

## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DISCIPLINA DEL CASO FORTUITO EN EL ORDENAMIENTO INDIANO\*

Loris De Nardi\*\*

RESUMEN. Desde las fuentes romanas, recibidas en el *Corpus Iuris Civilis*, hasta llegar a las codificaciones decimonónicas, el caso fortuito resultó central tanto en el derecho público que en el privado. El estudio de las recopilaciones castellanas e indiana y del Capítulo XIX de los *Comentarios a las ordenanzas de minas*, publicados por Francisco Xavier de Gamboa, en 1761, permitirá subrayar como en el ordenamiento indiano, aún en las últimas décadas del siglo XVIII, se recurriera exclusivamente a las *Siete Partidas* para disciplinar esta importante categoría jurídica.

PALABRAS CLAVE. Caso fortuito, *siete partidas*, derecho indiano, siglo XVIII, derecho minero.

## SOME CONSIDERATIONS ON THE DISCIPLINE OF CASE IN THE INDIAN ORDER

ABSTRACT. From the Roman sources, in the *Corpus Iuris Civilis*, until the Nineteenth-Century codifications, the fortuitous event was central both in Public Law and in Private Law. The study of the Castilian and Indian Laws Compilations and of Chapter XIX of *Comentarios a las ordenanzas de minas*, published by Francisco

\* La presente investigación fue realizada en el marco del Proyecto Postdoctoral ANID, FONDECYT N. 3170402, patrocinado por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, y llevado a cabo por el autor desde el 2017 hasta el 2020.

\*\* Investigador Asociado del Centro de Estudios Históricos de la Universidad Bernardo O'Higgins, Chile. Doctor en Historia. Código ORCID: 0000-0003-3862-3193. Correo electrónico: lorisdenardi@gmail.com

Xavier de Gamboa in 1761, will allow to emphasize how in the Indian Order recourse was made exclusively to the *Siete Partidas* to discipline this important legal category, even in the last decades of the XVIII Century.

KEY WORDS. Fortuitous case, *siete partidas*, indian law, 18th century, mining law.

## INTRODUCCIÓN

El caso fortuito es la categoría jurídica que, desde las fuentes romanas, recibidas en el *Corpus Iuris Civilis*, hasta llegar a las codificaciones decimonónicas, resultó central para tratar, describir y prescribir, entre otras cosas, sobre los efectos de los desastres relacionados con amenazas de origen natural. Por otro lado, estos acontecimientos siempre condicionaron la historia del hombre y de la sociedad: tanto en el pasado como hoy, un terremoto, una inundación, una erupción volcánica, por mencionar algunas de las manifestaciones más impactantes de la naturaleza, no interrumpía únicamente el flujo normal de la vida, su cotidianidad, sino que extendía sus efectos a las más básicas prácticas sociales, económicas, jurídicas e institucionales.<sup>1</sup>

Por esta razón el derecho siempre consideró la ocurrencia y los efectos de los desastres un caso, es decir un objeto ordinario de estudio (D'Ors, 2013, p. 13), relevante tanto por el derecho público tanto por aquello privado. En el primero el caso fortuito se revela fundamental, por ejemplo, para analizar el contrato de concesión de obra pública, es decir el prototipo por excelencia “de relación público-privada orientada hacia el cumplimiento de una cuestión de interés público” (D'Ors, 2013, p. 13). Mientras que al referirse al segundo la centralidad de esta categoría es evidente con referencia al derecho privado, por el cual se configura como “una excusa al incumplimiento de una obligación, con-

---

<sup>1</sup> Como demostrado, entre otros, por Onetto Pavez, 2017; Palacio Roa, 2015; Walker, 2012; García Acosta, 2001; Boyer, 1975.

tractual o extracontractual. Una causal de justificación que pertenece, en términos generales, al deudor de una obligación, y que le permite eximirse del pago de la misma” (Tapia Rodríguez, 2013, p. 2).

El estudio de las recopilaciones castellanas e indiana y del Capítulo XIX de los *Comentarios a las ordenanzas de minas*, publicado por Francisco Xavier de Gamboa en 1761, permitirá subrayar como en el ordenamiento indiano, aún en las últimas décadas del siglo XVIII, se recurriera exclusivamente a las *Siete Partidas* para disciplinar el caso fortuito. Claramente, el texto que se acaba de mencionar representa solo un ejemplo entre los muchos que se pudieran elegir, dado que el recurso a las *Siete Partidas* para disciplinar el caso fortuito puede considerarse una constante en toda la producción jurídica castellana e indiana, publicada hasta la codificación decimonónica.<sup>2</sup>

Sin embargo, esto no significa que la elección de la obra fue a lazar: el fuerte espíritu reformador que la caracterizó (Contreras, 1995-1996, p. 40 y Torales Pacheco, 2001, p. 227) la convierte en un ejemplo muy funcional a subrayar como en ámbito hispánico, por casi setecientos años, aún al momento de innovar, se recorría a las *Siete Partidas* para disciplinar el caso fortuito.<sup>3</sup> Por otro lado, no habría podido ser diferente. La disciplina del caso fortuito registrada por las *Partidas* sacralizaba el paradigma cultural que atribuía un origen divino a las manifestaciones más aterradoras de la naturaleza: un paradigma que, por ser profesado y defendido por la Iglesia, y por conformarse plenamente con las creencias y cultura del tiempo, aún en pleno siglo XVIII, tenía gran relevancia en el proceso de creación o reforma del derecho.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Por ejemplo, lo mismo se puede fácilmente comprobar en las siguientes obras: Mercado, 1569; De Hevia, 1609; Domínguez, 1736-1739; Febrero, 1772; De Tapia, 1828-31; Escriche, 1831 y 1840; Álvarez, 1834; Sala, 1844 y 1852.

<sup>3</sup> Es decir, un cuerpo legal que puede considerarse una suma del derecho medieval con un sustento teológico muy fuerte, tanto que algunos autores no dudaron en definir una “suma” de “teología medieval”, ya que “muchas de las cuestiones tratadas en él nos llevan al mundo de la primera Escolástica y a sus obras representativas”, y, paralelamente, “un texto representativo del derecho romano bajo la forma que éste había adquirido en manos de los juristas italianos hacia la época de su composición. Al respecto confronta Vázquez (1992, p. 91) y Guzmán Brito (1992, p. 84).

<sup>4</sup> De hecho, es importante subrayar que al Dios cristiano se le asignó el control de los elementos naturales y, por lo tanto, la capacidad de originar los desastres: un atributo de las antiguas deidades paganas. “Los que redactaron las Sagradas Escrituras

UNA PREMISA NECESARIA: EL CASO FORTUITO DEL *CORPUS IURIS CIVILIS* A LAS SIETE PARTIDAS

La primera definición del caso fortuito se encuentra en el *Corpus Iuris Civilis*. En el *Código* se afirma que los casos fortuitos son acontecimientos que no pueden preverse (Código, 4. 24. 6), mientras que en el *Digesto* se añade que para considerarse fortuitos los mismos no pueden resistirse por la fuerza del hombre y no deben ser causados por su culpa.<sup>5</sup>

---

incorporaron entonces en estos textos la cosmovisión propia del mundo antiguo. Los acontecimientos climáticos y naturales, en aquel tiempo inexplicables, se atribuyeron a la voluntad del Dios que estos textos se proponían celebrar y glorificar. Por otro lado, no habría podido ser diferente pues en la cosmología cristiana todo pasa por voluntad de Dios, que actúa a través de la Divina Providencia, así que nada puede considerarse casual. Esta visión providencialista de la historia condicionó desde el principio la visión cristiana, en tanto San Agustín fue su principal teórico” (De Nardi, 2020, p. 344). Por el Santo de Hipona “el mundo es una creación de Dios, y que el acontecer del mundo está regido por la Divina Providencia que planifica, conduce y gobierna el devenir de la humanidad” (De Nardi, 2020, p. 344). Por esta razón, todos los sucesos tienen que considerarse obra de Dios y deben reputarse finalizados únicamente al cumplimiento del Plan Divino, y lo que se está diciendo también para la naturaleza, claramente (Roldán, 1997, p. 39). Más tarde, como es notorio, el providencialismo de San Agustín será sistematizado por San Tomás, y bajo los preceptos de la escolástica influirá en la visión del mundo occidental, por lo menos hasta el siglo XVIII.

<sup>5</sup> Así lo afirma por ejemplo el *Digesto*: “Si pereciese la cosa que me debías dar después de no habérmela entregado cuando debías, consta que ha de perecer para ti; pero cuando se duda si pareció por culpa tuya se deberá mirar no solamente si la cosa estuvo ó no en tu potestad, o dejo de estar por dolo, o haya estado ó no, sino también si hay alguna causa justa, por la cual debieses entender que tú debías entregarla” (*Digesto*, 12, 1, 5). Gayo reafirma esta regla general en dos pronunciamientos. El primero relativo al préstamo: “El que recibe alguna cosa para usar de ella, si la perdiere por algún caso fortuito que no puede resistir la fuerza del hombre, como el incendio, ruina o naufragio, queda libre; pero está obligado a guardarla con el mayor cuidado, y no obsta el que tiene con sus propias cosas, si otro lo pudiese tener mayor. También se obliga por los casos fortuitos, si sucedieron por su culpa: v.g. si convidó a algunos amigos a cenar, y la plata que se le dio para servirse de ella en la cena, teniendo que hacer un viaje largo, se la llevase consigo, y la perdiere por naufragio, o se la robasen los ladrones” (*Digesto*, 44. 7. 1. 4). El segundo relativo al comodato: “El que recibe algunas cosas en comodato, se obliga a cuidarlas del mismo modo que cuida las suyas el diligentísimo padre de familia, de modo, que solo no será responsable a los casos que él no pueda resistir: v.g. la muerte de los siervos que acontezca sin dolo ni culpa suya, invasión de ladrones, de enemigos, insidia de piratas, naufragio, incendio, fuga de los siervos que no se suelen

Así que, por ejemplo, la ocurrencia de un caso fortuito que destruye la propiedad arrendada (terremoto, inundación, etc.), cuando el contrato no establezca diversamente, libera el arrendatario de pagar la renta al arrendador, siempre y cuando el acontecimiento haya sido imprevisible, irresistible y no imputable a su culpa. Igualmente, el prestatario no tiene que resarcir el prestador si la cosa prestada se destruyó o murió por caso fortuito, a menos que él hizo de la misma un mal uso o un utilizo distinto a lo acordado. En fin, el encargado de la custodia no está obligado a resarcir el dueño si el objeto depositado si perdiera por un caso irresistible e imprevisible, siempre que no resulte negligente en protegerla o moroso en entregarla.<sup>6</sup>

El caso fortuito se define entonces en la disciplina romana como el hecho irresistible, impredecible y en el cual el agente no tuvo ninguna culpa. Su existencia se puede determinar evaluando en que medida el agente actuó diligente y cuidadosamente para prevenir o resistir al evento, y por lo tanto para cumplir con su obligación (Tapia, 2013, p. 21). Como subraya Mauricio Tapia Rodríguez:

El estándar más elevado de cuidado es el que corresponde al patrón de “culpa levísima”, definida como aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. El estándar menos exigente corresponde al de la “culpa grave” o “culpa lata”, que equivale a no manejar los negocios ajenos con el cuidado que aun las personas negligentes

---

tener en custodia: más lo que decimos de ladrones, piratas y naufragio, lo debemos entender en el caso que la cosa se diese en comodato a uno para que la lleve consigo a parte muy remota; pues no siendo así, si diese en comodato alguna plata, porque dice que tiene convidados a cenar algunos amigos, y este la llevase muy distante, sin duda alguna debe ser responsable en el caso de que se la roben los piratas o ladrones, o que padezca naufragio: esto se entiende si la cosa se dio en comodato solo por causa del que la recibe; pero si por causa de uno y otro, v.g. si convidásemos a comer a algún amigo de los dos, y tú te encargases de ello, y te diese yo en comodato la plata, ciertamente encuentro que han escrito algunos, que solo debe ser responsable al dolo; pero se ha de ver si también obliga la culpa, del mismo modo que en las cosas dadas en prendas, y en dote” (Digesto, 13. 6. 18). Al respecto véase también Tapia Rodríguez, 2013, p. 2.

<sup>6</sup> Entre otros, Serrano-Vicente, 2006; Tamayo Carmona, 2002; De Robertis, 1983 y 1994; Luzzatto, 1938; De Mello, 1908, pp.157-158.

y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. El estándar medio es el de la “culpa leve”, que es la falta de diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Este último estándar (culpa leve) corresponde al “cuidado ordinario”, a la “diligencia ordinaria”, aplicable por regla general a toda relación jurídica y equivale al comportamiento de un “buen padre de familia” o de un “hombre razonable” (2013, pp. 21-22).

La valuación de la menor o mayor diligencia puesta por el agente en el cumplimiento de la obligación determina la existencia / ausencia / gravedad de la culpa; y sólo cuando su conducta habrá sido la de un buen padre de familia se declarará el acontecimiento fortuito,<sup>7</sup> que por ser ajeno de la culpa o dolo llevará consigo la exención de cualquier responsabilidad.<sup>8</sup>

Después de la caída del imperio, la disciplina romana del caso fortuito fue sacada a la luz por los glosadores boloñeses (Maffei, 1957) y encontró nueva sistematización en las *Siete Partidas*.<sup>9</sup> De hecho, en la

<sup>7</sup> Es decir, cuando su conducta será asimilable al “estándar normal, que debe cumplir cualquier persona en toda relación jurídica interpersonal (contractual o extracontractual), salvo que algunas disposiciones especial exija un estándar superior (culpa levisima) o rebaje el nivel de cuidado a uno inferior (culpa grave o lata)” (Tapia, 2013, p. 23).

<sup>8</sup> Este principio general por supuesto tiene excepciones. Por ejemplo, la gestión de los bienes del ausente obliga al dolo y á la culpa, y alguna vez el caso fortuito: “si tú fueses gestor del ausente, e hicieses en su nombre algún negocio nuevo no acostumbrado por él, como comprar siervos no acostumbrados á servir, ó mezclándote en alguna otra negociación; porque si de esto hubiese resultado alguna pérdida, será de cuenta tuya, y el beneficio será para el ausente; y si en unas cosas hubiese ganancia, y en otras pérdidas, el ausente debe compensar el beneficio con el daño” (Digesto, 3.5.11.).

<sup>9</sup> Se encuentran referencia al caso fortuito en treinta y seis normas, relativas a catorce distintos títulos, situados en cuatros de las *siete partidas*. Es decir, en la Partida III se hace una clara referencia al caso fortuito en el Título IV (De los jueces, e de las cosas que deven fazer, e guardar), ley 34; Título VII (De los emplazamientos), ley 11; Título XXIII (De las alcadas que fazen las partes, quando se tienen por agraviadas de los juyzos que dan contra ellos), ley 12; Título XXVIII (De las cosas en que ome puede aver señorío, e como lo puede ganar), leyes 26-32; Título XXX (En quantas maneras puede ome ganas possession e tenencia de las cosas), ley 14; Título XXXII (De las labores nuevas, como se pueden embargar que se non faga, e de las viejas que se quebren caen, como se han de fazer, e de todas otras labores), ley 10; Título XXXII (De las labores nuevas, como se

obra cumbre de la producción alfonsina los casos fortuitos se configuran y tratan en conformidad a lo establecido por el derecho romano: como una excusa contractual, por ser el resultado de acontecimientos imprevisibles, irresistibles y ajenos a la culpa o dolo del agente. Lo demuestra la definición del caso fortuito contenida en la séptima partida, que, retomando la clasificación de la culpa proporcionada por los glosadores, especifica que los casos fortuitos son lo que ocurren en ausencia de dolo y culpa.

Identifica claramente los casos fortuitos con los sucesos que no se pueden prever, resistir y resultan ajenos a la responsabilidad directa del hombre.<sup>10</sup> Como, por ejemplo, todos los fenómenos relacionados con la naturaleza (terremotos, inundaciones, sequías, tempestades, etc.), que

---

pueden embargar que se non faga, e de las viejas que se quebren caen, como se han de fazer, e de todas otras labores), leyes 14 y 21. En la Partida V se registra lo mismo en el Título I (Que fabla de los emprestidos), ley 10; Título II (Del préstamo, a que dizen en latin *commodatum*), leyes 2 y 3; Título III (De los condessijos, a que dizen en latin *depositum*), ley 4; Título V (De las vendidas e de las compras), ley 23; Título VIII (De los logueros, e de los arrendamientos), leyes 8, 22, 23, 25, 26, 28; Título IX (De los navios e del pecio dellos), leyes 3-7. En la Partida VI esto pasa en el Título IX (De las mandas que los omes fazen en sus testamentos), leyes 22 y 41. En la Partida VII, en fin, cabe mencionar el Título XV (De los daños, que los omes, o las bestias, fazen en las cosas de otro, de qual natura, quier que sean), leyes 10, 12 y 14; y en título XXXIII (Del significamiento de las palabras, e de las cosas dubdosas) la ley 11 define el caso fortuito y lo pone en relación a la culpa y al dolo, tomando como referencia principales las obras de los glosadores. Al respecto vease López, 1843-1844.

<sup>10</sup> Así relata el pasaje: “*Dolus* en latin, tanto quiere decir en romance, como engaño: e desde fablamos en su titulo *complidamente*. E *Lata culpa* tanto quiere decir, como grande, e manifesta culpa; assi como si algún ome non entendiesse todo lo que los otros omes entendiesen, o la mayor partida dellos. E tal culpa como esta es como necesidad, que es semejanza de engaño. E esto seria, como si algund ome toviesse en guarda alguna cosa de otro, e la dexasse en la carrera, de noche, o a la puerta de su casa, non cuyando que la tomaría otro ome. Ca si se perdiessse, seria porende en gran culpa, de que non se podría escusar. Esso mesmo seria, quando alguno cuydasse fazer contra el mandamiento del señor sin pena, o si faziesse otros yerro semejantes de alguno destes. Otrosi dezimos, que y ha otra culpa, a que dizen *Levis*, que es como pereza, o como negligencia. E otra y ha, a que dizen *Levissima*, que tanto quiere decir, como non aver ome aquella femencia en aliñar, e guardar la cosa, que otro ome de buen seso avría, si la tuviesse. Otrosi dezimos, que *Casus fortuitus* tanto quiere decir en romance, como ocasión que acaesse por ventura, de que non se puede ante ver. E son estos: derribamiento de casas, fuego que se enciende a so ora, e quebrantamiento de navio, fuerza de ladrones, o de enemigos”. (Partida 7, 33, 11).

por la cultura de la época se atribuyan a la voluntad divina y que por ende se reputaban imposibles de prever y resistir.<sup>11</sup> Y, análogamente a lo establecido por el derecho romano, todos los negocios reglamentados por las *Siete Partidas* están influidos por la disciplina jurídica propia del caso fortuito, siempre y cuando al momento de la estipulación del contrato no se haya establecido diversamente o no se verifiquen determinadas condiciones (mal uso de la prenda, utilización distinto de lo acordado, retraso en entregarla, etc.).

LA AUTORIDAD DE LAS *SIETE PARTIDAS* EN EL ORDENAMIENTO IBÉRICO CON REFERENCIA A LA DISCIPLINA DEL CASO FORTUITO

Las *Siete Partidas* tuvieron un papel imprescindible en el desarrollo del derecho castellano e indiano, ya que como demostró Bernardino Bravo Lira, este cuerpo jurídico “fue el que tuvo más larga y más amplia vigencia en América hispana: se introdujo con el derecho castellano y rigió hasta la época de la codificación” (1985, p. 43). De hecho, en los territorios americanos el derecho castellano tenía un:

campo de aplicación amplísimo, ya que el del derecho específico de Indias era comparativamente reducido, aunque de gran significación, dado que recaía sobre las situaciones propias de América española, que no se daban o que eran diferentes a las de Castilla (Bravo, 1985, pp. 45-46).<sup>12</sup>

Y propio la larga vigencia en Castilla y Indias de las *Siete Partidas*, y la autoridad incuestionable de esta recopilación en la regulación de los negocios jurídicos, hizo que el legislador no sintió la necesidad de reformar o integrar la disciplina alfonsina del caso fortuito por toda la

---

<sup>11</sup> Por ejemplo, considerase García Acosta, (2017, pp. 46-82) y Campos Goenaga (2008).

<sup>12</sup> “Tales son, por ejemplo, las relaciones entre europeos e indígenas, dentro de la sociedad mestiza que nace de la conquista, las instituciones de gobierno establecidas para estos pueblos, el tráfico de personas y de mercaderías entre España y América española” (Bravo, 1985, pp. 45-46).



época moderna, como demuestra un detenido examen de las recopilaciones castellanas e indianas, de los Comentarios a las ordenanzas de minas (1761) y su recepción por las *Reales ordenanzas para la dirección rejimen y gobierno del importante cuerpo de la Minería de Nueva-España y de su Real Tribunal de orden de Su Majestad* (1783).

### *El caso fortuito en las recopilaciones castellanas e indianas*

En la *Recopilación de las leyes destos Reynos* (1581) las pocas normas que tratan del caso fortuito definen las condiciones del arrendamiento de las rentas reales, estableciendo la imposibilidad por los arrendatarios de pedir un descuento, aun por caso fortuito. Por ejemplo, en el Libro IX, Título IX (De las condiciones generales con que se arriendan las rentas reales), la Ley 2 establece que “no se pueda poner desquento por ningún caso fortuito, aunque no sea pensado ni jamas acaescido, y aunque venga por causa o hecho de los reyes” (*Recopilación*, 1581, pp. 252-253).<sup>13</sup>

Arrendamiento de las rentas reales deberá por tanto correr a riesgo de los arrendatarios, aunque su valor resultara disminuido por “guerras, pestilencias, o hambres, o terremotos y aguaduchos, y otros casos fortuitos, que no pudieron ser pensados, ni jamas fueron vistos ni oydos ni acaessidos” (*Recopilación*, 1581, pp. 252-253). Lo que se acaba de registrar por el conjunto de leyes de 1587 vale también por la *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias* (1681). De hecho, además de algunas normas relativas a posibles incidentes náuticos de los navíos conformantes las flotas, en ella el caso fortuito se disciplina únicamente por dos leyes del Libro IV. La Ley XXV del Título VII (De la población de las Ciudades, Villas y Pueblos) establece una prorrogación a quien no puede acabar el poblamiento dentro del término fijado por

<sup>13</sup> Específicamente, en la norma se manda que todos los arrendadores de las rentas reales “las cojan y recauden a toda su aventura, poco o mucho lo que hubiere, sin poner en ellas ni en alguna parte dellas desquento alguno, aunque daño o perdida o mengua venga en las tales rentas, por fuego, o por robo, o por agua, o por guerra, o piedra nublado, o por otro caso fortuito, o por otra causa o razón qualquier que sea o ser pueda, mayor o menor, o ygal destas, pensada o no pensada, quier las dichas guerras sean dentro destos reynos, quier fuera dellos, quier sean por mar, quier por tierra, y aunque se muevan y comiencen por nuestra parte” (*Recopilación*, 1581, pp. 252-253).

caso fortuito. La Ley IX del Título VIII (De las Ciudades, y Villas, y sus preeminencias), promulgada por Felipe III, el 14 de diciembre del 1619, tiene como objetivo prevenir los incendios en las ciudades, y fue promulgada en respuesta a las trágicas noticias llegadas del Virreinato de la Nueva España, donde el año anterior la ciudad de Veracruz había sido devorada por las llamas. La norma establece tres principios:

Primero, los “incendios por presunción legal, aunque algunas veces sean fortuitos, generalmente se hacen y causan por culpa, negligencia, y omisión de los habitantes”, y, por lo tanto, ya que no se pueden considerar culpa lata, “por no tener cuidado en lo que tanto conviene, que le haya”, será necesario ordenar que “quien dio principio el daño quede obligado al que sucediere”.

Segundo. Que se encargara alguna persona, o grupo de personas, de vigilar durante la noche que ninguna casa se incendiara, “como se usa en muchas provincias y reinos”.

Tercero, “que las casas reales nunca han de estar continuas con otros edificios, sino separadas con notable distancia”, para evitar que “el daño de los terceros no redunde en nuestras casas reales, y esto se observe en las demás ciudades donde concurren las mismas razones” (Recopilación, 1681, vol. II, f. 93).

#### *El caso fortuito en los Comentarios a las ordenanzas de minas (1761)*

El examen de las dos recopilaciones demuestra como por toda la edad moderna no se sintió la necesidad de promulgar nuevas leyes para disciplinar el caso fortuito. Por otro lado, su disciplina corría por las *Siete Partidas*, como muy bien evidencian los *Comentarios a las ordenanzas de minas*, publicados por Francisco Xavier de Gamboa, en 1761. Es decir, una de las principales fuentes de las *Reales ordenanzas para la dirección rejimen y gobierno del importante cuerpo de la Minería de Nueva-España y de su Real Tribunal*: la recopilación promulgada por la Corona, en 1783, para reformar el sector minero, y “que, además de integrar las reformas anteriores, trató de resolver algunos puntos críticos que afectaban a la producción minera” (Contreras, 1995-1996, p. 40 y Torales, 2001, p. 227).

Hasta entonces, en el virreinato mexicano, el importante sector estuvo regido por las leyes dictadas por Felipe II (Contreras, 1995-1996, p. 40): las Ordenanzas de 1559,<sup>14</sup> la *Pragmática de Madrid* de 1563<sup>15</sup> y las *Ordenanzas del Nuevo Cuaderno* de 1584.<sup>16</sup> Y propio este último conjunto de leyes, conformado por 84 ordenanzas, “de las cuales las primeras 73 son una copia casi exacta de las incluidas en la *Pragmática de Madrid*”, fue el comentado por Francisco Xavier Gamboa (Contreras, 1995-1996, p. 40).

En Capítulo XIX de los *Comentarios* el autor trata “de los daños que deben satisfacer los dueños de las minas altas, cuyas aguas inundan a las más bajas” (Gamboa, 1761, p. 347). Un asunto que por entonces estaba reglamentado por la Ordenanza XL, promulgada en 1584, que establecía:

Podría acaecer que algunas Minas, de las aguas que corren de la Minas vecinas, y comarcanas, que no están tan hondas como ellas, se aguassen, de cuya causa la labor, y beneficio de las tales Minas mas hondas pasesse, y los dueños dellas por esta razón recibiesen daño: Mandamos al nuestro Administrador General, y al del Partido, y a cada uno, y qualquier dellos, que tengan especial cuidado de visitar las dichas Minas, y de dar orden como todas anden limpias, y desagudas, y se labren, y beneficien; y si alguna Mina recibiere daño de las aguas de otra, o de otras, el dicho nuestro Administrador General, o el del Partido, pidiéndolo la Parte, lo vea, y haga que dos personas nombradas por las Partes, y juramentadas en su presencia, y con su paracer, véan, y averiguen

<sup>14</sup> Conocidas también como “antiguas ordenanzas”, en contraposición a las del Nuevo Cuaderno de 1584, fueron promulgadas en Valladolid en enero de 1559 por la reina doña Juana de Portugal, regente en ausencia de Felipe II. (Molina, 1998, p. 1017).

<sup>15</sup> Como subraya Miguel Molina Martínez: “Publicada apenas cuatro años después de las Ordenanzas de Valladolid, esta Pragmática, ordenada en 78 capítulos, vino antes a completar o modificar algunos aspectos de aquéllas, que a cambiar profundamente el régimen ya establecido. Se la denominó Ordenanzas nuevas de las minas, pero las alusiones que hace a las de 1559 son continuas” (1998, p. 1018).

<sup>16</sup> De hecho, las modificaciones aportadas a las mismas en 1642 fueron de verdad muy marginales. (Contreras, 1995-1996, p. 40)

el daño, y la costa que la tal mina terna de limpiarse, y desaguar-se: y lo que se averiguare, la Justicia de Minas lo mande pagar: de manera, que el daño cesse para se poder labrar, y beneficiar, y se desagravie a la persona que lo recibió (Gamboa, 1761, p. 347).

Por Francisco Xavier Gamboa la norma tiene que modificarse, por dictar que “se tasse y pague el desague de la inundación causada en la mina más honda, por las aguas, que corren de las minas vecina, que no están tan hondas como ella, perpetua servidumbre de los predios inferiores recibir las aguas, que corren naturalmente de los superiores, obligarse a nadie a rembolsar lo daños cuando la caída de las aguas pase por causas naturales, ya que esto se justificaría únicamente en caso de un accidente provocado por operación e industria del hombre” (Gamboa, 1761, pp. 348-349).

Gamboa sugiere por lo tanto reformar la ordenanza según lo establecido por la ley 14 del Título 32 de la Partida III. Es decir, considerando durante la redacción del nuevo texto que “maguer corra el agua de la heredad, que está más alta en la que está mas baxa, o descíendan piedras, o tierra por movimiento de las aguas, o en otra manera, que no sea fecho maliciosamente por mano de omes, o fagan o daño, no es culpado aquel cuya es la heredad, que está mas alta, nin tenuto de lo pechar” (Gamboa, 1761, p. 349).

De hecho, continua el autor para justificar su razonamiento, la Ordenanza XL no refiriéndose explícitamente a “los desagües por máquinas”, sino mencionando genéricas “aguas subterráneas” (Gamboa, 1761, p. 349), resulta en contraste con la doctrina expresada por las *Partidas*, que establecía no poderse obligar a nadie a pechar los daños causados por la naturaleza.<sup>17</sup> Un error de redacción, que, siempre según el autor de los *Comentarios*, podía explicarse considerando que la Ordenanza XL se había escrito a partir del *De re metallica* de Georgius Agricola,<sup>18</sup>

<sup>17</sup> No es un caso que el autor afirma: “Los AA. que particularmente trataron de servidumbres, assientan acordes ser Ley, y servidumbre natural, que el fundo más baxo recibía las aguas de el mas alto, aunque necesariamente le dañen; sino es que por ministerio de hombre causen el perjuicio, que en otra forma no causarían: pero si naturalmente fluyen, y corren sin otra acción impelente, nada se le debe imputar al dueño; pues no cometiendo culpa, no debe sujetarse a la pena” (Gamboa, 1761, p. 349).

<sup>18</sup> Al respeto véase Sánchez Gomez, (1989, pp. 177-178).

que, ocupándose de la manutención de las minas, no hacía la necesaria diferencia entre daños causados por caso fortuito y daños imputables a culpa manifiesta (o negligencia).<sup>19</sup>

No refiriéndose explícitamente a las “aguas arrojadas por las máquinas, sino de las que corren por venas y canales subterráneas”, la norma perdía toda su eficacia, ya que “no habiendo culpa en que las aguas corran naturalmente de alto a baxo, tampoco puede aver pena de perdimiento de mina, ni la de pagar el dasague, para que cesse el daño, y se desagravie el que lo recibió, como manda nuestra ordenanza” (Gamboa, 1761, p. 349).

En otras palabras, fundando su razonamiento en las *Partidas*, Gamboa propone redactar nuevamente la Ordenanza XL, teniendo en consideración que nunca el legislador, al momento de ordenar que los dueños de las minas más alta rembolsaran los de las más bajas, quiso referirse a los daños provocados por las aguas movidas por la naturaleza, “de alto a baxo, ni menos de aquellas que, sin culpa del hombre, vierten las nieves, los veneros, y lluvias; porque esto es inevitable”; ya que las *Partidas* al respeto eran muy claras y por lo tanto no había ninguna duda que el legislador siempre y solo quiso referirse a “aquellas aguas que se dexan pozar sin agotarlas, como es obligado el dueño” (Gamboa, 1761, p. 349).

Y para el discurso que se está llevando a cabo, resulta muy interesante observar que la reforma propuesta por Gamboa encontró total aceptación en las *Reales ordenanzas para la dirección rejimen y gobierno del importante cuerpo de la Minería de Nueva-España y de su Real Tribunal de orden de Su Majestad (Reales ordenanzas, 1783)*, promulgadas por la Corona en 1783. De hecho, el nuevo cuerpo de leyes, llamado a reformar el sector clave de la minería novohispana, segundo los más modernos estándares de la época, estableció que:

<sup>19</sup> De hecho, Agrícola en su tratado se limita a decir que “si por no sacarse el agua del Pozo mas alto de alguna Mina, descendiere por Vereno, o Fibras al Pozo de otra Mina, e impidiere su labor, ocurriendo los dueños a quexarse de el daño si los dos peritos jurados halláren ser cierto, perdía la Mina el que lo causaba, aplicándose al que lo avia sufrido: en otras partes se observaba dar parte de el costo, para reparo de el daño, si era solo en dos pozos; y de no darlo, se perdía la Mina” (Gamboa, 1761, p. 350).

si el dueño de alguna mina cuya labores esten mas bajas que las de sus vecinos, ya sea por su situación o por su mayor progreso, fuere gravado en los costos de su desague por no mantenerlo aquello, o por no mantener todo el que demandan las minas superiores, y comunicarse las aguas de unas a otras, ordeno y mando que los dueños de las minas más altas mantengan todo el desague que ellas necesitaren, o, en su defecto, paguen respectivamente a los dueños de las minas mas bajas en plata o reales efectivo, el perjuicio que les hicieren. (*Reales ordenanzas*, 1783, p. 58)

### CONCLUSIÓN

El estudio llevado a cabo demuestra muy claramente la imprescindible importancia que las *Siete Partidas* tuvieron por toda la época moderna en la disciplina del caso fortuito. De hecho, las recopilaciones castellanas e indianas analizadas casi no se ocupan de reglamentar esta categoría; los Comentarios de Gamboa se apelan a la autoridad de las *Siete Partidas* al momento de disciplinar el caso fortuito; y, en total conformidad con lo establecido por el texto alfonsino, el Capítulo XIX de las *Nuevas Ordenanzas de minería*, a diferencia de la antigua Ordenanza XL de las *Ordenanzas del Nuevo Cuaderno* (1584), duramente contestada por Gamboa, establece que los dueños de las minas más altas deberán reembolsar a los de las más bajas únicamente los daños provocados por falta de manutención, negligencia o culpa.

La nueva norma reafirma y restablece, entonces, la impostación jurídica alfonsina, según la cual tienen que resarcirse solo los daños causados por culpa o negligencia y no los que se originan por eventos relacionados con acontecimientos naturales, que, es el caso de recordarlo, aún en el siglo XVIII se solían considerar fortuitos por ser atribuidos directamente a la voluntad divina, y, por lo tanto, imposibles de prever y resistir.

### FUENTES CONSULTADAS

ÁLVAREZ, J. (1854). *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias por el doctor D. José María Álvarez catedrático de Instituciones de Jus-*

- tiniano en la Real y Pontificia Universidad de Guatemala, Segunda edición guatemalteca. Guatemala: Imprenta de L. Luna Editor.
- BOYER, R. (1975). *La gran inundación: vida y sociedad en México, 1629-1638*. Ciudad de México, México: Secretaria de Educación Pública.
- BRAVO, B. (1985). Vigencia de las *Partidas* en Chile. En *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. Vol. 10. pp. 43-105.
- CAMPOS, M. (2008). Cuando estaban enojados los dioses. El huracán de 1561: vulnerabilidad ideológica y prevención en la sociedad maya yucateca. En V. García, (Ed.). *Historia y desastres en América Latina*. Volumen III. pp. 165-186. Ciudad de México, México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social / Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red).
- CONTRERAS, C. (1995-1996). Las Ordenanzas de minería de 1783. La polémica entre Gamboa y el Tribunal de Minería. En *Revista Historias*. Núm. 36. pp. 39-53.
- D'ORS, A. (2013). *Una introducción al estudio del derecho*. Valparaíso, Chile: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- DE HEVIA, J. (1790). *Curia philipica, primero, y segundo tomo. El primero dividido en cinco partes, donde se trata breve, y compendiosamente de los Juicios Civiles y Criminales, Eclesiásticos y Seculares, con lo que sobre ello está dispuesto por Derecho, y resoluciones de Doctores; útil para los Profesores de ambos Derechos y Fueros, Jueces, Abogados, Escribanos, Procuradores, y otras personas. El segundo tomo distribuido en tres libros, donde se trata de la Mercancia y Contratación de Tierra y Mar; útil, y provechoso para Mercaderes, Negociadores, Navegantes, y sus Consulados, Ministros de Juicios, y Profesores de Jurisprudencia. Su Autor Juan De Hevia Bolaños, natural de la Ciudad de Oviedo, en el Principado de Asturias. Nueva Impresión en que de orden del supremo consejo de Castilla, y a costa de a Real Compañía de Impresores y Libreros del Reyno, se han enmendado las erratas y se han puntualizado las citas equivocadas que contenían las Impresiones anteriores, por el Licenciado Don Juan Martin de Villanueva, Abogado de los Reales Consejos, y del Illustres Colegio de la Corte*. Madrid, España: Por Ramon Ruiz, En la Imprenta de Ulloa.

- DE MELLO, A. (1908). Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano. En *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*. Núm. 20. pp. 157-209.
- DE NARDI, L. (2020). El caso fortuito: fundamentos culturales y religiosos de una categoría jurídica y de una cosmovisión. En *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*. Núm. 84. pp. 337-354.
- DE ROBERTIS, F. (1983). *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*. Volumen II. Bari, Italia: Cacucci Editore.
- DE ROBERTIS, F. (1994). *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*. Bari, Italia: Cacucci Editore.
- DE TAPIA, E. (1828-1831). *Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos refundida, ordenada bajo nuevo método, y adicionada con un tratado del juicio criminal y algunos otros por Don Eugenio De Tapia abogado de los Reales Consejos*. Valencia, España: Imprenta de Ildefonso Mopie.
- DOMÍNGUEZ, J. (1736-1739). *Ilustración y continuación a la Curia philipica y corrección de las citas que en ella se hallan erradas dividido en las mismas cinco partes. Su autor el licenciado don Joseph Manuel Domínguez Vicente, abogado de los Reales Consejos, natural de la ciudad de Sevilla, II Tomos*. Madrid, España: En la Oficina de los Herederos de Juan García Infanzón.
- ESCRICHE, J. (1831). *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense, o sea Resumen de las leyes, usos, prácticas y costumbres, como así mismo de las doctrinas de los jurisconsultos, dispuesto por orden alfabético de materias con la explicación de los términos del derecho. Obra importante y utilísima en que todas las personas de cualquiera estado y condición hallarán fácilmente la necesaria instrucción sobre sus derechos y obligaciones y la solución de las dudas que les ocurran en sus contratos, pleitos, asuntos mercantiles, disposiciones entre vivos e testamentarios y demás actos de la vida social, por Don Joaquín Escriche autor del Manual del abogado americano y del compendio de los tratados de los legislación de Jeremy Bentham*. París, Francia: Imprenta de P. Dupont y G. Laguionie.
- ESCRICHE, J. (1863). *Manual del abogado americano por D. Joaquín Escriche, magistrado honorario de la Audiencia de Madrid*. París, Francia: Librería de Garnier Hermanos.



- FEBRERO, D. (1783). *Librería de Escribanos, e instrucción jurídica teórico practica de principiantes. Parte primera dividida en tres tomos. Trata de Testamentos, y contratos. Obra utilísima para toda clase de personas. Corregida, mejorada, y adicionada por su autor D. Josef Febrero natural de la Ciudad de Mondoñedo, Escribano Real, y del el Colegio de esta Corte, y Agente de Negocios de los Reales Consejos.* Madrid, España: En la Imprenta de Don Pedro Marín.
- GAMBOA de, F. (1761). *Comentarios a las ordenanzas de minas dedicados al Catholico Rey, Nuestro Señor Don Carlos III (que Dios Guarde), por Don Francisco Javier de Gamboa, Colegial de el Real, y mas antiguo de San Ildefonso de México, Abogado de la Real Chancillería de aquella Ciudad, y de Presos de el Santo Oficio de la Inquisición, su Consultor por la Suprema, y Diputado de el Consulado, y Comercio de la Nueva España en la Corte de Madrid, Con aprobación y privilegio del Rey.* Madrid, España: En la Oficina de Joachin Ibarra.
- GARCÍA, V. (2001). *Los sismos en la historia de México. Tomo II: El análisis social.* Ciudad de México, México: UNAM, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, FCE.
- GARCÍA, V. (2017). *Divinidad y desastres. Interpretaciones, manifestaciones y respuestas.* En *Revista de Historia Moderna. Anales de la Universidad de Alicante.* Núm. 35. pp. 46-82.
- GUZMÁN, A. (1992). *El Código Civil de Chile y sus primeros intérpretes.* En *Revista Chilena de Derecho.* Vol. 19. Núm. 1. p. 81-88.
- LÓPEZ, G. (1843-1844). *Las Siete Partidas del sabio rey don Alonso el IX, con las variantes de más interés, y con la glosa del lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M., vertida al castellano y estensamente adicionada con nuevas notas y comentarios y unas tablas sinópticas comparativas, sobre la legislación española, antigua y moderna, hasta su actual estado por Don Ignacio Sanpontos y Barba, don Ramon Marti de Eixala y don José Ferrer y Subirana, Profesores que han sido de Jurisprudencia en la Universidad Literaria de Barcelona.* Barcelona, España: Imprenta de Antonio Bergnes.
- LUZZATTO, G. (1938). *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. La responsabilità per custodia.* Milán, Italia: Edizioni Giuffré.
- MAFFEI, D. (1957). *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori. Saggi.* Milán, Italia: Edizioni Giuffré.

- MERCADO DE, T. (1569). *Summa de tratos, y contratos, compuesta por el muy reverendo Padre Fray Thomas de Mercado, de la Orden de los Predicadores, Maestro en Sancta Theologia. Dividida en seys libros.* Madrid, España: Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/suma-de-tratos-y-contratos--0/>
- MOLINA, M. (1998). *Legislación minera colonial en tiempos de Felipe II.* Las Palmas de Gran Canaria, España: XIII Coloquio de Historia Canario-Americana - VIII Congreso Internacional de Historia de América, coord. por Morales Padrón, F, pp. 1014-1029.
- ONETTO, M. (2017). *Temblores de tierra en el jardín del edén. Desastre, memoria e identidad. Chile, siglos XVI-XVIII.* Santiago de Chile, Chile: Centro de Investigaciones Diego Barros Arana (Dibam).
- PALACIO, A. (2015). *Entre ruinas y escombros. Los terremotos en Chile durante los siglos XVI al XIX.* Valparaíso, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Reales ordenanzas para la dirección rejimen y gobierno del importante cuerpo de la Minería de Nueva-España y de su Real Tribunal de orden de Su Majestad (1783).* Madrid, España.
- Recopilación de las Leyes destos Reynos, hecha por mandado de la Magestad Catholica del Rey don Philippe Segundo Nuestro Señor. Contienense en este libro las leyes hechas hasta fin del año de mil y quinientos y ochenta y uno, excepto las leyes de Partida, y del Partida, y del Fuero, y del Estilo: y también van en el las visitas de las Audiencias (1581).* Alcalá de Henares, España: en casa de Juan Iñiguez de Liquerica.
- Recopilación de leyes de los reinos de las Indias: mandadas imprimir y publicar por la Majestad Católica del rey Don Carlos II, nuestro señor.* Vol. II (1681). Madrid, España: Impr. por Iulian de Paredes.
- ROLDÁN, C. (1997). *Entre Casandra y Clío. Una Historia de la Filosofía de la historia.* Madrid, España: Akal.
- SALA, J. (1844). *Sala Hispano-Chilena, o ilustración del derecho español por don Juan Sala, añadidas las variaciones hasta el día, tanto en España como en la república chilena, por dos jurisconsultos peninsulares bajo la dirección de don Vicente Salvá.* París, Francia: Librería de Don Vicente Salvá.

- SALA, J. (1852). *El litigante instruido, ó El Derecho puesto al alcance de todos. Compendio de la obra del doctor d. Juan Sala que se enseña en las universidades de España*. París, Francia: Librería de Rosa, Boureta y C.ta.
- SÁNCHEZ, J. (1989). *De Minería, metalúrgica y comercio de metales. La Minería no férrica en el Reino de Castilla. 1450-1610*. Salamanca, España: Ediciones Universidad de Salamanca, Instituto Tecnológico Geominero de España.
- SERRANO-VICENTE, M. (2006). *Custodiam praestare: la prestación de custodia en el derecho romano*. Sevilla, España: Tebar.
- TAMAYO, J. (2002). *Falta de cumplimiento y responsabilidad en la obligación de dar*. Aldaía, España: Tirant lo Blanch.
- TAPIA, M. (2013). *Caso fortuito en el Derecho Civil chileno*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- TORALES, J. (2001). *Ilustrados en la Nueva España. Los socios de la real sociedad vascongada de los amigos del país*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana A.C., Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, Colegio De San Ignacio de Loyola Vizcaínas.
- VÁZQUEZ, I. (1992). Las “auctoritates” escolásticas en las *Siete Partidas*. En *Glossae: Revista de historia del derecho europeo*. Núm. 3. pp. 65-92.
- WALKER, C. (2012). *Colonialismo en ruinas. Lima ante el terremoto y tsunami de 1746*. Lima, Perú: Instituto Francés de Estudios Andinos - Instituto de Estudios Peruanos.

Fecha de recepción: 29 de agosto de 2019  
 Fecha de aceptación: 10 de diciembre de 2020