43.8.3; cfr. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, lib. VI, cap. VI, núm. 3, nota 4.

[12] Se trata de un modo de proceder generalizado entre los juristas de la época; *vid.*, con mayores precisiones al respecto, CUENA BOY, F., «Utilización pragmática del Derecho Romano en los Memoriales indianos del siglo XVII sobre el Protector de Indios», en *REHJ*, 20, 1998, pp.125 y ss.

[13] Según la cita de SOLÓRZANO PEREIRA (*Política Indiana*, lib. VI, cap. VI, núm 8, notas 14 y 15), esos juristas eran NAVARRO, SALÓN y ENRÍQUEZ, y su argumento se basaba en un texto *De adquirenda vel amittenda possessione* D. 41.2.3.13 que ilustra el tema de la pérdida de la posesión con el caso del ganado «oberrante» (extraviado) y en el título *De abigeis* D. 47.14.

[14] Entre ellos, *De legatis et fideicommissis 3* D. 32.68; glo. in *De fideicommissariis libertatibus* D. 40.5.10

https://doi.org/10.55104/FRDC_0361

ciana in rem actione (D. 6.2.8): «ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus»; en términos de SOLÓRZANO «no permiten ni admiten distinciones las leyes que hablan con palabras tan generales» [15].

Por el camino indicado llega SOLÓRZANO a la afirmación de que en España y en las Indias se aplican como mostrencos a la Cámara real no sólo los ganados y animales errantes, sino todo bien de cualquier género carente de dueño o abandonado por él; por tanto, también los bienes dejados *pro derelicto,* aunque éstos en el Derecho Romano los adquirían los particulares por ocupación, e incluso los bienes inmuebles como se intenta probar con el ejemplo de una huerta de Andalucía cuyo dueño se ausentó sin saberse de él y fue dada por mostrenca [16].

IV. Este último capítulo de los bienes inmuebles tenía una especial significación económica por la extinción de muchas comunidades indígenas y pueblos de indios a resultas de la huida o la muerte de todos sus habitantes; en tales supuestos, no habiendo esperanza de que esas comunidades y pueblos volvieran a ser habitados, las tierras, aguas y pastos que tenían en común volvían a incorporarse a la Corona por derecho de «reversión» [17]. A estos efectos, las reducciones de indígenas son comparadas a los *metoeci* de los romanos, cuyos predios eran igualmente reivindicados por el fisco [18].

En cuanto a la reversión de todas las tierras vacantes a la Corona, consecuencia del universal dominio de ésta, su explicación jurídica se recaba de textos tomados de lugares tan diversos como los títulos *De pactis* (D. 2.14.27.2), *De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis* (D. 28.2.23 pr.) y *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur* (D. 20.6.10.1) [19]; el núcleo común a estos pasajes que ilustran la idea de la reversión puede inferirse de las siguientes declaraciones: cuando la mujer pacta la restitución inmediata de la dote y después pacta su restitución en el tiempo fijado por las leyes, «non fit causa dotis deterior, sed formae suae redditur»; el hijo arrogado de nuevo por el padre que le había emancipado «non translatus, sed redditus videretur»; cuando el acreedor vende la cosa pignorada y hay luego desistimiento de la venta «dominium ad

---

[15] Todo en SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana,* lib. VI, cap. VI, núm. 4, notas 8 a 10.

[16] Respecto de los bienes abandonados cita SOLÓRZANO el título *Pro derelicto* (D. 41.7), pero no, obviamente, con la intención de avalar su condición de mostrencos: cfr. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana,* lib. VI, cap. VI, núm. 9, nota 17, y en el mismo núm. el ejemplo de la huerta.

[17] Cfr. BAUDOT, G., *La vida cotidiana en la América española en tiempos de Felipe II. Siglo XVI,* México, 1983, p. 163, sobre estas tierras «vacas»; OTS CAPDEQUÍ, J. M.ª, *El Estado español en las Indias,* 8.ª reimpr., México, 1993, p. 148.

[18] *De iure fisci* C. 10.1.4; cfr. *glosa metroicis* a.h.l.: «hi translati sic dicuntur a metron, quod est mensura: quia mensurata civitatis terra dabatur eis in restaurationem suam. metron enim a Graece, Latine mensura villarum dicitur. haec tamen translatio videtur abolita, cum ex ea nihil aliud acceserit reipublicae, nisi bellum civile.» ACCUR.

[19] SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana,* lib. II, cap. XXIV, núms. 38 a 42, notas 53 y 55.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0361

debitorem revertitur» (en caso de resolución de la venta de cosa ajena, «in pristinam causam res reddit»).

V. Nótese que en el breve trecho que llevamos andado ya han hecho aparición citas de procedencia un tanto heterogénea dentro de la Compilación: textos del Digesto y del Código y, dentro de cada uno de ellos, de títulos alejados unos de otros en razón de la materia de la que tratan. ¿Qué significa esto? Significa que la categoría y el régimen jurídico de los bienes mostrencos y vacantes y su extensión a las Indias no son, naturalmente, mimética traslación de otras categorías paralelas que pudieran haber existido en el Derecho Romano (por ejemplo, los *bona vacantia* o las *res derelictae*). Sin negar que haya podido darse alguna continuidad de este estilo en este ámbito o en otros, la recepción del Derecho Romano no consiste en eso, sino en un fenómeno mucho más complejo y sutil: la impregnación de la vida jurídica en su conjunto por un romanismo difuso, envolvente, metodológico.

Este resultado se vio favorecido, por otra parte, por la circunstancia de no ser el Derecho Romano derecho propiamente vigente, como lo eran el derecho castellano en general y el «derecho municipal» de las Indias [20], sino algo más estable y trascendente, a saber, derecho común o razón jurídica por detrás y por encima de las leyes [21]; así se explica también que, tratando de un tema tan puntual y concreto como es éste de los bienes mostrencos y vacantes, no se sintiera demasiado atado el jurista por vínculos y ordenaciones sistemáticas en lo referido a la utilización de los textos romanos.

VI. Aparte de lo que hemos apuntado ya sobre las tierras de las comunidades indígenas, en la descripción de los bienes mostrencos en Indias, SOLÓRZANO se detiene especialmente en las cosas de «dominio incierto», el ganado cimarrón, los esclavos huidos y los depósitos antiguos y los bienes de las cajas de las comunidades.

a) Respecto de las cosas o bienes perdidos o de «dominio incierto» señala que, no obstante los textos y autores que defienden su aplicación a los pobres o a obras pías [22],

---

[20] Al cual se refiere SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, lib. VI, cap. VI, núms. 6 y 7, y antes lib. V, cap. XXV, núms. 23 y 24; se trata, en la materia de la que estamos tratando, de una serie de cédulas de 1532, 1536, 1540, 1602 y 1614, algunas de las cuales se integraron en la *Recopilación de Leyes de Indias*, lib. 1, tít. 20, ley 18; lib. 5, tít. 5, ley 11; lib. 8, tít. 12, ley 6. Sobre la idea de derecho municipal o específico de Indias y sobre las relaciones de este derecho con el derecho castellano y el derecho común, *vid.* BRAVO LIRA, B., *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, 1989, pp. 6 y ss.

[21] Cfr. GUZMÁN BRITO, A., «Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio», Prólogo al libro de B. BRAVO LIRA *cit.* en nota 20, pp. xxix y ss.

[22] Los textos son en esta ocasión algunas fuentes canónicas, la Auth. *Omnes peregrini* post C. 6.59.10: *Nova constitutio Friderici Imperatoris de statutis et consuetudin. contra libertat. eccles. editis.* & *Omnes peregrini*, y *Partida* VI, tít. 1, ley 31; cfr. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, lib. VI, cap. VI, núm. 10, nota 20.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0361

en Indias tales bienes pertenecen a la Cámara real como consecuencia del alcance general de la legislación; por lo tanto, inútilmente los pretende la Santa Cruzada sobre la base de bulas apostólicas mientras no pueda exhibir cédula particular que se los conceda.

b) Sobre el ganado cimarrón, extraordinariamente abundante en muchas regiones americanas [23], la indicación es que, «en términos del derecho natural», cualquiera puede capturarlo y darle el uso que quiera. El «derecho natural» que de esta forma se invoca no es sino el pasaje *De rerum divisione* de la Instituta que atribuye la propiedad de los animales sin dueño al ocupante: «quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur» (1. 2.1.12) [24]. Este caso del ganado cimarrón no era exactamente el mismo que el del ganado mostrenco propiamente dicho; para éste, en efecto, el derecho municipal estableció que debía ser convenientemente depositado y pregonado por las poblaciones comarcanas, «y si de un Concejo a otro no constare su dueño, sea, y se aplique para nuestra Cámara, [...]» [25].

c) En cuanto a los esclavos huidos, es decir, los negros cimarrones, ya este calificativo los asimila al ganado sin dueño; y esto es en efecto lo que dice SOLÓRZANO («se computan entre el ganado y demás hacienda de sus señores») apoyando su afirmación en la autoridad de Aristóteles y, en primer lugar, en la de la ley Aquilia que equipara a los esclavos con los cuadrúpedos a efectos de responsabilidad por el *damnum iniuria datum* [26].

d) Por último, los depósitos antiguos y los dineros o censos de las cajas de las comunidades indígenas [27] constituían un renglón específico de los mostrencos en Indias por la no infrecuente extinción de las segundas y por la facilidad con la que podía perderse memoria del propietario de los bienes depositados si, por ejemplo, había regresado a España [28].

VII. A continuación pasa a ocuparse SOLÓRZANO de los bienes vacantes, que como ya quedó dicho son «los que dejan las personas que mueren *abintestato* y sin herederos

---

[23] Sobre los motivos de tal abundancia, *vid.* BAUDOT, *op. cit.*, pp. 143 y 178; KONETZKE, R., *América Latina* II. *La época colonial* [24], Madrid, 1993, p. 297; DOUGNAC RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 409 y ss.

[24] Cfr. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, lib. VI, cap. VI, núm. 11, nota 21.

[25] *Recopilación de Leyes de Indias*, lib. 5, tít. 5, ley 11; se trata del capítulo 13.° de las ordenanzas de la Mesta, cuya organización fue introducida en Nueva España a partir de 1537; cfr. DOUGNAC RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 408 y ss.

[26] *Ad legem Aquiliam* D. 9.2.2; cfr. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, lib. VI, cap. VI, núm. 12, nota 23; *vid.* Recopilación de Leyes de Indias, lib. 7, tít. 5, ley 20.

[27] Para una sumaria información sobre esta importante institución de raíces prehispánicas, *vid.* OTS CAPDEQUÍ, *El estado español*, *op. cit.*, pp. 28 y ss.; DOUGNAC RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 330 y ss.

[28] SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, lib. VI, cap. VI, núm. 13. Sobre los depósitos sin dueño, cfr. *Recopilación de Leyes de Indias*, lib. 8, tít. 12, ley 7: «Que los depósitos sin dueño sean habidos por bienes vacantes [...].»

https://doi.org/10.55104/FRDC_0361

legítimos, dentro del décimo grado inclusive» [29]. Lo primero es afirmar enérgicamente esta regalía y recordar los textos que prueban su existencia [30] y los autores que tratan de ella. Enseguida viene la mención del derecho municipal de las Indias, y en particular de una cédula dada en Guadalajara en 1563 [31] de la cual se dice nada menos que «se tomó de una célebre ley del Volumen». Esta ley es la última del título *De bonis vacantibus et de incorporatione* (C. 10.10.5) [32] y su intención, muy parecida a la de la cédula de Guadalajara, es permitir que todo aquel que crea tener algún derecho sobre los bienes pueda reclamarlos antes de que el erario los ocupe como vacantes o caducos. Para cumplir ese propósito ambas normas prevén un procedimiento de pesquisa con rasgos hasta cierto punto semejantes [33].

¿Qué se puede decir de todo esto? En mi opinión, por infrecuente que resulte este explícito señalamiento de una ley romana determinada como origen de una disposición real, sería una imprudencia dar crédito completo a las palabras de SOLÓRZANO, o sea, entenderlas en su sentido literal. Él puede decir que la cédula real se tomó de una constitución romana sin engañarse sobre el significado de sus propias palabras, pero nosotros debemos preguntarnos si las coincidencias que se observan en este caso no son más bien un simple fruto de la lógica misma de las cosas [34].

En definitiva, la ley romana de la que «se tomó» la cédula de 1563 no fue recibida en Indias, la cita de esa y otras leyes del mismo título del Código tampoco indica la recepción *in totum* ni sin matices de la categoría y el régimen jurídico de los *bona vacantia*. Para darse cuenta de ello, basta con recordar algunos de los rasgos peculiares que presenta esta materia en el Derecho Romano desde los mismos inicios de la época clá-

---

[29] Cfr. DE ALFARO, F., *Tractatus*, *op. cit.*, glossa 34, & 7, núm. 155: «succedit igitur fiscus in bonis vacantibus [...] deficientibus haeredibus infra decimum gradum»; no siempre rigió este límite de forma indiscutida: cfr. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, lib. VI, cap. VII, núms. 36 y ss. Sobre el destino de los bienes vacantes en Indias (bienes de difuntos), *vid.* TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, pp. 236 y ss.

[30] Esos textos son: *Feudorum lib. secundo*, tít. 56: *quae sint Regalia; De bonis vacantibus et de incorporatione* C. 10.10.4; *Partida* VI, tít. 13, leyes 6 y 10; *Nueva Recopilación*, lib. 5, tít. 8, leyes 12 y 13, con los comentarios de MATIENZO y ACEVEDO; cfr. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, lib. VI, cap. VI, núms. 14 y 15, notas 25 y 26; cfr. lib. V, cap. VII, núm. 36, nota 42.

[31] Cfr. *Recopilación de Leyes de Indias*, lib. 9, tít. 14, ley 25; cfr. TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, pp. 240 y ss.

[32] Citada junto con *De iure fisci* C. 10.1.5, y *De remissione pignoris* C. 8.25(26).6; cfr. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, lib. VI, cap. VI, núm. 16, nota 28; la cédula de marras es recordada también en el lib. V, cap. VII, núm. 38.

[33] DE ALFARO, F., *Tractatus*, *op. cit.*, glossa 20, & 9, núm. 146, toca también este punto evidente: «proclama debet fieri, et ita demum fisco bona acquiruntur, si constet, nullum alium haeredem esse [...] ergo non statim et absolute fisco acquiruntur.»

[34] «Rechtsgleichheit oder Rechtsähnlichkeit gar nicht auf Beeinflussung von der einen oder anderen Seite her, sondern auf unabhängig auf gleicher oder ähnlicher kultureller oder materieller Grundlage selbständig erwachsener gleicher oder ähnalicher Rechtsbildung beruhen können»: WENGER, L., «Ludwig Mitteis und die hellenistische Rechtsgeschichte», en *Archives d'Histoire du Droit Oriental*, I, Bruxelles, 1937, p. 199.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0361

sica: la influencia determinante de la legislación caducaria de Augusto, la diferenciación entre *bona vacantia, caduca* y *ereptoria* [35] o la existencia de un procedimiento especial para la *vindicatio caducorum* intransladable a la realidad indiana [36].

La pretensión del Fisco sobre los bienes vacantes sólo se puede actuar legítimamente a falta de quienes puedan heredarlos por cualquier vía admitida en derecho [37]. Ahora bien, la cuestión que aquí se ventila no es sólo de orden jurídico sino, a tenor del discurso de Solórzano, también y antes que nada de carácter político. En efecto, si el Fisco es llamado en último lugar a estos bienes es porque el buen príncipe no desea que la ocupación de los mismos pueda verse teñida de ninguna sospecha de tiranía ni quiere que le sea lícito sino lo mismo que a sus vasallos.

En este sentido, los *exempla* romanos, desde Plinio a Casiodoro y Símaco pasando por la legislación imperial, son una vez más utilísimos [38]; pero las leyes recordadas por SOLÓRZANO con este propósito son todas ellas tardías [39] y —al margen de declaraciones retóricas— algunas reflejan abusos que no se compadecen con el ideal del soberano justo y respetuoso de los derechos de los súbditos que se quiere promocionar mediante su cita. Esta contradicción, reveladora de la intención escasamente jurídica que guía en esta ocasión a SOLÓRZANO, es especialmente patente en la Novela de Antemio del año 468 sobre los bienes vacantes; lo que le interesa de ella es sólo la idea de que «los buenos príncipes no quieren les sea lícito sino lo mismo que a sus vasallos» [40]; en cambio, silencia la verdadera razón de la promulgación de una ley que se dirigía en realidad a rectificar para el futuro los graves excesos contra la propiedad de los súbditos que los propios emperadores cometían con la donación de patrimonios enteros injustamente incorporados al Fisco [41].

---

[35] Cfr. por ejemplo ASTOLFI, R., «I beni vacanti e la legislazione caducaria», en *BIDR*, 68, 1965, pp. 323 y ss.; J. GAUDEMET, «Droits individuels et toute puissance impériale aux derniers jours de l'Empire en Occident. La Nouvelle III, *De bonis vacantibus* d'Anthemius», en *Études Macqueron*, Aix en Provence, 1970, pp. 343 y ss.; SPAGNUOLO VIGORITA, T., *Exsecranda pernicies. Delatori e fisco nell'età di Costantino*, Napoli, 1984, pp. 152 y ss., 161 y ss., 168 y ss.

[36] PROVERA, G., *La vindicatio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale romano*, Torino, 1964; cfr. KASER, M., y HACKL, K., *Das römische Zivilprozesscecht* [2], München, 1996, pp. 543 y ss.

[37] Acreditan este evidente principio de justicia los textos siguientes: *De bonis vacantibus et de incorporatione* C. 10.10.4; *De caducis tollendis* C. 6.51.1.1 ; Ep. Ulp. 28.7: «et si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit, aut si quidem, sed ius suum omiserit, populo bona deferuntur ex lege Iulia caducaria»; cfr. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, lib. VI, cap. VI, núm. 17, nota 30.

[38] Cfr. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, lib. VI, cap. VI, núm. 17, notas 31 a 34.

[39] Se trata de las leyes siguientes: *De secundis nuptiis* C. 5.9.1; *De caducis tollendis* C. 6.51.1.14a; *De iure fisci* C. 10.1.6 y 10; *De appellationibus* CTh. 11.30.68; Nov. Anthem. III. *De bonis vacantibus*, cap. 2.

[40] Nov. Anthem. III. *De bonis vacantibus*, cap. 2: «neque enim imperatoriae maiestati, cui semper debet aequitas inhaerere et vigere iustitia, videtur accomodum, quam commune ius omnibus reservare subiectis et nihil amplius bonis licere principibus nisi quod liceat privatis»; declaraciones de parecido tenor contienen también otras de las leyes alegadas por SOLÓRZANO.

[41] Nov. Anth. III, pr.: «In Italiae partibus multa exorta negotia ex donationibus, quae de alienibus rebus principes contra legum cauta facere»; *vid.* GAUDEMET, O. C., pp. 341 y ss., esp. 346 y ss.; cfr. PROVERA, *op.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0361

VIII. Un último asunto que SOLÓRZANO trata con considerable extensión es el de los restos de los naufragios. El interés de este capítulo se explica por la importancia de las comunicaciones marítimas entre la Metrópoli y Ultramar y, más en particular, por los peligros a los que se exponían las flotas y armadas que hacían anualmente la carrera de Indias; de ahí la profusa legislación sobre esta materia incluida en la Recopilación de 1680[42].

Los bienes y vasos o cascos de los navíos que naufragan «comienzan a entrar en nombre y clase de mostrencos, perdidos y desamparados» desde el momento en que se pueden considerar bienes sin dueño conocido[43]. Con palabras de una ley de Constantino (en realidad, de Antonino), Solórzano advierte contra su inmediata incorporación al Fisco[44]; en principio, en efecto, los bienes de náufragos siguen perteneciendo a sus propietarios, de manera que el Fisco sólo podrá tomarlos para sí cuando las diligencias realizadas para buscar al dueño o persona que los pueda reclamar en virtud de otro cualquier derecho no hayan dado resultado.

En realidad, bastaría con que se pudiese probar que los náufragos habían abandonado la esperanza de recuperar lo que perdieron en su infortunio para que tales cosas, por derecho de gentes, quedaran abiertas como cosas abandonadas a la ocupación de cualquiera[45]; en interés del bien público, sin embargo, las leyes pueden impedir estas ocupaciones y extender sobre esos bienes el derecho del Fisco. De todos modos, la adquisición *pro derelicto* se presenta bastante problemática precisamente por la dificultad de probar el *animus derelinquendi* de los anteriores propietarios; por esta razón, en caso de duda se debe presumir lo contrario y devolver a los interesados los bienes, incluso los ya ocupados por el Fisco; como resultado de todo ello, el derecho o regalía de la Hacienda real sobre los bienes de naufragios se circunscribe estrictamente a lo que los dueños no pudieran nunca recuperar[46].

---

cit., p. 188, nota 23. Por otro lado, abusos comparables cometía también la Hacienda real en relación con los bienes vacantes en Indias: cfr. TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, pp. 239 y ss.

[42] Cfr., entre otras, las leyes siguientes: *Recopilación de Leyes de Indias*, lib. 5, tít. 38, leyes 22 y 23; lib. 9, tít. 16, ley 29; lib. 9, tít. 36, leyes 17 y 18. Sobre el sistema de flotas anuales, *vid.* KONETZK, *op. cit.*, pp. 274 y ss.; CÉSPEDES DEL CASTILLO, G., América Hispánica (1492-1898), vol. VI de la *Historia de España* dirigida por M. TUÑÓN DE LARA, Barcelona, 1990, pp. 129 y ss.

[43] SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, lib. VI, cap. VI, núm. 19; cfr. *ibid.*, núm. 23: «En el caso que he dicho de que estos bienes queden sin dueño, justamente puede la ley o estatuto aplicarlos al príncipe.»

[44] *De naufragiis* C. 11.6(5).1: «fiscus meus sese non interponat. quod enim ius habet fiscus in aliena calamitate, ut de re tam luctuosa compendium sectetur?»; con el mismo propósito añade SOLÓRZANO los textos y leyes siguientes: *De incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata* D. 47.9.3; Auth. *Navigia* post C. 6.2.18; *Nova constitutio Friderici Imperatoris de statutis et consuetudinis contra ecclesiae libertatem editis; Nueva Recopilación*, lib. 7, tít. 10, ley 9; *Ordenamiento de Montalvo*, lib. 6, tít. 12, leyes 3 y 10; cfr. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, lib. VI, cap. VI, núm. 18, notas 35 y 36.

[45] *Pro derelicto* D. 41.7.1; *De furtis* D. 47.2.43.11; *De adquirenda vel amittenda possessione* D. 41.2.21.1 y 2; cfr. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, lib. VI, cap. VI, núm. 24, nota 49; núm. 26, nota 51.

[46] Cfr. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, lib. VI, cap. VI, núms. 25 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0361

IX. Como apuntara OTS CAPDEQUÍ, los soberanos españoles se reservaron sobre los territorios descubiertos todos los privilegios permitidos por «el romanismo imperante en la época» [47]. Esta palabra, romanismo, alude a un ambiente cultural y jurídico —o sea, a una determinada mentalidad— más que a una verdadera continuidad formal entre el Imperio romano y el Imperio español [48] y entre sus respectivas instituciones jurídicas. El romanismo, por otra parte, es un factor decisivo en lo que se refiere a facilitar la recepción del Derecho Romano en los territorios americanos, pero esa recepción tiene, como no podía ser de otro modo, un carácter mediato (a través del derecho castellano, de la nueva legislación real y de las universidades) que no se puede desconocer. En realidad, si nos referimos al momento inicial del descubrimiento y la conquista, el Derecho Romano fue objeto más de translado que de auténtica recepción en las Indias [49], y ello, insisto, sólo de manera indirecta desde el momento en que ya en la Metrópoli el Derecho Romano no era derecho vigente.

X. Con estos antecedentes, más exacto que hablar de la recepción del Derecho Romano en Iberoamérica, al menos para el asunto y el período considerados en este trabajo, sería referirse a los modos y a los límites del fenómeno de la recepción. SOLÓRZANO cita una treintena de fuentes jurídicas romanas en su exposición sobre los bienes mostrencos y vacantes; es un dato significativo el hecho de que algunos de esos textos sirvan sólo de acompañamiento a las leyes del derecho castellano e indiano directamente aplicables en Indias; desde luego, otros muchos son alegados o citados por sí mismos y de forma independiente, pero ello ocurre, por regla general, en aquellas ocasiones en las que SOLÓRZANO sigue una línea argumental más especulativa o retórica o, de uno u otro modo, menos apegada a la realidad jurídica indiana.

Para los bienes mostrencos y vacantes se aprecia la existencia de un núcleo de legislación castellana constituido principalmente por algunas leyes de Partidas (VI, 13, 6 y 10), de la Nueva Recopilación (V, 8, 12; VI, 13, 6 y 7; VII, 10, 9) y del Ordenamiento de Montalvo (VI, 12, 3 y 10); todas ellas parecen formar, junto con las ordenanzas y cé-

---

[47] OTS CAPDEQUÍ, «El derecho de propiedad», *op. cit.*, p. 51.

[48] La «idea de Roma» es ambivalente en las reflexiones enfrentadas de los historiadores indianos sobre el papel de España y los españoles en el Nuevo Mundo; al respecto, *vid.* GONZÁLEZ, J., *La idea de Roma en la Historiografía Indiana (1492-1550)*, Madrid, 1981, esp. el cap. 4, pp. 64 y ss.

[49] Cfr. BASADRE, J., *Historia del derecho peruano*[2], Lima, 1984, pp. 271 y ss., que engloba la influencia jurídica de España sobre América, entre los siglos XVI y comienzos del XIX, en el concepto de «concesión expansiva». Con buen criterio observa I. CREMADES («Cuestión indígena y recepción del Derecho romano en Iberoamérica y sus límites», en *SCDR*, 9-10, 1997-1998, pp. 181 y 198) que el único sentido estrictamente americano de la recepción del Derecho Romano en Iberoamérica habría sido, si en realidad hubiera llegado a verificarse, el referido al mundo social amerindio; las culturas indígenas eran las únicas que podían recibir propiamente la cultura occidental por serles ajena; cfr. también CALONGE MATEJLANES, A., «La recepción del Derecho Romano en materia de obligaciones y contratos», en *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho romano* (Murcia, 1, 2 y 3 de febrero de 1996), Murcia, 1998, pp. 11 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0361

dulas correspondientes al derecho municipal, el derecho efectivamente vigente en Indias sobre esta materia. En torno a este conjunto legal y en directa relación con el mismo se organiza la cita o alegación de solamente un tercio de los textos romanos utilizados por SOLÓRZANO. Los títulos del Código y del Digesto de donde proceden [50], así como el contenido concreto de buena parte de ellos, apuntan más en la dirección de una articulación genérica y doctrinal de estos textos con la normativa castellana e indiana que en el sentido de la recepción legislativa de normas singulares o instituciones determinadas.

Aparte de esto, los pasajes del Derecho Romano le son útiles a SOLÓRZANO para otras finalidades que en una agrupación tentativa podrían ser las siguientes:

i) de carácter metodológico: *a)* D. 32.68 y D. 6.2.8 sobre la interpretación del enunciado legal «toda la cosa que fuere hallada en cualquier manera mostrenca desamparada» (Nueva Recopilación, VI, 13, 6); *b)* C. 7.37.3 pr., D. 2.14.27.2, D. 28.2.23 pr. y D. 20.6.10.1 para explicar el principio de la reversión a la Corona de todas las tierras vacantes;

ii) de carácter retórico o persuasivo: C. 5.9.1, C. 6.51.1.14a, C. 10.1.6 y 10, CTh. 11.30.68 y Nov. Anthem. III sobre la idea de que no quiere el buen príncipe que le sea lícito, respecto de los bienes vacantes, sino lo mismo que a sus vasallos;

iii) como argumento para reforzar la posición propia o para combatir la contraria en una discusión: *a)* D. 41.2.3.13 y D. 47.14 sobre la inclusión de cosas inanimadas en el concepto de los mostrencos; *b)* Auth. *Omnes peregrini* post C. 6.59.10 con varias fuentes canónicas sobre la aplicación de los bienes de «dominio incierto» a los pobres;

iv) de carácter puramente explicativo: *a)* C. 10.1.4 sobre la asimilación de las reducciones de indios a los *metoeci; b)* D. 9.9.2 para la equiparación de los esclavos cimarrones con el ganado de sus dueños;

v) principios jurídicos generales, invocaciones al derecho natural o el de gentes: *a)* I. 2.1.2 para el principio de derecho natural relativo a la ocupación de los animales sin dueño; *b)* C. 10.10.4, C. 6.51.1.13 y Ep. Ulp. 28.7 sobre el principio de justicia que subordina la adquisición de los vacantes por el Fisco a la inexistencia de cualquier heredero; *c)* D. 41.7.1, D. 47.2.43.11 y D. 41.2.21.1 y 2 para la ocupación de las *res derelictae* por derecho de gentes.

XI. Al cabo de este recorrido queda indudablemente un núcleo de ideas, principios y soluciones concretas cuyo origen se remonta al Derecho Romano. Por ejemplo, la idea general de la adquisición por el Estado de los bienes que quedan sin dueño, el derecho de los parientes hasta el décimo grado al que se condiciona la adquisición de los vacan-

[50] Auth. Navigia post C. 6.2.18; *De remissione pignoris* C. 8.25(26).6; *De iure fisci* C. 10.1.5; *De bonis vacantibus et de incorporatione* C. 10.10.1, 4 Y 5; *De petitionibus bonorum sublatis* C. 10.12.2.1; *De naugragiis* C. 11.6(5).1; *Feudorum libri* II, tít. 56; De *incendio, ruina, naufragio,* etc. D. 47.9.3.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0361

tes por la Cámara real [51], la ocupación de las *res derelictae* abierta a cualquiera o algunos aspectos relativos a los bienes de náufragos.

Es difícil pronunciarse con rotundidad sobre el alcance efectivo de la recepción del Derecho Romano y más aún acerca de los límites que dicho fenómeno conoció históricamente. En todo caso, lo que sí se puede afirmar sin miedo a equivocarse es que el romanismo doctrinal y metodológico de los juristas aportó el cauce primero y el caudal principal de dicha recepción.

[51] Sobre cuyos antecedentes romanos es oportuno remitir a la glosa *Dezeno grado* de Gregorio LÓPEZ a Partida VI, tít. 13, ley 6; cfr., no obstante, TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, p. 225, sobre el origen no romano de este límite.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0361

https://doi.org/10.55104/FRDC_0361