

**UNIVERSIDAD PANAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO**



“LOS DERECHOS MINEROS
UN ACERCAMIENTO DESDE EL REALISMO JURÍDICO.
EL ENFOQUE IUSNATURALISTA”.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:
FEDERICO FRANCISCO CARLOS KUNZ BOLAÑOS

DIRECTOR DE TESIS:
DOCTOR JOSÉ ANTONIO LOZANO DIEZ

“Las cosas dicen cosas al que las sabe oír”
Armando Fuentes Aguirre

INDICE

ESTADO DE LA CUESTIÓN.	I
DIAGRAMA METODOLÓGICO.	IV
INTRODUCCIÓN.	V
CAPITULO I. LOS CASOS CONCRETOS.	1
CAPÍTULO II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS LEGISLATIVOS SOBRE DERECHOS CONCESIONARIOS Y LOS CONCEPTOS BÁSICOS DE LA LEGISLACIÓN MINERA.	20
1.- Período Colonial.	20
a) Los primeros ordenamientos.....	20
b) Las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno.	27
c) Las Ordenanzas de Aranjuez.	33
2.- La legislación del Siglo XIX.	38
3.- La legislación del Siglo XX.	45
CAPÍTULO III.- EL MARCO LEGAL VIGENTE SOBRE EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS MINERALES Y EL RÉGIMEN DE CONCESIÓN.	54
1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917).	55
2.- Ley General de Bienes Nacionales (2004).	60
3.- Ley Minera (1992).	64
4.- Código Civil Federal.	66
5.- Ley de Inversión Extranjera (1993).	66
6.- Ley Federal de Derechos (1981).	67
7.- Reglamento Federal de Seguridad, Higiene y Medio Ambiente de Trabajo (1997).	68
8.- Normas Oficiales Mexicanas.	69
CAPITULO IV. LA DOCTRINA SOBRE LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES.	74
1.- La concesión administrativa. La concesión minera.	74

2.- Los derechos reales y los personales.	87
a) Introducción. Concepto.	87
b) Teorías distintivas.....	92
c) Definiciones.....	98
d) Características.	103
e) Clasificaciones.....	105
f) Enumeración.	108
g) Derechos reales administrativos.	116
h) Obligaciones reales.....	119
3.- Los bienes muebles e inmuebles. Definiciones. Características.....	122
4.- La Propiedad. Sustentos Sociológico y Filosófico. Concepto y Definición. Características.	124
5.- Los Derechos Reales sobre Cosa Ajena. Gravámenes, Cargas y Garantías. Usufructo. Uso y habitación. Servidumbres. Prenda. Hipoteca. Embargo. Administrativos: Servidumbres, Ocupaciones Temporales y Concesiones.	131
CAPITULO. V EL DEBATE EN LA SUPREMA CORTE.	140
CAPITULO VI. EL ANÁLISIS Y LA INTERPRETACIÓN.....	150
1.- Los elementos para el análisis.	150
2.- Las normas.....	160
3.- El Fin del Derecho y la Justicia.....	173
4.- El Fin del Derecho y el Bien Común.....	178
5.- Las doctrinas del Derecho Natural.	182
6.- El Positivismo Jurídico.	196
7.- Iusnaturalismo y positivismo.....	206
8.- El Realismo Jurídico.	212
9.- Juridicidad.....	219
CONCLUSIONES.	229
BIBLIOGRAFÍA	233

ESTADO DE LA CUESTIÓN.

El artículo 16 de la Ley de Bienes Nacionales, dispone que las concesiones sobre bienes del dominio público de la Nación no darán lugar a derechos reales. Esta pretensión del legislador mexicano da lugar a una norma legal, pero no jurídica. El hecho de que una norma de conducta sea dictada por un legislador o un juez, inclusive por una costumbre que se oponga a esa naturaleza, no le da el carácter de jurídica a esa norma.

El posicionamiento del legislador ha obedecido fundamentalmente a un planteamiento ideológico acorde con la dogmática postrevolucionaria de los principios del siglo veinte, en su intento de negar un derecho de propiedad a los concesionarios mineros sobre los recursos minerales del dominio directo de la Nación, olvidando que las concesiones mineras no solamente dan lugar al derecho para apropiarse de esos recursos naturales, sino a otros derechos necesarios para el ejercicio del principal.

Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia del mismo siglo, además de que no han sabido resolver la confusión anterior y se han adherido generalmente y en forma ciega al enunciado legal, incurren en confusiones terminológicas por ignorar la realidad y no distinguen conceptos tales como subsuelo y yacimiento, mina y lote minero, o desconocen cómo se llevan realmente a cabo las operaciones mineras en la cotidianeidad, cómo se impone en las relaciones sociales de ese sector de la realidad, la naturaleza misma de los bienes y las actividades involucrados.

La nota distintiva de la juridicidad la podemos encontrar en la realidad, en la naturaleza de las cosas y de las circunstancias en las relaciones sociales mismas, en tanto que el imperativo de conducta que enuncien dirija a las personas hacia el bien común.

Para encontrar esa verdadera naturaleza de las cosas, esa realidad en la que se encuentra inmersa la norma jurídica, hemos de valernos del análisis de cómo la legislación minera ha regulado, por siglos, la explotación de los recursos minerales, la obtención y transmisión de los derechos mineros, las operaciones mineras mismas, los lotes mineros; así como del estudio sobre la forma en que se llevan a cabo, los negocios jurídicos que les afectan.

Iremos de lo particular a lo general, de la realidad minera a las regulaciones sobre la misma, evitando teorías y planteamientos doctrinarios dentro de los cuales pretendamos encuadrar y deducir nuestra propuesta. Por ello expondremos también en qué consisten las operaciones mineras, para entender lo que es un yacimiento mineral, cómo se le localiza y cómo se extrae, distinguirlo del subsuelo y de la connotación propia de lo que es una mina y también, de lo que llamamos lote minero.

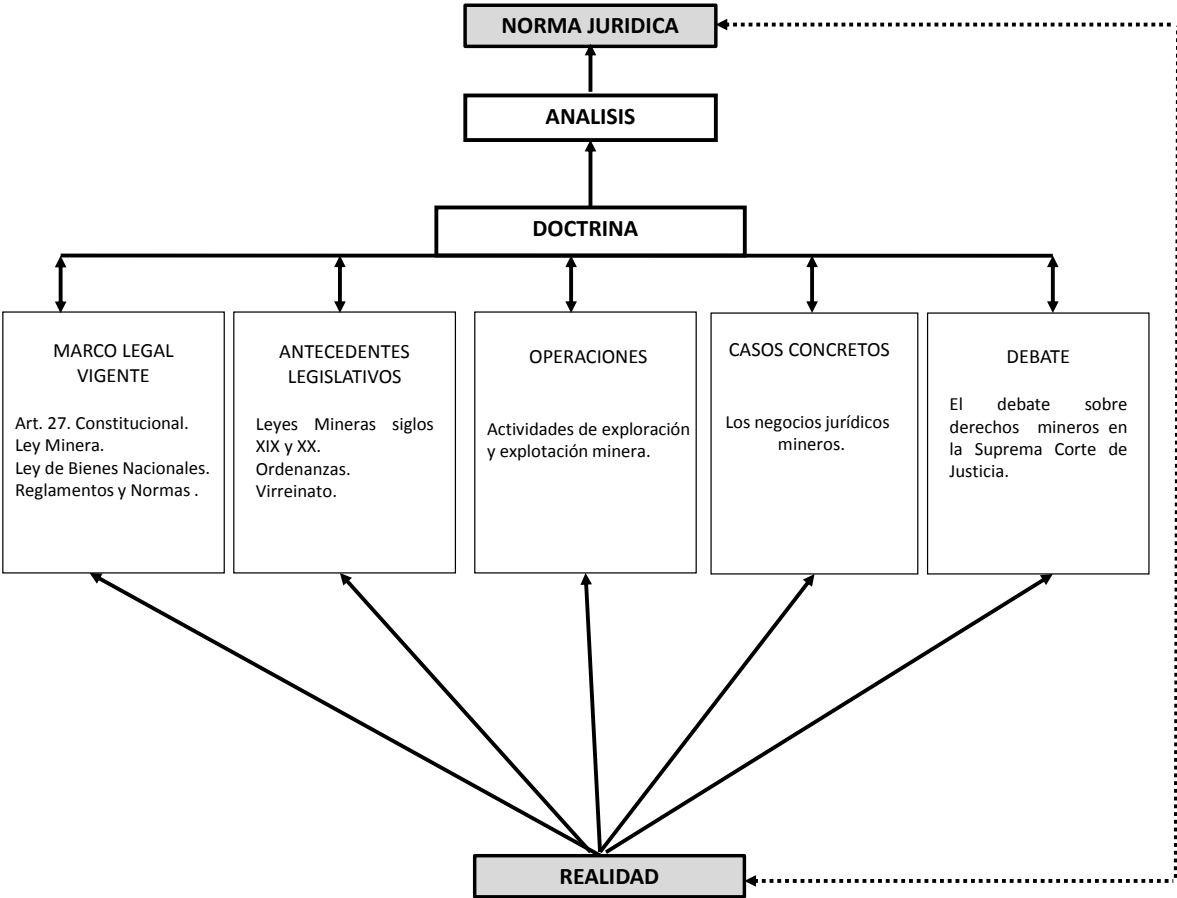
Nuestro repaso histórico legislativo, incluyendo la ley vigente, no tendrá por objeto el propio de los trabajos jurídicos que suelen presentar una evolución en el tiempo, de las instituciones y las regulaciones. No, no es así, nuestro propósito es demostrar que por varios siglos, la legislación vigente, en una u otra forma, con claridad o confusión, ha venido mostrándonos esa realidad regulada, esos objetos como los minerales, esas obras como las minas, esas actividades como la exploración y la explotación; conceptos que con su verdad, se imponen al legislador, aún cuando a veces pretenda ignorarlos.

El análisis de los casos concretos de operaciones jurídicas también guarda ese propósito: demostrar que a pesar de lo que establece el dispositivo de la Ley de Bienes Nacionales, las partes en los negocios mineros, los fedatarios que en ellos intervienen, los criterios de las autoridades y, en cierto modo, hasta las regulaciones de naturaleza fiscal, la naturaleza propia de las cosas, de las minas, de sus recursos, de las actividades, se imponen en la concepción de esos negocios y hasta en la redacción de los documentos que los formalizan.

Ya con todos los elementos de la realidad de la actividad minera que nos han permitido llegar a la naturaleza misma de las cosas reguladas, incluyendo en el concepto de cosas a las relaciones y a las circunstancias, hemos de voltear a la doctrina y precisar nuestra posición sobre los temas fundamentales: los conceptos y definiciones sobre la concesión administrativa y su especie, la concesión minera, lo que son los derechos reales y los derechos personales, y de los primeros su enumeración, para delimitar si hemos de centrarnos en el de propiedad o entenderlos en la visión integral; este tema no puede agotarse sin considerar las posiciones doctrinarias sobre la existencia de una lista limitada de derechos reales establecida en la ley o una aceptación, en función de sus características.

Tenemos los hechos y las doctrinas, pero finalmente queremos negar el carácter de norma jurídica a la citada disposición legal y, por ello, hemos de ocuparnos de analizar qué son las normas en lo general y buscar las características que las distinguen para particularizarlas como normas jurídicas. Las notas distintivas de la juridicidad de una norma, se encontrarán en su carácter societario y en la persecución de un fin, el bien común., pero siempre implícitas en la naturaleza de las cosas que reclama una consecuencia, el imperativo normativo, que los legisladores y jueces deben encontrar y plasmar en leyes y sentencias.

DIAGRAMA METODOLÓGICO.



INTRODUCCIÓN.

PRIMERA PARTE.- PLANTEAMIENTO; OBJETIVO; HIPÓTESIS PRINCIPAL; HIPÓTESIS DE APOYO.

Aún cuando el tema, desde la más pura perspectiva jurídica, pudo haber sido controvertido desde antes, fueron los planteamientos ideológicos y políticos los que hicieron que a partir de la tercera década del siglo pasado se iniciara el debate sobre la naturaleza jurídica de los derechos derivados de las concesiones mineras y ello, además, obedeció principalmente a la discusión política y jurídica respecto de la propiedad del petróleo, recurso cuyo valor se incrementaba rápidamente, se convertía en un factor geopolítico y, en el caso de nuestro país, era explotado por empresas extranjeras. El debate sobre el petróleo, arrastró a los minerales.

Los cambios planteados al régimen de los recursos de la Nación, tales como el petróleo, los minerales y el agua, plasmados en el artículo 27 de la Constitución Política vigente a partir de 1917, empezaron a reflejarse en las leyes secundarias y el punto central del debate acabó por reflejarse en las diferentes leyes sobre Bienes Nacionales, hasta llegar a la actual, vigente a partir del 2004 que en su artículo 16 establece: “Las concesiones, permisos y autorizaciones sobre bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación no crean derechos reales; otorgan simplemente frente a la administración y sin perjuicio de terceros, el derecho a realizar los usos, aprovechamientos o explotaciones, de acuerdo a las reglas y condiciones que establezcan las leyes y el título de la concesión, el permiso o la autorización correspondiente”.

Dicho texto legal, claro y determinante no resulta aceptable desde nuestra perspectiva, desprendiéndose de ello la hipótesis primaria del presente trabajo: *La naturaleza de los derechos derivados de una concesión minera, está determinada por la lógica que surge de la realidad regulada y no por lo que establece un texto legal.*

Adicionalmente, nuestra investigación nos ha de llevar a conclusiones que demostrarán una hipótesis de carácter secundario, corolario de la anterior: *De la concesión minera se derivan varios derechos, no solamente uno, y tales derechos no participan necesariamente de la misma naturaleza.*

Para acercarnos al objeto de estudio, la naturaleza jurídica de los derechos derivados de la concesión minera y su tratamiento en el derecho mexicano, el camino que hemos escogido es el siguiente:

Describir y analizar la realidad social regulada, es decir, las actividades mineras. Esos son los hechos.

Enumerar y analizar casos reales de negocios jurídicos mineros contemporáneos, para determinar la forma que en la práctica sus participantes, inclusive los fedatarios y autoridades, suelen enfocarlos. Esos son los casos para el método inductivo.

Revisar la legislación que en materia minera se ha aplicado en nuestro país, sus orígenes, sus conceptos fundamentales y las instituciones jurídicas contenidas, para determinar cuál ha sido el tratamiento legislativo que se le ha dado a la minería históricamente. Ese es el derecho positivo que se aplicó.

Proceder a un análisis más completo y con más detalle del marco legal vigente aplicable a la minería, incluyendo disposiciones fuera de la Ley Minera pero dictadas en forma expresa para la industria minera, en la misma forma que en el caso mencionado en el punto anterior. Este es el derecho positivo vigente.

Recopilar e interpretar la doctrina civil y administrativa relacionada con los conceptos fundamentales de la legislación minera, tales como concesiones, derechos reales, propiedad, garantías, registro público, etc., para crear un marco conceptual. Esta es la teoría jurídica.

Analizar y comparar toda la información anterior. Confrontar la realidad social con la realidad de los negocios jurídicos, y, ambos, con el derecho positivo histórico y vigente, analizando su conexión o desconexión con el marco teórico. Buscar en la realidad social, la nota distintiva de la juridicidad en las normas de conducta; lo que las hace ser jurídicas y no de otra naturaleza. Enfrentar esa realidad social, de cuya congruencia interna se desprende el imperativo de conducta que constituye la norma jurídica, con las normas de derecho positivo que se han dictado, para concluir cuál es la naturaleza de los derechos

que generan y, finalmente, determinar si esas normas de derecho positivo, pueden ser llamadas realmente normas jurídicas.

SEGUNDA PARTE.- LA REALIDAD. LAS ACTIVIDADES MINERAS OBJETO DE LA NORMATIVIDAD JURÍDICA.

Es nuestro propósito demostrar la hipótesis consistente en afirmar que la juridicidad de una norma está en función a su correspondencia con la realidad que regula, considerando a esa realidad natural y social, en forma objetiva, de tal manera que la consecuencia prevista por la norma consiga que los entes regulados alcancen su perfeccionamiento, desde la perspectiva de la interacción social.

Pretendiendo acercarnos gradualmente a la demostración de esa hipótesis, relacionada con un orden normativo de la minería, se hace indispensable conocer esa realidad que se regula, llevándonos lo anterior a desarrollar algunas explicaciones sobre lo que es y ha sido la actividad minera.

Desde siempre, en la prehistoria y a partir del registro escrito del acontecer humano, ha existido la necesidad de buscar en la corteza terrestre los materiales que el hombre requiere para subsistir. Primero fueron principalmente rocas de todo tipo que utilizó como utensilios, herramientas, armas, etc., y después fue el descubrimiento y la utilización de los metales, que le permitieron al hombre no solo desarrollar esas aplicaciones simples, sino sustentar toda la evolución tecnológica que conocemos hasta esta fecha.

Después de conocer y utilizar la mayoría de los metales, se fueron descubriendo y encontrando aplicaciones para otros recursos considerados como de origen mineral, que ahora llamamos energéticos: el carbón y el petróleo.

Es significativo recordar que algunas de las clasificaciones históricas más comunes se refieren a etapas tales como la edad de piedra, la edad de bronce y la edad de hierro y otras que atienden a la historia reciente, llegan a hablar de una era atómica, basada también en el descubrimiento y utilización de otro tipo de minerales, los radioactivos.

Se considera que unos trece mil años antes de Cristo, fue cuando se descubrieron los primeros metales, que bien pudieron ser el oro, la plata y el cobre, ya que éstos son de los

que en la naturaleza se llegan a presentar en forma de elementos simples y no como compuestos químicos, aún cuando lo más común es esta última de las presentaciones. Esos tres metales, cuando se encuentran en forma simple se les conoce como “metales en estado nativo”, lo que no solo los hace más identificables, sino también susceptibles de una utilización inmediata, con poca necesidad de procedimientos técnicos. Ya desde ocho mil años antes de Cristo, el cobre era usado en Mesopotamia y cinco mil años antes de la Era Cristiana, los egipcios utilizaban tuberías y sartenes de cobre.

El primer conocimiento tecnológico del ser humano respecto de los metales, fue la identificación de los mismos en su estado nativo, pasando más adelante a la identificación de rocas que conteniendo tales metales, ya en forma de compuestos, requirieron de un procedimiento metalúrgico, en ese entonces la aplicación del fuego directo, para la obtención del metal extrayéndolo de la roca. Después se empezaron a desarrollar las habilidades para identificar yacimientos metalíferos a flor de tierra, por las características macroscópicas de las rocas, tales como color, dureza, delezabilidad, etc. Obviamente a las experiencias para la localización e identificación, siguieron los avances en los conocimientos de los diferentes mecanismos de extracción de la roca con el contenido metálico utilizando herramientas básicas, equivalentes a cinceles y martillos y después la aplicación del fuego para que el contenido metálico en forma líquida se separara del resto de los elementos que constituían la roca misma. Fue también el fuego la primera tecnología utilizada por los hombres primitivos para darle forma a los utensilios metálicos.

Otro gran paso del conocimiento humano en el manejo de los metales, hoy metalurgia, fue cuando aprendió a combinar dos metales para producir un material compuesto con características distintas a las de los utilizados en la mezcla, habiendo sido la primera de éstas aleaciones el bronce, que resultó de mezclar el cobre con el estaño y del que tenemos noticias existió en Egipto tres mil ochocientos años antes de nuestra era.

Curiosamente uno de los metales más abundantes en la corteza terrestre y que ha sido la base para la civilización contemporánea, el hierro, fue descubierto para fines prácticos apenas mil años antes de Cristo. Se requirieron después dieciocho siglos, para que el hombre aprendiera a utilizar el hierro para la producción del acero a través de fundir el mineral en los altos hornos, mezclado con coque o carbón enriquecido.

Desde la antigüedad, la actividad minera presentó características un tanto diferentes a las de otras actividades productivas. En Grecia, en Roma y en todos los demás pueblos que se desarrollaron en oriente medio y Europa, la extracción de los minerales fue llevada a cabo siempre por esclavos y prisioneros de guerra o por causa criminal, situación que se prolongó en gran parte durante la Edad Media y que llegamos a observar en las primeras etapas de la América Colonial.

Además de ser el fundamento del desarrollo tecnológico de la sociedad, en cuanto que las actividades mineras han aportado los minerales que el hombre requiere como satisfactores y para fabricar herramientas y equipos que le permiten obtener los otros satisfactores que no son de origen mineral, como es el caso de los de naturaleza agrícola, también han sido factor de desarrollo tecnológico, en tanto que motivaron la acción y la inventiva del hombre para obtener los recursos del subsuelo en mayor cantidad y a precios accesibles para toda la sociedad.

El desarrollo de las máquinas de vapor y la aplicación de la energía eléctrica, alcanzaron niveles muy superiores en sus inicios, en el mundo de la minería, que en otras aplicaciones distintas. En Inglaterra se utilizó la primera bomba para desaguar una mina de carbón a principios del siglo dieciocho. En México, las primeras máquinas de vapor llegaron para su utilización en las minas de Real del Monte a principios del siglo diecinueve y las primeras empresas de electricidad que fueron surgiendo en nuestro país, pudieron nacer y crecer, en virtud de que encontraron en la industria minera el consumidor básico para su producción.

Si echamos una ojeada a las actividades minero-metalúrgicas en nuestro país, en una verdadera síntesis histórica, encontramos que antes del descubrimiento y la conquista, los indígenas mesoamericanos realmente vivían en la edad de piedra. Su conocimiento de los metales se veía limitado principalmente al oro, la plata y el cobre, que obtenían ya sea en forma nativa, a flor de tierra o en las arenas de los ríos o extraían en algunas minas subterráneas de las que existen vestigios principalmente en la Sierra Gorda del Estado de Querétaro; para la extracción de la roca mineralizada aplicaban fuego directamente en forma tal que ésta se fracturara y permitiera la introducción de cuñas, que posteriormente al ser golpeadas lograban desprender el material.

Si bien es cierto que los indígenas prehispánicos llegaron a desarrollar notables trabajos de orfebrería y joyería, finalmente las aplicaciones de los metales fueron de carácter decorativo y ritual, pero no representaron verdaderamente una utilización tecnológica.

La llegada de los españoles a México, significó un gran despegue para los descubrimientos de yacimientos minerales, principalmente de oro y de plata, sin embargo, curiosamente como un dato histórico, la primera extracción que hicieron de una sustancia de origen mineral fue el azufre que miembros de la expedición de Hernán Cortés obtuvieron del cráter del volcán Popocatepetl, para la fabricación de pólvora.

Los españoles pudieron identificar rápidamente, a través de la información de los indígenas, los lugares de los cuales éstos obtenían los metales preciosos y aplicando a ello sus conocimientos más desarrollados, localizaron yacimientos en las cercanías de la ciudad de México, prácticamente cuando la gran Tenochtitlán estaba aún en ruinas. Los primeros trabajos se hicieron en lo que hoy es el estado de México, en el área de Sultepec y después en el estado de Hidalgo. Posteriormente el desarrollo de la colonización hacia el norte, siguió en forma indiscutible a los descubridores de nuevas minas.

Es muy conocido el hecho de que ciudades como Pachuca, Taxco, Guanajuato y Zacatecas fueron fundadas y encontraron las bases para su desarrollo en las actividades mineras. Pero también debemos agregar a la lista de ciudades con origen minero, a Guadalajara, San Luís Potosí, Chihuahua, Parral, Durango y otras de menor importancia como Charcas y Sombrerete, por mencionar a las que aún subsisten y recordar algunas poblaciones que alcanzaron mucho auge en diferentes épocas de la historia y que ahora subsisten por otras diversas razones, tales como Álamos en Sonora, Real de Catorce en San Luis Potosí y Pozos en Guanajuato. La lista en realidad sería interminable.

Además de constituir el incentivo básico de la colonización en los siglos dieciséis, diecisiete y dieciocho, también en el caso de la historia mexicana, las actividades mineras fueron factor de desarrollo tecnológico. A la minería prehispánica se le modificó totalmente empezándose a utilizar herramientas metálicas, pólvora y mecanismos hidráulicos para la extracción del mineral. Posteriormente se utilizaron los llamados malacates de sangre que eran mecanismos semejantes a una rueda de molino,

impulsados por mulas o caballos y que permitían izar costales con mineral desde la profundidad de las minas.

Desde el siglo XVI se desarrolló en México, un procedimiento para la amalgamación de minerales de oro y plata, utilizando básicamente el mercurio y algunas sales, conocidas como magistrales. La amalgamación era conocida desde la antigüedad en Europa, pero la novedad en México, según lo implementó Bartolomé de Medina en Pachuca en 1555, fue el de manejarlo en gran escala, triturando el mineral en patios de las haciendas de beneficio, también utilizando animales de tiro que movían en círculo una rueda de molino y luego haciendo la mezcla con el mercurio y las sales, para posteriormente a través de una sublimación, separar el oro y la plata.

Durante la época colonial se mantuvieron los principios de que las minas eran en su origen propiedad real y que aquellos que las aprovechaban, debían de pagar a la Corona una parte del valor obtenido, el quinto real y que no debían abandonar los trabajos mineros, so pena de perder la mina a favor de quien denunciara esa situación; principios que han perdurado hasta nuestro días.¹

Durante el siglo XIX la minería mexicana se fue desprendiendo de la influencia española y al abrirse el país hacia inversionistas de otros orígenes y según lo fueron permitiendo las constantes guerras y revueltas, se fue desarrollando una minería moderna con recursos principalmente de origen norteamericano y británico, y en forma secundaria, francés y alemán. Llegaron las máquinas de vapor, los ferrocarriles, la electricidad, los explosivos más efectivos que la pólvora, como la dinamita, y finalmente nuevos procesos metalúrgicos que hicieron abandonar el beneficio de patio y que además permitieron el tratamiento de minerales más complejos y con menores contenidos metálicos o menores leyes, como fueron los procesos de cianuración, es decir utilización de cianuro de sodio para la separación de oro principalmente, y el de flotación selectiva, que permitió hacer eficiente y costeable el aprovechamiento de minerales de sulfuros complejos con contenidos de zinc, cobre, plomo, plata y oro, en la mayoría de los casos.

El siglo XX representó para la minería mexicana, la etapa final de modernización para llegar a los niveles internacionales, debido principalmente a que durante las primeras seis

¹ *Vid. infra*, pp. 57,58 y 199.

décadas, las principales empresas mineras fueron 100% de capital extranjero. De 1961 hasta 1992, las empresas mineras se mexicanizaron en gran parte hasta llegar al 100%, aún cuando de acuerdo a la legislación vigente en ese periodo podrían tener hasta un 49% de capital extranjero.

La minería para México ha sido un factor de desarrollo regional y le ha permitido en la etapa moderna, no solo ser autosuficiente en prácticamente todos los minerales de uso común, excepto el níquel y el aluminio, sino también ser uno de los principales productores y exportadores a nivel mundial en el caso de algunos productos, entre los que destaca, sobre todos, la plata.

Después del repaso histórico y también con el propósito de ubicarnos en la realidad que debe ser el objeto de regulación del orden jurídico, debemos hacer algunas consideraciones sobre las actividades mineras en sí mismas.

En primer término, se deben llevar a cabo trabajos de exploración, mismos que han pasado de una simple observación empírica de la forma y coloración de las rocas, hasta sofisticados mecanismos que combinan la utilización de fotografías satelitales, aerofotografías, inducción eléctrica y lectura aérea de alteraciones magnéticas que muestra el terreno, hasta actividades concretas de excavación, barrenación con brocas de diamante y obtención de muestras de rocas a nivel superficial, para llevar a cabo análisis de laboratorio que permitan conocer los compuestos químicos identificados y posteriormente, la forma de darles un tratamiento metalúrgico, que sea costeable económicamente y produzca resultados de alta calidad.

Para la exploración en la actualidad, se requiere en las etapas iniciales recorrer miles de hectáreas para después ir definiendo objetivos más precisos, hasta localizar un yacimiento que puede convertirse en una mina; esta es una de las razones por las cuales la extensión en superficie que puede tener una concesión minera, ha dejado de estar limitada por la ley.

Del resultado de la exploración se conocerá el tipo de yacimiento a explotar. Los más comunes son yacimientos que se presentan en forma de vetas, o sea contenidos de minerales que se acumularon a través de millones de años entre dos rocas que los

encajonan o en forma de diseminados, o sean, cuerpos mineralizados, generalmente de bajo contenido metálico y de gran volumen, cuya localización está cerca de la superficie.

En el primero de los casos anteriores, los trabajos de extracción minera se harán principalmente a través de excavaciones subterráneas, como han sido las minas tradicionalmente conocidas, y en el segundo de ellos se removerá todo el material haciendo una excavación de grandes dimensiones desde la superficie del terreno, que es lo que se conoce como una mina a tajo o cielo abierto.

El proceso de extracción del mineral, conocido en el medio y en la legislación, como explotación minera, puede presentar de mina a mina algunas diferencias en cuanto a la utilización de equipos y sistemas, pero en esencia siempre consiste en desprender el material del lugar en que se encuentra, transportarlo, y fragmentarlo para después llevarlo a la planta en donde se beneficiará.

En lo que se refiere al beneficio de los minerales, en la etapa primaria, que normalmente se lleva a cabo junto a la mina, se trata de reducir el volumen del material y aumentar su concentración. A la fecha, los dos procedimientos más utilizados son el de flotación selectiva en el que el mineral se muele y se mezcla con agua y algunos reactivos químicos para tratar de obtener un producto llamado concentrado, que puede representar una tonelada de peso por cada diez toneladas del mineral crudo, pero conservando casi en su totalidad los metales contenidos en las diez toneladas originales. El segundo procedimiento en boga, es la cianuración en montones, que se utiliza principalmente para minerales de oro de baja ley, es decir, de poco contenido de oro por tonelada, a veces entre uno y dos gramos; en este proceso el mineral fragmentado se distribuye en montones sobre una capa de material impermeable y se riega con una solución de cianuro de sodio que recogerá el oro al irse infiltrando entre las rocas.

Después de lo anterior, los productos del beneficio primario pasan a procesos pirometalúrgicos o hidrometalúrgicos electrolíticos, que permiten ir obteniendo productos metálicos, en las primeras etapas con mezclas e impurezas, hasta llegar finalmente a la afinación en el caso de los metales preciosos, que permiten purezas en el oro y la plata de 99.999%.

Las actividades descritas, desde la exploración hasta la obtención del producto, sus características y su grado de desarrollo a través de la historia, se reflejan con diferentes grados de intensidad, en todos los ordenamientos legales que, desde el siglo XVI, han regido en nuestro país, para la industria minera.

CAPITULO I. LOS CASOS CONCRETOS.

Como ya lo hemos apuntado, es nuestro propósito el acercarnos al objeto de estudio a través del análisis de casos concretos, negocios jurídicos reales, inscritos en el Registro Público de Minería, que se ocupan de regular relaciones entre las partes que concurren para transmitir o prometer transmitir, derechos derivados de las concesiones mineras o establecer gravámenes sobre ellos, así como de resoluciones judiciales y administrativas que afectan a dichos derechos.

Sin pretender en forma alguna ir a lo general para después explicar lo particular, lo que resultaría un contrasentido en nuestra metodología, sino simplemente para dar una explicación previa a los fundamentos legales, al marco regulatorio de los actos jurídicos a los que nos hemos referido, nos referiremos a las disposiciones de la Ley Minera vigente que pueden resultar aplicables.

Cabe señalar que, independientemente de las transformaciones que han sufrido las diferentes leyes o códigos de minas que han estado vigentes en nuestro país, en general los derechos derivados de las concesiones mineras siempre han podido ser objeto de transmisión total o parcial, por parte de sus titulares, aún cuando en algunas ocasiones, leyes como la de 1975 han puesto requisitos para ello, tales como la de obtener un permiso de la autoridad competente o han establecido limitaciones a lo que puede ser pactado entre las partes, como la prohibición de fijar un precio con base a las reservas estimadas de mineral o poner un mínimo y un máximo a los porcentajes que se podían convenir para el pago de regalías en los contratos de explotación.

También en los diferentes cuerpos normativos en la materia, se han mantenido reglas que permiten la constitución de gravámenes de diferente naturaleza o modalidades para el ejercicio de derechos. Nada ha impedido, por otra parte, que puedan hacerse valer resoluciones judiciales que traban embargos sobre los derechos de los concesionarios u ordenan la adjudicación de tales derechos a acreedores o herederos.

Hechas las consideraciones anteriores, realmente es irrelevante para nuestros propósitos, el que los casos concretos que hemos de analizar, se hayan celebrado conforme a las disposiciones de la ley vigente o de alguna otra que la hayan precedido y tampoco ha de

importar que las disposiciones que conforman el marco legal de todos esos actos jurídicos a los que nos referiremos sean, por razones de abreviar, nada más las de la ley actual.

En primer término debemos destacar el contenido de la fracción VII, del artículo 19 de la referida ley, que establece la regla general y básica, de que los titulares de concesiones mineras tienen el derecho para transmitir la concesión misma o, en forma parcial, los derechos de exploración, explotación y apropiación, que pudiéramos llamar principales, y también los derechos para obtener servidumbres, expropiaciones y ocupaciones temporales, así como para los aprovechamientos hidráulicos, que serían los accesorios.

El artículo 23, a su vez, dispone que los contratos respectivos surtirán sus efectos ante terceros y ante la misma autoridad, a partir de su inscripción en el Registro Público de Minería y que dichos actos son de naturaleza mercantil. Esta misma disposición deja ver claramente que al momento de la transmisión de la concesión, opera una sustitución absoluta entre cedente y cesionario, asumiendo éste los derechos y las obligaciones de las que era sujeto aquél, aún de aquéllas obligaciones que se encontraban pendientes de cumplir al momento en que operó la transferencia. Dicho de otra forma, los derechos y obligaciones siguen a la concesión y si, por ejemplo, existiera alguna deuda de naturaleza fiscal pendiente de liquidar, ésta podrá ser exigida al adquirente y en caso de no cubrirla procederá la cancelación de la concesión, algo muy semejante al régimen fiscal sobre la propiedad de los inmuebles.

Lo mismo puede decirse respecto de la existencia de contratos o gravámenes de cualquier naturaleza, debidamente inscritos en el Registro Público de Minería, mismos que seguirán siendo vigentes y conservarán su fuerza legal y exigibilidad, independientemente de la transmisión de la concesión minera, lo que también guarda una absoluta similitud con el régimen legal aplicable a la propiedad inmueble.

Las razones apuntadas, permiten entender por qué la misma disposición legal en comento, establece para el adquirente la obligación de cerciorarse de que la concesión se encuentra vigente y de que el titular de la misma está al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones y le encomienda a la autoridad la expedición de constancias que acrediten dicha situación.

La fracción IV del citado artículo 19, confiere a los titulares de las concesiones mineras el derecho para obtener expropiaciones, ocupaciones temporales y servidumbres, sobre los terrenos superficiales que requieran para llevar a cabo sus actividades, así como servidumbres subterráneas de paso a través de otros lotes mineros, para los mismos fines.

Para las expropiaciones, obviamente, se necesitará siempre obtener una resolución del Ejecutivo Federal, tanto si se trata de bienes ejidales o comunales, como si son de propiedad privada, en tanto que para el caso de ocupaciones temporales y servidumbres, ya sean externas o internas, cabe la posibilidad de obtenerlas por la vía legal, tramitando la resolución administrativa o convenirla con los afectados y proceder a la celebración de un contrato.

Todos esos actos o negocios jurídicos a los que en forma expresa se refiere la ley minera y otros más que se presentan en algunas ocasiones, independientemente de que no sean regulados en la misma ley, pero para los cuales no existe ningún impedimento y se fundan en otras leyes, verbigracia los relativos a la constitución de usufructos, fideicomisos, etc., son motivo de inscripción en el Registro Público de Minería, atento a lo dispuesto en la fracción VI del artículo 46 de la ley, que a la letra dice:

“Artículo 46.- La Secretaría llevará el Registro Público de Minería en el que deberán inscribirse los actos y contratos que a continuación se mencionan:

.....

VI.- Los actos y contratos relativos a la transmisión de la titularidad de concesiones o de los derechos que de ellas deriven, los de promesa para celebrarlos, los gravámenes u obligaciones contractuales que se constituyan en relación con las mismas, así como los convenios que los afecten; “

Como se puede observar el alcance de la disposición es muy amplio; incluye no solamente a aquellos actos y contratos a los que ya nos referimos y que en alguna forma son objeto de regulación en la propia ley, sino también otros que quedan comprendidos en la redacción de esta fracción VI del artículo 46, tales como los relativos a la

constitución de gravámenes y otros que contengan “obligaciones contractuales”, en relación con las mismas concesiones.

Dentro de este marco legal, que repetimos, no ha variado en lo sustancial en las diferentes leyes mineras, al menos aquellas que tuvieron vigencia desde principios del siglo veinte, podemos encuadrar los casos prácticos que obtuvimos para nuestra investigación, todos ellos inscritos en el Registro Público de Minería, razón por la cual pueden ser motivo del escrutinio público y no guardan, en sentido legal, dato confidencial alguno. Debemos señalar, y es muy importante destacarlo, que se obtuvieron los documentos del apéndice de dicho registro, procurando tener un caso de cada una de las operaciones más frecuentes, pero sin un análisis previo de cada caso, es decir, para efectos prácticos se obtuvieron una cesión, una hipoteca, una prenda, etc. al azar, sin algún otro criterio de selección que no fuera el de la identificación de la operación.

Primer Caso.- Contrato de Cesión de Derechos sobre Concesiones Mineras.

Fecha: 9 de enero del 2004
Partes: Cedente: Pedro Orlando Menchaca Martínez
Cesionario: Víctor Fuad Mohamar Abugaber y Oscar Luis Fuentes Yañez.
Inscripción: Bajo el número 21, a fojas 11 vuelta, volumen 17, Libro de Actos, Contratos y Convenios Mineros, el 30 de abril del 2004.

En este caso, siendo una cesión típica de derechos sobre concesiones mineras, más propiamente una compraventa, la variante es que el cedente es titular únicamente del 33% de los derechos sobre la concesión motivo de la operación, por lo que para esta transmisión se han de aplicar las mismas reglas que en el caso de la copropiedad en materia civil. Por su parte los adquirentes de los derechos en este caso, se están distribuyendo el 25% para el primero de ellos y el 8% para el segundo.

En el texto del contrato, el concesionario “se obliga a entregar a los cesionarios a la firma del presente contrato, la posesión material y jurídica, de los derechos concesionarios que le corresponden del título de concesión minera” con lo que se destaca, que a pesar de tratarse de una operación de fecha relativamente reciente realizada bajo el imperio de la ley vigente, no deja de haber ciertas confusiones entre lo tangible y lo intangible, en los conceptos de posesión material y jurídica, y puede observarse que ni siquiera a través de los años se ha logrado una transparencia o claridad definitiva, respecto a la naturaleza de

los propios derechos concesionarios y el objeto de los mismos, que se observaba en disposiciones que estuvieron en vigor desde la época colonial.

Inmediatamente después de la frase antes mencionada, se habla de que se trata de “los derechos concesionarios que le corresponden (al cedente) del título de concesión minera de explotación denominada ‘EL BOTE’ “; desprendiéndose de lo anterior, la confusión que existe entre lo que es el lote minero, espacio físico dentro del cual se ejercen los derechos concesionarios, al que se le pone un nombre, en este caso “EL BOTE”, y la concesión minera misma, acto administrativo que se hace constar en un título.

Más adelante en el texto notarial se apunta que el bien objeto de la operación se encuentra “libre de todo gravamen... al corriente en el pago de los derechos federales (lo que es correcto), contribuciones de mejoras...”, en lo que podemos observar nuevamente el trato que se está dando a la concesión minera de similaridad o equivalencia con un bien raíz, ya que evidentemente las concesiones mineras nunca han estado gravadas por contribuciones tales como las llamadas “de mejoras”, propias de las legislaciones locales que trasladan el costo de obras públicas principalmente de carácter vial a los propietarios de bienes urbanos, cuyo valor, se asume, ha sido incrementado.

Para concluir el análisis de este caso, bastará decir que el notario hizo constar en documento por separado el consentimiento del titular del 34% de los derechos sobre la concesión, para que sus dos cotitulares pudieran transmitir sus derechos.

Segundo Caso.- Contrato de Cesión de Derechos con Reserva de Dominio.

Fecha: 17 de septiembre de 1999.
Partes: Cedentes: Rubén Rodríguez y Cía. Minera Monteverde, S.A. de C.V.
Cesionaria: Minera Escorpión, S.A. de C.V.
Inscripción: Bajo el número 85, fojas 47 frente, volumen 12, Libro de Contratos y Convenios Mineros, el 28 de julio de 2000.

En el Capítulo de Declaraciones, los cedentes manifiestan que “los títulos” (sic), están libres de “...invasión o en general cualquier limitación de uso o dominio”, lo que en términos semejantes o parecidos suele ser una declaración bastante común en este tipo de contratos.

En la cláusula primera se establece: “El Cedente cede al Cesionario, con reserva de dominio, la totalidad de los derechos derivados de los títulos de concesión minera...” y en la cláusula segunda: “...el Cedente conservará la titularidad del 100% de los derechos de los títulos de explotación minera hasta el momento en que el Cesionario cumpla con el pago...” y finalmente conviene señalar parte del contenido de la cláusula octava: “... el cedente... otorga... al cesionario... el derecho exclusivo a explorar y explotar los fundos....”.

En este caso, como en el anterior se mezclan conceptos jurídicos correspondientes a bienes intangibles, con conceptos relativos a bienes tangibles. También se confunden o se usan indiscriminadamente, términos tales como: concesiones, derechos derivados de las concesiones o de los títulos y los derechos mismos de exploración y explotación.

La referencia hecha en la declaración citada a la no invasión, fenómeno real y tangible, se vincula a los “títulos”, que son los documentos públicos en los que consta el otorgamiento de la concesión administrativa; difícilmente un documento podrá ser motivo de una invasión.

En la cláusula segunda la confusión crece, ya que se dice que el cedente “conservará el 100% de la titularidad” (sic) de los derechos hasta que se satisfaga el precio pactado, lo que seguramente obedece a que las partes, o el notario que redactó el documento, no supieron o no pudieron encontrar la fórmula de retención o reserva del dominio, que fácilmente se expresa en el derecho de propiedad, sobre todo en el caso de bienes tangibles pero no nada más en ellos, donde fácilmente podemos entender que el contrato permite la transmisión del uso u disfrute plenos, pero conservando el enajenante el dominio en reserva, como garantía de que obtendrá su pago.

La cita que hicimos de la cláusula octava, que aparentemente buscaría la congruencia con esa “reserva del 100%” a la que nos referimos, al decir que lo que el cedente otorga al cesionario es el “derecho exclusivo a explorar y explotar los fundos”, nos lleva al máximo de la confusión. Cabría preguntar si realmente el contrato tiene por objeto transmitir la concesión o simplemente transferir los derechos de explorar y explotar, lo que sería el objeto de los contratos de exploración o explotación de carácter temporal, en los que el concesionario no pierde su calidad de tal.

Finalmente, también conviene hacer una referencia a la utilización de la palabra “fundo”, término que en su tiempo fue utilizado por los legisladores para referirse a lo que ahora, y desde hace muchas leyes, conocemos como lote minero, es decir, el volumen físico o sólido de profundidad indefinida, dentro del cual el concesionario puede llevar a cabo sus actividades de exploración y explotación. La inclusión de esta palabra, ya en desuso, y que también se aplica a terrenos superficiales, confirma y abona en favor nuestra afirmación anterior de que en los actos y contratos mineros y en la terminología que se utiliza dentro de la industria, frecuentemente se intercambian, atribuyéndoles la misma connotación a términos que corresponden a objetos físicos, con otros de existencia jurídica, ideal o virtual.

Tercer caso.- Contrato de Cesión de Derechos con Garantía Hipotecaria.

Fecha: 22 de marzo de 2002.
Partes : Cedente y acreedor hipotecario: Minerales de Soyopa, S.A. de C.V.
Cesionaria y deudor hipotecario: Gammon Lake de México, S.A. de C.V.
Inscripción: Bajo el número 62, a fojas 35 vuelta, del volumen 14 del Libro de Actos, Contratos y Convenios Mineros, el 3 de mayo de 2002.

En este contrato la cedente transfiere a la cesionaria, un grupo de concesiones mineras y solicitudes en trámite, a cambio de un precio determinado que se cubrirá en pagos diferidos.

Para garantizar la obligación de pagar el precio pactado, la adquirente de las concesiones constituye “hipoteca voluntaria en primer lugar y grado sobre las concesiones mineras, con todo cuanto en derecho pudiera corresponderles, en términos del artículo 2789 del Código Civil para el Estado de Chihuahua y de su artículo correlativo o concordante de los códigos civiles de las demás entidades federativas de los Estados Unidos Mexicanos”.

También pactaron las partes que la cesionaria podrá determinar “los bienes que pueden embargarse de entre aquellos comprendidos por esta hipoteca, sin tener que seguir el orden a que se refiere el artículo 1395 del Código de Comercio y las disposiciones aplicables del Código de Procedimientos Civiles”, lo que haría que los derechos sobre las concesiones quedarían prácticamente al final del orden establecido, después de las mercancías, muebles, inmuebles, créditos de cobro fácil, etc. También se pacta que “la

cesionaria fungirá como depositario de los bienes embargados, por lo que continuará en posesión de los mismos” y que finalmente, el cedente pagará cualquier saldo pendiente con el producto del remate de los bienes.

El Código Civil del Estado de Chihuahua regula la hipoteca en su Título Decimoquinto, siguiendo a los demás códigos de la República, en el sentido de que se trata de una garantía real que se constituye sobre bienes que no son entregados al acreedor, que confiere a éste el derecho a cobrar su crédito con el valor de los bienes en forma preferente y que el gravamen impuesto sigue al bien en caso de que sea objeto de una transmisión a un tercero. El artículo 2789 al que se hace expresa referencia en el contrato, es el que dispone que la hipoteca se extiende, aunque no se exprese, a las accesiones, mejoras y adiciones, en general, que se hagan al bien hipotecado, a la finca o al terreno lo que resulta de muy difícil interpretación si el bien objeto de la hipoteca, como es en este caso, es un derecho intangible, un derecho que tiene el concesionario para explorar y explotar los recursos minerales de la Nación.

Lamentablemente el notario, asesor jurídico de las partes, olvidó que la legislación civil supletoria de la ley minera es el Código Civil Federal.

Por otra parte se acuerda en dicho contrato que, en caso de incumplimiento “proceda la rescisión” “... de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial, obteniendo la devolución inmediata de los bienes objeto de esta cesión...”.

Independientemente de ciertas fallas que presenta este contrato, como es la cesión de solicitudes de concesión minera en trámite, que la autoridad nunca ha reconocido y cuya inscripción en el Registro Público de Minería siempre ha sido motivo de rechazo, así como la confusión entre la ejecución de la hipoteca, con embargo (¿?) y remate o la rescisión de “pleno derecho”; para los efectos de nuestro análisis debemos destacar: la constitución de una garantía real, como es la hipoteca y la utilización indistinta de ciertos términos que en el contexto muestran un significado, sino contradictorio, al menos diferenciado.

Inicialmente se establece que la hipoteca se constituye sobre las “concesiones mineras”, no los derechos que de ellas derivan y luego se refiere a los “bienes embargados”, que

siempre continuarán en “posesión” de la cesionaria que en ese supuesto de embargo asume el carácter de depositario, para luego concluir que en el caso de la rescisión procederá la “devolución inmediata de los bienes objeto de esta cesión”.

Si bien podría sostenerse que el alcance de los términos utilizados como “bienes embargados”, “posesión” y “devolución” de los bienes no excluye que se estén refiriendo a bienes intangibles, es decir, los derechos concesionarios, parece muy claro que el mecanismo previsto en el contrato para que la cesionaria conserve la posesión de los bienes embargados, se estableció teniendo en mente la idea de la posesión de los lotes mineros, la posibilidad de continuar trabajando la mina en tanto se resuelve la controversia, ya sea con el pago o con el remate. Si se estuviera hablando de los derechos, en tanto su naturaleza intangible, no habría una explicación lógica para establecer ese mecanismo de conservación de la posesión.

Cuarto Caso.- Contrato de Explotación.

Fecha: 11 de mayo de 2004.
Partes: Concesionaria: Minera Antares, S.A. de C.V.
Explotadora: Corporación Minera San Cayetano, S.A. de C.V.
Inscripción: Bajo el número 76 a fojas 51 frente del volumen 17 del Libro de Actos
Contratos y Convenios Mineros, el 30 de junio de 2004.

Los contratos de explotación más comunes suelen pactar el pago de una regalía, generalmente del 3 al 5% del valor neto del mineral, con base en la venta de primera mano que hace el explotador y los plazos son de carácter forzoso para el concesionario y voluntario para el explotador. En este caso concreto el porcentaje para calcular la regalía se vinculó además al precio de la onza de plata en el mercado internacional.

Las obligaciones que asumen las partes, incluyen las relativas al “uso y goce pacífico” que podrá hacer la explotadora a cargo de la concesionaria y las de “conservación del bien” a cargo de la propia explotadora, mismas que permiten ver nuevamente la confusión existente en la práctica diaria de los negocios mineros, entre bienes intangibles, los derechos y bienes tangibles, el lote minero o la mina.

El contrato también incluye la obligación de otorgar una fianza para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la explotadora, así como reglas para la devolución del lote minero al momento de la conclusión del contrato.

La legislación minera no regula estos contratos por lo que habrá que buscar la supletoriedad del Código de Comercio y del Código Civil Federal, de las que desprenderemos la aplicación de las disposiciones propias de los contratos de arrendamiento de inmuebles, ya que la similitud salta a la vista.

Quinto Caso: Contrato de Exploración con Promesa de Cesión de Derechos.

Fecha: 29 de enero de 2008.
Partes: Concesionaria Teresita Armida Ayala Soto
Exploradora: Minera Penmont, S. de R. L. de C. V.
Inscripción: Bajo el número 72 a foja 50 vuelta del volumen 23 del libro de Actos, Contratos y Convenios Mineros, el 10 de marzo de 2008

Este tipo de contratos que incluyen un período para explorar el lote minero y así poder definir la presencia y las dimensiones de un posible yacimiento, junto con una promesa unilateral de venta o cesión, son muy comunes en la industria, ya que difícilmente pueden adquirirse los derechos de la concesión, sin tener una idea previa sobre el potencial económico que pueda tener el lote minero. En cierta forma equivale al avalúo de un bien inmueble, aun cuando en este último caso el tiempo que se requiere es relativamente muy poco.

Aun cuando el lenguaje utilizado en este contrato, distingue claramente lo que es la concesión, como figura jurídica y lo que es el lote minero, como objeto tangible, también puede observarse que a este último se le trata como lo que en realidad es, un inmueble, un volumen sólido dentro del cual se llevarán a cabo los trabajos de exploración. Dicho de otra forma, el contrato no solamente se ocupa de regular un negocio jurídico sobre los derechos derivados de un acto administrativo, la concesión minera, sino que se ocupa de los aspectos vinculados a la actividad física a realizar sobre el propio bien corpóreo.

Se incluyen cláusulas que especifican y detallan las actividades que la exploradora puede realizar en el lote mismo, concretamente la barrenación de diferentes tipos y la ejecución de obras. Se señala claramente que el lote se “pone a disposición” de la empresa

exploradora garantizándole “la libre tenencia y el uso pacífico del mismo”. Asimismo la empresa que realiza la exploración se compromete, entre otras cosas a llevar a cabo sus actividades sin afectar físicamente al ecosistema, en los términos de las leyes aplicables. Las instalaciones desprendibles y los equipos utilizados pueden ser retirados por la empresa exploradora si no decide adquirir los derechos derivados de la concesión minera.

Como en el caso anterior, resulta evidente la similitud de este tipo de contratos, con aquellos que se celebran sobre inmuebles, concediendo el uso, la posibilidad de adquirirlos o la necesidad de devolverlos. Puesto en otros términos, hay siempre un fenómeno de posesión sobre un bien corpóreo.

Sexto Caso.- Contrato de Constitución de Garantía Prendaria.

Fecha: 23 de marzo de 2001.
Partes; Deudor prendario: O.N.C. de México, S.A. de C. V.
Acreedor prendario: Minera San Augusto, S.A. de C.V.
Inscripción: Bajo el número 75, a fojas 42 frente a 43 frente, del volumen 13 del Libro de Actos, Contratos y Convenios Mineros, el 30 de abril de 2001.

Según un contrato de la misma fecha, la parte deudora compró a la parte acreedora un conjunto de concesiones mineras de exploración y explotación y otros activos tales como, derechos derivados de contratos de promesa de cesión de derechos, también relativos a concesiones mineras y diferentes bienes muebles que incluyen equipo y mobiliario de oficina, equipo para acampar y vehículos automotores.

En virtud de que la compradora asumió la obligación de pagar el importe del precio pactado en la operación en pagos semestrales, durante los siguientes tres años, manifestó en el capítulo de declaraciones del contrato que era “su intención pignorar todos sus bienes muebles presentes y futuros, incluyendo los activos y las concesiones mineras.....en favor de (la vendedora)”.

Por la razón anotada, la compradora de los bienes otorga en el contrato objeto del análisis, “de manera incondicional e irrevocable una prenda en primer lugar” a favor de su contraparte, “en especial sobre las Concesiones y Activos” incluyendo los minerales que extraiga, en los términos del artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Por otra parte, para los efectos del artículo 357 de la citada ley convienen en que “los bienes pignorados deberán permanecer en los lotes mineros (sic) amparados por las concesiones mineras listadas” y en las oficinas que la deudora llegue a establecer”, lo que evidentemente encuadra en la relativamente reciente figura de la prenda sin transmisión de posesión incorporada en nuestra legislación mercantil en el año 2000 y que en el caso de gravámenes sobre concesiones mineras, abona para el uso indistinto de la hipoteca y de la prenda, como garantías reales sobre las concesiones mineras, ambas admitidas por la autoridad registral.

La deudora prendaria se obliga en el contrato a defender “la titularidad y derecho de la vendedora y acreedora “sobre los bienes pignorados” contra las reclamaciones y demandas de cualquier tercero, así como a no vender, ceder, gravar, etc., los bienes, pagar los impuestos que correspondan y mantenerlos en buen estado. Cualquier incumplimiento producirá la aplicación del procedimiento de ejecución forzosa previsto en el Título Tercero Bis del Código de Comercio.

Además de encontrar en los acuerdos descritos, un buen ejemplo de la práctica seguida en materia de operaciones de garantía sobre derechos derivados de las concesiones mineras, en el sentido de que en igual forma se recurre a la hipoteca, como a la prenda, que en este caso destaca por la utilización de la fórmula de la no entrega del bien dado en prenda, lo que antes era una excepción en materia mercantil aplicable solamente a las garantías prendarias naturales en los contratos de crédito de habilitación o avío y refaccionarios, queda muy clara nuevamente la confusión o, al menos, el uso indistinto de los conceptos involucrados como concesiones, derechos de las concesiones, bienes, etc., haciendo referencias a derechos o bienes intangibles y a cosas, lugares o espacios, tangibles de una realidad física, entremezclando un mundo real y un mundo virtual.

Séptimo Caso.- Contrato de Donación de Usufructo Vitalicio.

Fecha: 18 de agosto de 1995.
Partes: Donante: Ángel Agustín Loera y Chávez Manzo.
Donataria: Silvia Manzo Farías viuda de Loera.
Inscripción: Bajo el número 292, a fojas 168 vuelta del volumen 13 del Libro de Actos, Contratos y Convenios Mineros, el 11 de enero de 2002.

En este caso tenemos como antecedente una operación de la misma fecha, mediante la cual, el donante había adquirido la titularidad de cinco concesiones mineras que amparaban lotes ubicados en el municipio de Los Cabos, en Baja California Sur.

De acuerdo a la cláusula primera del contrato que se analiza, el señor Loera donó a la señora Manzo Vda. De Loera, quien aceptó la donación “el usufructo vitalicio de los derechos de propiedad y titularidad de exploración sobre los lotes mineros denominados....ubicados en el municipio de Los Cabos, B.C.S.” con las demás características de antecedentes y “reservándose (el donante)...la nuda propiedad de los lotes mineros mencionados”.

En la cláusula segunda se estableció que “En virtud de la donación (la señora Loera)...se convierte en legítimo propietario y titular del usufructo vitalicio de los derechos de exploración minera”.

Más adelante se expresa que la donación es a título gratuito y luego se apunta textualmente: “el donante se desapodera del dominio, propiedad y posesión de los derechos y titularidad de exploración que dona, no así como de los títulos de propiedad, (sic) todo lo cual recibe la donataria a satisfacción.”

Resulta evidente que en este caso, las partes y el notario dieron a las concesiones mineras un trato prácticamente idéntico que el se daría a un bien inmueble. Cabe señalar que la autoridad minera registró y aceptó la operación sin objeción alguna para el caso de dos de las concesiones que ya habían sido sustituidas por concesiones de explotación y rechazó la inscripción para los otros casos, pero porque se trataba de concesiones ya canceladas. Es decir, la operación en sí misma, como “donación de usufructo vitalicio de los derechos de propiedad y titularidad de exploración sobre los lotes mineros” no fue objetada, sino por el contrario, convalidada con la inscripción en el Registro Público de Minería, que surte efectos contra la autoridad misma conforme a la Ley Minera.

Independientemente de que en la redacción del contrato se cometieron graves errores, es indiscutible que las partes, el notario y la autoridad minera, confieren a los derechos derivados de una concesión minera una absoluta similitud con los derechos de propiedad civil. Puede argumentarse que la incorrecta aplicación de la ley, no debe ser utilizada

como argumento para tratar de afirmar cual es la verdadera naturaleza jurídica de los derechos que está creando y esto sería cierto si aceptamos que es la ley, como fuente formal del derecho, el único criterio rector para la definición de esa naturaleza y para la creación misma del derecho, pero si enfocamos nuestro análisis a la fuente real o material de la norma jurídica, de la regla de derecho, podemos confirmar que precisamente cuando la ley, cuando el derecho positivo, se aleja o pretende ignorar esa realidad, es cuando se presenta con mayor claridad que la nota de juridicidad no se encontrará nunca solamente en la voluntad del legislador, expresada en una norma legal, sino en la realidad misma de las cosas y las conductas humanas en relación con ellas.

Octavo Caso.- Apertura de Crédito Simple con Garantía Hipotecaria.

Fecha: 17 de agosto de 2001.
Partes: Acreedor: Banco Nacional de México S.A.
Acreditado: Cía. Minera La Valenciana, S.A.
Fiador y avalista: Rodolfo Oscar Boehringer.
Inscripción: Bajo el número 206 a fojas 117 vuelta del volumen 13 del Libro Actos, Contratos y Convenios Mineros, el 1 de octubre de 2001.

En la escritura pública en la que se hizo constar esta operación, el Notario dedica un espacio considerable, dentro de un capítulo llamado “Antecedentes”, a la descripción detallada de todas y cada una de las concesiones mineras involucradas en la misma, citando números de título y expediente, autoridades que los expidieron , fechas de inicio y terminación de vigencia, minerales objeto de las mismas, trasmisiones que sufrieron a través del tiempo, superficie de los lotes, Municipio y Estado de ubicación, etc. Con una técnica propia de la descripción de las propiedades inmuebles. Cabe señalar que en el caso de las concesiones mineras en realidad la identificación plena se logra citando simplemente el número del título; se acostumbra también sin que sea indispensable, mencionar el nombre del lote, a pesar de que muchos de esos nombres se repiten, y la ubicación del mismo, ya que con estos datos adicionales puede resolverse algún problema de identificación, si es que hay algún error al anotar los dígitos que componen el número de título.

En esta operación el acreditado hace un reconocimiento de adeudo a favor del banco acreedor, se compromete a destinar el crédito al pago de pasivos con la misma institución y a disponer de su importe a través de la suscripción de pagarés.

Además de contar con una garantía de fianza y aval de una persona física, principal accionista de la sociedad deudora, la concesionaria otorga una garantía hipotecaria sobre sus concesiones a favor del banco.

La forma en que se constituye la garantía coincide con los casos ordinarios de garantías hipotecarias sobre inmuebles y el lenguaje utilizado en el acuerdo es: "...garantía hipotecaria sobre los derechos que amparan las concesiones mineras...el acreditado constituye a horas que son (sic) 10.30 de la fecha de firma de esta escritura, a favor de la Institución (acreedor) un gravamen en primer lugar sobre las concesiones mineras....".

Más adelante se convino: "Esta garantía se extenderá a: (i) los productos minerales que se obtengan de los lotes amparados por las concesiones mineras...(ii) los terrenos que se encuentren dentro de las superficies que amparen las concesiones...(iii) todos los derechos derivados de las concesiones mineras en los términos del artículo 19 de la Ley Minera...(iv) la titularidad de las concesiones mineras y (v) cualquier otro producto mineral que en el futuro llegare a encontrarse y/u obtenerse dentro de los predios (sic) que amparan las concesiones mineras....en los términos de los artículos 3,4,15 y 19 de la Ley Minera"

Para continuar con las confusiones que ya se empezaban a manifestar en el párrafo anterior cuando se utiliza la palabra "predios", el convenio señala: "Los gravámenes que aquí constituye el Acreditado...comprende la totalidad de las concesiones mineras, incluyendo sin limitar, los terrenos, las construcciones, instalaciones, maquinaria y equipo y demás bienes muebles que permanentemente, actualmente o en el futuro se incorporen a la explotación de las concesiones minera. El gravamen se extiende (a) las accesiones naturales (sic) de las concesiones minera, los bienes que de hecho y/o por derecho llegaren a formar parte (sic nuevamente) de las concesiones mineras, así como las servidumbres respecto de las cuales las concesiones mineras apararan (sic) el predio dominante". Como se observa, la confusión es ya en esta parte absoluta, independientemente que la última frase de la cita es incomprensible ya que hace una incorrecta referencia a algún derecho de servidumbre con un evidente error de redacción. No cabe duda que para las partes y el Notario esta hipoteca y la que se constituye sobre un terreno y construcciones, no guardan diferencia alguna.

Después de incluir algunas otras cláusulas propias de los créditos hipotecarios sobre inmuebles, como una prohibición de “arrendar”, se acuerda que en caso de que el banco acreedor elija la vía hipotecaria para la recuperación de su crédito podrá obtener la “posesión inmediata de los bienes”.

Como en todos los otros casos, resulta evidente que la percepción de los sujetos que intervienen día con día en la celebración de actos jurídicos relativos a los derechos derivados de las concesiones mineras, es de que están manejando derechos reales e inmuebles, lo más importante, que el marco legal en el derecho común que permite precisamente esos actos jurídicos, es aquel que la ley realmente establece para bienes de esa naturaleza.

Noveno Caso.- Afectación en Fideicomiso.

Fecha: 13 de enero de 1993
Partes: Fideicomitentes: Compañía Minera Caopas, S.A. de C.V., Marco Antonio Guadiana Rodríguez y Ricardo Enrique Aguirre Rodríguez
Fiduciario: Banco Nacional de Comercio Exterior, S. N. C.
Fideicomisario: El mismo banco.
Inscripción: Bajo el número 283, a fojas 137 vuelta y 139 frente del volumen I, del libro de Actos, Contratos y Convenios Mineros, el 30 de noviembre de 1994.

Las operaciones de fideicomiso sobre derechos derivados de concesiones mineras no son muy frecuentes, de hecho quizás no excedan de cinco el número de ellas inscritas en el Registro Público de Minería, en los últimos treinta años. En realidad no ha sido resuelto el debate respecto a si la afectación de estos derechos en fideicomiso, puede significar un cambio de titularidad plena, lo que estaría contraviniendo el artículo 10 de la Ley Minera vigente y sus correlativos en leyes precedentes, que no incluye entre los posibles sujetos titulares de concesiones mineras a las instituciones fiduciarias, sin embargo la autoridad registral no ha visto problema en aceptar este tipo de operaciones para su inscripción, considerando que no existe realmente un cambio de titularidad plena, pero en su mismo acto de inscripción en este acto concreto, asume una posición incongruente, ya que advierte a la institución fiduciaria que de acuerdo con el artículo 41 de la citada ley, dispone de “365 días naturales contados a partir de su fecha de adjudicación” para transmitir dichas concesiones a personas legalmente capacitadas. Como veremos más adelante este fideicomiso obedece a un antecedente de reconocimiento de adeudos por

parte de la concesionaria y el otorgamiento de una garantía a favor del banco, sin presentarse la adjudicación que se contempla en el mencionado artículo 41.

La escritura que contiene este caso señala que se afectan en “fideicomiso irrevocable traslativo de dominio” diversos activos que integran una planta industrial entre los que se encuentran las concesiones mineras cuya titular era la empresa fideicomitente y respecto de las cuales “el banco podrá realizar cualquier acto de dominio y administración sobre los activos”.

Como ya se señaló, el Registro Público de Minería inscribe la operación considerándola como una transmisión de titularidad que es lo que el notario y las partes hacen constar en la escritura, sin embargo se conviene que la empresa minera continúe operando la unidad industrial hasta en tanto son vendidos sus activos, lo que podrá hacer la institución fiduciaria, generándose una confusión entre una verdadera dación en pago, que realmente no se presenta, ni tampoco una adjudicación judicial.

La operación a los ojos del notario, la institución bancaria y aún el Registro Público de Minería, no puede decirse que se haya realizado con la debida pulcritud jurídica, lo que si bien puede atribuirse a las circunstancias económicas que envolvieron a la misma, también es fácilmente aceptable o sostenible que el problema de fondo en el mal manejo jurídico de este tipo de operaciones, obedece en gran parte a la incertidumbre respecto a la naturaleza verdadera de los derechos derivados de las concesiones mineras y, en algunos casos a la convicción de las partes, sus asesores y notarios de que se trata de negocios jurídicos cuyo objeto lo constituyen derechos de naturaleza real inmueble.

Décimo Caso.- Convenio de Servidumbre Subterránea de Paso.

Fecha: 5 de julio de 2000.
Partes: Compañía Minera Monserrat, S.A.
Compañía Fresnillo S.A. de C.V.
Inscripción: Bajo el número 1/11541, como anotación en la hoja correspondiente a la hoja de las concesiones.

Este convenio establece el otorgamiento recíproco de derechos de servidumbre subterránea de paso. La colindancia de los lotes mineros, fenómeno físico, que no jurídico, amparados por las concesiones de ambas empresas, que realizan trabajos de

explotación en sus propios lotes, las llevó a convenir dichas servidumbres de las que mutuamente obtendrían beneficios.

Naturalmente, el clausulado del convenio hace referencia expresa a las obras y trabajos mineros que se ejecutarán por las partes en los lotes, concretamente una rampa, la ampliación de un socavón, una estación para barrenación, que es un espacio excavado en la roca del subsuelo, los trabajos de barrenación propiamente dichos y el uso por las partes de algunas obras mineras ya existentes.

Hemos de destacar: primero, que las obras a realizar son evidentemente acciones producto del quehacer humano, dentro del sólido rocoso al que se conoce como lote minero y, segundo, que la regulación de las servidumbres mineras la encontraremos, por referencia expresa de supletoriedad, en la legislación civil que se ocupa de las servidumbres como un gravamen real sobre la propiedad inmueble. Huelga decir que la servidumbre constituida en los términos de la legislación minera, sigue a la concesión, independientemente de que ésta sea motivo de transmisiones posteriores.

Undécimo Caso.- Servidumbre Legal de Paso

Fecha: 3 de marzo de 2000
Afectada: Preisser y Martínez, S. en N. C.
Beneficiaria: Compañía Fresnillo, S.A. de C.V.
Inscripción: Bajo el número 69 a fojas 38 vuelta a 39 frente del volumen I del Libro de Ocupaciones Temporales y Servidumbres, el 3 de marzo de 2000.

Esta resolución administrativa, emitida por la Dirección General de Minas de la Secretaría de Economía, contiene en su narrativa la descripción de las obras subterráneas que se llevarían a cabo en el lote minero afectado y de la visita de inspección que efectuó la autoridad para confirmar la necesidad técnica de la realización de dichas obras, como base para conceder la servidumbre solicitada.

En esencia, el procedimiento administrativo repite lo que sería un procedimiento judicial, para la constitución de una servidumbre legal de paso entre dos o más inmuebles, conforme al Derecho Civil.

Valen para este caso, los mismos comentarios respecto de las actividades físicas y los efectos legales, que se mencionaron para el caso anterior.

Después de analizar todos los casos anteriores, resulta evidente que la terminología de la Ley Minera y la realidad misma que se está regulando y actualizando, han impuesto un manejo de los negocios jurídicos que en la práctica no difiere mucho, de los que se celebran sobre los bienes inmuebles. Estas confusiones, que en algunas ocasiones han llevado a los notarios hasta pretender la causación del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles o a exigir ejemplares originales de los títulos de concesión minera, como si fueran testimonios notariales de escrituras de propiedad inmueble, no obedecen únicamente a la relativa ignorancia sobre estos temas, sino a una lógica muy válida que se desprende de la misma realidad y las disposiciones legales que no pueden ignorarla.

CAPÍTULO II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS LEGISLATIVOS SOBRE DERECHOS CONCESIONARIOS Y LOS CONCEPTOS BÁSICOS DE LA LEGISLACIÓN MINERA.

Es práctica común en la investigación de las instituciones jurídicas o de los ordenamientos positivos que las regulan, la búsqueda y análisis de los antecedentes legislativos que pueden ser encontrados a través de la historia, principalmente con el propósito de conocer su origen y su evolución.

Al respecto, Antonio Muro Orejón define a la Historia del Derecho como “la ciencia jurídica que estudia la evolución y transformaciones que el derecho ha experimentado en el transcurso del tiempo”², y es en este sentido, con pequeñas variantes, como se estructuran los textos de la historia del derecho universal o nacional, la historia de los sistemas jurídicos y específicamente la de alguna de sus instituciones.

En nuestro caso, el propósito de buscar los antecedentes de los ordenamientos jurídicos en materia minera, aplicables en México, no tiene como principal propósito el de conocer la evolución de la institución en el derecho positivo, sino el tratar de encontrar a través de esa expresión de la normatividad vigente en un momento dado de la historia, la forma en que se percibían los diferentes elementos involucrados en las actividades mineras y las relaciones que se establecían entre los sujetos y los objetos, entre los sujetos mismos y entre los súbditos y el poder gubernamental.

Como es obvio, cualquier estudio del derecho mexicano que pretenda adentrarse en los antecedentes históricos, lleva necesariamente a conocer el derecho español, especialmente desde el medioevo, pasar por la etapa colonial, y ocuparse finalmente de la época independiente.

1.- Período Colonial.

a) Los primeros ordenamientos.

Para nuestros efectos, conviene remontarnos a lo que José Luis de los Mozos llama el período del derecho intermedio español, antes de la recepción del Derecho Romano,

² Muro Orejón, Antonio. *Lecciones de Historia del Derecho Hispano Indiano*. Miguel Ángel Porrúa, México, 1989. p.27.

apuntando que en esa etapa se observaron algunas formas de propiedad colectiva, algunos bienes en manos de la Corona (castillos, palacios y sitios reales) pero que “por otra parte, y por diversos caminos, aparece, aquí y allá, la manifestación de una propiedad eminente, a favor del rey o del señor, bien como propiedad superior (obereigentum) en relación con determinados aprovechamientos (caza, pesca, molinos, minas, salinas, etc.), bien dando lugar a los *iura regalia* a favor de la Corona y luego del Estado, como sucede en la mayor parte de los reinos peninsulares” sin dejar de anotar el autor que este tipo de dominio no impedía “... que sobre los mismos bienes existieran otros desmembramientos”³.

Más adelante, el mismo autor al referirse a la tenencia de la tierra en la España medieval, nos dice que además de las prestaciones derivadas de las situaciones personales, había otras “que venían impuestas, directamente, como consecuencia de la condición jurídica de la propia tierra que se hallaba sometida a behetría o feudo, o a otra forma de vinculación. En uno y otro caso, las prestaciones aludidas tomaban la figura de *cargas reales* gravando una propiedad tan débil que, en la mayor parte de los casos no podía llamarse propiedad”⁴. Al respecto se destaca como ejemplo paradigmático, la enfiteusis, ampliamente regulada en Las Partidas “como trasunto de su aparición en toda Europa en la época postfeudal... su verdadero éxito consiste en... hacer compatible la propiedad superior y la propiedad inferior (dominio directo y dominio útil)”⁵

Abundando sobre el tema el mismo autor señala que dichos conceptos de dominio directo y dominio útil (la “*substantia*” y la “*utilitas*”), tienen una presencia clara en el período de recepción del Derecho Romano⁶ y volviendo al ejemplo de la figura enfiteútica y citando la Partida 5ª. del Título VIII de las Siete Partidas, así como la Partida 3ª. del Título XXVIII, siguiendo lo que llama la “*mentalidad posesoria altomedieval*”... “posesión y propiedad todavía se confunden, en el juego de la relación del hombre con las cosas, buscando por encima de todo una efectividad en la atribución o poder.....”⁷.

³ De los Mozos, José Luis. *El Derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993. p.19.

⁴ *Ibidem*. pp. 20 y 21

⁵ *Ídem*

⁶ *Ídem*

⁷ *Ídem*

Más adelante cita a Grossi, al apuntar que los planteamientos de Las Siete Partidas con sus asonancias y coincidencias con los conceptos romanos, se construyen desde la “lógica del objeto”, como es el caso de la propiedad útil.

Por su parte, Francisco Arellano Rendón se ocupa del tema coincidiendo en que los conceptos de dominio directo y dominio útil surgen como un elemento que desgarró el derecho de propiedad durante la edad media, y que no va a encontrar su restauración como propiedad individual sino hasta la época moderna, apuntando que en el derecho español ese dominio directo se atribuye a los monarcas y el útil a los particulares,⁸ situación que ha perdurado y se refleja en el texto del artículo 27 constitucional vigente hasta nuestros días.

Con esos antecedentes sobre la forma en que el derecho español fue manejando el concepto de propiedad, podemos irnos acercando a los ordenamientos positivos que rigieron en lo que ahora es México, algunos de ellos, obviamente de una antigüedad mayor a la de la conquista.

Muro Orejón divide el Derecho Hispanoindiano en tres períodos: el prehispánico, antes de 1492, el hispánico, entre 1492 y 1898 y el nacional, que corresponde a los ordenamientos jurídicos de cada nación hispanoamericana soberana e independiente.

A su vez al período que llama hispánico y que rechaza denominar como colonial, lo subdivide en seis subperíodos como sigue:

- Inicial: Corresponde a la etapa de los descubrimientos y las conquistas.
- Establecimiento y fundación: Trasplante del derecho español, básicamente bajo el reinado de Carlos I de España y V de Alemania, Emperador.
- Perfeccionamiento: Con la labor legislativa de Felipe II el Prudente, reflejadas en el caso de la legislación minera con las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno de 1584.

⁸ Arellano Rendón, Francisco. *El Subsuelo Mexicano: patrimonio nacional*, Edición del Autor, México, 1970. p. 16.

- Estabilidad institucional y política: Corresponde a los reinados de Felipe III, Felipe IV y Carlos II, que produce la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680.
- Reformista: Con Felipe V, Luis I y Fernando VI.
- Innovador: Para entrar en el período de las reformas borbónicas con Carlos III que en materia minera produce las Ordenanzas de Aranjuez o de México, de 1784; Carlos IV que produce el nuevo código de Las Indias que sustituye a la Recopilación de 1680 y concluye con Fernando VII.

Los dos grandes temas de los que se ocupó la actividad regulatoria en las épocas tempranas de la conquista, fueron los relativos al justo título o defensa de la Soberanía de España sobre las Indias y también el relativo a la calidad de la persona de los indios, su dignidad, su capacidad de ser sujetos de derecho, etc.

Apuntábamos antes que las primeras regulaciones que empiezan a tener vigor en las posesiones españolas en América, no fueron sino trasplantes de regulaciones existentes en la península ibérica y los autores que se han ocupado del tema, suelen citar entre las primeras de estas disposiciones, aplicables a la actividad minera, la ley promulgada por don Juan I en Bribiesca en 1387 que autorizó las exploraciones mineras en toda clase de terrenos y la Recopilación de Castilla de 1485, conocida también como Ordenanzas Reales de Castilla o Viejas Ordenanzas, que en su Título XIII del libro 6º., se ocupa de los tesoros y de los mineros.⁹

Ya después del Descubrimiento pero antes de la Conquista de México, se expidieron en 1512 las llamadas Leyes de Burgos o Reales Ordenanzas de Doña Juana, que fueron las primeras leyes para las posesiones españolas en América, que regulaban, entre otras cosas el trabajo minero, “especialmente el realizado en los yacimientos auríferos (éstos pertenecen a la Corona, la que autoriza su explotación a particulares)”.¹⁰

Más adelante el 24 de noviembre de 1525, el Emperador don Carlos, en Toledo, dispuso que los descubridores de criaderos de oro tenían la obligación de manifestarlo bajo

⁹ Becerra González, María. *La Política Minera de México y sus Resultantes en las Instituciones Jurídicas*, Librería de Manuel Porrúa, México, 1964. p. 69

¹⁰ Muro Orejón, Antonio, *op. cit*, p. 50

juramento, y en 1534 procedió a la creación del oficio de escribano mayor de minas y registros.

La emisión de regulaciones por parte de la corona española, con aplicación en sus nuevas posesiones en América, da un paso más cuando Carlos I en Barcelona en 1542 y el Príncipe Felipe, quien posteriormente sería rey como Felipe II en Valladolid en 1543 dictan las Reales Ordenanzas que serían conocidas como Las Leyes Nuevas, apuntando expresamente “que tengan valor de leyes como si hubieran sido botadas en Cortes¹¹”, ocupándose entre otras muchas cosas de regular el trabajo de los indios, incluyendo el que hacían en las minas y prohibiendo en forma expresa la esclavitud.

La Ley 3, de fecha 8 de mayo de 1550, expedida en Zaragoza, obligó a quienes sacasen metal de las minas a contribuir en parte al pago que debía hacer la Real Hacienda a los descubridores de nuevas tierras¹² y más tarde, la Ley 14 del 17 de diciembre de 1551, estableció expresamente que los indios podían poseer y trabajar las minas de oro, plata o cualquier otro metal

Nuevamente se reforzó el dominio del rey sobre las minas cuando la princesa doña Juana en ausencia de Felipe II, dicta la Ley 4 en enero de 1559, estableciendo que las minas se incorporan al patrimonio real y se revocan las mercedes anteriores.

La labor legislativa de Felipe II continuó con diversas leyes dictadas en 1559, 1571 y 1596. En las Ordenanzas dadas por el mismo soberano el 26 de mayo de 1573 y 1575 y por su sucesor Felipe III en febrero de 1613, se estableció que las minas que el rey otorga como merced, se pueden trabajar por el que la recibió directamente o se pueden arrendar o vender “si de esto resultase alguna ventaja¹³”. El planteamiento es muy claro en el sentido de que el derecho del minero, era tan completo como el de propiedad de un bien, en tanto que podría usarlo directamente, conceder su explotación a un tercero e inclusive transmitirlo, aun cuando no se pierde el principio fundamental de la propiedad originaria de la Corona sobre los recursos minerales que subsiste hasta nuestro días.

¹¹ *Ibidem* p. 59

¹² *Vid. infra*, p. 120

¹³ Becerra González, María, *op. cit.*, p. 70

Por esas épocas, era absolutamente necesario para poder beneficiar los minerales bajo el proceso de patio, que como ya apuntamos arriba se populariza en la Nueva España a partir de 1555, la utilización de sal común que se mezclaba con el mineral molido, junto con el mercurio y otros elementos como el sulfato de cobre. Lo anterior provocaba que fuera vital para los mineros contar con un abastecimiento seguro y cercano de esa sal común, para poder llevar a cabo sus trabajos. En una de las actas de cabildo de Las Minas de los Zacatecas, fechada en 1562, se hacen constar ordenanzas que otorgaban a los mineros un derecho preferente para obtener la sal de la salina cercana, para evitar que pudieran verse afectados por otros consumidores. Para tales efectos la primera de las ordenanzas establecía “primeramente que ahora y en cada un año se tenga de costumbre que el día de San Andrés se pregone en estas minas de los Zacatecas y en las de Pánuco, a la puerta de la iglesia mayor de ellas, que todos los señores de haciendas de minas o sus mayordomos, para otro día después de Pascua de Reyes, del siguiente año, se hallen en la Salina Grande, que es doce leguas de estas minas de los Zacatecas, poco más o menos, para que vean repartir la salina entre todos los señores de haciendas de minas, conforme a la hacienda que cada uno tiene moliente y corriente, las cuales han de estar asentadas en este libro y que antes del dicho día de Pascua de Reyes, ningún minero, ni su mayordomo, ni esclavo suyo, no otra persona por él, sea osada a coger sal de las dichas salinas, hasta ser hecho el dicho repartimiento.....”¹⁴ y más adelante en la segunda de las Ordenanzas apuntaban “otrosí, que en el dicho tiempo.... se pregone porque venga noticia de todos y nadie pretenda ignorancia, que ninguna y alguna persona, que no sea minero y tenga hacienda de minas, como dicho tiempo de Pascua de Reyes, no sea osada de ir a coger sal de las dichas salinas, so pena de cien pesos”¹⁵ y en ese tenor continúa el Acta de Cabildo abundando en el derecho de los poseedores de minas para obtener la sal en primer término, estableciendo también que los vecinos de la población recibirían la sal para su consumo de parte de los mismos mineros, teniendo que pagar solamente “el costo que en cogerla se hubiere hecho”, facultando al diputado de la localidad para intervenir en el reparto y nuevamente amenazando con una multa de cien pesos de oro, a quien no siendo minero hubiere recogido sal.¹⁶

¹⁴ ... *Primer Libro de Actas de Cabildo de las Minas de los Zacatecas 1557-1586*. Ayuntamiento de Zacatecas (1988-1990) Zacatecas, 1991. p. 32

¹⁵ *Ibidem*, p. 33

¹⁶ *Ibidem*, p. 34

En el siguiente año de 1563, se asentó otra acta en la que se hace referencia a una petición de los diputados de la minería de Zacatecas para que “su majestad les concediese merced de las salinas que tienen descubiertas, a su costa, para el beneficio de sacar plata por azogue, en contorno de quince leguas,...”¹⁷

En cuanto a la Legislación Indiana, el proceso continuó con la Recopilación de Leyes de Castilla, también de Felipe II en el año de 1567, y que refleja lo que pasaba también en América con toda la legislación de origen medieval, dispersa y casuística que también requería de ser unificada. Precisamente en la Nueva España, cuatro años antes, ya se había hecho un serio intento de recopilación con el llamado Celulario de la Nueva España, del Dr. Vasco de Puga, que no incluyó leyes u ordenanzas en materia minera. Cabe mencionar que no fue el único de los intentos de formular recopilaciones y celularios, y que son en cierta forma antecedentes del proceso de unificación de las disposiciones en materia minera que significó las llamadas Ordenanzas del Nuevo Cuaderno, expedidas por Felipe II en San Lorenzo, el día 22 de agosto de 1584 y que fueron motivo, mucho tiempo después, de la publicación del tratado que contiene los comentarios a las mismas que hizo don Francisco Javier Gamboa, a quien podríamos considerar uno de los primeros grandes juristas mexicanos, cuerpo legislativo al que atinadamente la Dra. María Becerra calificó como “el primer cuerpo sistemático de leyes sobre minería que rigieron en la Nueva España”.¹⁸

Para concluir con las referencias a la evolución del Derecho Indiano y antes de entrar al análisis de más detalle tanto de estas Ordenanzas del Nuevo Cuaderno, como de las dictadas en Aranjuez en 1783, que significaron la culminación del perfeccionamiento de la Legislación Minera, queremos señalar que el proceso de recopilación en general, concluyó con la Recopilación de las Leyes de Indias, ordenada por Carlos II, el último de los Austrias y publicada en 1680, así como mencionar el último intento fallido de un nuevo código de las Leyes de Indias, comisionado por Carlos III en 1776 y aprobado por Carlos IV en 1792, con la salvedad de que su publicación se fue haciendo en forma parcial y se declaró obligatorio solamente en algunas partes de las posesiones españolas, añadiendo también que no incluía disposiciones en materia minera.

¹⁷ *Ibidem*, p. 42

¹⁸ Becerra González, María. *op. cit.*, p. 71

Como podemos ver, la importancia de las actividades mineras durante la Colonia Española y lo específico de la materia, parecen haber marcado la necesidad de que los procesos legislativos y las recopilaciones o codificaciones que se intentaron en diversas épocas hayan seguido líneas paralelas, no quedando incluidas, por regla general las disposiciones que regulaban la minería dentro de aquellos ordenamientos de carácter general.

Antes de iniciar el análisis de ambas ordenanzas, queremos incluir la explicación que sobre este tipo de cuerpos normativos nos da Antonio Muro Orejón: la real ordenanza externamente parece una provisión (cuyo cometido primordial es el de proveer, dice el autor en otra parte), y su diferencia está en el contenido, que aparece dividido en varios capítulos comenzados con la frase *ordeno* -de aquí ordenanzas- donde se enumeran los preceptos referidos corrientemente a una institución (ejemplos: ordenanzas de audiencias, de municipios, de bienes de difuntos, de intendentes, etc.)¹⁹

Al haber hecho referencia a las provisiones, debemos señalar que el mismo autor nos dice que la Real Provisión, constaba de diversas partes, el encabezamiento con el nombre y los títulos del rey, la dirección, o sea la persona o institución a quien se dirige, las razones que dan origen a la emisión del documento que ahora llamaríamos exposición de motivos, la parte dispositiva con la frase “ordeno y mando” o “ruego y encargo” ya sea que se dirigiera a civiles o eclesiásticos, la pena para los que contravinieran la disposición, la fecha, la firma del monarca, el refrendo del secretario y el sello de la chancillería y en el reverso firmas y rúbricas de los consejeros de Indias.²⁰

b) Las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno.

Como ya señalamos antes, se conocieron como Ordenanzas del Nuevo Cuaderno a aquellas “Ordenanzas de minas de oro, plata, azogue y otros metales”, contenidas en el título 13, del libro 6, de la Recopilación de Castilla, que fueron expedidas por Felipe II en 1584.

En estas disposiciones, que rigieron en el Virreinato de la Nueva España durante 200 años, encontramos las referencias que nos permiten desentrañar cuál era la realidad regulada. Como ya dijimos, no buscamos la evolución histórica de las instituciones

¹⁹ Muro Orejón, Antonio, *op. cit.*, p. 42

²⁰ *Ibidem*, pp. 41 y 42

jurídicas, sino a través de ellas intentamos ese acercamiento al fenómeno social, a la realidad tangible, al objeto de la norma jurídica.

La importancia de estas disposiciones no solamente reside en su largo período de aplicación, sino porque en una u otra forma constituyen una expresión clara de todo el régimen jurídico en materia de minas que se había venido desarrollando desde el medioevo español y, por supuesto, sus principales instituciones continuaron viviendo en las Ordenanzas de Aranjuez de 1783 y por este camino llegaron a nuestro derecho positivo.

No obstante que algunos juristas se refieren a estas ordenanzas, como es el caso de Joaquín Velásquez de León en el siglo XVIII y otros contemporáneos, como la Dra. María Becerra, el camino por excelencia para acercarse a la comprensión de sus textos, es sin duda alguna la obra del ilustre jurista novohispano Francisco Javier de Gamboa, nacido en Guadalajara, en la entonces provincia de la Nueva Galicia, hoy Jalisco, en diciembre de 1717. Este autor presenta en su obra el texto de las ordenanzas agrupado por temas, seguido de un sumario muy ilustrativo y después con sus comentarios, en términos generales, breves y de gran precisión. Para la presente investigación se consultaron tanto la edición de 1874 hecha en México por Díaz de León y White, como la elaborada en dos tomos en talleres de “La Ciencia Jurídica” en 1898, correspondiendo las referencias por página a esta última publicación.

A través del texto de las ordenanzas, veremos que se plasma claramente el carácter de derecho de propiedad sobre las minas, después de reafirmar el principio del dominio y “propiedad” a favor del monarca español que a decir de Gamboa en el comentario 20 a la Ordenanza II, es “por lo cual en el sentido de la verdad se debe decir que S. M. mantiene su corona las minas.....”, confirmando lo que unos renglones arriba en el comentario anterior afirmaba: “Y así aunque les concedieron dominio y propiedad, es por participación, y no por translación absoluta quedando el alto dominio en S.M”.²¹ Encontrando en estos textos con gran claridad los conceptos que en forma un tanto confusa maneja nuestro Artículo 27 Constitucional y la Ley de Bienes Nacionales, al

²¹ Gamboa, Francisco Javier de, *Comentarios a las Ordenanzas de Minas*. Talleres de la Ciencia Jurídica, México, 1898. Tomo I, p. 46

referirse al “dominio directo de la Nación” y los tratadistas, cuando se acercan al concepto de dominio eminente.

En uno de sus primeros comentarios, Gamboa explica la evolución de las disposiciones en esta materia llevándola desde el derecho común, el derecho de las ordenanzas antiguas, el paso a las leyes de Partida, la ley de don Alfonso XI, hasta que finalmente Felipe II incorporara todo este conjunto de normativas en las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno.

Para las ordenanzas y los comentarios de Gamboa, es muy claro que los derechos sobre las minas constituyen una verdadera propiedad, que a su vez implican una servidumbre sobre el terreno privado superficial y que son bienes de carácter inmueble o raíz.²²

Además de las expresiones a las que nos referimos en el párrafo anterior, de acuerdo a las Ordenanzas XVII y siguientes y los comentarios 6, 9 y 11 del jurista mencionado, el registro de las minas, la transmisión de su propiedad y la existencia de un “escribano de minas”, se manejaban exactamente igual al caso de los inmuebles en general.

Cuando el autor, se extiende en la explicación de la diferencia entre el registro de la mina y el denunció o lo que también llamaban “denunciación”, nos señala “... en la sustancia no hay diferencia; pero sí en el modo. La hay en el modo, porque el registro regularmente recae sobre minas que nuevamente se descubren. Y el denunció sobre minas ya descubiertas, que en pena de tenerlas despobladas más del cuatrimestre, o por otras muchas causas, las dan por perdidas las ordenanzas y las mandan adjudicar al primero que las pida..... más en la substancia no hay diferencia. Lo primero, porque ambas cosas miran a manifestar la mina y a demostrarla, a efecto de tener el título de dominio en ella”.²³

Otra referencia interesante es la Ordenanza XX, de la que se desprende claramente, en los términos del comentario de Gamboa, que puede haber acreedores hipotecarios o refaccionarios sobre una mina: “si el acreedor hipotecario o refaccionario quiere registrar

²² *Ibidem*, p. 52

²³ *Ibidem*, pp. 187 y 188

la mina por lo que se le debe, pues en tal caso tiene derecho a ella en virtud de la expresa o tácita hipoteca; y siendo verdaderamente ajena y del dominio del deudor”.²⁴

Cuando las ordenanzas en su capítulo VII se enfocan a regular las minas en copropiedad o en compañía o sociedad, y a establecer los derechos de los diferentes socios, abundan en constantes referencias a las circunstancias físicas de la mina para resolver los mecanismos jurídicos, apuntando que la obligación de pueble, es decir, de dedicar un cierto número de trabajadores a las labores mineras, se establece en función de los “estados de hondo” que tenga la mina, o sea, de su profundidad. A su vez el número de trabajadores lleva a determinar el monto del metal a repartir para cada socio, aun cuando la disposición permite que puedan pactarse libremente otras formas de distribuir el metal.

Conviene mencionar también dentro de este capítulo relativo al trabajo de las minas en sociedad, el comentario 26 de Gamboa, respecto del mismo capítulo VI en el que, aun cuando no recoge específicamente ningún texto directo de las ordenanzas en él agrupadas y que hace referencia a una especie de contrato de sociedad que en nuestro concepto moderno llamaríamos quizás una asociación en participación, cuya importancia para nuestra investigación es la referencia a la no transmisión del dominio de la mina: “También es lícito el pacto de que uno pondrá en la compañía su mina y el otro el coste para partir los frutos igualmente: como cuando uno pone la cosa y el otro el trabajo e industria; en cuyo caso el dominio de la mina no se comunica, sino que precisamente queda el socio que la confirió para disfrutarla”.²⁵

En lo relativo a la forma en que debían medirse las minas, encontramos en las disposiciones analizadas que se les consideraba siempre como un bien físico, un objeto tangible y nunca como un “derecho a la mina”, pudiéndose observar a lo largo del texto que surge una distinción entre el concepto de veta o vena y el de mina,²⁶ refiriéndose en el primer caso al yacimiento mineral en sí mismo, para el que en esa época siempre se utilizaba el término veta o vena, a diferencia de la época presente, en que conocemos otros tipos de yacimientos. La veta, como se apuntó en otra parte de este trabajo consiste en un plano mineralizado, de diferente grosor, encajonado entre dos paredes de roca

²⁴ *Ibidem*, p. 193

²⁵ *Ibidem*, p. 229

²⁶ *Ibidem*, p. 299

estéril y que se formó geológicamente por la filtración de magma mineralizado a través de fisuras en la roca o por la sustitución de sustancias en ese mismo espacio. Esta explicación permite entender que la veta puede ir desde una posición vertical o de noventa grados, en relación al plano horizontal teórico del suelo, a diferentes posiciones de inclinación para llegar hasta la horizontal. Esta circunstancia física de la forma del yacimiento, condicionó en esa época los derechos del minero.

Las Ordenanzas en comento establecen reglas de medición para las minas, 160 varas sobre la veta y 80 de ancho como regla general, y para las de oro 80 varas a lo largo de la veta y 40 de ancho para el descubridor y 60 varas por 30 de ancho para los que le siguieren²⁷, con lo que se puede observar, después de la explicación anterior que el concepto de mina obedece a un paralelepípedo rectángulo, cuyo lado superior coincide con la superficie del terreno y que se proyecta hacia el subsuelo, en tanto que la veta será la parte mineralizada que por su inclinación, a cierta profundidad, casi siempre salía de los planos de la figura geométrica mencionada, ocasionando con ello conflictos y la necesidad de establecer reglas como lo hicieron las Ordenanzas. La forma de medición de las minas quedó consignada en la Ordenanza XXIII, en tanto que la Ordenanza XXX establece las bases para determinar el límite inferior.²⁸

De acuerdo a las reglas mencionadas, el minero que iba siguiendo su veta podría salirse de los planos de su mina e introducirse en la ajena en forma válida, siempre y cuando el dueño de la mina vecina no hubiera llegado todavía a esa profundidad, coincidiendo el concepto con algunas de las teorías del derecho de propiedad inmueble, que apuntan que el límite inferior para el ejercicio del derecho del propietario, se debe encontrar en la utilidad que él mismo puede obtener.

Continuando con los conceptos relativos al carácter de derecho de propiedad y sobre todo a los aspectos correspondientes a la realidad física regulada, puede mencionarse que las minas se podían obtener a través de apoderados o dependientes, que era de obligación ahondarlas so pena de no poder venderlas, y sobre todo la obligación de ademar y dejar pilares, es decir, la obligación de construir obras de fortificación o ademes y dejar

²⁷ *Ibidem*, p. 317

²⁸ *Ibidem*,, p. 15

columnas de la misma roca para la estabilidad de la mina. (Ordenanza XLI)²⁹. Naturalmente esta obligación subsiste en nuestra ley vigente, ya que obedece a la misma necesidad de mantener abierta la posibilidad de que una mina pueda ser explotada en razón del interés general, después de ser abandonada por algún minero.

La propiedad de las minas ha dado lugar siempre a la existencia de ciertas clases de servidumbres y derechos y obligaciones que tienen sus propietarios, respecto de bienes contiguos o vecinos. En la Ordenanza XL, se establecía que en el caso de que las minas superiores afectaran con su desagüe a las inferiores, la primera deberá pagar el daño a las que estén más abajo; dice Gamboa: “Difícil parece y aún injusta la determinación de esta Ordenanza y su concordante 43 de las antiguas, que mandan se tase y pague el desagüe de la inundación causada en la mina más honda, por las aguas que corren de las minas que no están tan hondas como ella³⁰”. Más adelante la Ordenanza XLIX concede a los dueños de las minas, el derecho a terrenos “valdíos y concegiles” y a la leña para “beneficiar las dichas minas y sus ingenios”. Tenían los mineros pues, conforme a estas reglas además del derecho a esos terrenos, al uso de las dehesas y montes e inclusive el derecho de caza y pesca, a lo que agregaríamos el derecho de preferencia a las salinas que ya mencionamos anteriormente.

Las actividades mineras generan residuos, tanto del proceso de extracción de los minerales, como del beneficio para la obtención de metales, mismos que se conocen como escorias, jales, etc., y que para la Ordenanza XLVIII siempre correspondían a los mineros aun después de ser abandonados por alguno de ellos, a diferencia del concepto moderno que establece que estos materiales, cuando provienen del beneficio y que a veces tienen algún valor, una vez abandonados pasan a ser propiedad del dueño del terreno superficial.

Para concluir reafirmando el carácter de propiedad inmueble que a lo largo de todo el ordenamiento puede observarse, no solamente en los puntos que aquí hemos destacado, no podemos dejar de mencionar que las Ordenanzas XLIII y LXIV, que se ocupan de los aspectos del procedimiento, claramente regulan juicios de posesión y propiedad y el uso de la figura del interdicto, pudiendo concluir con una referencia a los comentarios de

²⁹ *Ibidem*, p. 139

³⁰ *Ibidem*, p. 119

Gamboa a estas disposiciones, citando “Si se pone demanda derechamente a la propiedad de mina, de que otro tiene posesión quieta y pacífica y pidiere que la mina se cierre, debe mandar la justicia.... de que resulta, lo primero, que si el actor no pide que se cierre la mina, no hay motivo para la información.... porque entonces no insta sobre los metales, sino puramente sobre la propiedad”.³¹

A manera de una conclusión preliminar dentro del tema, podríamos afirmar que para las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno, que como ya dijimos recogen las regulaciones de origen medieval y se proyectan hacia los siguientes cuerpos normativos, las minas eran bienes de carácter inmueble, sobre los cuales se ejercía el derecho de propiedad, desmembrado del dominio del soberano, que daban lugar a servidumbres sobre otros bienes o derechos y que se distinguían de las vetas o zonas mineralizadas propiamente.

c) Las Ordenanzas de Aranjuez.

Hubieron de transcurrir doscientos años y acontecer cambios fundamentales en España, concretamente la transición de la Casa de Austria a la Borbónica, para que se replanteara la necesidad de un nuevo ordenamiento jurídico para la minería en la Nueva España.

Durante el siglo XVIII, especialmente hacia su segunda mitad, las quejas de los mineros novohispanos se multiplicaban. La Corona Española emprende una serie de reformas jurídico-institucionales que sacudieron a todas sus posesiones. El rey de España envía a José de Gálvez como Visitador para que haga un reporte de la situación general del Virreinato de la Nueva España, enfocándose principalmente a la actividad minera.

En relación con dicha crisis nos dice Roberto Moreno de los Arcos “frente a un panorama de opulencia y constante progreso en la acuñación, parecería muy extraño hablar de ‘decadencia’ en la minería de mediados del siglo XVIII. Sin embargo, vamos a toparnos con frecuentes denuncias de tal situación entre 1761 y 1774³²”. Sobre este mismo tema el autor mencionado, cuando escribe la introducción a la edición facsimilar del documento titulado como la: “Representación que a nombre de la Minería de esta Nueva España, hacen al Rey Nuestro Señor los apoderados de ella, don Juan Lucas de la Lassaiga,

³¹ *Ibidem*, p. 319

³² León Portilla, Miguel, *et alt. La Minería en México*. UNAM, México. 1978. p. 87

Regidor de ésta Nobilísima Ciudad, y Juez Contador de Menores, y albaceazgos: y don Joaquín Velásquez de León, Abogado de esta Real Audiencia, y Catedrático que ha sido de Matemáticas en esta Real Universidad”, presentado al rey Carlos III, cita también los proyectos de Domingo Rebarato y Soler de 1743, para crear una compañía general de aviadores de minas y los de José Alejandro Bustamante de 1748 y de Miguel Pacheco Solís, también para una compañía general de minas, destacando por supuesto el proyecto de Francisco Xavier Gamboa contenido en sus Comentarios a las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno publicados en 1761.

Uno de los acontecimientos que reflejan la crisis de la minería novohispánica fue el conflicto laboral que se presentó en la mina de Real del Monte, en ese entonces (1766) propiedad de Pedro Romero de Terreros, primer Conde de Regla, quien pretendió modificar las reglas para el pago a los mineros que durante todos los años de la Colonia habían tenido derecho a una participación en especie, directamente sobre el mineral extraído. El conflicto fue de tal magnitud que motivó la designación de Gamboa como Visitador especial, quien culminó su intervención dictando unas Ordenanzas para esa región en especial. También tuvo conocimiento del conflicto el Visitador de Galvez, quien después de llevar una muy buena relación con Velásquez de León, regresó a España pasando posteriormente a ser Ministro y siendo un factor decisivo para que en su momento las ideas de Velásquez de León expresadas primero en la Representación y luego en su proyecto de Ordenanzas de la Minería y sus Notas explicativas de 1788, terminaran convirtiéndose en el texto legal que expidió Carlos III en Aranjuez; “la originalidad - y aún la genialidad - del plan de Velásquez de León está en haber propuesto de un solo golpe la solución a todos los problemas de la minería”.³³

Velásquez de León y Lucas de Lassaga hacen también referencia a la crisis de la industria: “... para probar que la minería no se halla en mejor estado que en otro tiempo. Bien al contrario, su actual decadencia se percibe demostrativamente á cualquiera que reflexione³⁴ ...” Los autores también destacan la falta de adecuación que se ha ido presentando en el sistema legal imperante debido a su desprendimiento de la realidad regulada: “las Ordenanzas de nuestra Minería, que son la norma principal de su gobierno,

³³ Lassaga, Juan Lucas de, *et alt. Representación que a nombre de la Minería de esta Nueva España hacen al Rey Nuestro Señor (1774)*, edición facsimilar. Sociedad de Ex-alumnos de la Facultad de Ingeniería. UNAM, México, 1979. p. 49

³⁴ *Ibidem*, p. 23

las unas fueron dictadas, más ha de dos siglos, para las Minas de la antigua España, y las otras se ajustaron á lo que exigían estos negocios, poco después de conquistadas las indias. Es cosa clara, que la diferencia de países, y tiempos, tan remotos, debe haberlas hecho menos adaptables á los nuestros, de lo que deberían serlo”.³⁵

También a lo largo de la Representación vamos encontrando los conceptos vigentes en la época sobre lo que era la minería y la regulación legal de la misma, como es el caso que ya vimos en las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno en las que se distinguían claramente las minas de las vetas: “En todas las minas, abiertas sobre las principales vetas de los lugares referidos³⁶,...” y más adelante: “también debe suceder, que si la inclinación de la veta pasa siquiera de cuarenta y cinco grados, (que es cosa muy frecuente) al minero se le acabará la pertenencia por la latitud, á una profundidad de ciento y veinte varas, en la que por lo regular el metal comienza á tener su mejor madurez”³⁷, repitiéndose aquí claramente la diferencia del concepto pertenencia, que venía a ser el sólido a profundidad, del concepto de veta que siendo propiamente el yacimiento en la mayor de las veces, por su inclinación salía de los límites consistentes en planos verticales de las pertenencias, lo que posteriormente veremos en el derecho moderno.

También en lo referente a los conceptos de propiedad minera, la representación reafirma la tradición jurídica existente cuando dice: “...se pedirán ante todas cosas las Diligencias del Registro o Denuncio de ella (la mina), ó cualesquiera títulos de su propiedad y posesión, así como de las Haciendas (que así llaman á las Oficinas y Máquinas, que sirven para la fundición de los Metales, y su beneficio por azogue)...”.³⁸

Pero a nuestro juicio el texto de Velázquez de León y Lucas de la Lassaiga que refleja con una gran claridad la necesidad de que la norma jurídica se ajuste a la realidad y más que ello a lo que se ha llamado “la lógica del objeto”, lo encontramos cuando siguen refiriéndose a la dificultad que presenta el hecho de la naturaleza de que la mayor parte de las vetas se presentan con una inclinación que tarde o temprano produce que superen en su proyección los límites de la pertenencia minera, como se señaló anteriormente y nos dicen: “Pide pues la razón (lo que hemos llamado nosotros la lógica del objeto) que

³⁵ *Ibidem*, p. 27

³⁶ *Ibidem*, p. 27

³⁷ *Ibidem*, p. 28

³⁸ *Ibidem*, p. 72

las pertenencias correspondiesen á las diferentes declinaciones de las vetas que se conocen mui bien á los tres estados de profundidad; pero no lo determinan así las Ordenanzas...”.

En su estudio introductorio a las Ordenanzas de la Minería de la Nueva España y a las Notas que había hecho Velázquez de León, María del Refugio González destaca el proceso de ajuste que sufrieron en forma paulatina los ordenamientos españoles trasplantados a sus posesiones en América, mismas que poco a poco se fueron delimitando y precisando³⁹ y destaca, por supuesto, que el tema de mayor importancia en el proyecto de las Ordenanzas y en su texto definitivo, fue el de mantener el sistema regalista ya que en él “se encuentra el origen del sistema de propiedad de tierras, minas y aguas que impera en la actualidad en nuestro país...”⁴⁰

Finalmente y continuando con nuestra búsqueda del concepto que existió a través de los antecedentes legislativos en materia minera sobre las principales figuras o instituciones objeto de las mismas regulaciones, hemos de pasar a lo que podría considerarse la culminación del Derecho Minero Positivo Novohispano, es decir, las conocidas como Ordenanzas de Aranjuez, cuya denominación oficial fue la de “Reales Ordenanzas para la Dirección y Régimen de Gobierno del Importante Cuerpo de la Minería de la Nueva España y de su Real Tribunal General de Orden de su Magestad”, dadas por el rey Carlos III en Aranjuez, el 22 de mayo de 1883 y refrendadas por su Ministro, nuestro viejo conocido el Visitador en la Nueva España, Josef de Gálvez.

El título V de las Ordenanzas, denominado “del dominio radical de las minas: de su concesión a los particulares; y del derecho que por esto deben pagar”, es absolutamente representativo de la continuidad del sistema regalista, del proceso de concesión y de la obligación fundamental que adquiere el minero, figuras que en su concepción moderna tenemos hasta la fecha.

Dentro de este título también resulta muy claro que la mina es considerada como un objeto del derecho de propiedad: “las minas son propias de mi Real Corona”, artículo 1,

³⁹ González, María del Refugio. *Ordenanzas de la Minería de la Nueva España y Propuestas por su Real Tribunal*. UNAM, México, 1996. p. 18

⁴⁰ *Ibidem*, p. 63

“sin separarlas de mi Real Patrimonio las concedo a mis vasayos en propiedad y posesión, de tal manera que puedan venderlas, permutarlas, arrendarlas, donarlas, dexarlas en testamento por herencia ó manda o de cualquiera otra manera enagenar el derecho que en ellas les pertenezca en los mismos términos que lo posean y en personas que puedan adquirirlo”, artículo 2.

Cuando en su Título VI, las Ordenanzas se ocupan de los diferentes modos que tenían los particulares para adquirir las minas, queda también muy bien definida la diferencia entre una mina y una veta y, por supuesto la equivalencia entre el concepto mina y el concepto pertenencia, que posteriormente evolucionaría al derecho actual como lote minero. En el artículo 1 de este Título VI, se dice que los descubridores pueden “adquirir en la veta principal que más les agradare hasta tres pertenencias continuas ó interrumpidas,” y en los artículos 3 y 4 se repite la idea en cuanto a la distinción, al referirse a una mina nueva en una veta conocida y a la obligación de proceder en un plazo de noventa días a la perforación de un pozo de por lo menos diez varas de profundidad, en la veta que pretende quede comprendida dentro de la pertenencia.

Por lo que se refiere a la distinción o separación de la propiedad superficial y de la propiedad minera, el artículo 14 del mismo Título VI establecía: “cualquiera podrá descubrir y denunciar veta o mina no solo en los términos comunes, sino también en los propios de algún particular, con tal que le pague el terreno que ocupare en la superficie, y el daño que inmediatamente se le siga... entendiéndose lo mismo de aquel que denunciare sitio u aguas para establecer las oficinas y mover las máquinas necesarias para el beneficio de los metales, que llaman Haciendas...”.

También las ordenanzas contienen disposiciones que permiten sostener la presencia de un derecho de accesión que surge cuando se adicionan ciertos bienes u objetos a la mina u obra minera propiamente dicho. Las obras que actualmente se conocen como ademes o fortificaciones, son estructuras de madera, mampostería, concreto u acero, que suelen ponerse en las minas subterráneas con el propósito de evitar derrumbes durante su operación, sin embargo, desde la antigüedad se ha observado que una mina que en una circunstancia específica pudiera ser abandonada por incosteabilidad o alguna otra razón técnica, legal o económica, debe quedar en disposición de ser nuevamente trabajada, cuando las circunstancias cambien, incidiendo en ello el principio de que la extracción de

minerales es de interés público, o del interés de su majestad en aquellas épocas. Tal es la razón por la cual se llegó a considerar y a la fecha subsiste este concepto, el que las obras de fortificación y ademes, son accesiones de las minas y no pueden ser retiradas de las mismas, destacándose aquí claramente un aspecto físico muy lejano del concepto ideal o virtual que nuestra legislación contemporánea maneja, vinculando los derechos mineros a la figura de la concesión administrativa. Al respecto el artículo 7, del Título IX, de las Ordenanzas establecía: “prohíbo estrechamente el que se puedan quitar del todo, ni aún debilitar y cercenar los pilares, puentes, y macizos necesarios de las minas...”.

Además de accesiones, los artículos 1 a 3, 12 y 15 del Título XIII de las Ordenanzas establecían diferentes figuras que pudiéramos considerar como derechos reales a favor del dueño de una mina, quizás un tanto equiparables con las servidumbres, respecto de las aguas, la madera, la leña y el carbón y la sal que hubiera en los alrededores de las minas y las haciendas.

También podemos observar el mismo fenómeno respecto de las haciendas, es decir, lo que ahora son complejos industriales para el beneficio de los minerales y que en ese entonces, además de las instalaciones fabriles, normalmente eran instalaciones que contaban con producción agrícola y ganadera que les daba un cierto grado de autosuficiencia, muy necesaria considerando las distancias, las deficiencias en el transporte y que la mitad norte de nuestro territorio no había sido pacificada, ni siquiera al finalizar el periodo colonial.

Para concluir con lo relativo a las Ordenanzas de Aranjuez y en una referencia más a la posibilidad de que el minero vendiera su mina, es decir, que ejerciera realmente su carácter de dueño, no podemos dejar de citar el contenido del artículo 12, del Título XI, que quizá pudiese ser de mayor interés para analizar la lesión en los contratos que para nuestros propios propósitos: “si se vendiese una parte de Mina, o una Mina entera, estimada y avaluada por peritos según el estado que entonces tenga, y después produjere grandes riquezas, declaro que no por ello se ha de poder rescindir la venta alegándose la lesión enorme o enormísima, o restitución en integrum de menor, u otro semejante privilegio”.

2.- La legislación del Siglo XIX.

El nacimiento de la nueva nación representó un sacudimiento en todas las instituciones sociales, económicas y jurídicas. La minería no fue ajena a ese gran sacudimiento.

En la realidad histórica, el siglo XIX fue de grandes convulsiones, primero la Guerra de Independencia, luego las luchas internas entre federalistas y centralistas, que dieron origen a los primeros documentos constitucionales, la guerra con los Estados Unidos de América, las luchas entre liberales y conservadores, la Intervención Francesa y el Imperio de Maximiliano, a las que siguieron después del triunfo liberal, los movimientos y disputas entre los mismos caudillos liberales, para concluir finalmente con el gobierno de Porfirio Díaz en las últimas dos décadas del período.

Para la minería este devenir histórico significó principalmente un decaimiento en la producción y en las inversiones en las primeras décadas del siglo, debido principalmente a la salida de inversionistas peninsulares y a la inseguridad que los movimientos armados ocasionaban en los centros mineros y en las vías de comunicación.

La expulsión de los españoles significó en este campo la admisión de inversiones extranjeras de otro origen, destacando en primer término las inglesas en Real del Monte, Hgo., Bolaños, Jal., Vetagrande, Zac., El Oro, Méx., Tlalpujahuá, Mich., Guanajuato, Gto., Catorce, S.L.P., y Zimapán, también en Hidalgo, las inversiones norteamericanas principalmente en Temascaltepec y otras zonas vecinas al sur del Estado de México, y algunas inversiones de origen alemán en los estados de Hidalgo y de México.⁴¹

En el norte del país las incursiones bárbaras de los apaches, comanches y otros grupos no civilizados, se dieron a lo largo del siglo afectando seriamente las actividades mineras.⁴²

Cabe destacar un acontecimiento vinculado a la explotación minera y a la supuesta protección de las fronteras que permitió la incursión de un tal Conde de Rousset-Boulbon, en 1852, que liderando a 150 franceses y norteamericanos, con el objetivo de la

⁴¹ Velasco Ávila, Cuauhtémoc, *et al.* *Estado y Minería en México (1767-1910)*. Fondo de Cultura Económico, México, 1988, pp. 108-112

⁴² *Ibidem*, pp. 108-112

explotación minera, pretendió declarar una república independiente con los estados de Sonora y Baja California.⁴³

Al final del siglo, el desarrollo industrial a nivel mundial, los avances tecnológicos para la extracción minera y los procedimientos metalúrgicos, más la paz porfiriana, fueron motivo de un nuevo auge para la industria minera mexicana que empezó a depender menos de los metales preciosos para desarrollar la extracción de los de carácter industrial.

En lo jurídico, el primer planteamiento de interés fue el debate respecto de la continuación de la vigencia de las Ordenanzas de Aranjuez, ya que al firmarse en Córdoba, el 24 de agosto 1821, los tratados mediante los cuales el Virrey y el Generalísimo del ejército mexicano pactaron la independencia de México, se asumió conforme a la base número 12 que: “instalada la junta provisional gobernará interinamente conforme a las leyes vigentes, en todo lo que no se oponga al Plan de Iguala y mientras las cortes forman la Constitución del estado” y es por eso que Manuel de la Peña en su tratado sobre el dominio directo del Soberano en las minas de México, nos dice: “por esa obligación, siguieron rigiendo en México las leyes civiles de la Colonia y entre ellas las de minería que quedan señaladas (las de Aranjuez)”.⁴⁴

Coincide en esta opinión la doctora María Becerra cuando apunta: “estas Ordenanzas (las de Aranjuez) continuaron siendo el código minero de México, a pesar del cambio de soberano, originado por la Guerra de Independencia y por el tratado de paz y amistad con España⁴⁵”. Aún cuando la misma autora al citar a Fernando González Roa reconoce que no es unánime la aceptación de esta prolongación de vigencia de las disposiciones legales, en el caso las Ordenanzas, diciendo que se hicieron inaplicables, desde el momento en que el país se transformó de ser una colonia, bajo la sujeción de España, en una nación independiente.⁴⁶

Para concluir con alguna aportación sobre el debate, no podemos dejar de señalar que en el oficio de remisión de la comisión redactora del proyecto de código de minas de 1884,

⁴³ *Ibidem*, pp. 234ss

⁴⁴ Peña, Manuel de la. *El Dominio Directo del Soberano en las Minas de México y Génesis de la Legislación Petrolera Mexicana*. Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo, México, 1928. p. 60

⁴⁵ Becerra González, María, *op. cit.*, p. 17

⁴⁶ *Ibidem*, p. 18

integrada por Pedro Bejarano, Manuel María Contreras y Francisco Bulnes se dice: "...la comisión adoptó y ha seguido en gran parte las antiguas Ordenanzas de Minas que han estado vigentes...tradición respetable...inconveniente y peligroso alterar...que ha establecido las bases invariables de la legislación minera en nuestro país".⁴⁷

Las constituciones de 1824, 1836 y 1843 no se ocuparon del tema minero, en tanto que la de 1857 que estableció la regla de considerar de jurisdicción federal solo aquello que los estados soberanos le concedieron al poder central, dejó que la minería fuera considerada como una facultad de los estados, lo que dio lugar a la expedición de leyes de carácter parcial y muy desordenadas, con excepción de los códigos mineros de Hidalgo (expedido en octubre de 1881) y de Durango (expedido a fines de noviembre de 1881).⁴⁸

Durante el período transcurrido entre la consumación de la Independencia y la expedición de los primeros códigos estatales, los gobiernos centrales dictaron un sinnúmero de decretos, circulares, órdenes, etc., en materia minera principalmente sobre temas de carácter fiscal, la inversión extranjera, el funcionamiento de las Diputaciones de Minería y la operación de las minas de azogue, que debemos recordar tenían una vinculación de carácter fiscal. Inclusive se dictó en el mes de mayo de 1854, una ley que "arregla el ramo de minería".

Posteriormente el 14 de diciembre de 1883 vino la reforma a la fracción X, del artículo 72 de la Constitución y con ello la minería pasó a ser de jurisdicción federal concediéndose al Congreso de la Unión facultades: "para expedir códigos obligatorios en toda la república de minería y comercio, comprendiendo en este último las instituciones bancarias"⁴⁹. Y posteriormente el mismo congreso otorgó al Presidente de la República, General Manuel González, facultades para expedir un Código Nacional de Minería (sic), lo que procedió a efectuar el 22 de noviembre de 1884.

Volviendo a nuestra búsqueda de conceptos de naturaleza minera, reconocidos o asumidos en los distintos ordenamientos jurídicos, encontramos en esta última disposición mencionada referencias expresas a conceptos de propiedad de carácter inmobiliario,

⁴⁷ ...*Código de Minas de los Estados Unidos Mexicanos*. Librería de Ch. Bouret, México, 1891, p. 213

⁴⁸ Becerra González, María, *op. cit.*, pp. 81-82

⁴⁹ Sánchez Mejorada, Carlos. *Notas sobre la Evolución y Tendencias Actuales del Derecho Minero Mexicano. Conferencia del 3 de Abril de 1944*. Academia Mexicana de Derecho y Legislación, México, 1944, p. 12

siguiendo con ello los mismos lineamientos que habíamos venido observando en la legislación de origen español.

El artículo 2, del citado Código de Minas de los Estados Unidos Mexicanos, establecía: “las minas y placeres... forman un inmueble distinto del suelo en el cual o bajo cuya superficie se encuentren, aunque lleguen a pertenecer a un mismo dueño”, lo que resulta de especial interés ya que ubica al derecho de propiedad en tanto al objeto a que se refiere y no en cuanto al sujeto que lo detenta, dicho de otra forma, aunque se reunieran en el mismo sujeto jurídico el derecho a la superficie y el derecho de propiedad minera, eso no significaba que el subsuelo y el suelo se consideraran el mismo bien.

Tratar a la propiedad minera como un bien inmueble o un bien raíz, se repite a lo largo del código cuando se habla de la capacidad legal para adquirirla (Art. 5) y en cuanto a la sujeción a todas las disposiciones del Código Civil del Distrito Federal aplicables a los bienes raíces, por lo que se refiere a “su enajenación o traslación de dominio, hipoteca y demás” (Art. 161).

La utilización de la palabra propiedad se repite en los artículos 3, 4, 6, 7, 8, 9, 99, 212, 213, etc., y en la Exposición de Motivos, es de especial interés el transcribir textualmente el contenido del artículo 13 del mencionado ordenamiento que establecía: “la posesión y propiedad que se adquiriera en las minas, se entiende solo para lo que hubiere en lo interior y no de la superficie la cual continuará del dominio de su propietario...”.

También encontramos la distinción, ya apuntada con anterioridad, entre pertenencia que es la unidad de medición de carácter legal y veta o criadero, que es el objeto físico, geológico, el mineral en sí mismo, y el concepto de mina que se refiere a la obra ejecutada por el hombre.

En la Exposición de Motivos encontramos claramente una definición de mina: “el conjunto de excavaciones, generalmente interiores, hechas con las reglas del arte, a fin de extraer y utilizar sustancias que se encuentran en el seno de la tierra depositadas en una forma y

extensión de tal naturaleza, que demanden proseguir las labores incesantemente por un tempo indefinido⁵⁰.

Continúa la misma Exposición de Motivos distinguiendo con mucha claridad los conceptos a los que hemos hecho referencia definiendo las tres principales “clases de criaderos” que son las vetas, mantos y masas. Abunda en la llamada propiedad minera, “enteramente distinta de la del suelo en el cual o bajo cuya superficie puedan encontrarse las minas...que esta propiedad pueden adquirirla...las personas capaces de adquirir bienes raíces⁵¹...”.

Destaca una frase de la comisión redactora del código cuando señala que las disposiciones del mismo no tienen por objeto “sino fijar las bases de una propiedad especial, pero perfecta⁵²”.

Continúa la Exposición de Motivos abundando en el concepto de que la propiedad minera tiene por objeto un inmueble y al explicar la necesidad de profundizar el alcance de los derechos mineros hacia el subsuelo, justifica esta modificación a los conceptos de las Ordenanzas en virtud de que las vetas por su inclinación pueden quedar fuera de la pertenencia minera, sino llega ésta por lo menos a doscientos cincuenta metros de profundidad.

Es importante señalar que la definición del artículo 97 sobre la llamada pertenencia minera como, “unidad de medida para las concesiones mineras, es un sólido de profundidad indefinida, limitado en el exterior por la proyección sobre la superficie del terreno de un cuadrado o un rectángulo horizontal, y en el interior por cuatro planos verticales que pasan por sus respectivos lados”. Esta definición que expresa en un lenguaje más moderno y con mayor precisión técnica el concepto de pertenencia que se vino conformando desde las ordenanzas del Nuevo Cuaderno y las de Aranjuez, es ya muy parecida a la definición de lote minero de nuestra legislación vigente, el bloque del subsuelo dentro del cual el concesionario minero ejerce sus derechos.

⁵⁰ ...Código de Minas de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*, p. 220

⁵¹ *Ibidem*, pp. 223 y 226

⁵² *Ibidem*, p. 227

Para concluir con el análisis del Código de Minas de 1884, debemos apuntar que maneja los conceptos de concesión, como el acto administrativo del Poder Ejecutivo; de Fundo Minero, como el área física integrada por una o más pertenencias, considerando a estas últimas como un bloque sólido en el subsuelo; el concepto de mina como las obras o actividades humanas y de veta y criadero como los yacimientos formados en la naturaleza. Esta conformación que viene observándose a través de prácticamente tres siglos y medio, ha llegado, más de cien años después, a los conceptos legales de concesión, como acto administrativo y de lote minero, como el bloque físico del subsuelo.

En cuanto a la Ley Minera de los Estados Unidos Mexicanos vigente a partir del primero de julio de 1892, dictada bajo la presidencia de Porfirio Díaz, debemos destacar que repite los conceptos de propiedad minera y obviamente la distinción entre la propiedad superficial y aquella, en diversos artículos (1, 5, 7, y 18). Otorga derecho sobre las aguas subterráneas (artículo 9) y la posibilidad de establecer diferentes tipos de servidumbres, superficiales y subterráneas para el desagüe, el paso, acueducto, ventilación, etc., tanto de carácter voluntario como legal (artículo 12). También considera la posibilidad de establecer hipotecas en materia de minas siguiendo para ello las disposiciones del Código Civil (artículo 25).

En cuanto a la definición de pertenencia minera, modifica un poco la que establecía el Código de Minas anterior, pero manteniendo en esencia el concepto del sólido de profundidad indefinida, que subsiste hasta nuestros días.

Respecto de esta ley minera, algunos autores, especialmente la Dra. María Becerra la han criticado en cuanto que considera que “hizo retroceder la evolución jurídica del dominio que la nación tiene sobre las sustancias minerales⁵³”, en virtud de que dicha ley daba carácter de irrevocable y perpetua a la propiedad minera, sujeta únicamente a la condición del pago del impuesto federal de propiedad.

Cabe mencionar que, aún en la actualidad, los derechos derivados de las concesiones mineras durarán en tanto se trabajen las minas y se paguen las contribuciones, como viene siendo desde la época colonial, estableciéndose en las leyes del siglo XX un período de duración de la concesión, a diferencia de la ley que critica la Dra. María

⁵³ Becerra González, María, *op. cit.*, p. 87

Becerra, partiendo especialmente de una posición más de carácter ideológico, que jurídico.

Por su parte el Lic. Carlos Sánchez Mejorada apunta en uno de sus trabajos que la razón de que esta ley declarara que la propiedad minera era irrevocable y perpetua, tratando de asimilarla o equipararla hasta donde era posible con la propiedad común, obedeció a que la posibilidad de denunciar una mina por falta de trabajos, era motivo de innumerables conflictos entre dueños y denunciados, lo que disminuía la producción minera y generaba una gran incertidumbre.⁵⁴

3.- La legislación del Siglo XX.

En materia de legislación minera el Siglo XX inicia con la expedición de la Ley Minera de los Estados Unidos Mexicanos del 25 de noviembre de 1909, en las postrimerías del régimen porfirista.

Esta ley sigue reafirmando el dominio directo de la Nación sobre los metales, los minerales y las gemas, pero considera como propiedad exclusiva del dueño del suelo a los hidrocarburos y a los materiales de construcción.

En el artículo tercero de la ley se establece que: “Son aplicables al régimen de la propiedad minera, en todo lo que no esté previsto en la presente ley, las disposiciones del Código Civil del Distrito Federal, relativas a la propiedad común y a sus desmembramientos”. La asimilación de los dos regímenes jurídicos, como derechos de propiedad es evidente.

La ley sigue manteniendo a la pertenencia como la unidad de medida del fondo minero e incluye, palabras más o palabras menos, la definición que ha llegado hasta nuestros días de lo que es un lote minero, considerándolo como un sólido de profundidad indefinida. La misma ley utiliza el término de predio minero, que podríamos considerar un tanto extraño en nuestra legislación (artículo sexto).

⁵⁴ Sánchez Mejorada, Carlos, *op. cit.*, p. 13

En diferentes artículos (11, 51, 82 y 145), se utiliza la expresión propiedad minera cuando se señala que proviene originariamente de la Nación, y cuando se refiere a los aspectos fiscales y a los títulos que la amparan.

Como las leyes anteriores, se concede a los mineros derechos a obtener aguas, servidumbres y expropiaciones y en cuanto a los terreros, apilamiento de mineral con valores marginales, se consideran como una “accesión del fundo minero de donde proceden” (artículo 134), pero si ya no se conoce su origen, se han de considerar como propiedad del dueño del terreno.

Debido a las circunstancias históricas, concretamente a la revolución de 1910 y los movimientos armados que se prolongaron después de la caída del presidente Porfirio Díaz, no es posible juzgar si la ley de 1909 fue útil para la minería mexicana. Resulta evidente que en esos tiempos, en cuanto a la explotación de recursos naturales se refiere, la atención estaba centrada en los hidrocarburos; el desarrollo industrial y la popularización de los medios de transporte con motores de combustión interna, significaban para los derivados del petróleo un mercado de grandes dimensiones que apenas iniciaba. Las “chapopoterías”, yacimientos petrolíferos a flor de tierra, tan detestadas en las regiones del Golfo de México porque afectaban a las actividades agropecuarias, iniciaban su carrera como uno de los grandes protagonistas históricos del siglo XX y en el caso de México, la necesidad de contar con capitales provenientes del extranjero ante la práctica inexistencia de capitales propios, fue una razón de peso para no considerar a este recurso natural como sujeto al dominio directo de la Nación.

De la Ley de Industrias Minerales del 3 de mayo de 1926, lo que más interés puede presentar para nuestro análisis es el contenido de su exposición de motivos, ya que en esta ocasión se utiliza la expresión de “propiedad minera”, una sola vez y de hecho en el mismo texto de la ley no vuelven a incluirse términos tales como: propiedad, dueño, etc., lo que evidentemente se produjo por un cambio ideológico en los actores políticos gubernamentales y no por una modificación de la realidad regulada.

Además de lo anterior, en la misma exposición de motivos se toca por única vez en nuestros antecedentes legislativos, el tema relativo a la definición del límite físico entre los derechos de propiedad del suelo y los del subsuelo. Al respecto se apunta: “La

Comisión cree haber resuelto por primera vez, de modo satisfactorio, el problema que de tiempo atrás viene preocupando a los constitucionalistas; y es, definir de modo prudente lo que debe entenderse como límite del suelo y principio del subsuelo, problema trascendental que, no solo afecta al párrafo cuarto del artículo 27 Constitucional, sino también de forma muy importante al primero.”

“La solución encontrada fue limitar a 20 metros de profundidad del suelo y ella parece que responde a las necesidades de las industrias agrícola y forestal, pues solo en casos excepcionales podrían las raíces pivotantes, traspasar ese límite; igualmente satisface, en la mayoría de los casos, las necesidades de la industria minera.”

“Esta solución del problema es una conquista apreciable, ya que da una base cierta de qué partir para fijar los límites del suelo y principio del subsuelo, la que en lo futuro evitará discusiones inútiles⁵⁵”.

El planteamiento que la comisión redactora del proyecto menciona como un gran logro en su exposición de motivos, no fue visto así al momento de emitirse la ley, por el Presidente Plutarco Elías Calles, en uso de facultades extraordinarias, ya que en la misma no aparece ninguna regla al respecto, de hecho, su artículo 19 dice que los derechos a los minerales se entienden “así en la superficie del terreno, como en el subsuelo del lote⁵⁶”.

En realidad, no obstante la gran importancia de este tema especialmente bajo el enfoque de los derechos sobre el lote minero a que nos referiremos más adelante, en nuestra legislación nunca se ha considerado este problema, excepto el caso a que nos venimos refiriendo y en términos generales, los conflictos que se presentan realmente entre superficiarios y mineros, se refieren en la mayoría de los casos al uso del suelo mismo, en otros al aprovechamiento de las aguas del subsuelo y en muy pocos casos se presentan problemas porque los habitantes de alguna población se quejan de que los trabajos mineros en el subsuelo afectan a las construcciones de superficie. En algunas ocasiones se han llegado a presentar hundimientos del suelo (subsidiencias) que han arrastrado alguna construcción, cuando las excavaciones mineras se encuentran cercanas a la superficie y a las poblaciones.

⁵⁵ ...*Legislación Minera Mexicana (desde 1881 hasta nuestros días)*, op. cit. p. 228

⁵⁶ *Ibidem*, p. 207

En el texto de esta ley de 1926, se excluye también al petróleo al que se somete a otro régimen jurídico, pero se mantienen, por supuesto, los principios básicos de la legislación minera mexicana: el dominio directo de la nación, la utilidad pública de la actividad y su preferencia al uso de los terrenos superficiales, derechos sobre las aguas y a las ocupaciones temporales, servidumbres y expropiaciones.

Se sigue utilizando el término de pertenencia, como medida para delimitar físicamente el ámbito para el ejercicio del derecho que tiene el concesionario, pero aparece por primera vez el término de “lote minero”.

Uno de los puntos de mayor importancia en esta ley, es el que establece su artículo 26, que contempla la transmisión de los derechos derivados de una concesión minera, pero con el permiso de la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo, permiso que la autoridad solamente podía negar con fundamento en la Constitución o en la ley.

También resulta de interés que en la exposición de motivos se expresa claramente la imposibilidad de coexistencia de los derechos de dos concesionarios mineros sobre el mismo espacio físico⁵⁷ lo que quedó consagrado en el texto legal en la fracción I del artículo 28. Como veremos más adelante el tema de la coexistencia de derechos mineros, es otro de los puntos que deben ser analizados cuidadosamente, cuando se trata de definir la naturaleza jurídica de los derechos de la concesión minera.

Por último, debemos mencionar que esta ley también considera a los terreros, apilamientos de mineral de valor marginal, que se encuentren dentro del perímetro del lote minero, como “accesiones concesionales” (sic), de los lotes mineros.

Después de una breve vigencia de la ley a la que acabamos de referirnos, el 7 de agosto de 1930, se publica la Ley Minera de los Estados Unidos Mexicanos que rigió durante los siguientes 30 años y a la que correspondió el primer gran impulso modernizador de la minería mexicana, después de dos décadas de convulsiones sociales, políticas y militares.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 231

La fracción I del artículo primero de la ley, contiene una disposición realmente sorprendente, única en casi quinientos años de legislación minera en nuestro país, que dice que: “las tierras susceptibles de aprovechamiento agrícola o forestal”, quedan exceptuadas de la aplicación de la ley. Ni otros textos legales, ni la realidad histórica, nos dan indicios del alcance que se haya dado al texto anterior. Si atendemos a que precisamente no hubo, hasta donde es posible determinar, conflictos o discusiones sobre este tema, debemos asumir que la interpretación fue en el sentido de que lo anterior no impedía otorgar concesiones en esas áreas aun cuando se podría pretender exactamente lo contrario, que en una exaltación del agrarismo postrevolucionario, se pensara excluir a la minería para no afectar a esas actividades, o simplemente, fue otro texto de letra muerta.

Por lo demás, la ley mantiene consistencia en cuanto a principios básicos, la medida de pertenencia, la definición de lote minero, el derecho a obtener servidumbres, expropiaciones y aguas y sus características de actividad de utilidad pública.

En este cuerpo legislativo se incluye una protección penal para las mojoneas y señales, exteriores o interiores, que sirvan para delimitar a las minas, lo que evidentemente refuerza el concepto de ámbito físico para el ejercicio de los derechos mineros.

En sus artículos 100 y 101, la ley hace mención a un “acta de posesión” a favor del minero y en su artículo 107 se incluye la regla de que las obras de fortificación permanente y aquellas que sirvan para la estabilidad de los labrados (excavaciones mineras), no pueden ser retiradas ni durante la vida de la mina ni al final de la misma, lo que también refuerza el concepto de derechos de accesión en el mundo físico.

Para concluir, esta ley de 1930 es la última que en su exposición de motivos, ya no en su texto, utiliza el término: “propiedad minera”.⁵⁸

Como ya señalamos, durante la vigencia de la ley de 1930 la minería mexicana recibió el impulso de la inversión extranjera, principalmente pero no en forma exclusiva, la de origen norteamericano, lo que aunado a la gran demanda de minerales metálicos y no metálicos provocada por la Segunda Guerra Mundial y la Guerra de Corea, generaron un auge en la

⁵⁸ *Ibidem*, p. 396

industria y la conformación de grupos de empresas mineras que a la fecha siguen operando, pero ya no como propiedad de inversionistas extranjeros.

El 20 de abril de 1961 se publicó la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en materia de explotación y aprovechamiento de recursos minerales, conocida como la ley de la mexicanización, en cuya exposición de motivos se reflejan nítidamente los principios del “nacionalismo revolucionario”, bajo una renacida dogmática atribuida a los movimientos sociales que dieron origen a la Revolución Mexicana de 1910.

En la exposición de motivos se dice que la concesión minera es una “simple autorización que el Estado otorga para efectuar trabajos de explotación”, con lo que podemos observar que lo que la constitución concedió en dominio directo a la Nación, es decir al pueblo, ahora se lo arroga el Estado, es decir, además del pueblo, el gobierno y la estructura jurídica.

El hecho de que la Ley Minera de 1961 haya establecido límites al número de sustancias minerales que podían ser motivo de las concesiones, generó la posibilidad de que hubiera concesiones sobrepuestas o coexistentes, es decir que dos concesionarios pudieran trabajar en el mismo lote minero, explorando y explotando sustancias minerales diferentes, lo que como veremos más adelante constituía una situación muy lejana a la realidad y con ello, de muy poco sustento jurídico.

En la misma exposición de motivos se pone énfasis en que los derechos mineros no pueden ser perpetuos y de que es necesario poner límites de extensión física concesional.

Lo más importante de esta ley fue que estableció los mecanismos básicos para que en la industria minera, la participación mexicana fuera mayoritaria, aun cuando debe aclararse que esto se logró en la práctica, a través de mecanismos fiscales consistentes en establecer en principio un gravamen muy oneroso y la posibilidad de un subsidio para las empresas mexicanizadas.

Es evidente que bajo estos principios ideológicos, ni en la exposición de motivos ni en el texto de la ley, volvemos a encontrar términos tales como propiedad minera o dueño, ya que esto se contraponía a la ideología del momento.

No obstante lo anterior, la ley en realidad mantiene los principios básicos de derechos a la ocupación, servidumbre o expropiación, a las aguas del interior de la mina, así como las disposiciones relativas al lote minero, que queda limitado a 500 hectáreas, a la eliminación del uso de las pertenencias como unidad de medida. Sigue considerando a los terreros como accesiones de las concesiones, pero cabe destacar, para nuestros propósitos, que considera como “accesiones de las minas” a todas las obras permanentes de fortificación, los ademes y, en general, todas las instalaciones necesarias para la seguridad y estabilidad de aquellas (artículo 44). En el mismo sentido, podemos mencionar que cuando se ocupa del objeto de la Comisión de Fomento Minero, utiliza también la expresión “la explotación de minas” lo que hace referencia a un concepto del mundo físico, es decir un producto del quehacer humano, la mina y no un concepto virtual creado por el derecho, como sería el de la concesión (artículo 99).

Conviene destacar que esta ley considera como nulas todas las disposiciones contractuales que se establezcan con base en el volumen o valor de las sustancias minerales, que obviamente será una estimación del mineral *in situ*, lo que resulta congruente con la posición de que el recurso mineral es propiedad de la Nación y no del concesionario, quien tiene derecho a apropiarse de él y a aprovecharlo, pero cuyo título de propiedad sobre el mineral, devendrá de la acción de desprendimiento del mismo de su matriz. Dicho en otras palabras, la única explicación que podemos dar para definir en qué momento el concesionario minero puede considerarse dueño de la roca misma, que contiene los valores metálicos o no metálicos, en qué momento pasa el título de propiedad de la Nación al minero, será la de sostener que esto acontece cuando con sus trabajos el minero desprende la roca. Antes de ello, pudo no haber estado cerca o ni siquiera haber conocido la existencia del yacimiento.

Concluida la fase de mexicanización y superado el nacionalismo revolucionario para entrar en un estatismo franco, durante el régimen del presidente Luis Echeverría se dictó la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Minera, publicada el 22 de diciembre de 1975.

Se mantienen en ella los principios de utilidad pública y preferencia sobre otros usos para la tierra, con su consecuencia normal del derecho a la ocupación temporal, a las servidumbres y a las expropiaciones.

También se mantienen las reglas relativas a la definición de lote minero al carácter de accesiones que tienen los terreros y la expresión a la que ya nos referimos de que las obras de fortificación son accesiones de las minas (artículos 34, 48 y 49).

Asimismo, se conservan las prohibiciones a establecer condiciones contractuales con referencia a las reservas de mineral *in situ* y el límite de ocho sustancias con su consecuencia de la posible existencia de derechos correspondientes a titulares distintos, dentro del mismo lote minero.

En esta ley, y por la importancia que en esa época cobraron los grupos agrarios, se considera que los ejidos y comunidades agrarias pueden ser titulares de concesiones mineras, bajo las “condiciones preferentes” de la Legislación Agraria, la que realmente no contenía tales condiciones preferentes, pero lo importante es destacar ese cierto privilegio de los propietarios agrarios de la superficie.

La última ley del siglo XX, es la Ley Minera publicada el 26 de junio de 1992 bajo un esquema de liberalismo y simplificación. Esta ley prácticamente eliminó restricciones y planteamientos ideológicos como los que hemos venido mencionando, pero por otra parte sigue manteniendo los principios fundamentales y las definiciones en materia de derechos del concesionario, lote minero, instalaciones de estabilidad en las minas y en sus artículos 28 y 29 nos habla de “inversiones en el lote” y de “conocimiento geológico del lote minero”, lo que refuerza la referencia legal a la realidad física.

Para concluir con este análisis de los conceptos fundamentales que se han venido desarrollando y repitiendo en nuestra legislación minera, podemos mencionar que en las reformas a la Ley Minera de 1992, publicadas el 28 de abril del 2005, se incluyeron, entre otras, disposiciones para beneficiar a los pueblos y comunidades indígenas, en congruencia con las reformas constitucionales en esta materia, estableciendo un principio

bastante débil o un derecho muy elemental, para obtener la concesión minera, en favor de esos pueblos y comunidades indígenas que ocupan la superficie.

CAPÍTULO III.- EL MARCO LEGAL VIGENTE SOBRE EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS MINERALES Y EL RÉGIMEN DE CONCESIÓN.

Las referencias históricas hechas en el capítulo anterior, nos permiten entrar directamente en el análisis de las disposiciones legales que constituyen el marco legal vigente para el aprovechamiento de los recursos minerales, que se compone principalmente de ordenamientos incluidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente desde 1917, la Ley General de Bienes Nacionales, de 2004, el Código Civil Federal de 1928, cuya denominación actual data del año 2000, la Ley Minera de 1992 y su Reglamento expedido en el año de 1999 y la Ley de Inversión Extranjera del 27 de diciembre de 1993 y también su Reglamento del 8 de septiembre de 1998. Si a dichas disposiciones les agregáramos otras de carácter secundario, como serían las de naturaleza fiscal, habría que considerar también la Ley Federal de Derechos del 31 de diciembre de 1981, con sus reformas prácticamente de carácter anual, y otras de menor jerarquía como serían el Reglamento Federal de Seguridad, Higiene y Medio Ambiente del Trabajo del 21 de enero de 1997, la Norma Oficial Mexicana de Seguridad de los Trabajos en las Minas de 2003 y finalmente la Norma Oficial Mexicana de Seguridad de los Trabajos en las Minas Subterráneas de Carbón de 2008. También en materia ambiental existen normas oficiales mexicanas especialmente expedidas para regular actividades mineras, como es el caso de la que se ocupa de la selección de sitio para presas de jales, la que regula las actividades de exploración, la que establece criterios para la remediación de suelos contaminados por metales y la que regula las operaciones de lixiviación en montones.

Las disposiciones mencionadas en el párrafo anterior, son aquellas que principalmente se ocupan o fueron expedidas con la finalidad expresa de regular las actividades mineras, al menos en la parte correspondiente dentro de los ordenamientos generales que se han listado, pero evidentemente que el ejercicio de la industria minera conlleva la aplicación de todo el orden jurídico en su conjunto, en materias que no son privativamente mineras, como sería el caso de la legislación sobre sociedades mercantiles y contratos, las regulaciones fiscales y ambientales de carácter general, las disposiciones de derecho administrativo aplicables al aprovechamiento del agua, al uso de suelo forestal, y al uso

de las zonas federales, las leyes y reglamentos en materia laboral, las disposiciones de salud pública, etc.

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917).

Dentro del dogmático artículo 27 de la Constitución, se incluyó desde el Congreso Constituyente el párrafo Cuarto, que textualmente dice:

“Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho internacional.”

En subrayado, los bienes del dominio directo de la Nación que el legislador ha considerado como objeto de la legislación minera, prácticamente a partir de la ley de 1926.

Como puede observarse de la lectura del párrafo transcrito, en el mismo no se está considerando que el subsuelo *per se* sea propiedad de la Nación, ni se menciona como un bien de dominio directo, ni cualquier otra figura. Tampoco en el resto del artículo 27 Constitucional se contiene referencia alguna a la supuesta propiedad de la Nación sobre el subsuelo.

De lo dispuesto en el párrafo cuarto, la única conclusión es que los recursos minerales, el petróleo y otras substancias afines que se describen, son las que corresponden al

dominio directo de la Nación. Lo mismo podría decirse al hacer referencia al párrafo quinto del mencionado artículo que se refiere, entre otros bienes, a las aguas del subsuelo, a las que también se consideran como propiedad nacional.

Dicho de otra forma, en nuestro sistema jurídico el subsuelo no es propiedad de la Nación o de los gobiernos federal, estatales o municipales; los que son propiedad de la Nación son algunos recursos naturales que se encuentran en ese subsuelo, aunque vale decir que también pueden ubicarse en la superficie misma, como son los minerales y las aguas, situación que deberá considerarse cuidadosamente cuando se pretenda llegar a una conclusión sobre los derechos que otorga una concesión minera.

Debemos reconocer, haciendo a un lado ese mito de que el subsuelo es propiedad de la Nación Mexicana, que ni el derecho constitucional, ni el administrativo, ni el civil, resuelven con claridad la indefinición de los derechos sobre el subsuelo.

Ya se hizo una referencia anteriormente al fallido intento del legislador de 1926 por establecer un límite a ciertos metros de profundidad, para separar los derechos del propietario del suelo o superficie, de los derechos que tiene el concesionario minero.

Es evidente que el propietario de un terreno puede hacer excavaciones en el mismo, sería absurdo pretender que su derecho de propiedad le permite simplemente pararse sobre el terreno o colocar algún bien sobre el mismo. La legislación civil limita ese derecho de hacer excavaciones en algunas ocasiones, pero únicamente para evitar un daño a los terceros o vecinos y en el derecho administrativo, tanto federal como de carácter local, podemos encontrar disposiciones que regulan o limitan el uso del subsuelo como sería el caso de las licencias municipales de construcción o la posible afectación a una instalación de carácter público o vía general de comunicación, inclusive hay reglas para la perforación del subsuelo en busca de mantos acuíferos, pero todo ello no quiere decir que se trate de un derecho de propiedad del Estado o de la Nación sobre el subsuelo, sino que se trata de dispositivos legales o reglamentarios que protegen derechos de terceros, la seguridad de las personas y de los bienes, etc.

Volviendo el tema del objeto de la legislación minera que, por otra parte, requiere también de profundizarse en los conceptos que se enumeran en el párrafo cuarto del que nos

ocupamos, ya que algunos de ellos no son muy claros y la ley minera los agrupa y los regula en busca de soluciones prácticas dentro de la normativa jurídica, pero sin encontrar totalmente definiciones o sistematizaciones a prueba de todo análisis crítico. Tomemos por ejemplo la enumeración de elementos químicos que hace dicha ley minera, metálicos o no metálicos, como sería el oro, el plomo, el azufre, el potasio, solo por citar unos cuantos. La propiedad de la Nación, según el artículo constitucional no es sobre el oro o el azufre, en sí mismos, sino sobre un yacimiento, en forma de veta, de masa o de manto. Es decir, cuando ese oro o ese azufre alcanzan cierto grado de concentración en un lugar específico en el suelo o en el subsuelo y con ello, según el desarrollo de la tecnología y atendiendo a los costos de extracción y a los precios de venta, esa masa, manto o veta resulta explotable desde la perspectiva económica, con lo que ya le podemos llamar yacimiento, lo que evidentemente conlleva una connotación de carácter económico. Visto desde otro ángulo, si en una roca cualquiera que se encuentre en un terreno, existe un contenido de 0.001 gramos de oro o 5 gramos de azufre, lo que hace imposible su aprovechamiento tanto técnica como económicamente, entonces esa roca no pertenece al dominio directo de la Nación, pero si algún día existiera una tecnología para extraer esas cantidades mínimas y los precios de esos elementos subieran a niveles difíciles de concebir, entonces esa misma roca podría considerarse que queda incluida dentro del concepto económico de yacimiento y de acuerdo al orden constitucional pasa a ser propiedad de la Nación. Evidentemente, en el ejemplo nos hemos ido a extremos, pero en la realidad cotidiana existen depósitos de minerales con diferentes contenidos de metales como la plata y el oro, que podrían considerarse en un límite, con un equilibrio entre su costo de extracción y su precio de venta, que pudiera producir un cambio del criterio de clasificación muy dinámico en períodos muy cortos, casi del día al día.

El párrafo sexto del citado artículo 27 Constitucional, establece con absoluta claridad que el dominio que tiene la Nación sobre los bienes a que se refiere el párrafo cuarto y las aguas incluidas en el párrafo quinto, es inalienable e imprescriptible, y que su explotación, uso u aprovechamiento por parte de los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, se hará a través de concesiones otorgadas por el Ejecutivo, según lo establezcan las leyes especiales y contiene también algunas oraciones expresamente referidas al tema que nos ocupa: "... Las normas legales relativas a obras o trabajos de explotación de los minerales y sustancias a que se refiere el párrafo cuarto, regularán la ejecución y comprobación de los que se efectúen o deban

efectuarse a partir de su vigencia, independientemente de la fecha de otorgamiento de las concesiones, y su inobservancia dará lugar a la cancelación de éstas. El Gobierno Federal tiene la facultad de establecer reservas nacionales y suprimirlas. Las declaratorias correspondientes se harán por el Ejecutivo en los casos y condiciones que las leyes prevean”.

Después de esa referencia a la explotación de minerales, este párrafo sexto concluye estableciendo que para los casos del petróleo, los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos y los minerales radiactivos, no se otorgarán concesiones ni contratos. Finalmente el párrafo excluye también a la generación, conducción, transformación, distribución y abastecimiento de la energía eléctrica como servicio público, del régimen de concesión.

Cabe mencionar que dos de los principios contenidos en este párrafo sexto, el relativo a la obligación de ejecutar y comprobar obras o trabajos de explotación y el correspondiente a la posibilidad de establecer reservas nacionales, se encuentran debidamente reflejados en la legislación minera vigente y no podemos dejar de resaltar que la primera de dichas obligaciones corresponde en su origen al principio de la legislación española medieval que, como recordamos, obligaba a “trabajar las minas” y permitía que cualquier persona denunciara las minas que no estuvieran siendo trabajadas, para obtenerlas para sí.⁵⁹

Para concluir el análisis de las disposiciones constitucionales relativas a la necesidad de obtener concesiones para la explotación de los recursos minerales, debemos hacer referencia a la fracción I, del párrafo noveno, del mismo artículo 27, que establece que “solo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquellos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo”. Sobre este punto volveremos un poco más adelante.

⁵⁹ *Vid. supra*, p. VII.

Consideradas las disposiciones constitucionales que se ocupan de regular el fondo de la materia minera, conviene hacer una referencia, aunque sea breve, a otras disposiciones de dicho cuerpo normativo que también atañen al objeto de nuestro estudio.

Como se apuntó en la parte histórica, hacia la década de los 80's del siglo XIX se reformó la Constitución de 1857, para establecer que era facultad exclusiva de la Federación el legislar en materia minera, excluyendo con ello a las entidades federativas, que ante el silencio de dicha norma constitucional habían empezado a dictar leyes y códigos de minería.

En la constitución vigente, desde su inicio, sí se determinó en forma expresa que la minería sería de competencia exclusiva de la Federación y es por ello el texto de la fracción X del artículo 73 que apunta (El Congreso tiene facultad) "X.- Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería....." .

La disposición anterior se ha interpretado no solamente en el sentido de que la legislación sustantiva que regula propiamente el aprovechamiento de los recursos minerales por parte de los particulares, a través de concesiones, es lo que corresponde dictar al Congreso Federal, sino que en materias de competencia concurrente, como sería el caso de la relativa a la protección ambiental, también ha sido la minería reservada para la Federación.

En el caso de las disposiciones de carácter fiscal, la fracción XXIX del citado artículo 73, en su apartado 2º, establece que también corresponde al Congreso Federal establecer contribuciones "...sobre el aprovechamiento y explotación de los recursos naturales comprendidos en los párrafos 4º y 5º del artículo 27".

Volvemos a recordar aquí los principios vigentes desde el medioevo español: las minas se deben trabajar y se ha de pagar un tributo a la Corona, el quinto real, que en épocas de crisis se reducía al décimo real.⁶⁰

⁶⁰ *Vid. supra*, p. VII

Las disposiciones coloniales se ocupaban frecuentemente de aspectos relativos al tema de las contribuciones y, como ya se apuntó, el monopolio del mercurio no solamente tenía sus orígenes en consideraciones de tipo comercial, sino que se trataba de un método de control fiscal, que permitía a las autoridades formular estimativas de la plata producida por un minero, partiendo del dato conocido del mercurio adquirido para su obtención.

El advenimiento de la Independencia no dio lugar de inmediato a una nueva legislación minera sustantiva, se continuaron aplicando las Ordenanzas de Aranjuez, pero sí se dictaron decretos, acuerdos y un gran número de resoluciones y reglas para el cobro de las contribuciones a la minería, que constituía una parte muy importante de la actividad económica.

La mexicanización de la industria en 1961, utilizó herramientas de carácter fiscal al premiar a las empresas mexicanizadas con una reducción automática del impuesto de producción. Impuesto federal que se calculaba con una tasa fija aplicable al valor de las ventas, sin importar si la operación minera generaba utilidades o no.

Hasta 1991 subsistió ese impuesto de producción, al que en algunos países de Sudamérica se le conoce como “royalty” o regalía que cobra el Estado como dueño del recurso, conjuntamente con la obligación de pago de derechos, también federales, calculados con base en el número de hectáreas amparadas por una concesión; a este último tipo de derechos se le conoce también en la parte sur de nuestro continente como “canon minero”.

A partir del año mencionado, se derogó el impuesto de producción y a la fecha subsiste solamente la obligación de pago prevista en la Ley Federal de Derechos, determinable también en función del número de hectáreas, pero con montos superiores a los que existían cuando se cobraba el impuesto de producción.

2.- Ley General de Bienes Nacionales (2004).

La ley actualmente en vigor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 2004, resulta obviamente aplicable a la minería, por la naturaleza jurídica de los recursos minerales considerados como del dominio directo de la Nación o de la propiedad

de la Nación, como parece siempre desprenderse de la lectura del 27 constitucional y de esta misma ley.⁶¹

La aplicación de la ley que nos ocupa habrá de considerarse como supletoria de lo dispuesto por la Ley Minera, como se establece en forma expresa en el segundo párrafo de su artículo cuarto, que nos incluye una muy breve lección de lo que es supletoriedad.

La fracción I, del artículo 1, señala específicamente que el objeto de la ley lo constituyen los bienes “que constituyen el patrimonio de la Nación” y en la siguiente fracción, el “régimen de dominio público de los bienes de la Federación...”, incluyendo en la primera fracción de su artículo 3 a los señalados en los párrafos tercero y cuarto del 27 constitucional, como bienes nacionales. A estos mismos bienes de nuestro interés, los sujeta al régimen de dominio público federal según la fracción I, del artículo 6 y el artículo 9.

Como un dato que convendría recordar ahora, esta ley considera de uso común, entre otros, al espacio aéreo sobre el territorio nacional (artículo 7, fracción I), lo que vendría a ser el otro extremo del planteamiento de los derechos del propietario civil sobre el subsuelo. Dicho de otra forma, no podría concebirse que el dueño de un terreno no pudiera construir o simplemente depositar o poner algo, cualquier cosa, sobre su suelo, porque ya estaría utilizando un bien nacional: el espacio sobre el territorio, lo que esta ley resuelve considerándolo un bien de uso común, lo que no se hace con el subsuelo.

Cabe recordar que los bienes de uso común, como su nombre lo indica pueden ser utilizados por todos los habitantes de la República sin más limitaciones que las que impongan las leyes y los reglamentos administrativos, pero para su aprovechamiento, se requerirá de concesiones, permisos o autorizaciones según las leyes respectivas. (Artículo 8).

Conviene mencionar ahora, que probablemente uno de los mayores problemas que se pueden enfrentar en la búsqueda de una teoría consistente, que explique realmente la

⁶¹ Se observa como desde las primeras disposiciones aplicables a la minería durante el período colonial, según los trabajos de María Becerra González y de Antonio Muro Orejón, contuvieron siempre el principio regalista, que se repite también en el texto de Gamboa sobre las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno, *vid. supra*, pp. 23,24 y 28.

naturaleza jurídica de los derechos derivados de una concesión minera, es la poca claridad y congruencia que la doctrina, legislación y jurisprudencia han alcanzado cuando se trata de distinguir o de integrar los conceptos que en lo general llamamos “derechos de propiedad”, y estamos haciendo referencia a la propiedad civil y su equivalente en el Derecho Constitucional y en el Administrativo. Cuando se incluyen figuras tales como “el dominio directo”, la “propiedad originaria”, los bienes de “dominio público” y los de “uso común”, en resumen, cuando se pretenden explicar todas esas figuras recurriendo a los principios que rigen a la propiedad civil y sus características, la confusión es inevitable. Baste recordar que el mismo artículo 27 constitucional cuando se refiere al derecho que tiene la Nación sobre los recursos minerales y otros bienes enumerados en su párrafo cuarto, utiliza los términos: “dominio directo”, en tanto que cuando se refiere a las aguas señaladas en el párrafo quinto utiliza la palabra “propiedad”, misma que con el énfasis de “originariamente”, había utilizado en el primer párrafo del citado artículo, al referirse a las tierras y aguas comprendidas dentro el territorio nacional.

Por ejemplificar simplemente, si realmente queremos aplicar los atributos tradicionales del derecho de propiedad, como el *ius utendi*, el *fructu* y el *abusus*, a lo que llamamos dominio directo, que incluye algunos bienes por definición inalienables, toda la construcción lógica se pierde. La solución no consiste nada más en afirmar que los planteamientos del Derecho Romano han evolucionado, de acuerdo con los tiempos. Lo que debemos aceptar, so pena de encerrarnos en círculos de lógica ilógica, es que se trata de dos instituciones, figuras o fenómenos diferentes, que obviamente obedecen a circunstancias sociológicas, económicas y hasta tecnológicas, también totalmente diferentes y, por supuesto, que se han desarrollado en el ámbito de la ciencia jurídica buscando resolver problemas totalmente distintos y atendiendo a intereses y bienes jurídicos a proteger, que propiamente no tienen relación alguna entre sí.

El planteamiento entonces nos lleva a considerar qué clase de “propiedad” es la que tiene la Nación sobre las sustancias minerales, que la misma Constitución considera como inalienable e imprescriptible, lo que se reafirma y precisa en cuanto a su alcance, en el artículo 13 de la Ley General de Bienes Nacionales, que además les agrega la característica de inembargables. ¿Podría decirse que la Nación es propietaria de los minerales?, sin embargo, no los puede enajenar, pero conforme al párrafo sexto del 27 constitucional, sí puede otorgar concesiones para que los particulares los obtengan, y así

adquieran realmente la propiedad de los mismos, se apropien de ellos; ya que de no haber un acto de apropiación, no se daría realmente el aprovechamiento, porque el concesionario no los podría vender.

Por otra parte, la Nación, aunque el artículo 25 del Código Civil Federal la considera como una persona moral, no actúa propiamente en el ámbito del Derecho, es un concepto sociológico, del campo de la Teoría del Estado, y quien actúa es el Gobierno Federal, mismo que por otra parte, no puede aprovechar directamente esos recursos minerales, porque ninguno de sus órganos, dependencia centralizada o descentralizada o desconcentrada, tiene facultad para ello, por lo que la conclusión final, en el enfoque civilista tradicional sería el de una propiedad sin derecho a usar, ni disfrutar, ni disponer.

Evidentemente que, entre las disposiciones de la Ley General de Bienes Nacionales, la que más importa para nuestro estudio es el artículo 16, que repite lo ya dispuesto en el número 20, de la también llamada Ley General de Bienes Nacionales del 8 de enero de 1982 y el artículo 12 de la Ley de Bienes Nacionales del 31 de diciembre de 1944. El texto es el siguiente:

“ARTÍCULO 16.- Las concesiones, permisos y autorizaciones sobre bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación no crean derechos reales; otorgan simplemente frente a la administración y sin perjuicio de terceros, el derecho a realizar los usos, aprovechamientos o explotaciones, de acuerdo a las reglas y condiciones que establezcan las leyes y el título de la concesión, el permiso o la autorización correspondiente.”

El texto transcrito nos permitirá, más adelante en el presente trabajo, llevar a cabo un análisis de cada uno de sus conceptos, para concluir que la disposición, cuyo origen es fundamentalmente de carácter ideológico, ignora la realidad regulada y las consecuencias que en derecho, aún en el positivo y vigente, se producen cuando la autoridad administrativa otorga una concesión minera a un particular.⁶² Baste señalar por ahora que

⁶² Antes de los planteamientos ideológicos, que surgieron después de la Constitución de 1917, los ordenamientos positivos vigentes en el México colonial e independiente, e inclusive las leyes mineras de la primera mitad del siglo XX, no eludieron la utilización del término “propiedad minera”, como puede verse en los textos de las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno y de las de Aranjuez, *vid. supra* pp. 29-38, y en las leyes mineras del siglo XIX hasta la de 1926, *vid. supra* pp. 41-46

cualquier concesión administrativa da origen al nacimiento de derechos, del concesionario, del tercero y de la misma autoridad, no solamente de un derecho. Los habrá de carácter principal y secundario e, indiscutiblemente, de naturalezas y características diferentes.

3.- Ley Minera (1992).

Ya se hecho una breve mención en el capítulo relativo al desarrollo histórico de la legislación minera en nuestro país, a esta ley que surgió como una más de las herramientas legales que el gobierno de esa época puso en vigor para cambiar el modelo económico del país. Una ley que obedece a los principios del liberalismo económico, la globalización, las leyes del mercado y la promoción para las inversiones del sector privado.

El ordenamiento mantiene, sin embargo, los conceptos fundamentales que hemos venido destacando, tanto al analizar los casos concretos de negocios mineros, como los contenidos y desarrollados en los ordenamientos jurídicos de la materia desde la época colonial.

Es así que se ocupa de definir el objeto físico del dominio directo de la Nación, es decir, las sustancias minerales. Procede a enumerarlas, en su artículo cuarto, tanto desde la perspectiva de los elementos de la tabla periódica, como partiendo de su clasificación mineralógica. La utilización de dos criterios de clasificación que produce duplicidad, no corresponde propiamente a una técnica jurídica depurada pero, en lo general, ha demostrado ser útil y en lugar de complicar la interpretación, la facilita. También se incluyen las piedras preciosas y semi- preciosas, a las que la ley acertadamente se refiere por su nombre mineralógico y no por su composición química que podría dar lugar a confusiones. Se incluyen también dentro del alcance de la ley, la sal, el carbón, ciertos materiales cerámicos y algunos de origen orgánico que pueden ser utilizados como fertilizantes.

La figura de la concesión minera, concepto virtual producto del Derecho, sigue necesariamente vinculada al elemento físico, es decir el lote minero, conforme lo dispone expresamente el artículo 12 de la misma ley; a ese sólido de la corteza terrestre, de

profundidad indefinida, dentro de cuyos límites, díganse planos verticales, el concesionario puede ejercer sus derechos para explorar y explotar las sustancias minerales, es el ámbito espacial para el ejercicio de sus derechos. El lote minero no es entonces más que la expresión en el mundo normativo de una cosa, tangible, inmóvil. Un bien inmueble.

La ley también mantiene regulaciones ligadas a conceptos tales como las “obras mineras” o, dicho de otra forma, la mina en sí misma, sus tiros, socavones, túneles, pozos y contrapozos, etc., otra realidad física, tangible e inmóvil; sirven como ejemplo de lo anterior, algunas fracciones del artículo 29.

Se conservan en la legislación vigente, figuras tales como las servidumbres internas y externas, en las que una concesión minera, concepto intangible, hace las veces de “lote dominante” en relación con otras concesiones o aún respecto de terrenos superficiales. Es claro, a pesar de la redacción no muy propia de la ley, que el verdadero “predio dominante” es el lote minero, el bien inmueble, que el concesionario no adquiere en propiedad, pero que dentro del cual puede hacer valer sus derechos derivados de la concesión en forma exclusiva y excluyente. Estas figuras están ampliamente reguladas en la ley y su reglamento, pero encontramos su sustento inicial en la fracción IV, del artículo diecinueve de la propia ley.

Finalmente, se conservan figuras tales como el Registro Público de Minería, que puede considerarse como una institución paralela y regulada prácticamente igual que los registros públicos de la propiedad raíz y al que la ley dedica su capítulo sexto.

Para los efectos del presente trabajo, la conclusión es que la Ley Minera de 1992, vigente a la fecha, conserva los conceptos fundamentales que históricamente han estado presentes en la legislación en esta materia, que permiten cuestionar el principio que se ha pretendido sostener en nuestro Derecho positivo vigente, de que las concesiones administrativas no dan origen a derechos reales.

4.- Código Civil Federal.

El artículo 838 de este ordenamiento establece: “No pertenecen al dueño del predio los minerales o sustancias mencionadas en el párrafo cuarto del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ni las aguas que el párrafo quinto del mismo artículo dispone que sean de propiedad de la nación”.

Nuevamente debemos apuntar, el ordenamiento no hace referencia al subsuelo, como propiedad de la Nación, sino a los minerales y sustancias reguladas constitucionalmente y las aguas nacionales.

Este Código, junto con la legislación mercantil, resultan supletorios de la Ley Minera.

5.- Ley de Inversión Extranjera (1993).

La fracción I del artículo veintisiete constitucional establece que los mexicanos personas físicas y las sociedades mexicanas, tienen derecho a obtener concesiones para la “explotación de minas” y más adelante señala que “El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes...”. Esta redacción del dispositivo constitucional, permitiría abundar sobre temas tales como el de la discrecionalidad de la concesión, a los que nos referiremos más adelante; por ahora nos hemos de limitar a hacer referencia a las regulaciones vigentes.

La situación actual es que el Ejecutivo ha considerado que no se conceda este derecho a los extranjeros, no obstante que así lo establece el artículo 10-A de la Ley de Inversión Extranjera, en su primer párrafo: *“Los extranjeros que pretendan adquirir bienes inmuebles fuera de la zona restringida, u obtener concesiones para la exploración y explotación de minas y aguas en el territorio nacional..”*, pero en el reglamento de dicha ley de 1998 se ignora el alcance de la misma, y en su artículo 8 se omite la referencia a la exploración y explotación de minas al establecer en su primera parte, la forma en que los extranjeros podrán adquirir los inmuebles en la zona restringida u obtener las concesiones sobre aguas, incluyendo un último párrafo que dispone: *“Tratándose de concesiones para la exploración y explotación de minas se estará a lo dispuesto en la legislación de la*

materia y su reglamento”, razón por la cual la Dirección General de Minas no da trámite a las solicitudes de concesión minera a extranjeros, ni personas físicas, ni morales.

Por otra parte, como ni en la citada ley que regula la inversión extranjera, ni en la Ley Minera, existen restricciones a la participación societaria de la inversión extranjera en esta materia, entonces las sociedades mexicanas aún con 100% de inversión extranjera, pueden ser titulares de concesiones mineras. Ante esta facilidad para la obtención indirecta de los derechos derivados de las concesiones mineras por parte de los extranjeros, el debate en cuanto a la inconstitucionalidad del reglamento en materia de inversiones extranjeras, ha perdido todo sentido práctico.

Para nuestros efectos conviene hacer notar que las disposiciones legales y reglamentarias en materia de inversiones extranjeras a las que nos hemos referido, siguen la línea de la fracción I del artículo 27 constitucional al utilizar la palabra “minas” y no las expresiones más precisas de “minerales”, “sustancias” o “yacimientos” que se incluyen en los párrafos cuarto y sexto del mismo artículo. La Nación es dueña de los minerales, no de las minas, que son las obras de ingeniería hechas por el hombre para extraer aquéllos.

6.- Ley Federal de Derechos (1981).

Como en cualquier otro caso de trámites ante las autoridades federales, la Ley Federal de Derechos vigente establece montos a pagar por este concepto, cuando el particular solicita una concesión minera, realiza gestiones respecto de ella o solicita inscripciones o cancelación de las mismas en el Registro Público de Minería.

Pero lo que debe destacarse, es que esta ley establece en sus artículos 262 y siguientes la obligación de pago de derechos por tener la titularidad de concesiones mineras. Este derecho se calcula en razón del número de hectáreas que ampara la concesión y la antigüedad en años de la misma. Es un tributo comparable a los de carácter territorial, equivalente al canon minero sudamericano, que no guarda relación alguna con el valor del recurso mineral.

Hasta principios de los años noventa estuvo en vigor la Ley de Impuestos y Fomento a la Minería, que establecía un impuesto que había de calcularse en función del valor de venta de los productos minerales obtenidos por el concesionario.

Desde entonces, la política tributaria seguida por el Estado mexicano ha sido la de considerar como suficiente el pago de los llamados derechos superficiales, como compensación a la Nación por el aprovechamiento que hace un concesionario de los recursos minerales, manteniendo este concepto de pago por hectáreas concesionadas que lo asemejan mucho al impuesto predial aplicable a los bienes inmuebles.

7.- Reglamento Federal de Seguridad, Higiene y Medio Ambiente de Trabajo (1997).

Este reglamento, publicado el Diario Oficial del 21 de enero de 1997, es de aplicación general a todos los centros de trabajo, de cualquier ramo industrial, comercial o de servicios. Como es natural, se ocupa de regular temas tales como las obligaciones de los patrones y trabajadores en esta materia, así como las condiciones de seguridad relativas a los edificios y locales, las medidas a aplicar para prevenir y combatir incendios, la maquinaria y equipo, las instalaciones eléctricas, el equipo de protección personal, el ruido, la iluminación, la ventilación, los aspectos administrativos, etc., y hacemos referencia a él porque resulta de aplicación a las actividades mineras, que en materia laboral son de competencia federal, porque sirve de sustento a la norma oficial mexicana relativa expresamente a dichas actividades y, finalmente, porque abrogó al Reglamento de Seguridad de los Trabajos en las Minas del 13 de marzo de 1997, que a su vez era el heredero de regulaciones específicas en esta materia, que se venían sucediendo desde finales del siglo diecinueve.

La materia de seguridad y policía minera se contempló desde las ordenanzas novohispanas y se consideró siempre como parte importante de las regulaciones mineras. Nuevamente, como en el caso de otros ordenamientos a los que nos hemos referido, el legislador o regulador, no puede sustraerse a la realidad que está normando, es decir, la actividad minera, el desarrollo de los trabajos mineros subterráneos o a cielo abierto a los que llamamos minas, que constituyen el ámbito físico en el que los concesionarios convierten su derecho a explorar y explotar los minerales de la Nación, en el mecanismo de apropiación, el desprendimiento de la roca matriz, para adquirir así la propiedad del

objeto y estar en posibilidad de aprovecharlo, ya sea vendiéndolo, usándolo o consumiéndolo.

8.- Normas Oficiales Mexicanas.

NOM 120-SEMARNAT-2003. Que establece las especificaciones de protección ambiental para las actividades de exploración minera directa, en zonas con climas secos y templados en donde se desarrolle vegetación de material xerófilo, bosque tropical, caducifolio, bosques de coníferas o encinos

Conforme a las disposiciones legales en materia ambiental, artículos 28 y siguientes de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y su reglamento en esa materia, las actividades de exploración minera pueden quedar encuadradas dentro de los supuestos que obligan a los particulares a obtener una autorización de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales, después de presentar una Manifestación de Impacto Ambiental. A fin de simplificar los trámites que podrían exigirse a partir del texto legal, el reglamento, en su artículo quinto, estableció algunas excepciones para el caso de actividades de exploración y la norma oficial mexicana a la que ahora nos referimos también exceptúa a los que realizan dichas actividades de exploración, de la obligación de obtener una autorización en materia de impacto ambiental, si es que sus trabajos se sujetan a los lineamientos previstos en la misma norma y en los ecosistemas que ella contempla.

NOM- 141-SEMARNAT-2003- Que establece el procedimiento para caracterizar los jales, así como las especificaciones y criterios para la caracterización y preparación del sitio, proyecto, construcción, operación y postoperación de presas de jales.

Los residuos del beneficio primario de los minerales, conocidos en México, y solo aquí, como jales, en razón de su volumen, normalmente de millones de metros cúbicos, suelen depositarse cerca de la planta de beneficio que los generó. Existe la posibilidad de que, en virtud de sus contenidos, sean de naturaleza tóxica para el ser humano y el ecosistema.

El propósito de esta norma es establecer las reglas para determinar si en el caso concreto son de carácter tóxico y señalar los criterios para mitigar el impacto por la remoción de vegetación, evitar la contaminación de las aguas del subsuelo y darle las características de seguridad ante cualquier eventualidad, principalmente de origen sísmico o de precipitación pluvial. Considera también, para los propósitos señalados, la normatividad para la construcción y la operación de las presas y para las actividades de restauración después de su cierre.

Las presas de jales también se contemplan en la legislación minera y la presencia de jales abandonados hace muchas décadas, ha hecho surgir el debate académico respecto de la propiedad de los mismos. ¿Son accesiones del inmueble (terreno) en el que fueron depositados, pasando al ámbito del derecho común?, ¿o se convierten nuevamente en un depósito mineral, con los contenidos metálicos y no metálicos concesibles que no fueron aprovechados en su momento por el entonces concesionario y pueden ser objeto de una nueva concesión?

NOM-147-SEMARNAT/SSA1-2004. Que establece criterios para determinar las concentraciones de remediación de suelos contaminados por arsénico, bario, berilio, cadmio, cromo hexavalente, mercurio, níquel, plata, plomo, selenio, talio y/o vanadio.

El manejo de minerales o productos terminados o semi-terminados de la industria minera, puede llegar a producir la contaminación de suelos, la que requiere de especial cuidado cuando se trata de metales pesados, especialmente los que se enumeran en el encabezado de la norma.

La regulación consta principalmente de los métodos aceptados para detectar la presencia de dichos metales y el contenido de los mismos en los suelos, considerando la situación previa de los terrenos (concentraciones de fondo), así como la bioaccesibilidad de las sustancias, es decir, su capacidad de ingreso a los organismos vivos y, finalmente el uso que ha de darse a los terrenos. Con estos factores se llega a una escala de valores máximos permisibles.

NOM-151-SEMARNAT-2007. Que establece los requisitos de protección ambiental para los sistemas de lixiviación de los minerales de oro y plata.

En las últimas dos décadas el incremento en el precio de los metales preciosos, especialmente el oro, y los avances tecnológicos permiten la explotación de yacimientos con contenidos realmente muy bajos.

Uno de los procedimientos que más se utilizan para extraer dichos metales, es la lixiviación de los minerales, que generalmente se depositan sobre un recubrimiento impermeable en montones previamente triturados. Para producir la reacción química se suele rociar los montones con soluciones de cianuro de sodio, que arrastraran a su paso los contenidos valiosos.

Como este proceso se lleva a cabo al aire libre, presenta riesgos en el manejo de una sustancia peligrosa y requiere de un cuidado especial cuando concluye, se hizo necesario dictar esta norma para la protección ambiental y la salud humana y animal.

NOM-023-STPS-2003. Trabajos en minas.- Condiciones de seguridad y salud en el trabajo.

Sustituyó al Reglamento de Seguridad en los Trabajos en las Minas, que arriba señalamos tuvo una larga tradición jurídica desde la época virreinal y encuentra su fundamento en el ahora vigente Reglamento Federal de Seguridad, Higiene y Medio Ambiente de Trabajo.

En realidad se ocupa en forma integral de lo que deben ser condiciones seguras y sanas en las minas, especialmente las subterráneas, como toda reglamentación en esta materia para cualquier industria, pero por la naturaleza de los trabajos mineros pone especial énfasis en temas como la ventilación de las obras mineras, la solidez y estabilidad de las rocas y de las obras de fortificación o ademes, que ya mencionamos que la legislación minera considera como “accesiones de las minas”, la prevención de incendios y un grupo de reglas específicas para el caso de las minas subterráneas de carbón que son las que presentan mayor grado de peligrosidad. El tema del manejo, almacenamiento y utilización de material explosivo es considerado en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y su Reglamento.

Debemos señalar que este reglamento se refiere necesariamente a las minas, a las obras mineras, que podríamos considerar por sí mismas bienes inmuebles, muchas veces de carácter subterráneo. Nuevamente la realidad regulada por el Derecho nos lleva hacia ámbitos no considerados debidamente por la normatividad administrativa en materia de concesiones.

NOM-032-STPS-2008. Trabajos en minas.- Seguridad para minas subterráneas de carbón.

No obstante que la NOM-023-STPS-2003 ya incluía un capítulo específico para el caso de las minas subterráneas de carbón, debido a un accidente que tuvo importante difusión mediática, las autoridades consideraron conveniente dictar una norma específica para la seguridad de los trabajos en las minas subterráneas de carbón.

El tratamiento especial se justifica principalmente porque en este tipo de minas, pero nada más en ellas, es frecuente la presencia de gas metano con características tóxicas y explosivas, sumado a la inflamabilidad del polvillo de carbón que se desprende durante los trabajos. Por dichas razones en la norma se incluyen reglas muy rígidas para la ventilación de las obras mineras y para el manejo de la energía eléctrica en el interior de la mina.

Proyecto de Norma Oficial Mexicana para la elaboración de los Trabajos Periciales.

Se trata de un proyecto de norma oficial mexicana, que se supone sustituirá al Manual de Servicios al Público, todavía vigente en 2010, al que jurídicamente podríamos atribuirle un carácter de circular o disposición administrativa de aplicación general, de menor jerarquía que un reglamento, dictada por la Secretaría del Poder Ejecutivo, con competencia sobre la materia y que sin contrariar las disposiciones jerárquicamente superiores, como son la propia Ley Minera y su Reglamento, establece reglas y criterios de la autoridad para la aplicación de ambos dispositivos. Especialmente se refiere a aspectos técnicos que atañen a la metodología para la localización y medición de los lotes mineros, en el terreno. Podemos destacar que los procedimientos de topografía y geodesia que se establecen servirán para delimitar el perímetro de la cara superior del lote minero, lo que

no deja de ser exactamente lo mismo que llevar a cabo el deslinde de un terreno regulado por la legislación civil.

Como una conclusión que puede resultar común a todas estas disposiciones que constituyen el marco legal de la minería en México, puede afirmarse que coinciden en regular una serie de derechos y obligaciones de los concesionarios, originalmente derivados del otorgamiento de la concesión, que surgen de la misma razón jurídica y que tienen una naturaleza distinta a la del derecho primario del concesionario para explorar y explotar los recursos minerales propiedad de la Nación. Derechos y obligaciones que responden a una realidad física, que el mundo normativo no debe y no puede olvidar.

CAPITULO IV. LA DOCTRINA SOBRE LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES.

1.- La concesión administrativa. La concesión minera.

Apunta el párrafo sexto del artículo 27 constitucional: “el uso o aprovechamiento de los recursos de que se trata (los comprendidos en el párrafo cuarto, entre ellos los recursos minerales), por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes.”

Es por ello que de acuerdo con nuestro derecho positivo vigente que, como hemos visto, sigue al histórico y a toda la corriente proveniente del medioevo español, la obtención de los recursos minerales por parte de los particulares requiere de un acto del poder público, al que el derecho moderno ha denominado concesión, partiendo de un concepto que la ubica como un acto gracioso del Estado.

La naturaleza jurídica de la concesión en el Derecho Administrativo ha sido objeto de análisis, debate y evolución doctrinaria y legislativa.

La concesión administrativa como ahora la conocemos, es una institución jurídica que podría considerarse relativamente nueva. Los diversos autores que se ocupan del tema hacen siempre referencia a sus orígenes en la época feudal y concretamente en el caso de nuestro país, no dejan de citar las llamadas concesiones mineras en la época virreinal. Narciso Sánchez Gómez señala que la primera reglamentación de una concesión minera la encontramos en la Cédula Real del 9 de diciembre de 1526 expedida en Granada por Felipe II, siguiendo su relato mencionando las Ordenanzas de Minería llamadas del Antiguo Cuaderno, de 1563, las del Nuevo Cuaderno de 1584 y finalmente las ya mencionadas en otra parte de este trabajo, conocidas como Ordenanzas de Aranjuez de 1783.⁶³ Evidentemente el planteamiento de este autor genera una cierta confusión, ya que si vamos a llamar concesión a las mercedes reales para la explotación minera o el uso de tierras o de aguas, evidentemente hay antecedentes muy numerosos previos a la fecha

⁶³ Sánchez Gómez Narciso, *Segundo curso de Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 2002 p.107

de 1526. Si por el contrario, queremos referirnos a la concesión administrativa como ahora la conocemos y como otro de los productos del estado moderno, entonces realmente los antecedentes nos llevarían al siglo XIX.

El mismo autor se refiere a los llamados contratos-concesión que se dieron en México en 1857 para el Banco de México y en 1864 para el Banco de Londres y México, sin dejar a un lado el primer contrato-concesión de 1837 para la construcción del ferrocarril México-Veracruz y después los que se otorgaron en materia de electricidad y petróleo en la última década del siglo XIX.

Serra Rojas repite los mismos conceptos del autor mencionado anteriormente, agregando quizás algunos bancos más, como el Banco Franco-Egipcio en 1881 y el Banco de Empleados en 1883⁶⁴

No podemos dejar de mencionar la referencia que hace Jaime F. Malagón al referirse a los antecedentes históricos de la concesión en México, cuando menciona en forma anecdótica que los *pochtecas* “clase privilegiada en el México precortesiano, tenía la concesión exclusiva para comerciar en los *tianguis*, que eran mercados oficiales regulados por el derecho azteca”.⁶⁵

La palabra concesión proviene del latín *concessio*, de *concederé*, y lleva implícito en su significado un acto de otorgamiento o de transmisión, que no requiere de mayor análisis y que es lo que nos permite compararla o equipararla a los actos gratuitos de los reyes o señores feudales e incluso a figuras más antiguas, que siempre han permitido que los súbditos, ahora particulares, puedan beneficiarse de lo que podría llamarse la generosidad del soberano.

Suele distinguirse a las concesiones, de otras figuras jurídicas similares como son los llamados permisos, autorizaciones, licencias, etc. Al respecto los autores coinciden en que la diferencia fundamental radica en el hecho de que en la autorización, la licencia y el permiso, la autoridad administrativa simplemente remueve un obstáculo para el ejercicio

⁶⁴ Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, 22ª edición, Porrúa, México, 2003. p.386-387. En el mismo sentido Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto *et. alt.*, *Compendio de Derecho Administrativo*, 3ª edición. Porrúa, México, 1998 p. 367

⁶⁵ Malagón, Jaime F. *Fideicomiso y Concesión*, Porrúa, México, 2002. p. 6

de la facultad del particular y verifica que pueda garantizar que dicha actividad no afectará aspectos de interés general, aprovechando también este régimen para sustentar su ingerencia ejerciendo funciones de vigilancia en protección de la sociedad en general, existiendo siempre un derecho previo del particular, "...la autorización permite el ejercicio de un derecho preexistente por lo que, al cumplirse con los requisitos legales se asegura el interés público y permite a la autoridad administrativa levantar el obstáculo que facilita al particular el ejercicio de un derecho".⁶⁶ En el caso de la concesión se sostiene en forma generalizada que la misma crea o concede el derecho, facultad o poder jurídico del particular, considerando siempre que ese derecho o facultad no lo tiene el particular previamente, como apunta el mismo autor: "...en cambio en la concesión estamos en presencia de la creación o constitución de un derecho nuevo que no existía anteriormente".⁶⁷ En el mismo sentido, Acosta Romero apunta: "...la concesión es constitutiva y esa característica la distingue del régimen de permisos, licencias y autorizaciones, en el que el particular tiene derechos previos que han sido sometidos a limitaciones o modalidades por razones de salubridad, seguridad y orden público y que sujetan al particular al cumplimiento de una serie de requisitos, que una vez satisfechos le permiten realizar esa actividad".⁶⁸

La confusión terminológica en la utilización de los diversos conceptos tales como permisos, licencias, autorizaciones, visados, etc., no es privativa del Derecho Mexicano. En ese mismo sentido García de Enterría, se pronuncia cuando trata este tema en relación con el orden jurídico español, señalando que se llegan a establecer diferencias poco justificables entre esos términos.⁶⁹ Conviene mencionar que el administrativista español se detiene en el análisis de la autorización, respecto de la cual apunta que la doctrina jurídica se fue desarrollando a lo largo del siglo XIX para concluir con lo que llama dos acercamientos distintos, el primero que la considera como un acto de la administración que levanta una prohibición previamente establecida y el segundo, como un caso de preexistencia de un derecho en el sujeto particular, para concluir proporcionándonos una definición de autorización: "...acto de la Administración por el que ésta consciente a un particular, el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida,

⁶⁶ Serra Rojas, Andrés, *op.cit.*, p. 388-389

⁶⁷ *Ídem.*

⁶⁸ Acosta Romero, Miguel *Derecho Administrativo Especial*, Volumen I, Porrúa, México 1998. p. 293

⁶⁹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo* Vol. II, Civitas, Madrid, 1982. p.119

constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente”.⁷⁰No escapa a nuestra atención que los conceptos del autor español sobre la autorización, nos podrían llevar a un análisis igual o quizás más extenso, que el que estamos intentando para la concesión administrativa.

Otros puntos en los que existen coincidencias en la mayoría de los autores, son aquellos relativos al uso poco preciso del término concesión administrativa en todo nuestro sistema legislativo, al gran número de actos que podrían llamarse concesiones y al elemento de discrecionalidad que se encuentra en la misma. A estos conceptos nos referiremos más adelante después de que podamos desmenuzar la concesión en sus elementos, enumerar sus tipos y sentar las bases para definir su naturaleza jurídica, requisito previo e indispensable para abordar posteriormente nuestra idea central, en la búsqueda de perfilar la naturaleza jurídica de los derechos derivados de las concesiones mineras.

En virtud de su importancia, sobre la concesión administrativa se han formulado un gran número de definiciones, de las cuales transcribiremos las más conocidas, para tomar de ellas los elementos que se repiten, cuestionar las diferencias y presentar nuestro punto de vista.

Nos dice Serra Rojas: “La concesión es un acto administrativo discrecional por medio del cual la Administración pública federal, confiere a una persona una condición o poder jurídico, para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público, de bienes del Estado o los privilegios exclusivos que comprenden la propiedad industrial”⁷¹

En el Compendio de Derecho Administrativo de Delgadillo Gutiérrez et al, la definición es la siguiente: “La concesión es un acto jurídico por el cual la Administración Pública otorga por tiempo determinado, a un particular, el derecho de prestar un servicio público o de usar, aprovechar y explotar bienes del Estado, de acuerdo a las normas que la regulan”⁷²

⁷⁰ *Ibidem.* pp.121-123

⁷¹ Serra Rojas, Andrés, *op.cit.*, p. 385

⁷² Delgadillo Gutiérrez, Luís Humberto, *et al.*, *op.cit.*, pp. 368-369

Por su parte Jorge Olivera Toro llama a las concesiones "...una de las formas preferentes de la colaboración de la propiedad privada en la ejecución de la función administrativa y en lugar de dar su definición cita la de Villegas Basavilbazo: "Es un acto administrativo constitutivo de un derecho subjetivo público"⁷³

Encontramos una definición más extensa y detallada en Narciso Sánchez Gómez quien sostiene que la concesión es un "...acto jurídico de derecho público, unilateral y discrecional, por medio del cual una dependencia u organismo de la administración pública Federal, Estatal o Municipal en la esfera de su competencia, faculta a una persona física o moral con el carácter de particular, para prestar un servicio público o para explorar, explotar y aprovechar bienes del dominio del poder público, bajo las condiciones, modalidades y requisitos establecidos en las leyes y reglamentos respectivos".⁷⁴

Las definiciones de Nava Negrete y Gabino Fraga contienen simplemente los elementos básicos de las ya citadas anteriormente.

Conviene mencionar que en el caso de Delgadillo Gutiérrez et al, se incluyen también definiciones específicas para los diferentes tipos de concesión, que de acuerdo con la doctrina y nuestra legislación pueden ser concesiones sobre bienes de dominio público, concesiones para la prestación de un servicio público o concesiones de obra pública.⁷⁵

Cuando se entra a considerar cuántas clases de concesión se identifican en la doctrina y cuántas están reguladas por el derecho positivo vigente, se agudiza la diversidad de criterios que empieza observarse en los diferentes autores, desde la formulación de sus propias definiciones.

La mayoría se inclina por hablar de concesiones para la explotación y aprovechamiento de un bien de dominio público y concesiones para la prestación de un servicio público. Algunos agregan a las patentes y aún a los derechos de autor, como formas de concesiones y, recientemente se menciona a la llamada concesión de obra pública.

⁷³ Olivera Toro, Jorge *Manual de Derecho Administrativo*, 4ª edición, Porrúa, México, 1976. pp. 235-238

⁷⁴ Sánchez Gómez Narciso, *op.cit.*, pp.104-196

⁷⁵ Delgadillo Gutiérrez, Luís Humberto et al, *op.cit.*, p.376

Como ya vimos, Delgadillo Gutiérrez en su definición de concesión incluye únicamente a las dos primeras, pero posteriormente sostiene que si bien en nuestra Constitución Política se incluyen esas dos, pero que a nivel de leyes secundarias, tales como la Ley de Vías Generales de Comunicación, la Ley de Aguas Nacionales, la de Navegación y Comercio Marítimos y la Ley de Puertos, se reconoce la existencia de otra llamada “concesión de obra pública”, según la cual, señala que “la Administración Pública encomienda al concesionario para que, bajo su costo y riesgo, realice una obra pública, sin que por ella reciba la contraprestación correspondiente, pero que a cambio le otorga el beneficio de explotarla por un tiempo determinado, a fin de que amortice el capital invertido...y obtenga la utilidad correspondiente...”⁷⁶ Asimismo llega a afirmar más adelante que la doctrina, mas no nuestra legislación, reconoce también la concesión de empresa pública.

Otros autores como Serra Rojas y Olivera Toro, prefieren hacer enumeraciones ejemplificativas, el primero citando casos concretos de concesiones previstas en la legislación mexicana⁷⁷ sin ninguna sistematización y casi obedeciendo a la denominación que utilizó, no siempre felizmente, el legislador. El segundo afirma clasificarlas “según su objeto”, pero en realidad también presenta una lista, sin usar el nombre legal, pero que simplemente enuncia diferentes tipos al capricho de denominaciones legislativas.

A diferencia de los autores mexicanos que siguen dando importancia a la concesión para el aprovechamiento de bienes del dominio público, la doctrina extranjera se enfoca fundamentalmente a las concesiones de servicio público e inclusive a la concesión de obra pública, que Comadira trata como un apartado de los contratos administrativos.⁷⁸

En el caso de la doctrina española, García de Enterría, quien también pone más énfasis en la concesión de servicio público, no deja de ocuparse de las concesiones de aprovechamiento de bienes públicos a los que, respetando la terminología de Demanio o dominio público los define como “...cosas que no están vocadas a servir de soporte físico a una función pública propiamente dicha...sino a producir bienes dentro del tráfico privado...y son concretamente dos: aguas y minas” afirmando más adelante “...la técnica

⁷⁶ *Ídem.*

⁷⁷ Serra Rojas, Andrés, *op.cit.*, pp.389ss

⁷⁸ Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, *Derecho Administrativo Argentino*, Porrúa-UNAM, México, 2006. pp.419 ss y 774 ss

demanial (implica que) ningún privado podrá utilizar los respectivos recursos sino previa una concesión administrativa la cual se otorgará con fines distributivos de recursos escasos de alta significación económica y social...(para) su mejor utilización social; es la técnica...de nuestro Derecho”⁷⁹

En el caso de Comadira, cuando se ocupa de los bienes de dominio público, pone mayor énfasis sobre aquellos de uso público, como el espacio aéreo, el mar y solamente en forma secundaria incluye los bienes que pueden ser sujetos a un aprovechamiento, pero insistiendo que finalmente para éstos encontramos un “uso público indirecto”⁸⁰

Extendiéndose el autor argentino sobre el uso de dichos bienes, se ocupa de las que llama precisamente “concesiones de uso”, a través de las cuales el particular obtiene un derecho para un uso especial o privativo de los bienes de dominio público, originalmente destinados al uso común.⁸¹ En nuestro derecho podríamos ejemplificar esta figura con la concesión para el uso de la zona federal marítimo terrestre.

Curiosamente, el autor argentino no hace mención alguna al aprovechamiento de los recursos minerales, ni a una concesión específica para ello, no obstante que en el derecho argentino, los recursos minerales de mayor importancia económica corresponden al dominio del estado, mismo que les concede a los particulares el derecho de aprovechamiento, manteniéndose el debate respecto a si el estado transfiere realmente la propiedad sobre estos recursos al particular o estamos frente a un caso de un contrato concesión.⁸²

En realidad no podemos hablar, en estricto sentido, mas que de dos tipos de concesiones, las que tradicionalmente se han enunciado: para usar, aprovechar y explotar un bien de dominio público, o la que permite explotar un servicio público. Solo en estos casos podemos afirmar que el particular sustituye, en alguna forma, la actividad del Estado. Solamente en ellos el Estado *concede* un derecho al particular, transfiriendo una función que en forma primaria le correspondería a él. Las razones siempre irán más allá del ámbito del Derecho y podrán encontrarse en los antecedentes históricos, la eficiencia

⁷⁹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op.cit.*, pp. 134-135.

⁸⁰ Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, *op.cit.*, pp. 1037-1038.

⁸¹ *Ibidem.* p. 1071

⁸² Pigreti, Eduardo A., *Manual de Derecho Minero*, Depalma, Buenos Aires, 1996. pp.8-12

económica o, quizás simplemente un acomodamiento político en un lugar y en un momento históricos determinados. Ya dijimos que en nuestra legislación el término se usa en forma indiscriminada y, por ello, inapropiada desde el punto de vista doctrinario, pero no por ello deberá ocuparse el intérprete de buscar explicaciones o pretender nuevas sistematizaciones.

Esas llamadas concesiones de obra pública o de empresa pública, no son sino formas especiales de ciertos contratos administrativos entre el particular y el gobierno, como mecanismos incluidos o combinados con el otorgamiento de concesiones relativas a los bienes de dominio público o a la prestación de servicios de esa naturaleza.

En la búsqueda de la naturaleza jurídica de la concesión administrativa, los autores suelen recurrir al camino de señalar en primer término lo que no es y se compara a la concesión con las autorizaciones, licencias y permisos, porque, a juicio de la mayoría de ellos, son figuras que se prestan a cierta confusión. Independientemente de la terminología utilizada y de algunas pequeñas variantes, la conclusión general es que la concesión otorga al particular un derecho que no tenía, en tanto que las autorizaciones, permisos y licencias, simplemente remueven un obstáculo o permiten al Estado ejercer funciones de control en materias tales como la salud pública, la protección ambiental, etc.. Independientemente de que las discusiones sobre esas diferencias podrían hacerse interminables, serán siempre ociosas, porque finalmente, con ello, no sabremos con exactitud lo que la concesión es.

En las definiciones que se han apuntado pueden encontrarse elementos que, al repetirse, destacarse o ignorarse por los distintos autores, nos han de acercar al objeto de análisis.

Todas las definiciones consideran a la concesión como un acto, jurídico y lo dicen específicamente, algunas en forma un tanto innecesaria. Otras le dan acertadamente el carácter de administrativo, lo que nos permite ubicarlo en la esfera del Poder Ejecutivo. Al respecto, algunas definiciones citan expresamente a la Administración Pública como la autora del acto; Serra Rojas especifica a la administración pública federal y solamente Sánchez Gómez incluye a los ejecutivos estatales y municipales. Todas hacen referencia al objeto de explotar y aprovechar un bien de dominio público o a la prestación de un

servicio público y solamente Serra Rojas agrega a los privilegios de la propiedad industrial.

La doctrina ha sostenido tradicionalmente, aunque en las definiciones citadas solo lo hacen Serra Rojas y Sánchez Gómez, que la concesión es, ante todo, un acto discrecional, partiendo de la premisa arriba apuntada de que en la concesión se le otorga al particular un derecho que no tenía; un acto gracioso del Estado que puede decidir unilateralmente si lo realiza o no, aunque cabría la pregunta respecto a temas como la selección del sujeto de la concesión, los tiempos, las condiciones. Evidentemente que la discrecionalidad aún dentro de este planteamiento, no podría ser absoluta, porque de tal forma atentaría contra la seguridad jurídica, por no decir que afectaría al estado de derecho.

Este tema de la discrecionalidad, como uno de los elementos de la concesión administrativa, es también motivo de algunas reflexiones del autor argentino Comadira, quien antes de adentrarse en él, apunta acertadamente que al llamado principio de legalidad, debemos denominarlo de juridicidad y a continuación afirma: “Hoy es un valor incorporado al Estado de derecho la consideración de la discrecionalidad como un margen de apreciación conferido normativamente a la actuación administrativa, como una posibilidad de elección doblemente jurídica: primero, en tanto toda potestad, incluso la discrecional, presupone la existencia de la norma atributiva y, segundo, en cuanto el propio despliegue de la potestad discrecional debe sujetarse a límites jurídicos impuestos por el ordenamiento”⁸³

En el caso concreto de nuestra legislación y, como ejemplo, el de la concesión minera, si el solicitante de una concesión cumple con todos los requisitos legales y reglamentarios, la Dirección General de Minas no podría negarle el otorgamiento de la concesión, entre otras cosas porque no existe disposición legal alguna en la que pudiera fundamentar su resolución.

Cabría entonces preguntarse si la discrecionalidad acompaña a la concesión. La respuesta está en que la concesión, en tanto otorgamiento gracioso del Estado, se ha de

⁸³ Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, *op.cit.*, p. 56

conceder o no como una posibilidad o expectativa para los particulares al momento mismo de crear el ordenamiento legal. El Estado, que no el Poder Ejecutivo, es el que puede decidir libremente al dictar la Ley, si se otorgarán o no concesiones en ciertas materias y bajo que circunstancias. La discrecionalidad está pues en el Legislativo como poder originario o derivado, no en el Ejecutivo y no es pues, una de las características de ese acto administrativo.

No obstante lo anterior, debe señalarse que el Poder Judicial de la Federación ha resuelto en repetidas ocasiones, que la concesión es un acto discrecional, enfocándolo desde la perspectiva de que el artículo 27 constitucional concede a la autoridad una facultad potestativa, llegando a resolver: “No basta que cualquier mexicano o sociedad mexicana satisfaga los requisitos que las leyes reglamentarias exigen con el objeto de obtener una concesión para la explotación de los productos del subsuelo, para que el poder público se vea obligado a otorgarla; pues este poder, usando de la facultad potestativa que le concede el artículo 27 constitucional, puede, en determinados casos, cuando el interés general lo exige, negar el otorgamiento de esa concesión, si lo contrario se traduce en daño para la Nación”. (Amparo administrativo en revisión 7776/39, Quinta Época, Segunda Sala, S.J.F. LXV, pág. 498). Aun cuando en otras resoluciones se ha establecido claramente que la discrecionalidad o el ejercicio de esa facultad potestativa no debe llevar a la arbitrariedad: “No es exacto que la Nación tenga una facultad potestativa, en grado tal, que se desentienda de las prescripciones legales para negar una concesión solicitada por un particular, cuando éste cumpla con todos y cada uno de los requisitos de la ley...pues esa facultad potestativa se transformaría en arbitraria...” (Amparo administrativo en revisión 4440/39, Quinta Época, Segunda Sala, S.J.F. LXIV, pág. 2819.) Y en el mismo sentido ha resuelto: “...ya que cuando una ley establece que la administración puede hacer o abstenerse de hacer un acto que beneficia a un particular, esta facultad debe ejercitarse en forma que se respete el principio de igualdad de los individuos ante la ley, porque de otra manera, no se trataría de una facultad legítima, sino de un poder arbitrario incompatible con el régimen de la legalidad”. (Amparo administrativo en revisión 5902/41, Quinta Época, Segunda Sala, S.J.F. LXXII, pág. 2756).

Por otra parte, el artículo 17 de la Ley General de Bienes Nacionales dispone:

“Las concesiones sobre bienes de dominio directo de la Nación cuyo otorgamiento autoriza el párrafo sexto del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se regirán por lo dispuesto en las leyes reglamentarias respectivas.”

El Ejecutivo Federal podrá negar la concesión en los siguientes casos:

I.- Si el solicitante no cumple con los requisitos establecidos en dichas leyes;

II.- Si se crea con la concesión un acaparamiento contrario al interés social;

III.- Si se decide emprender, a través de la Federación o de las entidades, una explotación directa de los recursos de que se trate;

IV.- Si los bienes de que se trate están programados para la creación de reservas nacionales;

V.- Cuando se afecte la seguridad nacional, o

VI.- Si existe algún motivo fundado de interés público.”

La pregunta sería si el primer párrafo de este artículo es excluyente del segundo, en cuanto que en el caso de los recursos minerales y las aguas, no habrá otra posibilidad de negar el otorgamiento de las concesiones, más allá de aquellas que se establezcan en las leyes especiales y el segundo párrafo, con sus seis fracciones, resultaría aplicable solamente a los casos de concesiones distintas de las señaladas en el párrafo sexto del artículo 27 constitucional.

Pero aún aceptando que las seis fracciones sean aplicables a todas las concesiones administrativas para el aprovechamiento de los bienes del dominio público, previstas en nuestro orden jurídico, no necesariamente se podría desprender de ello que el Ejecutivo tiene una facultad discrecional para otorgar o no una concesión.

De acuerdo a la definición que nos da el Diccionario de la Lengua Española, en su edición vigésima segunda de lo que significa “discrecional”, se le aplica tal adjetivo a lo “que se hace libre y prudencialmente...se dice de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas....”.

La sola existencia del artículo 17 arriba transcrito nos habla de un campo de acción reglado o limitado, pero al utilizar el verbo de la acción del Ejecutivo como “podrá” abonaría a favor de lo discrecional. La primera de las fracciones es muy clara en cuanto a la no discrecionalidad de la posible negativa. Las cinco restantes, no por sustentarse en

conceptos a veces un tanto subjetivos, quizás difícilmente cuantificables o con cierto grado de dificultad en cuanto a la prueba, no por ello dan lugar a sostener un actuar libre del Estado. Siempre habrá de contarse con un sustento que sirva de motivación al acto gubernamental. La rigidez de nuestro sistema legal, que soporta el actuar del Poder Ejecutivo en el principio de legalidad nos lleva a sostener que la única posibilidad de un acto discrecional se encontraría cuando la disposición legal de base para dicha acción establezca expresamente: “la autoridad resolverá discrecionalmente”

Volviendo a los ejemplos de concesiones administrativas previstas en nuestro orden jurídico, el propio artículo veintisiete constitucional es una buena muestra de ello. Para el caso de los recursos minerales en general y el caso de las aguas nacionales, establece la posibilidad de que se otorguen concesiones, pero para los casos del petróleo y de los minerales radiactivos, la norma constitucional es tajante: no se otorgarán concesiones para la explotación de dichos recursos. El Constituyente Permanente hizo valer su poder de discrecionalidad.

El mismo dispositivo legal, junto con los párrafos cuarto de los artículos veinticinco y veintiocho, expresamente rechazan la posibilidad de otorgar concesiones en relación con las actividades consideradas como prioritarias para el Estado mexicano: petróleo y demás hidrocarburos de hidrógeno, minerales radiactivos y el servicio público de energía eléctrica. La comunicación vía satelital y los ferrocarriles, también son consideradas como actividades prioritarias, pero el mismo artículo veintiocho considera la posibilidad de otorgar concesiones.

Este último dispositivo establece la regla general en materia de concesiones de carácter federal, en su antepenúltimo párrafo: “El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, usos y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguran la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.”

Dos puntos podrían quedar resueltos: primero, que nuestro orden jurídico vigente solamente reconoce los dos tipos de concesión básicos y habría que analizar si realmente

las otras figuras que ahora propone la doctrina, como las llamadas concesiones de obra pública, lo son realmente y, segundo, la discrecionalidad que la teoría jurídica apunta como una característica esencial de la concesión, no se reserva al acto administrativo, sino que la ha ejercido el constituyente en lo general, dejando campo a las leyes secundarias en lo particular.

En cuanto a los servicios públicos, los más comunes de ellos y los que se enumeran a nivel constitucional, quedaron contenidos en la fracción III del artículo 115 como funciones y responsabilidades de los municipios y respecto de ellos, dicho artículo no contempla la posibilidad de que se concesionen a los particulares, situación que sí se ha venido presentando a nivel de las constituciones estatales y leyes municipales.

La Ley General de Bienes Nacionales, que podríamos calificar como la de carácter general en esta materia, frente a las particulares o específicas como serían la Minera o la de Aguas Nacionales, según lo dispone en su artículo cuarto, se ocupa con cierta amplitud de este tema, principalmente en lo relativo a las concesiones para el uso o aprovechamiento de los inmuebles del dominio de la Federación. En el caso de los bienes de uso común, tales como el espacio aéreo y ciertas zonas de terrenos, se exigirá la concesión o el permiso cuando se requiera de ellos un “aprovechamiento especial”.

Además del artículo 17 de esta ley, arriba citado, destaca también el número 16 que constituye parte del objeto central de este estudio y que, recordamos, dispone que las concesiones sobre bienes del dominio de la Federación, no crean derechos reales a favor del concesionario.

Para nuestros propósitos, es decir, para llegar a una definición de la concesión minera que nos acerque al tipo de derechos a que da lugar, las notas que distinguen a la concesión administrativa son: es un acto del Poder Ejecutivo, en cualquiera de sus tres niveles, por el cual un particular adquiere el derecho para usar o aprovechar un bien del dominio público o para sustituir a dicho Poder Ejecutivo en la prestación de un servicio público.

Nuestra Ley Minera no incluye una definición de la concesión minera. La Doctora María Becerra, que escribió su tratado ocupándose principalmente de la ley de 1961, cita la de

Alcalá Zamora, citado a su vez por Puyuelo, “la enajenación parcial limitada y revocable de cosas o derechos pertenecientes al dominio público para aprovechamientos determinados que se subordinan a fines de interés general y se someten a la inspección de la autoridad”.⁸⁴

Tenemos también la definición de concesión minera que nos proporciona Oscar Morineau: “La concesión minera es un acto administrativo mediante el cual la Nación, sin transmitir el dominio o un derecho real sobre el subsuelo concesionado, otorga al concesionario el derecho a explotar el subsuelo, con todos los derechos conexos que son necesarios o convenientes para que puede efectuar trabajos de exploración y explotación y hacer las construcciones necesarias, otorgándole asimismo las protecciones más amplias posibles frente a terceros...”⁸⁵ A reserva de referirnos a lo largo de este trabajo a varios de los conceptos expresados por Morineau, simplemente destacamos su errónea referencia al subsuelo, la inclusión de derechos conexos y la innecesaria parte final de la definición, relativa a las “protecciones más amplias frente a terceros”.

Podríamos concluir el presente apartado con la siguiente definición de la concesión minera, que es el acto administrativo por el cual el Poder Ejecutivo Federal otorga al particular el derecho a aprovechar los recursos minerales, que de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pertenecen al dominio directo de la Nación, dentro de un espacio físico determinado y por un periodo de tiempo limitado.

2.- Los derechos reales y los personales.

a) Introducción. Concepto.

El dilema fundamental que se plantea la doctrina mexicana que se ha ocupado de la Legislación Minera, consistente en la distinción respecto de la naturaleza de los derechos derivados de las concesiones, estableciendo la disyuntiva de derechos reales o derechos personales, no viene sino a reflejar en alguna forma el gran debate de la doctrina civilista respecto a la existencia de esos dos tipos de derechos y a los elementos que pudieran considerarse que establecen la diferencia.

⁸⁴ Becerra González María, *La Política Minera de México y sus resultantes en las Instituciones Jurídicas* p. 16

⁸⁵ Morineau, Oscar, *Los Derechos Reales y el subsuelo en México* Fondo de Cultura Económica / UNAM, México, 1997. p. 253

Antes de reflexionar sobre esos elementos de distinción, no podemos dejar de anotar el cuestionamiento respecto de si realmente es válido, a nivel de la doctrina jurídica en general y de la civil en particular, establecer que existen esas dos grandes categorías en las que podemos englobar a los derechos subjetivos.

Si nos remontamos a planteamientos más básicos, pero no por ello necesariamente poco válidos, podríamos considerar que la clasificación misma no debe sostenerse más.

Los derechos subjetivos, considerados como potestades o facultades del individuo que cristalizan en su esfera de acción, porque encuentran un fundamento en alguna norma del derecho objetivo, contenga o no ésta el elemento de juricidad que deba darle sustento, más allá del que el positivismo aporta al establecer el dictado de la autoridad legítima, como el requisito único de juricidad, han sido agrupados tradicionalmente, en derechos subjetivos públicos y privados. Dentro de estos últimos, se incluyen aquellos tales como los derechos personales y personalísimos, así como los de carácter patrimonial que se refieren a la posibilidad jurídica de que la persona detente alguna facultad sobre cosas y bienes. A este último grupo de derechos, son a los que se aplica la distinción tradicional de derechos reales o personales.

Sobre este cuestionamiento inicial que estamos formulando, conviene, citar a Valverde, según referencia que hace Rafael Rojina Villegas: “Por el examen que acabamos de hacer, queda suficientemente demostrado que no cabe separar a los derechos reales y personales formando relaciones jurídicas esencialmente diferentes....pues bien claro está que las diferencias que la doctrina jurídica apunta para distinguirles, no son fundamentales, sino más bien que se dan en la generalidad de las relaciones jurídicas, pero no en todas”.⁸⁶

Olvidemos por el momento este cuestionamiento de fondo respecto a la improcedencia de sostener una distinción que no necesariamente nos da respuestas, sino que, por el contrario, parece llevarnos a más preguntas y a las contradicciones y estructuras rígidas, a las que nos han conducido los intentos de elaboración doctrinaria que pretenden formar

⁸⁶ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano Bienes, Derechos Reales y Posesión*, Tomo Tercero, Porrúa, México 199. p. 120

cajones que operen como compartimentos estancos, tratando de congelar en el tiempo y en el espacio, la dinámica jurídica que se desprende necesariamente de la transformación social, del cambio permanente.

En abono de la distinción tradicional clásica, Antonio de Ibarrola apunta que los derechos reales y los personales “forman, a nuestro modo de ver, dos categorías jurídicas distintas e irreductibles” para posteriormente adherirse a Borja Soriano en la definición del derecho real al que contemplan con un aspecto interno que representa un poder jurídico directo sobre la cosa y otro externo que se refiere a la “obligación general que tiene por fin hacer respetar la situación del titular respecto de la cosa”⁸⁷

El mismo autor de Ibarrola, nos entrega las distinciones clásicas, señalando que el derecho arquetipo entre la familia de los derechos reales es el derecho de propiedad y en aquella de los derechos personales es el préstamo de dinero⁸⁸ y que el derecho personal es relativo, contra una sola persona, en tanto que el de naturaleza real es de carácter absoluto, oponible a todos.⁸⁹

Este antagonismo que la doctrina ha creado entre los derechos reales y personales, lleva a Bonnecase a sostener que “Tradicionalmente se definen el derecho real y el de crédito u obligación, en función uno de otro. Esta tradición es justificada y por ello no puede medirse realmente todo el alcance del derecho real, sino después de haber estudiado la obligación”.⁹⁰ No podemos dejar de destacar que el reconocimiento que hace el tratadista respecto de la necesidad de explicar la naturaleza de uno de los derechos en función de sus diferencias con el otro, no deja de apuntar hacia la idea de que la distinción doctrinaria ha sido un tanto forzada.

También abona hacia la distinción Miguel Alessio Robles, cuando afirma: “...sostengo que en la realidad regulable jurídicamente, las relaciones humanas solo pueden presentarse en dos formas antagónicas: o bien se está en presencia de un derecho personal o de crédito o bien se trata de un derecho real. Ninguna relación jurídica puede ser a la vez

⁸⁷ De Ibarrola, Antonio, *Cosas y Sucesiones*, 2ª edición, Porrúa, México, 1997. p. 76

⁸⁸ *Ibidem*, p. 59

⁸⁹ *Ibidem*. p. 62

⁹⁰ Bonnecase, Julián, *op. cit.* p.468

relativa (personal) y absoluta (real), como lo sostuvo Rojina Villegas...”.⁹¹ Aquí observamos en la contundencia del autor, la crítica a Rojina Villegas por las características que este último utilizó para sus planteamientos respecto del carácter relativo o absoluto de los derechos, lo que quisiéramos vincular con la cita que anteriormente hicimos de Antonio de Ibarrola, que en sus propias palabras usa también esos calificativos respecto a lo relativo o absoluto de los derechos y luego citando a Borja Soriano que utilizó los de interno o externo, todo ello para afirmar que la doctrina ha tratado de establecer las diferencias entre ambos tipos de derechos, desde todas las perspectivas.

Los planteamientos de Rojina Villegas se inician lamentándose de que nuestros tratadistas no se han ocupado debidamente del tema de los derechos reales diciendo: “Hasta la fecha no se ha intentado crear una verdadera teoría general de los derechos reales, como se ha hecho a propósito de la teoría general de las obligaciones o derechos personales. Simplemente se ha hecho el estudio de los derechos reales en particular...”⁹²

Al empezar a esbozarnos su posición respecto a este tema, alude a las confusiones que a su juicio tuvieron algunos tratadistas en el pasado, cuando identificaron a los bienes o a las cosas como el objeto jurídico del derecho real, según él por haber atendido a consideraciones de carácter económico y no a las de naturaleza jurídica. Resaltando el planteamiento de lo que ahora podríamos llamar la doctrina unánime sobre el tema, el autor destaca que el objeto de un derecho siempre deberá ser la conducta humana, aunque de inmediato apunta a distinguir un objeto directo, que sería dicha conducta, de uno indirecto, que sería la cosa y nos señala “...hay un grave error, pues sería tanto como afirmar que los derechos reales son los únicos dentro de todo el gran conjunto de los derechos subjetivos, que tienen por objeto cosas o bienes, en tanto que los demás se refieren siempre a una conducta.... evidentemente que los derechos reales no pueden constituir una nota discordante que rompa con la armonía del sistema”⁹³

Consideramos prudente, antes de continuar analizando los planteamientos de Rojina Villegas sobre este tema, recordar sus mismos conceptos sobre los derechos subjetivos,

⁹¹ Alessio Robles, Miguel, *op. cit.* p.14

⁹² Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p.9

⁹³ Sánchez Mejorada, Carlos, *Algunas notas sobre las Propiedades Mineras antes y después de la Constitución de 1917*, edición del autor, México, 1947. p.135

que para él deben entenderse como una facultad jurídica derivada de una norma de derecho objetivo, para interferir lícitamente en la esfera de derecho de otro sujeto o para impedir que un tercero interfiera en su esfera de derecho o su conducta, conceptos que le permiten seguir en la línea de lo que ahora podríamos llamar la doctrina clásica respecto de que en el derecho real el objeto siempre será la conducta humana y el sujeto uno de carácter pasivo universal.⁹⁴

Otra de sus afirmaciones, que conviene destacar dice “Tan es así (el derecho y el deber están en las personas y no en las cosas) que la cosa como tal es la misma en la propiedad y en el usufructo, de tal manera que idéntica materia no puede constituir el mismo objeto en ambos derechos”⁹⁵ a lo que cabría apuntar que esta objeción sería también válida cuando se señala que la conducta humana es el único objeto de la norma jurídica, ya que esta conducta es por definición cambiante entre todos los sujetos y aun en un mismo sujeto, pero la misma en la concepción jurídica, “no pagar lo debido”, por ejemplo.

Rojina Villegas nos presenta un panorama de los planteamientos de los autores mexicanos, fundamentalmente para apoyar los suyos, aun cuando por excepción le contradicen.

Siguiendo Rojina con su cuestionamiento sobre las cosas como objetos del derecho destaca la frase de Oscar Morineau: el derecho no puede consistir en hacer algo para o por la cosa, supuesto que todo el derecho otorga facultades o impone deberes a los hombres...el derecho no puede ordenar o permitir nada a la cosa, ni siquiera hacerla su objeto inmediato...el objeto directo del derecho es siempre una actividad o abstención humanas”.⁹⁶ Respecto de lo cual podríamos apuntar, no se trata de cuestionar que el objeto directo del derecho es la conducta humana, pero eso no excluye una relación, que la realidad nos muestra en forma palpable, que en los llamados derechos reales se da entre el sujeto que lo detenta y la cosa misma.

⁹⁴ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 137

⁹⁵ *Ibidem.* p 37

⁹⁶ *Ibidem.* pp.128-129

Sigue refiriéndose Rojina Villegas a los autores mexicanos, afirmando que García Máynez, se adhiere a Planiol, sosteniendo que es falso que el derecho real es un vínculo jurídico entre una persona, sujeto activo, y una cosa objeto del derecho, para acabar sosteniendo que derecho real es una facultad, a la que corresponde un deber general de respeto, que su titular tiene para obtener directamente de una cosa todas o parte de las ventajas que ésta es capaz de generar, en contra de lo que sostenían Gaudemet y Gazin y luego Ortolan.⁹⁷

Siguiendo con el repaso que nuestro autor hace de las posiciones de los tratadistas mexicanos, sobre Vázquez del Mercado nos dice que éste caracteriza a los derechos reales distinguiéndolos de las obligaciones; elogia sus criterios de distinción, en especial admite el de “inmediación” que existe entre el titular del derecho real y la cosa objeto del mismo, sin que por ello se afirme la existencia de una relación jurídica que no puede darse entre el sujeto y la cosa”⁹⁸

Para concluir con la posición de Rojina Villegas a este respecto, conviene citarlo cuando ataca la posición relativa a sostener que una cosa puede ser objeto del derecho: “Esta aberración es semejante a la que cometiera la Escuela de la Exégesis, al definir al derecho real diciendo que es una relación jurídica que se establece en forma directa entre una persona y una cosa. ¡Como si las cosas pudieran ser sujetos pasivos o reportar obligaciones!”⁹⁹ Objeta con lo objetado.

b) Teorías distintivas.

Como ya señalamos anteriormente, para poder entender y tratar de definir a los derechos reales y a los derechos personales, la doctrina se ha visto obligada a presentarlos en oposición y a destacar sus diferencias a través de la comparación.

Georges Ripert y Jean Boulanger señalan: “Mientras que el derecho personal da al acreedor solamente el derecho a obtener una prestación o una abstención de una prestación, el derecho real permite a su titular obtener *contra toda persona* el respeto de una situación de privilegio que le asegura ventajas particulares. Esa oponibilidad absoluta

⁹⁷ *Ibidem.* pp.130-131

⁹⁸ *Ibidem.* p. 132

⁹⁹ *Ibidem.* p.120

es la característica del derecho real”.¹⁰⁰ Por su parte José Arce y Cervantes nos dice: “En el derecho real no encontramos esta relación entre las dos partes determinadas ligadas por un vínculo. A primera vista, se nos aparece como un poder inmediato y directo sobre una cosa (jus in re) y que da derecho a sacar provecho de esa cosa...su titular puede aprovecharse el solo de esa cosa...la teoría tradicional lo presentaba como una relación de hombre a cosa, a diferencia del derecho de crédito que es relación de persona a persona. Contra esta concepción reacciona Windschied y expresa, con razón, que no puede haber relación jurídica entre persona y cosa y que, entonces era necesario dar al derecho real un contenido jurídico. Así se forma el concepto de derecho real como aquella *relación de su titular frente a todas las personas que tienen el deber (no obligación) de no perturbar ese derecho, o sea un deber de siempre abstención*. El titular es el sujeto activo, todas las demás personas son sujetos pasivos en esta relación...sin embargo...el derecho real requiere la concesión de un poder inmediato sobre un objeto que queda vinculado jurídicamente al sujeto. Nace así la teoría ecléctica que fija al derecho real los siguientes caracteres: a) elemento interno: inmediatividad (poder directo sobre la cosa sin intermediarios); b) elemento externo: absolutividad o sea contra todos, contra un deber universal de abstención...Puig Peña define el derecho real: ‘es *el que concede a su titular un poder inmediato y directo sobre una cosa y que puede ser ejercitado y hecho valer frente a todos*’.¹⁰¹

El resumen que nos presenta Rojina Villegas respecto de las diferentes teorías, nos permite agruparlas en: dualistas, monistas y eclécticas:

- a) Las teorías dualistas son: la de la exégesis o clásica francesa de Aubry y Rau y la de Baudry Lacantinerie y la de Bonnecase.
- b) Las teorías monistas: la personalista que defienden Ortolan, Planiol y Demogue y la objetivista o realista de Gaudemet, Jallu, Gazin y Saleilles.
- c) Las teorías eclécticas que establecen identidad en lo externo y separación o diferenciación en lo interno, expuestas por Planiol, que cambió sus planteamientos, y Ripert.

¹⁰⁰ Ripert, Georges, *et alt.*, *op. cit.* p.11

¹⁰¹ Arce y Cervantes, José, *De los Bienes*, 4ª edición, Porrúa, México, 2000. p.10

El cambio, que podría considerarse de gran trascendencia, en Planiol, es comentado por Antonio de Ibarrola cuando nos dice: “Afirma Planiol, que la teoría clásica es falsa en el fondo, porque no puede existir una relación jurídica entre una persona y una cosa. Las relaciones jurídicas se establecen, por definición, solo entre personas. El poder de hecho ejercido sobre una cosa tiene su nombre especial: es la posesión. Es un axioma inconmovible que toda relación jurídica existe entre personas”.¹⁰² Explicándonos el cambio en Planiol, nos dice: “Posteriormente Planiol y Ripert rectificaron su posición personalista y adoptaron una posición ecléctica, ‘el derecho real –definen- es un poder jurídico que de manera directa e inmediata ejerce una persona sobre un bien determinado para aprovecharlo total o parcialmente (hasta aquí el aspecto interno), siendo oponible dicho poder a un sujeto indeterminado, que tiene la obligación de no perturbar al primero en el ejercicio de su derecho (aspecto exterior).”¹⁰³

Es evidente que la tesis personalista de Planiol se vio obligada a buscar a sujetos pasivos indefinidos, de carácter universal, pasando a la posición ecléctica que establece las diferencias entre los aspectos internos y los externos del derecho, como Rojina Villegas que en esa misma búsqueda llega a las distinciones de derechos absolutos y relativos. Hablar de sujetos pasivos y pretender establecer en un derecho ese tipo de facetas que pretenden explicar elementos opuestos, no parece ser sino un esfuerzo para sostener el axioma, respecto a que el derecho solo debe ocuparse de la conducta humana, enunciándolo a través de una traspolación, para afirmar que el derecho no puede ocuparse de las relaciones lógicas y necesarias que encontramos entre las cosas y las personas en el mundo real.

Para concluir con los insistentes planteamientos de Rojina Villegas, que se mantienen en su intento respecto a negar que la relación entre las personas y las cosas pueda ser materia de la norma jurídica, conviene destacar una de sus afirmaciones hechas cuando se ocupa de los derechos personales, ya no de los reales, señalando “En los derechos personales o de crédito, el titular no adquiere un poder jurídico sobre bienes determinados” lo que nos lleva a preguntarnos si este concepto de poder jurídico no es sino una forma disimulada de hacer referencia a las relaciones entre sujetos y cosas.

¹⁰² De Ibarrola, Antonio, *op. cit.*, p.65

¹⁰³ *Ibidem.* p. 68

Si en alguno de los temas del Derecho se puede observar con gran claridad que el contenido de la norma jurídica es la realidad, el mismo mundo del ser, es en este tema en el que podemos observar la vinculación del hombre con las cosas. “Un derecho real tiene que recaer forzosamente sobre una realidad” nos dice Ibarrola.¹⁰⁴

El ser humano requiere por naturaleza satisfacer una serie de necesidades, que ahora llamamos primarias y secundarias, obteniendo del mundo que le rodea los satisfactores para dichas necesidades. En una etapa primitiva de la sociedad, el hombre para sobrevivir requiere de los alimentos que le proporcionan los animales y las plantas que le quedan a su alcance; de inmediato surge una segunda necesidad que consiste en obtener las herramientas o instrumentos, de los que ha de valerse para aprovechar los frutos de la tierra y las presas del reino animal.

Es evidente, por más vida en común que hayan llevado los seres humanos primitivos, que momento a momento se presentó el fenómeno de vinculación directa, inmediata y, más tarde, exclusiva, de un hombre y de una cosa, sea ésta un alimento o una herramienta. En el mismo sentido evoluciona la necesidad y su correlativa satisfacción, de proteger su propio cuerpo con pieles o plantas que también obtiene del medio que le rodea.

Una vez establecida esa relación entre hombre y cosa en la sociedad primitiva, lograda a través de la apropiación, ya sea de carácter transitorio o permanente, deben haber surgido normas de conducta, más o menos respetadas por el grupo social en lo general, a las que podríamos considerar dotadas de juridicidad, en tanto que obedecen a una realidad que impone su lógica a la conducta del hombre en sociedad.

Iniciada la primera etapa de exclusividad en el uso, consumo y disposición de las cosas, a través de la apropiación, surge después el proceso de incorporación del saber y de la habilidad humana, a las cosas que le rodean. Ya no es simplemente el usar y conservar una piedra o un tronco para matar a un animal o para derribar frutos de los árboles, sino que el homo habilis empieza a producir sus propias herramientas, modificando la forma original de piedras y troncos o combinándolas para lograr armas, mecanismos, etc. Estamos observando ya un proceso de avance tecnológico, en el que el individuo,

¹⁰⁴ *Ibidem.* p. 627

además de haberse apropiado de los materiales, está incorporando en la “nueva cosa” su propio saber.

En el fenómeno de la apropiación que implica ya la abstención del resto del grupo para usar, consumir o disponer de la cosa, observamos lo que se ha llamado una “obligación universal de respeto”, según destaca Rojina Villegas¹⁰⁵ y también el concepto de intermediación planteado por Vázquez del Mercado, al que ya nos hemos referido. Está surgiendo, en la realidad o de la realidad, lo que después será un concepto generalizado en todos los tratadistas que se ocupan de analizar los derechos reales: el deber de abstención de los llamados sujetos pasivos y la oponibilidad del derecho erga omnes.

Es en esta etapa histórica cuando las cosas, ya en el ámbito del derecho, se considerarán bienes, “jurídicamente dentro del género COSAS encontramos la especie bienes, las cosas se convierten en bienes no cuando son útiles al hombre sino cuando quedan apropiadas”.¹⁰⁶ Y en ello coincide también Arce y Cervantes: “Las cosas, los bienes, son tomados en cuenta por el derecho en cuanto el hombre puede sacar provecho de ellos. Todo hombre tiene a su disposición diversas cosas sobre las cuales tiene derechos privativos.”¹⁰⁷ Por su parte Alessio Robles abunda “el concepto de cosa se refiere a todo aquello que existe, mientras que el de bien, siempre en su concepción jurídica se limita a toda aquella cosa, corpórea o incorpórea que puede ser adquirida.... en materia de derechos reales, debe utilizarse el a su vez concepto de bien, en lugar del de cosa, pues todos los derechos reales son susceptibles de ser adquiridos...”¹⁰⁸

La misma evolución histórica de la sociedad nos va ir marcando el rumbo de la normatividad y el énfasis que se irá poniendo a cada uno de los conceptos que surgen de la realidad.

Los derechos sobre esclavos y mujeres, definidos en distintos grados y en distintas épocas, siempre pretendieron encontrar su sustento en supuestas diferencias naturales entre ciertas razas o entre géneros, pretendiendo por supuesto que se estaba atendiendo a la realidad que impone el contenido de juridicidad a las reglas de conducta social, pero

¹⁰⁵ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.* p.33

¹⁰⁶ De Ibarrola, Antonio *op. cit.* p.79

¹⁰⁷ Arce y Cervantes, José, *op. cit.* p.5

¹⁰⁸ Alessio Robles, Miguel, *op. cit.* p.75

con la evolución social, científica y tecnológica ha quedado claro que no hay bases reales en la naturaleza para sostener ese llamado derecho de propiedad sobre las personas. Su falta de sustento real impedía que pudiéramos considerar como jurídicas las normas, dictadas por una autoridad o la costumbre, que regulaban esos supuestos derechos.

En la evolución social, como dijimos, la normatividad va de la mano con el cambio de las condiciones del grupo. Cuando los hombres fueron abandonando los hábitos nómadas y pasaron a etapas sedentarias, principalmente por el dominio rudimentario de la agricultura, resulta evidente que el número de cosas o bienes que podían obtenerse, elaborarse y conservarse, va creciendo día con día. Ya no serán solamente las armas y los instrumentos para la cacería y para obtener los frutos de la tierra, sino que también aquéllos que sirven para las actividades agrícolas y para el almacenamiento de los mismos productos. La vida sedentaria llevará a la construcción de viviendas más sólidas y estables y al mobiliario para las mismas. La propiedad inmueble irá evolucionando a través de los siglos para convertirse, según nos recuerda Antonio de Ibarrola en la base del patrimonio: “La riqueza inmueble en los antiguos derechos español y francés estaba constituida por aquellos bienes de larga duración y capacidad productiva que por ende gozaban de mayor protección jurídica; se consideraban en cambio los muebles como viles, sin importancia, cosas que no merecían la misma protección que los inmuebles” ¹⁰⁹

Rojina Villegas siempre fiel a su posición en contra de la vinculación entre hombre y cosa, sostiene que quienes afirman lo contrario, lo hacen porque están partiendo de una posición que confunde lo económico con lo jurídico, ya que según él la existencia de un poder económico sobre la cosa, no es lo que debe considerarse como la relación jurídica, por lo que volviendo a su afirmación de que el objeto del derecho tiene que ser siempre la conducta humana; concluye: “.... evidentemente que los derechos reales no pueden constituir una nota discordante que rompa con la armonía del sistema” ¹¹⁰

Las consideraciones anteriores nos han ido acercando al concepto que el Derecho maneja para los derechos reales. Según Arce y Cervantes, el derecho real “A primera visita, se nos aparece como un poder inmediato o directo sobre una cosa (jus in re) y que da derecho a sacar provecho de esa cosa.... su titular puede aprovecharse él solo de esa

¹⁰⁹ De Ibarrola, Antonio, *op. cit.* p.95

¹¹⁰ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.* p.75

cosa”.¹¹¹ Por su parte ya con una terminología jurídica moderna, Ibarrola sostiene: “Por virtud del carácter absoluto de los derechos reales se reconoce al titular la posibilidad jurídica de ejecutar válidamente actos de dominio o administración en relación con los bienes, siendo oponibles a todos, a todo el mundo” ¹¹²

La evolución de los fenómenos sociales, sobre todo en el campo del saber humano fue creando en nuestro mundo del ser otros bienes, no provenientes de la naturaleza, desde el punto de vista físico, sino de la inteligencia del hombre, como es el caso del producto de la actividad intelectual, que constituyen los derechos de autor y los derechos sobre invenciones o creaciones artísticas, etc., mismos que por su naturaleza, equivalen también a aquel fenómeno primitivo, de incorporación del conocimiento a las propias cosas, o sea a la fabricación del individuo, del *homo faber*. Estos productos del saber humano también constituyen objeto de un derecho, de un derecho exclusivo y oponible a todos, que la propia naturaleza de las cosas nos exige.

c) Definiciones.

Expresado el concepto, hemos de hacer referencia a algunas definiciones específicas que aporta la doctrina.

Julián de Bonnecase nos dice que: “El derecho real es una relación de derecho en virtud de la cual una cosa se encuentra, de una manera inmediata y exclusiva, en todo o en parte, sometida al poder de apropiación de una persona”, ¹¹³coincidiendo en cuanto a la referencia de la relación persona-cosa, con la definición de Aubry y Rau, según cita de Ibarrola, que afirman que encontramos a los derechos reales “cuando una cosa se encuentra sometida total o parcialmente al poder de una persona en virtud de una relación inmediata oponible a cualquier otra” ¹¹⁴

Por su parte Arce y Cervantes, no hace mayor referencia en su definición a la relación con la cosa, aun cuando no la ignora cuando se ocupa de analizar el tema, pero para él lo significativo es la “relación de su titular (del derecho real) frente a todas las personas que

¹¹¹ Arce y Cervantes, José, *op. cit.* p.10

¹¹² De Ibarrola, Antonio, *op. cit.* p.70

¹¹³ Bonnecase, Julián, *op. cit.* p.468

¹¹⁴ De Ibarrola, Antonio, *op. cit.* p.61

tienen el deber, no obligación de no perturbar ese derecho, o sea un deber de simple abstención”.¹¹⁵

En el caso de la obra de Planiol y Ripert, los autores galos hacen la misma referencia a Aubry y Rau que ya citamos cuando nos ocupamos de la obra de Ibarrola, para iniciar desde allí su crítica señalando “esta definición implica, como carácter esencial del derecho real, la creación de una relación entre una persona y una cosa...este análisis del derecho real nos da una perfecta idea de las apariencias...en el fondo, sin embargo es falsa....Una relación de orden jurídico no puede existir entre una persona y una cosa; esto sería una contradicción: Por definición, todo derecho es una relación entre las personas. Esta es la verdad elemental sobre la que está fundada toda la ciencia del derecho, y este axioma es inmutable”.¹¹⁶ Muy interesante, diríamos, muy contundente, pero poco argumentativo. Quizás resulta sencillo partir de axiomas inmutables para proponer soluciones doctrinarias, pero ¿porqué recurrir a los axiomas que en su inmutabilidad, no permitirían, nunca, el avance de las ciencias? Establecer axiomas simplifica la tarea del intérprete, considerarlos inmutables la hace inútil.

Georges Ripert, en su trabajo posterior con Jean Boulanger¹¹⁷, hace una crítica equivalente y refiriéndose al derecho real afirma: “Mientras que el derecho personal da al acreedor solamente el derecho a obtener una prestación o una abstención de una prestación, el derecho real permite a su titular obtener contra toda persona el respeto de una situación de privilegio que le asegura ventajas particulares. Esta oponibilidad absoluta es la característica del derecho real”, a lo que podría decirse que también el titular de un derecho personal tiene esa posición de que todos han de respetarlo, y más adelante apuntan los autores franceses: “Por eso los autores clásicos decían que constituye un derecho sobre la cosa. El análisis era ciertamente inexacto; la cosa es el objeto del derecho y no podría ser el sujeto del mismo.”¹¹⁸ A lo que habría que apuntar, no se trata de que la cosa sea un sujeto. El establecer una relación jurídica entre el titular del derecho real y la cosa objeto del mismo, no tiene el alcance de afirmar que las cosas son sujetos, en todo caso, ese problema lo enfrentan aquellos que quieren excluir como puntos de contacto en los vínculos jurídicos a los objetos o seres inanimados. Eso solamente pasa

¹¹⁵ Arce y Cervantes, José, *op. cit.* p.10

¹¹⁶ Planiol Marcel et al, *Derecho Civil*, Harla, México, 1997. pp.357-358

¹¹⁷ Ripert, Georges, et al., *op. cit.* p.10

¹¹⁸ *Ibidem.* p. 11

al partir del “axioma inmutable” de que la relación jurídica solamente se da entre personas. Como veremos más adelante, la realidad natural y social como fuente esencial o básica del derecho, impone la necesidad de identificar y reconocer en el Derecho Positivo, vínculos de naturaleza jurídica que trascienden el concepto de que sus puntos terminales siempre han de ser personas. Baste una referencia, el axioma citado habría de partir en su origen de las personas físicas, las personas reales y con la evolución social, pasamos en ciertos momentos de la historia al reconocimiento o creación de las llamadas personas morales, que la realidad económica impuso para su reconocimiento en el Derecho Positivo.

Como una definición típica y contemporánea del derecho real, podemos transcribir la que nos propone el argentino Raúl Navas: “ Es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público establecen entre una personas (sujeto activo) y una cosa (objeto) una relación inmediata que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa) naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga las ventajas inherentes al ius perseguendi y del ius preferendi.” ¹¹⁹

Como ya señalamos, en nuestra doctrina es Rojina Villegas el autor que alcanza quizás una mayor profundidad de análisis. En este tema inicia su planteamiento haciendo referencia a García Máynez diciendo que éste se adhiere a Planiol al decir en su Introducción al Estudio del Derecho: “La concepción del derecho real como un vínculo jurídico entre una persona, sujeto activo, y una cosa, objeto del derecho es enteramente falsa” para después criticar a Gaudemet y Gazin, así como a Ortolan, para concluir definiendo al derecho real como “La facultad-correlativa de un deber general de respeto-que una persona tiene de obtener directamente de una cosa todas o parte de las ventajas que ésta es capaz de producir”.¹²⁰ Nuevamente un planteamiento axiomático, por definición no argumentativo. Y como en las demás definiciones que parten del segundo planteamiento de Planiol, buscando un sujeto pasivo general e indefinido, un deber general de respeto, lo que evidentemente les parece más fácil de aceptar, que la realidad objetiva de una relación directa entre sujeto y objeto.

¹¹⁹ Navas, Raúl, *Derechos reales de Propiedad, Uso y Goce*, Oxford, México 1999. p.40

¹²⁰ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.* pp. 75ss

En la misma línea de pensamiento se ocupa de los planteamientos de Oscar Morineau destacando la frase de éste: “El derecho no puede consistir en hacer algo para o por la cosa supuesto que todo el derecho otorga facultades o impone deberes a los hombres” y afirmando que está totalmente de acuerdo con ello.¹²¹ Lo anterior ya es un poco menos dogmático y nos permite otra reflexión. Los autores citados en esta postura, insisten en limitar el objeto del derecho a la conducta humana, desde la perspectiva de quién le puede exigir a quien el plegarse a cierta conducta, que sería propiamente la relación entre sujeto activo y pasivo, pero si vemos que el derecho no es sino la expresión de la lógica interna de la realidad que establece el imperativo, no nos apartamos de señalar a la conducta humana como el objeto final de la norma jurídica, que es y será siempre un imperativo de conducta para la vida en sociedad, pero sí podemos concebir que el derecho, la nota de juridicidad en una norma, se encuentra en el fondo de la realidad de la que surge, aquélla que el legislador ha de convertir en derecho positivo. Esa realidad nos habla de relaciones entre seres humanos, objetos tangibles e intangibles, valores absolutos, percepciones sociales históricas, entes ideales, sentimientos sociales, etc., en esa realidad es en la que no podemos incidir con planteamientos formalistas que, en todo caso, pueden llegar a hacerse respecto del derecho positivo y con el limitadísimo alcance que ello significa.

Buscando concluir con el planteamiento de Rojina Villegas en cuanto al concepto de derecho real, hemos de citarlo nuevamente cuando dice que el objeto directo del derecho tiene que ser la conducta humana, aunque admite a uno indirecto en la cosa: “...hay un grave error, pues sería tanto como afirmar que los derechos reales son los únicos de todo el gran conjunto de derechos subjetivos, que tienen por objeto cosas o bienes, en tanto que los demás se refieren siempre a una conducta...evidentemente que los derechos reales no pueden constituir una nota discordante que rompa con la armonía del sistema.”¹²². El argumento nuevamente es poco sólido y hace alusión a una armonía que más bien parece estética, antes que lógica.

Nuevamente hace falta distinguir el tema del objeto directo del derecho, que es la conducta humana, del tema de las relaciones jurídicas que se establecen teniendo como puntos terminales, seres humanos, cosas, animales, personas jurídicas virtuales, etc., y

¹²¹ *Ibidem.* pp.128-129

¹²² *Ibidem.* p. 135

no centrarnos en el enfoque civilista de la relación acreedor-deudor, definiendo a ellos como sujeto activo y sujeto pasivo, decir que esa relación es la única de naturaleza jurídica y empezar a buscar sujetos pasivos “universales”, “indefinidos”, para explicar los derechos reales o pretender la explicación de préstamos de personalidad jurídica de un difunto, para negar la imputación de relaciones jurídicas al patrimonio que tenía en vida, en tanto se trasmite a sus herederos o, también, equiparar a las sociedades, asociaciones y otras entidades creadas por la necesidad que impone la realidad de los negocios o del gobernar, con las personas naturales, como una ficción que permite seguir sosteniendo el axioma: “las relaciones de derecho solamente se dan entre personas”.

No podemos dejar de citar a Paolo Grossi, que nos expresa, en ese su lenguaje de cadencia literaria, la esencia de la juridicidad que proviene de la realidad, expresada en la costumbre, cita en la que lo remarcado es nuestro: “Este patrimonio jurídico de índole tan exquisitamente consuetudinaria posee el privilegio objetivo de nacer desde abajo, de ser la voz intacta de lo real,-consiguiendo-y conservando- así una cualidad auténticamente ordenadora: aquí el Derecho es en bastante mayor medida ordenamiento que autoridad; no es violencia sobre las cosas, es más bien la manifestación más elevada de las cosas para estructurarse en un orden. La juridicidad es una dimensión que está en el interior de las cosas. Lo hemos dicho en muchas ocasiones, pero repitémoslo una vez más: está inscrita en las cosas”¹²³ Lo subrayado es nuestro.

Ocupándose de explicar la evolución de algunos conceptos del derecho romano ya en la época medieval y utilizando precisamente temas como “la propiedad” y los “derechos reales”, el mismo Grossi destaca el cambio de perspectiva antropocéntrica del clasicismo al reicentrismo medieval. Afirma que los conceptos de la titularidad del hombre sobre las cosas, expresadas en el dominium, possessio y detentatio, han de ser rechazados por la experiencia medieval que “...deberá ser, necesariamente, poco sensible a las manifestaciones de voluntad ‘soberanas’ o a titularidades formales sobre la cosa, y, por el contrario, será extremadamente sensible y estará disponible hacia situaciones factuales-contacto, familiaridad, uso, disfrute. Que implican una participación entre hombre y tierra”.¹²⁴

¹²³ Grossi, Paolo, *El Orden Jurídico Medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996. pp. 108-109

¹²⁴ *Ibidem*. pp. 111-112

Hemos de volver a Rojina Villegas, quien incluye en su obra el punto de vista de Luis Rigaud, en una monografía titulada “El Derecho Real, Historia y Teorías. Su Origen Institucional” (Traducción de J.R. Xirau, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1928), señalando que cuando Rigaud “analiza la obligación pasiva universal, después de explicar el rechazo de la misma por los clásicos franceses, reconoce en forma expresa que no es esencial al derecho real, sino creación de la ley” y termina diciendo al respecto” Rigaud, según el mismo Rojina Villegas: “...lo que hay que tomar en cuenta es que los caracteres normales del Derecho Real, tales como la eficacia ad versus omnes o ‘contra cualquiera’, no son caracteres esenciales a este derecho, y que pueden encontrarse en cierto grado en todos los derechos de crédito e incluso, a veces en mayor grado en los derechos de la personalidad, por ejemplo.”¹²⁵ y más adelante cita también al español Valverde (Tratado de Derecho Civil Español, Tomo II, 1920) transcribiendo: “Por el examen que acabamos de hacer, queda suficientemente demostrado que no cabe separar a los derechos reales y personales formando relaciones jurídicas esencialmente diferentes...pues bien claro está que las diferencias que la doctrina jurídica apunta para distinguirles, no son fundamentales, sino más bien que se dan en la generalidad de las relaciones jurídicas, pero no en todas.”¹²⁶

d) Características.

Analizados los conceptos vertidos por la doctrina para definir desde su interior a los derechos reales, busquemos ahora cuáles son las características que los mismos autores apuntan para describirlos desde la perspectiva externa. Hemos de acercarnos a las notas que distinguen al derecho real y cursando por el de propiedad, llegar a los que distinguen a la concesión minera.

Los primeros atributos que han de mencionarse, son aquellos más estrechamente vinculados con los planteamientos de fondo que pretenden explicar la esencia de estos derechos en el ejercicio de contraponerlos o compararlos con los de carácter personal. Es así que José Arce y Cervantes va transitando en ese camino cuando afirma: “El titular es el sujeto activo. Todas las demás personas son sujetos pasivos en esta relación...Sin

¹²⁵ Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano *Bienes, Derechos Reales y Posesión*, Tomo Tercero, Porrúa, México, 1990. pp 111-112

¹²⁶ *Ibidem*. p. 120

embargo...el derecho real requiere la concesión de un poder inmediato sobre un objeto que queda vinculado jurídicamente al sujeto. Nace así la teoría ecléctica que fija al derecho real los siguientes caracteres: a) elemento interno: inmediatez (poder directo sobre la cosa sin intermediarios); b) elemento externo: absolutividad o sea contra todos, contra un deber universal de abstención...”¹²⁷

En sentido semejante encontramos la apreciación de Miguel Alessio Robles: “Si se parte de la casi incontrovertida tesis que sostiene que los derechos reales tienen dos características esenciales, la interna o subjetiva que consiste en afirmar que se trata de un derecho inmediato, para cuyo ejercicio no se requiere de la conducta del deudor y la externa u objetiva, según la cual el derecho, en el análisis de la realidad, es oponible a todo mundo, es difícil entender tanta diversidad en el tratamiento doctrinal y tanta inseguridad en el legislador para regular en base a los principios generales de derecho los problemas que la realidad presenta...”¹²⁸

También Giuseppe Branca nos expresa que los derechos reales se han de caracterizar por su carácter absoluto, que son oponibles erga omnes, y que se puede gozar del bien sin necesidad de intermediarios.¹²⁹

Antonio de Ibarrola partiendo asimismo de las explicaciones que pretenden distinguir los derechos reales de los personales, nos lleva hacia las características de los primeros y afirma que el derecho personal es relativo, contra una persona, el real es absoluto, oponible a todos; el real impone una abstención, el personal exige una prestación; dicha abstención no disminuye las facultades de los demás, la prestación sí; las acciones procesales en el real no permiten conocer de antemano contra quién se dirigirán, en el personal sí. Concluye apuntando que el derecho real es un derecho a perseguir la cosa y concede una preferencia.¹³⁰

No podemos dejar de hacer también una referencia a Rojina Villegas en este punto que ahora enfocamos. Él nos menciona que los derechos reales son derechos subjetivos,

¹²⁷ Arce y Cervantes, José, *op. cit.* p. 10

¹²⁸ Alessio Robles, Miguel, *op. cit.*, p.14

¹²⁹ Branca, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Privado*, Porrúa, México, 1978. p.175

¹³⁰ De Ibarrola, Antonio, *op. cit.* pp.62-63

entendiéndolos como facultad derivada de una norma de derecho objetivo y los mismos caracteres de tener un sujeto pasivo universal y la conducta humana como objeto.¹³¹

Pasando a una enumeración de las características de los derechos reales, preferimos presentar la de Arce y Cervantes,¹³² que agrupa los datos que los demás autores van mencionando en una u otra forma. Al respecto apunta que las características del derecho real son:

- 1) Indeterminación del sujeto pasivo;
- 2) Corporeidad de la cosa (aunque hoy se admiten sobre derechos);
- 3) Singularidad de su adquisición, algo ostensible;
- 4) Escaso poder de la voluntad, a diferencia de los de crédito;
- 5) Preferencia, para que se pague en concurso;
- 6) Persecución, para reivindicar de cualquier poseedor;
- 7) Posibilidad de abandono del derecho, en algunos casos;
- 8) Perpetuidad, salvo los que son temporales;
- 9) Oponibilidad; los que son sobre inmuebles, para ser oponibles deben inscribirse en un Registro Público.

Como conclusión en este tema de las características de los derechos reales, podríamos señalar simplemente que, si bien la lista anterior nos proporciona un esbozo muy completo del contorno que presentan los derechos reales, resulta muy claro que los caracteres del derecho que apuntan los autores, presentan excepciones de importancia, que impiden asumir posiciones terminantes y que los derivados de las concesiones mineras podrían quedar claramente incluidos en su mayoría.

e) Clasificaciones.

En cuanto a las clasificaciones que se han hecho de los derechos reales, que también nos pueden proporcionar puntos de referencia para el análisis final y su comparación a aquellos derechos que surgen de una concesión minera, podemos destacar las siguientes.

¹³¹ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.* p.137

¹³² Arce y Cervantes, José, *op. cit.* p.11

La de mayor amplitud en cuanto a enfoque, que es la que nos presenta Arce y Cervantes quien habla de dos grandes apartados; en el primero queda solamente el derecho de propiedad, en tanto que el segundo lo subdivide en tres grupos: de goce, de garantía y de adquisición. A su vez, los de goce los divide nuevamente en temporales (uso, usufructo y habitación) y perpetuos (servidumbres, censo y superficie). Los de garantía han de subdividirse en: sobre muebles (prenda) y sobre inmuebles (hipoteca, anticresis); finalmente a los de adquisición, los enumera: de retención, de tanteo y de retracto.¹³³

Pero independientemente de la enumeración de los tres últimos, el autor no deja de mencionar que considera un tanto dudosos, en cuanto a su carácter real, esos tres y el de opción y el embargo, para concluir diciendo que el de retención sí se lo parece, y los demás no. Hay que destacar que del embargo, señala que es solamente una afectación que hace la autoridad judicial.¹³⁴

Nos podríamos acercarnos a las clasificaciones de la doctrina clásica citando a Julián de Bonnacase: “La noción de derecho real se diversifica en varias categorías de derechos reales que se pueden agrupar en dos grupos: los derechos reales principales o de primer grado, por una parte; los derechos reales accesorios o de segundo grado, por la otra. Según la doctrina clásica los derechos reales principales son: los de propiedad, usufructo, uso, habitación o servidumbre, así como el de enfiteusis bajo ciertas condiciones. Los derechos reales accesorios serían, según la doctrina clásica, las hipotecas, los privilegios sobre los inmuebles y también, pero a título de derechos reales imperfectos, el derecho de prenda y el privilegio sobre los muebles”.¹³⁵ Simplemente para insistir en la imposibilidad de querer enmarcar en clasificaciones, definiciones y características “axiomáticas”, destacamos la ambigüedad del texto de Bonnacase y esa referencia a “derechos reales imperfectos” que resulta muy sugerente al respecto.

Antonio de Ibarrola nos presenta una realmente larga lista de clasificaciones de los derechos reales, obviamente resultantes de un igual número de diferentes puntos de vista:

¹³³ *Ibidem.* p. 12

¹³⁴ *Ibidem.* pp. 13-14

¹³⁵ Bonnacase, Julián, *op. cit.* p.469

- 1) Absolutos y relativos;
- 2) Principales y de garantía;
- 3) Inmobiliarios y mobiliarios;
- 4) Civiles y públicos o administrativos;
- 5) Sobre bienes determinados y sobre universalidades;
- 6) Sobre bienes inmateriales y sobre bienes materiales;
- 7) Temporales y perpetuos;
- 8) Susceptibles de inscripción;
- 9) Definitivos y provisionales.

Como puede observarse claramente, las clasificaciones en varios casos se acercan mucho a algunas de las características que se mencionaron, lo que permite ver que no fueron éstas de carácter esencial.

En este punto de una larga lista de clasificaciones, encontramos la coincidencia entre Ibarrola y Rojina Villegas. De la también larga lista de este último, quisiéramos destacar simplemente la de derechos reales de aprovechamiento y los de garantía; los derechos reales inmobiliarios y los mobiliarios y los derechos reales civiles y los públicos o administrativos.

Por lo que se refiere a los de carácter mobiliario o inmobiliario, hemos de recordar la crítica de Ripert y Boulanger a la utilización de la clasificación aplicada a los bienes corpóreos o tangibles, para traspolarla a los derechos, por el simple hecho que tienen como objeto un mueble o un inmueble y sigue con que los derechos en estricto sentido no pueden ser ni unos ni otros. Al referirse a los que la división legal ha llamado inmobiliarios, cita en primer término a las servidumbres, y los derechos especiales de uso y habitación, a los que luego añade la enfiteusis y “tres nuevos derechos”: el derecho del concesionario de minas, el del titular de un permiso de explotación de minas y el del concesionario de energía hidráulica.¹³⁶

Volviendo a Rojina Villegas, nos enumera los que nuestra legislación reconoce como reales inmobiliarios: la servidumbre, la habitación, la anticresis, la enfiteusis y el de superficie; los que igual pueden ser sobre muebles que sobre inmuebles: la propiedad, el

¹³⁶ Ripert, Georges, et alt., *op. cit.* p.57

usufructo, el uso y la hipoteca y, finalmente, como reales mobiliarios, la prenda y los derechos de autor.¹³⁷ Para algún apunte posterior, debemos dejar asentado que este autor también nos aclara que hay derechos reales vitalicios, que no pueden ser objeto de sucesión mortis causa como el usufructo, el uso y la habitación.¹³⁸

f) Enumeración.

Las clasificaciones de los diversos autores nos han venido acercando a la enumeración de los derechos reales que integrando a todos ellos, pero siguiendo principalmente a José Arce y Cervantes y a Ripert y Boulanger, podríamos decir que son:

1. Previstos en la legislación civil vigente:

- propiedad;
- usufructo;
- uso;
- habitación;
- servidumbre;
- prenda;
- hipoteca.

2. En desuso:

- censo;
- anticresis;
- superficie;
- enfiteusis.

3. Dudosos:

- retención;
- opción;
- del tanto;
- retracto;
- embargo;

¹³⁷ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.* pp.146-147

¹³⁸ *Ibidem.* p. 155

- concesión.

Los derechos de censo y anticresis, implicaron la creación de obligaciones de pago o de aplicación de frutos al pago de un crédito y sus intereses. El de superficie y la enfiteusis, de caracteres confusos entre ellos, implicaban un uso y aprovechamiento del inmueble por persona ajena al propietario. Sobre la enfiteusis afirman Ripert y Boulanger que se establecía a través del arrendamiento enfiteútico teniendo “como efecto descomponer la propiedad en dominio directo y dominio útil” ¹³⁹

En cuanto a los derechos que se consideran como dudosos respecto a su carácter real, por lo que se refiere a los negocios mineros y que se han considerado en los casos concretos analizados anteriormente, debemos destacar, los de opción, contrapartida de la promesa unilateral de venta y el embargo, que ha estado siempre sujeto a debate. Ambos son motivo de inscripción en el Registro Público de Minería.

En cuanto a la legislación de carácter público en nuestro sistema jurídico, también habrían de considerarse los derechos sobre bienes del dominio directo de la Nación, los de uso común, los del dominio privado, las concesiones administrativas sobre bienes públicos, las ocupaciones mencionadas en la Ley de Bienes Nacionales (artículo 42, fracc. XVII), y las ocupaciones temporales a que se refieren la Ley de Expropiación (artículos 2 y siguientes) y la Ley Minera (Art 19, fracc. IV).

El tema fundamental a discutir cuando se hace referencia a la lista de los derechos reales contemplados en la legislación, es el de determinar si se trata de una lista limitativa (*numerus clausus*) o si existe la posibilidad de crear otro tipo de derechos reales no previstos expresamente (*numerus apertus*). La doctrina se concreta en el debate de la creación por la vía contractual, pero también podría ampliarse la discusión a la creación de un derecho de esa naturaleza, por resolución judicial o administrativa.

Al respecto se considera que en el Derecho Romano la regla era la de una lista limitada, en tanto que en el germánico sí se podía crear un derecho real por voluntad de las partes, situación que no trascendió a las legislaciones germánicas modernas.

¹³⁹ Ripert, Georges, et al., *op. cit.* p.600

En la actualidad, como apunta Arce y Cervantes la tendencia “es que se trata de un número cerrado de derechos reales, porque no se puede dejar abierta la posibilidad de que se inventen infinidad de derechos reales, tendencia que es seguida por nuestro Código Civil”.¹⁴⁰

Como ya se señaló anteriormente, Ripert y Boulanger hacen una enumeración de los derechos reales, diciendo que son los únicos que hay y que solamente la ley “puede determinar el poder jurídico contenido en el derecho real, ya que solo ella puede crear la obligación de respeto que se imponga a todos. Mientras el convenio crea la ley de las partes, en lo que concierne a la creación de las obligaciones, no puede tener más que un efecto muy limitado en lo que concierne a los derechos reales. La creación de un derecho real nuevo no puede resultar de un contrato, ya que ese contrato no tendría efecto más que entre las partes contratantes” aclarando más adelante que los convenios para conceder el usufructo, la servidumbre, etc., no son creaciones de derechos reales sino “desmembramientos del derecho de propiedad”¹⁴¹

Continúan los autores franceses con el debate, complicándolo un poco más. Sostienen que la pregunta ¿es posible, por un contrato, crear derechos reales aparte de los previstos por la ley?, está mal formulada, ya que un contrato tiene un efecto relativo, por lo tanto no puede imponer obligaciones a más personas que los contratantes. La verdadera dificultad está en determinar si es posible, en un contrato, descomponer un derecho real de manera distinta a la que permite hacerlo la ley. Su respuesta es afirmativa en cuanto que un propietario puede hacer ese desmembramiento, cediendo ciertos atributos. Aquí “la oponibilidad absoluta del derecho real no encuentra...ningún obstáculo para una combinación de esa índole...” pero apuntando que el problema sería la publicidad ya que la misma “no está organizada más que para la transmisión y la constitución de derechos reales claramente definidos”.¹⁴²

Por su parte, Giuseppe Branca se inclina con mayor contundencia sobre un número limitado de derechos reales y les atribuye su característica de “tipicidad”: “los derechos reales, de hecho, se cuentan con los dedos, por lo que son típicos y de número limitado;

¹⁴⁰ Arce y Cervantes, José, *op. cit.* p.14

¹⁴¹ Ripert, Georges, et al., *op. cit.* p.12

¹⁴² *Ibidem.* p. 77

los individuos no pueden, en consecuencia, crear un derecho real que no encaje, más o menos, en alguno de los previstos por la ley”¹⁴³

No tan asertivo, Antonio de Ibarrola, apunta que en nuestro derecho y en el español, a primera vista, “parece que hay libertad para constituir derechos reales y modificar la fisonomía de los establecidos por la ley...sin embargo, nos parece que el sistema limitativo es más conforme a la naturaleza del derecho real y de los intereses de terceros...”¹⁴⁴ Pero su posición a favor del *numerus clausus* se observa más claramente al enderezar su crítica contra Hans Kelsen por su defensa de la libertad contractual.

Simplemente para ejemplificar con un caso, hay legislaciones que son contundentes al respecto, como el código civil argentino que en su artículo 2502 dispone: “Los derechos reales solo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales o modificase los que por este código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiere valer.” ¿fin del debate?.¹⁴⁵ El mismo texto legal en su determinismo comete un desliz de lenguaje: primero dice que es la ley la que crea los derechos reales, para luego afirmar que lo que hace es reconocerlos.

Los argumentos a favor del *numerus apertus*, por lo que se refiere a nuestra legislación, citan artículos como el 1858 y el 3042, fracción I, del Código Civil Federal, que se ocupan de los contratos innominados y la posibilidad de inscribir en el Registro Público de la Propiedad “los demás derechos reales sobre inmuebles”. Se sustentan en principios como el de la autonomía de la voluntad que lleva a la libertad de contratación y luego a los contratos innominados y en el principio de legalidad, que le permite al particular hacer todo aquello que no se le prohíba por la ley. Miguel Alessio Robles afirma categórico: “...todos los derechos de uso de cosa ajena son reales y oponibles a tercero” y luego dedica varias páginas de su obra para defender que el arrendamiento mismo es un derecho real.¹⁴⁶

¹⁴³ Branca, Guisepppe, *op. cit.* p.176

¹⁴⁴ De Ibarrola, Antonio, *op. cit.* p.631

¹⁴⁵ Navas, Raúl, *op. cit.* p.38

¹⁴⁶ Alessio Robles, Miguel, *op. cit.* pp.16-18ss

Nuestro inevitable Rojina Villegas, sostiene que en el código civil existen "...disposiciones que también permiten la posibilidad de crear derechos reales no regulados en la ley..." La palabra también queda incluida en su afirmación porque hace referencia a una opinión en el mismo sentido emitida por Castán Tobeñas en referencia al derecho español.¹⁴⁷ Siguiendo paso a paso a Kelsen, sostiene: "...no existiendo ninguna ley que impida crear derechos reales distintos de los que reglamenta el legislador, sí será posible llegar a ese resultado a través del contrato" y considerando que el único impedimento sería la imposibilidad física o jurídica, concluye: "...sí puede concluirse en sentido afirmativo respecto a la cuestión planteada."¹⁴⁸

Es evidente que para los propósitos de este trabajo resulta crítico definir con precisión estos puntos. Debemos tratar de dar una respuesta a las preguntas que se ha venido formulando la doctrina de tradición civilista: ¿solamente son derechos reales aquellos a los que la ley les da ese carácter?, ¿pueden crearse derechos reales por la vía contractual? A las que deberíamos agregar otra también desde la perspectiva civil: ¿podrían crearse por declaración unilateral de voluntad?, y, además, desde el enfoque del derecho público, habría que preguntar ¿pueden ser creados por resolución judicial o administrativa?

Los derechos reales que se sostiene son creados por el legislador, en el caso de nuestro Código Civil Federal, no aparecen como una lista bajo ese rubro, ni mucho menos como aquellos que pudieran encajar en una definición legal. Debemos recordar que nuestros códigos civiles solían evitar definiciones, ya que no son tratados de derecho, situación que empezó a cambiar en la legislación, principalmente administrativa, de la última parte del siglo veinte.

Es así que dicho código hace referencia a los derechos reales en general, en varias de sus disposiciones, especialmente en la parte relativa al Registro Público de la Propiedad y lo que hace es darle ese calificativo de real a algunos de los derechos que regula, concretamente al usufructo y a la prenda, no así al derecho real por excelencia, la propiedad, ni al de uso y al de habitación. A la servidumbre le llama gravamen real y a la hipoteca garantía real.

¹⁴⁷ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.* p.125

¹⁴⁸ *Ibidem.* p. 201

La posición doctrinaria sobre el numerus clausus al no poder basarse en listados o definiciones, ha de encontrar entonces su sustento en las características de cada derecho, para definir si es de naturaleza real o personal. Pero como ya vimos, la doctrina no es unánime respecto a esas características, por lo que habrá que proceder al análisis de las enumeradas en busca de las que podrían considerarse esenciales y descartar las de carácter accidental.

En primer lugar apuntamos la inmediatez entre el sujeto y la cosa. Independientemente de la posición que se asuma en cuanto al debate sobre las relaciones entre sujetos, o entre sujetos y cosas, la realidad es que en este tipo de derechos siempre existe una cosa concreta y corpórea. Los llamados derechos reales sobre “derechos” o bienes incorpóreos son mera asimilación.

De esta inmediatez o relación directa con la cosa, hemos de vincular los derechos de preferencia en la prelación y el de persecución para reivindicarla.

La indeterminación del sujeto pasivo en la creación en abstracto del derecho, lo que no quiere decir que no se determine dicho sujeto pasivo cuando se requiere el ejercicio de una acción.

Del anterior desprenderemos la oponibilidad, el ser exclusivo y excluyente, y de ella la registrabilidad, porque difícilmente pueden entenderse, y funcionar, una de las tres características sin las otras.

En cuanto a su ámbito temporal se llegó a decir que los derechos reales eran, por naturaleza, permanentes, perpetuos o, al menos, vitalicios, lo que no resiste el menor análisis, ya que los hay claramente de carácter temporal, como el usufructo y la servidumbre para ejemplificar.

El planteamiento para tratar de resolver el tradicional dilema civilista sería entonces: ¿pueden darse a los derechos creados por la voluntad de las partes, en forma unilateral o bilateral, las características que los harían considerarse como derechos reales?

En nuestra opinión la respuesta es por la negativa, ya que la autonomía de la voluntad y la consecuente libertad de contratación que consagra nuestro derecho privado, ha de entenderse siempre con los límites externos del orden público, la moral y las buenas costumbres y la limitante de origen, en cuanto que serán siempre derechos y obligaciones de las partes que los asumieron en el ejercicio de esa libertad, pero nunca por los extraños ajenos al negocio jurídico de origen.

Pero debemos insistir en que tampoco es posible sostener que serán reales solamente aquellos derechos que la ley califica o enlista como tales. Ni en nuestro código civil pasa eso. *Serán reales todos aquellos que por su naturaleza estén revestidos de las características apuntadas, que la ley ha de consignar haciendo o no uso de las palabras precisas. Les llame reales o no, lo serán en tanto presenten dichos perfiles y si el legislador por ignorancia, miopía intelectual o conflictos ideológicos, no le da ese tratamiento a un derecho que surja de la realidad que vincula al hombre con la cosa, de esa lógica interna que se impone a la razón, entonces la norma positiva, si bien formalmente válida, no será en esencia jurídica.*

Serán reales desde la perspectiva del derecho positivo, todos aquellos a los que la ley les atribuya las características esenciales de los derechos reales: inmediatez del sujeto y la cosa, el ser oponible a todos, exclusivo y excluyente, el poder perseguir la cosa y tener preferencia sobre ella y la posibilidad de inscribirse en un registro para la debida publicidad. Cuando de la ley, en una u otra forma se desprenda que un derecho tiene ese perfil, estaremos frente a un derecho real.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentando jurisprudencia, sostuvo al referirse al embargo que: "Las características más importantes del derecho real, son las siguientes: el poder directo e inmediato que confiere a su titular, sobre una cosa: el derecho de persecución, y el derecho de preferencia, cuando se trata, naturalmente, de los derechos reales que constituyen una garantía (Tesis 371, Apéndice al Tomo LXXVI del Semanario Judicial de la Federación) Señalando más adelante que por ello el embargo no da lugar a un derecho real."¹⁴⁹

¹⁴⁹ *Ibidem.* p. 221

Todo lo anterior no quiere decir que es la ley la que lo crea, simplemente lo pone en el campo del derecho positivo. En cuanto a lo jurídico, en cuanto a la esencia de la juridicidad, será en el fenómeno social donde encontraremos la existencia de un derecho real, en las interrelaciones de los individuos que se dan en el grupo social para la consecución de la justicia y otros valores jurídicos que llevarán a alcanzar el bien común.

Contribuye a la confusión en esta materia el no distinguir con claridad cuáles son los derechos reales enumerados o establecidos por la ley y cuáles son las causas generadoras de esos derechos reales, a las que el mismo Rojina Villegas califica como fuentes de derechos reales citando hechos jurídicos, a los que llama en este enfoque “estados jurídicos naturales” o del hombre y los actos jurídicos, tales como el contrato, los actos jurídicos unilaterales, las sentencias y las resoluciones administrativas.¹⁵⁰ Para acabar concluyendo más adelante: “Puede decirse que en todos los casos que hemos analizado, la ley es la fuente primordial, la verdadera causa constitutiva de los derechos reales. Sin embargo, no debe olvidarse que en el proceso genético de cualquier derecho subjetivo y especialmente los de tipo patrimonial, la ley representa una situación jurídica abstracta que solo puede transformarse en concreta, creando derechos y obligaciones, si concurre un supuesto jurídico previsto por la misma, para hacer que se actualice la hipótesis normativa”.¹⁵¹

Habrá que precisar: cuando la ley le atribuye a un derecho subjetivo las características que apuntamos arriba como propias de los derechos reales, estaremos siempre frente a uno de ellos. Solo la ley los establece, pero no necesariamente en un listado, enumeración, capítulo o calificación. Siempre que pueda observarse un derecho con ese perfil, tendremos frente a nosotros un derecho real y su actualización podrá venir por voluntad de las partes o por resolución de la autoridad judicial o administrativa. Lo que nunca podrán hacer la voluntad de las personas o las resoluciones de las autoridades, será darle a un derecho, a cualquier derecho que surja de su voluntad o de su actuar, esas características que hemos enunciado y que han de estar siempre en forma expresa o implícita en la misma ley, porque así se desprende de la situación real regulada; y si, por otro lado, la ley, violentando ese orden natural de las cosas, esa lógica intrínseca de la realidad que se impone a la razón, esa realidad que exige esas características,

¹⁵⁰ *Ibidem.* pp. 190ss

¹⁵¹ *Ibidem.* p. 208

pretende ignorarla o establecer consecuencias que la contradigan, seguirá siendo ley, pero no Derecho.

g) Derechos reales administrativos.

En congruencia con lo anterior, y bajo ese enfoque, es claro que los derechos reales no solamente los encontramos en el campo del derecho civil surgiendo de la actualización de la hipótesis normativa de carácter general, a través de los contratos, los testamentos, las declaraciones unilaterales de voluntad o las resoluciones judiciales, sino también, por supuesto en el del derecho administrativo, proviniendo principalmente de las resoluciones del Ejecutivo, como sería el caso de ciertas concesiones, las expropiaciones, servidumbres, ocupaciones temporales, etc., o, en algunos casos, también de las resoluciones judiciales, que encuentran su sustento en las leyes administrativas, como la de Expropiación, la de Bienes Nacionales y otras en materias específicas como la minera y la de comunicaciones, por ejemplificar.

En la doctrina mexicana el tema de los derechos reales en la esfera de la legislación administrativa es muy parca, por decir lo menos. Los autores civilistas mencionan los derechos reales administrativos solamente como una referencia y los administrativistas se ocupan principalmente de los aspectos patrimoniales del Estado y se enfocan mucho a los conceptos de dominio eminente, dominio directo, propiedad originaria, etc. Por algunas referencias, podría suponerse que precisamente la disposición contenida en el artículo 16 de la vigente ley de Bienes Nacionales del 2004, correspondiente al 20 de la anterior ley de 1982, al 12 de la ley de 31 de diciembre de 1941 y al 15 de la de 1902, objeto primordial de este trabajo, es de las pocas sino que la única que en la esfera de la legislación hace referencia expresa al concepto, pero con una evidente carga civilista.

Aquí podría también traerse a colación, la añeja discusión sobre la posibilidad de que el Estado, o para ser más preciso, el Gobierno, pueda actuar como ente de derecho público y también “como persona moral de carácter privado”, cuando lleva a cabo ciertos actos, tales como arrendar un inmueble para oficinas a un particular. Pero esta discusión tampoco aporta a nuestro tema.

Precisamente podríamos hablar también respecto al debate sobre la naturaleza del derecho patrimonial del Estado sobre bienes del dominio público; Julio V. González

García, exponiendo las tesis de M. Hauriou sostiene: "...la autoridad de Hauriou impone una rectificación en lo que parecía un aposición firmemente asentada: que el dominio público no constituye una forma del derecho de propiedad. Frente a la opinión de la mayor parte de los autores...Hauriou sostiene que los bienes demaniales constituyen el objeto de la propiedad administrativa, propiedad que, con todas sus peculiaridades, es una propiedad autentica e inequívoca".¹⁵²

Por otra parte Jesús González Pérez nos dice: "es indiscutible que a favor de las entidades públicas, se reconocen derechos reales sobre bienes de propiedad privada...ahora bien, el problema está en si en estos casos se da realmente el régimen exorbitante del derecho común característico de los derechos reales administrativos o si, por el contrario, estamos en presencia, lisa y llanamente de derechos privados".¹⁵³

Tenemos entonces en el campo del derecho administrativo previsto en diferentes leyes, derechos que por sus características pueden considerarse como de naturaleza real.

En primer término podríamos referirnos a los derechos del Estado sobre los bienes de dominio público y los de dominio privado. Para el primero de los casos podría debatirse si dominio directo, propiedad originaria y términos semejantes, deben ser considerados para estos efectos como un derecho de propiedad y, por ende, un derecho real. También habría que considerar que el destino de dichos bienes, su regulación constitucional y legal, no permiten sostener, ni siquiera para el Estado mismo, un derecho de propiedad con las características propias de la propiedad civil. Sin embargo, el análisis de este punto no aporta a nuestro estudio.

En cuanto a los bienes de dominio privado de la Nación, es decir, aquéllos que no están destinados a un servicio público, ni son del dominio directo, y, por supuesto, tampoco son los de uso común, existen disposiciones de derecho administrativo que los regulan (Ley General de Bienes Nacionales), y por ello podría considerárseles como objeto de derechos reales administrativos, sin embargo, por simple lógica jurídica, no pueden quedar sustraídos de la suplencia de la legislación civil en materia de propiedad,

¹⁵² González García, Julio V., *La Titularidad de los Bienes de Dominio Público*, Marcial Pons, Madrid. 1998. pp. 94-95

¹⁵³ González, Pérez Jesús, *Los Derechos Reales Administrativos*, Civitas, Madrid, 1984. p.35

posesión, contratos, etc. y así lo dispone en forma expresa la misma ley (Artículo 5). Al respecto, la cita que hace Andrés Serra Rojas, de un artículo titulado “Los derechos reales administrativos”, cuyo autor, Jesús González Pérez afirma: “En general los derechos reales administrativos son los derechos reales cuyo objeto son cosas del dominio público”.¹⁵⁴ Dicho de otra manera: los derechos sobre bienes del dominio privado de la Nación, son derechos reales administrativos, en tanto los regula, aunque sea parcialmente una ley administrativa, pero no lo serían, en tanto que no son del dominio público.

El segundo punto de importancia, consiste en considerar también, si algunas figuras tales como ocupaciones temporales y servidumbres que encuentran su fundamento en la legislación administrativa, sobre bienes de particulares y en favor de otros particulares o a favor de algunas entidades de carácter público, como la Comisión Federal de Electricidad o Petróleos Mexicanos, son también derechos reales administrativos. Podría decirse: lo son formalmente porque están previstos en esas leyes, pero, para todos los efectos, su regulación va encontrarse siempre en forma de supletoriedad en el Código Civil Federal.

El tercero de los temas viene a ser realmente el que presenta más problemas: ¿pueden constituirse derechos reales a favor de los particulares, sobre bienes de la Nación?

En cuanto a los bienes de dominio privado, siguiendo a Serra Rojas,¹⁵⁵ hemos de considerarlos como cualquier otro bien de carácter privado, ya que las regulaciones administrativas aplicables, que implican principalmente ciertas restricciones para su manejo, no cambian su naturaleza. Al ser enajenables se podría decir, metafóricamente”, que “están en el comercio”, que pueden ser objeto de cualquier negocio jurídico.

Por lo que se refiere a los derechos reales sobre bienes del dominio público, la doctrina enfoca su análisis partiendo de la figura de la concesión; nos lleva a lo dispuesto por el actual artículo 16 de la Ley General de Bienes Nacionales y sus antecesores sorprendentemente semejantes durante un siglo y, finalmente suelen citar precisamente el caso de los derechos derivados de las concesiones mineras, como el caso típico a estudiar.

¹⁵⁴ Serra Rojas, Andrés, *op. cit.* p.284

¹⁵⁵ *Ibidem*, p.287

h) Obligaciones reales.

Como la otra cara o como la consecuencia lógica de los derechos reales, tenemos a las obligaciones reales, obligaciones propter rem, que nos confirman la estructura simétrica y equilibrada del fenómeno jurídico. El titular de un derecho real, aún en su relación directa e inmediata sobre la cosa, no puede quedar excluido de cumplir con ciertos imperativos que surgen también precisamente de esa relación.

Al tema de las obligaciones propter rem, la doctrina le ha dado un trato desigual, ocupándose poco de él o destacando su importancia y pretendiendo realizar una teoría general de las obligaciones reales.¹⁵⁶ Según Arce y Cervantes, Planiol no las consideró como tales y les llamó “cargas reales” Alberto Trabucchi distinguió cargas reales y obligaciones reales y Gutiérrez y González opinó que no existían, en tanto que el mismo Arce y Cervantes, señalando primero que “estas obligaciones no se originan en las fuentes ordinarias de las obligaciones sino que la ley las impone a determinadas personas en razón y en la medida de las cosas sobre las cuales tengan derecho”, considera que “...esta materia se ha complicado demasiado en la doctrina y que basta conocer la existencia de estas obligaciones anexas a los derechos reales”¹⁵⁷

Para Giuseppe Branca, “los gravámenes reales u obligaciones propter rem, se encuentran en posición intermedia entre los derechos reales, de los que ya hemos hablado, y de las obligaciones que pronto veremos...” (se refiere a las obligaciones personales). “Son obligaciones de hacer o de dar que pesan sobre el titular del derecho real como tal; como obligaciones positivas, participan indudablemente de la vida de las relaciones obligatorias, mientras que por su conexión con los derechos sobre las cosas, viven también en la órbita de éstas”.¹⁵⁸

Rojina Villegas, después de expresar su preocupación por la desorientación existente en esta materia, al decir que los tratadistas se han ocupado poco del tema indebidamente y anunciar un esbozo de su propia teoría general de las obligaciones reales, nos remonta a

¹⁵⁶ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.* pp.161ss

¹⁵⁷ Arce y Cervantes, José *op. cit.* p.15

¹⁵⁸ González García, Julio V., *op. cit.* p.249

los planteamientos de Bonnacase y Michon, que empezaron analizando ciertas obligaciones del propietario con sus vecinos o condueños y respecto a los titulares de derechos reales sobre el bien de su propiedad, para después elaborar sus propios planteamientos respecto a que con ellas se cumple la estructura bilateral del derecho y, sobre todo, el carácter accesorio, no autónomo y limitado de la obligación real, por su vinculación con el derecho real.

En general, independientemente del grado de profundidad de su análisis, al que llegan los diferentes autores, todos coinciden en ese aspecto accesorio de la obligación real, que permite vincularla con una de las facetas que antes habían apuntado para el derecho real, la figura del abandono. Sostener que el derecho real se extingue por el abandono, presentaba ya de por sí cierta complicación para la estructura personalizada de las relaciones jurídicas, decir ahora que el abandono de la cosa es causa de extinción de una obligación, suena casi a una herejía jurídica. Resultaría más fácil entenderlo, si aceptamos que la relación jurídica se da entre el sujeto y el objeto, por lo que al faltar un término de la relación, uno de los dos puntos extremos, la relación obviamente desaparece. Pretender explicarlo con la imaginativa figura del sujeto pasivo universal, evidentemente exige otro esfuerzo, todavía mayor, de imaginación.

En nuestra opinión, reflexionar sobre las características y los perfiles que nos presentan las obligaciones propter rem, nos permite reforzar nuestro concepto sobre los derechos reales. La obligación real se le imputa al sujeto jurídico en el momento en que nace para él el derecho real, se transmite con el derecho real y se extinguen mediante el abandono del propio derecho causante”.¹⁵⁹ “Son en consecuencia obligaciones propter rem las que corresponden a los titulares de derechos reales por su sola titularidad...”.¹⁶⁰ Es más que evidente la vinculación cosa-sujeto, y queremos ser enfáticos en decir cosa primero y sujeto después. El elemento rector es la cosa, alrededor de ella giran los conceptos de derecho real y de obligación real.

Entre las escasas referencias que hace la doctrina civilista a los aspectos de derecho administrativo vinculados a los derechos reales, es la relativa al aspecto impositivo territorial, al impuesto predial que ejemplifica una de las obligaciones reales; su causación

¹⁵⁹ Alessio Robles, Miguel, *op. cit.* p.35

¹⁶⁰ *Ibidem.* p. 37

es completamente ajena a las circunstancias del sujeto, basta con que sea el propietario, o a veces el poseedor, del bien, para que esté obligado al pago de dicho impuesto. Este tema resulta muy relevante para nuestros propósitos, en virtud de la existencia del gravamen fiscal, derecho, que deben pagar los titulares de las concesiones mineras de acuerdo a la Ley Federal de Derechos,¹⁶¹ y que se presenta frecuentemente en las legislaciones mineras de otros países latinoamericanos, bajo el nombre de canon minero, con fuertes reminiscencias del derecho indiano.¹⁶²

Esa obligación real de carácter tributario implica, por supuesto, que el cambio del propietario produce un cambio en el causante o responsable del pago. La doctrina contemporánea, que podríamos llamar personalista y que busca todas las explicaciones imaginativas posibles para sostener inamovible su axioma de que las relaciones jurídicas solamente existen entre los sujetos, las personas, ha encontrado “su solución” en la figura de la solidaridad en materia fiscal, que hace responsable del pago de una contribución a quien no es el causante de la misma, Sin tantas complicaciones, la obligación propter rem aplicada al caso descrito y el planteamiento que acepta las relaciones jurídicas entre las cosas y los sujetos, e inclusive, entre las propias cosas, nos proporciona una explicación de claridad y simpleza absolutas. Nada más simple que entender las obligaciones reales, como aquellas en las que “...el sujeto pasivo reporta prestaciones o abstenciones de carácter patrimonial que: 1) dependen de la cosa; 2) siguen a ésta; 3) se extinguen si ella desaparece; 4) se transmiten con la enajenación de la cosa, y 5) pueden eludirse mediante el abandono”.¹⁶³ Obviamente las disposiciones fiscales, fundamentalmente con fines recaudatorios y sin preocupación alguna por la técnica jurídica, aceptan y manejan la obligación de cubrir el crédito fiscal porque el mismo sigue a la cosa, pero rechazan su extinción por su desaparición o su abandono, en estos dos puntos se mantienen en la posición personalista y abandonan la realista, por simple conveniencia económica.

Concluyendo, esa relación cosa-sujeto es la que nos impone la realidad y las teorías y las leyes solamente pueden intentar soslayarla con ficciones y presunciones.

¹⁶¹ *Vid. supra*, Ejemplos de antecedentes históricos de la obligación de pago de una contribución al soberano. Capítulo III numeral 6

¹⁶² *Vid. supra*, p. VII. Además como ejemplos de antecedentes históricos de la obligación de pago de una contribución, la Ley 3 del 8 de marzo de 1550, *vid. supra*, p. 24.

¹⁶³ De Ibarrola, Antonio, *op. cit.* p.70

3.- Los bienes muebles e inmuebles. Definiciones. Características.

El presente apartado tiene como propósito únicamente el de integrar los conceptos fundamentales de carácter doctrinario y legal en esta materia, en forma muy sintetizada, para poder hacer una pronta referencia, al momento en que nos introduzcamos en el debate de los derechos derivados de las concesiones mineras.

En términos generales la doctrina es coincidente cuando vierte sus conceptos sobre este tema. A la clasificación señalada se le conoce como la *summa divisio* y fue concebida en su origen para hacer una distinción entre los bienes tangibles o corpóreos y después se aplicó también a los derechos incorpóreos¹⁶⁴ y además de atender a la movilidad o inmovilidad de la cosa, obedeció también a razones de carácter económico. “En la edad media la tierra era el único elemento sólido de riqueza. La industria estaba poco desarrollada, el comercio poco activo; los metales preciosos, abundantes durante el imperio romano, se habían enrarecido considerablemente. Los muebles tenían pues poca importancia y, salvo contadas excepciones, escasa duración....Se decía a modo de adagio: Res mobilis res vilis....”¹⁶⁵

Otro punto de coincidencia en la doctrina es que la distinción “desde el punto de vista de la técnica jurídica, (está) bastante mal concebida”¹⁶⁶, en parte, por esa traspolación de cosas a derechos y también, porque “además de la distinción que se deriva de la naturaleza inherente a los bienes, se admiten categorías de bienes inmuebles por consideraciones ajenas...”¹⁶⁷

Precisamente los autores arriba citados, nos proporcionan los tipos de bienes inmuebles que se han establecido en el derecho moderno: 1) inmuebles por naturaleza; 2) inmuebles por destino, y 3) inmuebles por el objeto al cual se aplican. Clasificación que, obviamente ellos critican.

¹⁶⁴ Arce y Cervantes, José, *op. cit.* 18

¹⁶⁵ Ripert, Georges, et alt., *op. cit.* pp.32-33

¹⁶⁶ *Ibidem.* p. 30

¹⁶⁷ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.* p.273

La importancia mayor que puede tener esa clasificación es en cuanto a sus efectos, en los que, nuevamente, la doctrina coincide y que Arce y Cervantes nos los presenta en una forma sintetizada:¹⁶⁸

- 1) Las operaciones sobre inmuebles requieren de mayores formalidades;
- 2) En principio, reciben publicidad a través de su inscripción en un Registro Público;
- 3) Son los que pueden ser hipotecados, con la excepción de las embarcaciones que son muebles, aunque es un punto discutible.
- 4) Para los muebles la garantía real será la prenda;
- 5) Los inmuebles se rigen por la ley de su ubicación;
- 6) Para inmuebles es competente el juez de su ubicación;
- 7) La enajenación de inmuebles por menores o incapaces requiere de autorización judicial;
- 8) El plazo para adquirir vía prescripción es mayor para los inmuebles;
- 9) El régimen fiscal suele variar;
- 10) Los delitos que los protegen son diferentes.¹⁶⁹

Ya mencionamos la evolución de la aplicación de estos conceptos, de las cosas hacia los derechos, y que "...sería más correcto hablar de bienes muebles e inmuebles y de derechos mobiliarios e inmobiliarios..."¹⁷⁰ En el mismo sentido Ripert y Boulanger,¹⁷¹ de lo que resulta que al hacer esa migración, los derechos inmobiliarios propiamente dichos resultarían muy raros, quizás se podrían reducir al de propiedad, en tanto que todos los demás derechos resultarían mobiliarios.

Finalmente, en cuanto a nuestro derecho positivo, puede afirmarse que no se aparta de la doctrina clásica en este tema. Contempla claramente la clasificación y las subclasificaciones resultantes y regula los bienes en concordancia, sin embargo, para nuestros propósitos baste decir por ahora que para el análisis de los derechos derivados de una concesión minera, siempre habrá de tenerse presente que quedan comprendidos bienes corpóreos e incorpóreos y asimismo muebles e inmuebles, tales como el derecho mismo para el aprovechamiento de un bien del dominio público y otros derechos conexos,

¹⁶⁸ Arce y Cervantes, José, *op. cit.* pp.18-19

¹⁶⁹ En sentido similar, Branca, Guisepppe *op. cit.*, p.166, y Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.* p. 274

¹⁷⁰ Arce y Cervantes, José, *op. cit.* p.18

¹⁷¹ Ripert, Georges, et alt., *op. cit.* p.30

como el de aprovechamiento de las aguas provenientes del laboreo de las minas, por un lado, y el lote minero y la mina misma, por el otro.

4.- La Propiedad. Sustentos Sociológico y Filosófico. Concepto y Definición. Características.

Si buscamos en la realidad social la nota de juridicidad que ha de distinguir a una norma de conducta, para que podamos llamarla norma jurídica, el caso del derecho de propiedad es indudablemente uno de los mejores ejemplos. Desde su inicio, la actividad del ser humano, buscando en las formas más primitivas que podamos imaginar, se enfocó a la obtención de satisfactores que le permitieran sobrevivir. Quizás aquellos como las plantas y los animales que capturaba para alimentarse y que implicaban un consumo inmediato, no generaron una relación entre el hombre y la cosa que tuviera que ser reconocida en el grupo social, pero aquellos bienes que ahora llamaríamos de consumo duradero, como sus armas, herramientas, vestidos y otros utensilios, seguramente fueron dando lugar a ciertas reglas que deberían seguir los miembros del grupo social.

Habrá que recordar "...la vieja fórmula latina sobre el carácter omnipresente de la propiedad en todo grupo humano: 'ubi societas, ibi propietas'..." ¹⁷²Lo anterior sin dejar de reconocer que deben haberse manejado distintas formas de reconocimiento de derechos del hombre sobre las cosas. La más clara para nosotros sería una vinculación directa de un solo sujeto con una cosa, que ahora llamaríamos propiedad privada, lo que no descarta la propiedad en común de algunos o todos los miembros de un grupo, sobre todas o algunas de las cosas.

En esas primeras etapas de la apropiación de los frutos de la naturaleza y la fabricación de utensilios de caza y domésticos, surge en el ser humano la conciencia de tener algo y la necesidad de que se le respete. Apunta Ibarrola, "...no hay noción más clara en la mente del hombre que la noción de propiedad..." ¹⁷³, aún cuando él lo ejemplifica más con las conductas infantiles que las colectivas, pero señalando más adelante las razones para que en el caso del ser humano el acto de apropiación sea algo más allá que momentáneo:

¹⁷² Álvarez-Sala Walter Juan, *Consideraciones Actuales sobre la Propiedad*. exposición oral en el Seminario de "Derecho, Política Mercado", Centro de Teoría Política. Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Marzo 1993.

¹⁷³ De Ibarrola, Antonio, *Co op. cit.* p.233

“ Tanto el hombre como los animales necesitan de los medios exteriores para su conservación: pero los animales guiados por un instinto ciegousan de lo que necesitan y nunca miran al MAS ALLÁ...El hombre, en cambio, se rige por su inteligencia y prevé lo que más adelante le será necesario, y procura de tal manera administrar el bien económico que sea fuente lo más abundante posible de bienestar...debe el hombre contar...con la idea de que la sociedad no puede arrebatarse los bienes”¹⁷⁴. Sin embargo, este autor también hace referencia a las posturas contrarias a la propiedad privada, cuando se refiere a Proudhon, diciendo que éste considera a tal derecho como algo totalmente injusto, que sus características implican una “...invasión y una exclusión de los demás inexplicables e injustas...” que finalmente es como un despojo de algo que a todos pertenece.¹⁷⁵

El orden natural establece que el hombre ha de tomar de la naturaleza los satisfactores de sus necesidades. Dice Santo Tomás en el Tratado de la Bienaventuranza: “Por eso en el orden de la naturaleza, todas las cosas están subordinadas al hombre y han sido hechas para el hombre...”¹⁷⁶ Y como se refiere a él María L. Lukac¹⁷⁷: “Para el Aquinate toda explicación y evaluación de los fenómenos sociales deben ser vistas desde la perspectiva del papel que cumplen en el plan divino. Temas tales como la actividad económica, la propiedad, la riqueza material, solo tienen sentido si se vinculan al fin último del hombre ...” y que además de considerar natural al hombre la posesión de bienes exteriores, el Aquinate sigue a Aristóteles en el concepto de que “...los seres imperfectos existen para los más perfectos...”, así como que en *Contra Gentiles*, Santo Tomás afirma “...el hombre dispone naturalmente de las cosas inferiores para las necesidades de su vida...”, para finalmente concluir que la propiedad no es precisamente impuesta por la naturaleza sino por la razón natural de la utilidad de las cosas, “Así, no se cambió la ley natural sino por adición”.

Sin embargo, no necesariamente se considera uno de los derechos naturales primarios, la propiedad privada sostiene Alessio, ya con un tinte de juridicidad en su apreciación, “...debe considerarse como un derecho inherente al hombre, de carácter natural

¹⁷⁴ *Ibidem*. pp. 235-236

¹⁷⁵ *Ídem*.

¹⁷⁶ Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología II, Parte I-II*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1997. p.48

¹⁷⁷ Costa Margarita, *et. al.*, *Teorías Filosóficas de la Propiedad*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997. pp. 21-28

secundario. No se aprecia debidamente la realidad, sino se considera que los bienes que los gobernados utilizan para satisfacer sus necesidades, son de propiedad privada o, dicho en sentido inverso, no pueden en forma alguna ser considerados como de propiedad pública o social.”¹⁷⁸ En el mismo sentido de considerar al derecho de propiedad como natural de carácter secundario y siguiendo a Santo Tomás, tenemos a Arce y Cervantes.¹⁷⁹

Para nuestros propósitos conviene hacer referencia a algunos planteamientos de Hume, según Margarita Costa, que sostiene que distintas circunstancias pueden dar origen a la propiedad: la ocupación, la prescripción, la accesión y la sucesión, para después hacer la siguiente afirmación: “La propiedad puede ser definida, desde el punto de vista humeano, como una convención por la cual nos abstenemos de las posesiones de los demás, siempre que éstos procedan de la misma manera con las nuestras”.¹⁸⁰

Más allá de las consideraciones sociológicas o propias de la historia antigua, es naturalmente en Grecia y posteriormente en el derecho romano, cuando empieza a conformarse el derecho de propiedad en la civilización occidental,¹⁸¹ ya en el mundo de lo jurídico, para llegar a ser lo que ahora conocemos y regulan las legislaciones modernas. Aún cuando no debe dejar de mencionarse, como otra fuente auténtica, que el propio Decálogo hebreo parte de un concepto de propiedad privada, cuando prescribe: “No hurtarás” y “No codiciarás la cosa de tu prójimo, ni sus campos, ni su mujer, ni su esclavo, ni su buey o asno, o cosa alguna de las que le pertenecen”

Se vincula la exclusividad sobre los terrenos, que se reconocía en la Roma primitiva, al hecho de que en ellos se enterraba a los familiares, integrándose desde el punto de vista religioso al culto de los dioses del hogar; de ahí el *dominium* del paterfamilias. Para la Edad Media se destaca la relación entre la tierra y los hombres, sustento de todo el sistema sociopolítico, que se transforma con el advenimiento del modernismo revolucionario francés que exaltará la libertad e igualdad de las personas. Las cosas cederán su lugar protagónico a las personas y de inmediato los sistemas jurídicos, ya con

¹⁷⁸ Alessio Robles, Miguel, *op. cit.* p.105

¹⁷⁹ Arce y Cervantes, José, *op. cit.* pp.39-44

¹⁸⁰ Costa Margarita, et, al *Teorías Filosóficas de la Propiedad*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997 pp.83-85

¹⁸¹ Arce y Cervantes, José, *op. cit.* pp.36-37

las codificaciones del siglo diecinueve, irán consagrando ese derecho de propiedad como nuevo sustento de la organización social, aunque en su faceta jurídica rescatando las estructuras romanistas.

Según plantea Ibarrola, tanto Diguit como Kelsen, dejaron claramente sentado que fue el concepto de propiedad individual el que fundamentó al sistema romano y al código napoleónico, por constituir la base de todos los derechos patrimoniales¹⁸², sin embargo, en el siglo diecinueve, el debate pasa al campo de la Economía Política, ideologizándose, no para discutir si debe haber propiedad de los bienes, sino quién debe ser su titular y cómo debe estar organizada.

Desde el punto de vista sociológico se considera a la propiedad como “la base del orden social”¹⁸³ así como que su objeto lo son los bienes, es decir, las cosas con valor. Es el mismo Jakob Fellermeier el que nos aporta, en forma muy simplificada, las principales teorías o posiciones ideológicas para considerar a la propiedad dentro del andamiaje del grupo social:

- 1) individualista: sólo las personas privadas pueden ser propietarias;
- 2) socialista: radical (todos los bienes son de propiedad común) y moderada (los medios de producción son de propiedad común).
- 3) Doctrina Social Católica: la propiedad privada es condición de independencia de la persona humana, por ende resulta fundamento de su libertad y necesaria para su responsabilidad, pero la propiedad privada tiene una función social, no puede ejercerse irresponsablemente. La propiedad privada se adquiere originariamente por la ocupación (aprehensión del bien que lo hace “parte” de la persona) o por el trabajo (Encíclica Rerum Novarum); los medios derivados, serían ya los contratos y las herencias.

Resulta de gran importancia para nuestros planteamientos el acercarnos a un concepto, quizás hasta una definición con planteamientos que sean generalmente aceptados, para que, junto con las características que delinear el derecho de propiedad, como lo hicimos con las de los derechos reales, podamos hacer nuestras comparaciones contra la realidad

¹⁸² De Ibarrola, Antonio, *op. cit.* p.287

¹⁸³ Fellermeier, Jacob, *Compendio de Sociología Católica*, Herder, Barcelona, 1960. p.219

socioeconómica de las actividades mineras, las disposiciones de nuestro derecho positivo vigente y las percepciones que de ello tienen los actores de la minería.

En cuanto a las características del derecho de propiedad, todos los autores civilistas consultados suelen apuntar algunas, pero no podría decirse que alguno pretenda alcanzar una lista exhaustiva y bordar sus comentarios sobre ella.

Alessio señala que se trata de un derecho real que faculta a usar, disfrutar y disponer de la cosa.¹⁸⁴ Branca destaca que es el derecho real más amplio y el único verdaderamente autónomo.¹⁸⁵ Rojina Villegas se acerca a dichas características a través de la comparación con las propias del derecho real: los dos se ejercen en forma directa e inmediata, en la propiedad el objeto es siempre una cosa corpórea e implica la posibilidad de un aprovechamiento total.¹⁸⁶ Arce y Cervantes apunta como los caracteres del derecho de propiedad: absoluto, exclusivo y perpetuo.¹⁸⁷ Finalmente Ripert y Boulanger se enfocan en este tema, manejando el concepto de principios aplicables al derecho de propiedad, de los que resultan tres características: es de carácter absoluto, con restricciones, lo que resulta al menos paradójico, es exclusivo porque solo al propietario beneficia y es perpetuo, en tanto no se le atribuye una duración específica.¹⁸⁸

También en las definiciones que se nos proponen encontramos esos trazos que nos delinear con mayor nitidez al derecho de propiedad. Planiol, después de criticar la definición del código francés, propone la suya: “El derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida de una manera absoluta y exclusiva a la acción y voluntad de una persona”.¹⁸⁹ Rojina nos dice: “...aplicando la definición del derecho real a la propiedad, diremos que ésta se manifiesta en el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto”.¹⁹⁰ Cabe resaltar solamente la importancia que este autor da al tema del sujeto pasivo universal, al que incluye en su definición a diferencia de

¹⁸⁴ Alessio Robles, Miguel, *op. cit.* p.106

¹⁸⁵ Branca, Guisepppe, *op. cit.* p.176

¹⁸⁶ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.* p.291

¹⁸⁷ Arce y Cervantes, José, *op. cit.* p.48

¹⁸⁸ Ripert, Georges, et alt., *op. cit.* pp.90-93

¹⁸⁹ Planiol Marcel et alt, *op. cit.* p. 402

¹⁹⁰ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.* p.289

la mayoría de las otras que se nos proponen. Por último, aprovechemos que Ibarrola se inclina por las definiciones legales para acercarnos al campo del derecho positivo. Al respecto nos recuerda que el Código Civil de 1870, a diferencia del vigente, sí contenía una definición de propiedad: “ La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las que fijan las leyes”; el actual establece en el artículo 830: “El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las modalidades y limitaciones que fijen las leyes” ¹⁹¹ que, como veremos más adelante, son muchas las que existen en nuestra legislación y que hacen del derecho de propiedad previsto en nuestro derecho positivo, algo muy lejano a un derecho absoluto y sin límites.

En el Derecho Mexicano la evolución del concepto de propiedad se presentó como un derecho del individuo, previo al Estado mismo, como se consigna en los ordenamientos constitucionales del siglo diecinueve, hasta el de un derecho que el Estado, titular de toda propiedad sobre todos los bienes, le concede al particular, estableciendo la figura de la propiedad privada.¹⁹²

Resulta muy claro pues, que en la actualidad desde sus fundamentos constitucionales, el derecho a la propiedad privada en México, no es considerado como algo anterior al Estado, de carácter inherente a la persona humana. Su protección conforme al artículo 14 de la Constitución Política, no obedece sino a la protección que según su artículo primero otorga, y no reconoce, la propia Constitución. Por lo demás, en cuanto a su génesis, según el primer párrafo del artículo 27 de la misma, la propiedad privada de las tierras, es decir, la propiedad por excelencia, no es sino una modalidad derivada del derecho de la Nación para transmitir a los particulares el “dominio de ellas”, ya que “originariamente” le corresponden a ella.

¹⁹¹ De Ibarrola, Antonio, *op. cit.* p.293

¹⁹² En ese sentido los artículos 17 de los Sentimientos de la Nación de 1813; el 4 de la Constitución de Cádiz de 1812; los 24 y 34 de la Constitución de Apatzingán de 1814; el 12 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822; en forma indirecta el 30 del Acta Constitutiva de 1824; también indirectamente los 147 y 152 de la Constitución Federal de 1824; en forma más contundente el 2, fracción III, de la Leyes Constitucionales de 1836 y la fracción XIII del 9 de las Bases Orgánicas de 1843 que utiliza un contundente concepto de que la “propiedad es inviolable”. La Constitución liberal de 1857 siguió reconociendo en su artículo 27 el derecho de propiedad, pero ya lo empieza a acotar con el de la expropiación por causa de utilidad pública: Finalmente el proyecto de constitución de 1917 de Carranza, aunque apunta el concepto de propiedad privada en su artículo 27, ya parte del mismo principio del artículo primero de la constitución vigente consistente en que las “garantías” las otorga, no las reconoce el Estado mexicano.

Más adelante, para una mayor claridad y contundencia, el mismo artículo señala que “La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público...”, lo que evidentemente ha venido haciendo a través de la legislación civil (Código Civil Federal, artículos 830, 831, 832 y siguientes) y un número importante de leyes administrativas, como la de Bienes Nacionales, la de Expropiación, la Minera y la Agraria, entre las más antiguas y luego las de Asentamientos Humanos y, en las últimas décadas la del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, nada más por citar unos cuantos ejemplos, a nivel federal, de que el derecho de propiedad en nuestro país no tiene nada de ilimitado o absoluto.

Así también han sido numerosas las resoluciones del Poder Judicial Federal al respecto, pudiendo citar un criterio que se repite en varias tesis: “La Suprema Corte ha sustentado la tesis de que: ‘por modalidad de la propiedad privada debe entenderse el establecimiento de una norma jurídica de carácter general y permanente, que modifique la forma jurídica de la propiedad...El primer elemento exige que ...(se)...introduzca un cambio general en el sistema de propiedad...El segundo...implica una limitación o transformación del derecho de propiedad. Así la modalidad viene a ser un término equivalente a la limitación o transformación...Los efectos de las modalidades...consisten en una extinción parcial de los atributos del propietario...” (Tesis número 341,073, Materia Civil, Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXIX, pág. 293) y otras muchas tesis que se ajustan también al criterio en el mismo sentido sustentado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación visible en el Seminario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volúmenes 157-162, Primera Parte, página 315.

Los planteamientos doctrinarios, la legislación y las resoluciones judiciales nos permiten ahora definir cuáles son las características del derecho de propiedad en la actualidad:

- 1) Es un derecho real;
- 2) Es el único derecho real autónomo;
- 3) Establece una inmediatez, sino se quiere relación, entre el sujeto y la cosa.
- 4) Es exclusivo, con excepciones.
- 5) Es absoluto en cuanto a su integridad, no su alcance.
- 6) Es perpetuo, en cuanto que no nace por un tiempo determinado.

Como puede observarse, es algo muy diferente a lo que los historiadores apuntan como el derecho de origen. Sus características han de tenerse en mente, cuando analicemos uno de los enfoques erróneos que han surgido en quienes debaten la naturaleza de los derechos derivados de una concesión minera, que llegan a enfocar el tema desde la perspectiva de una llamada “propiedad minera”, término que, por otra parte, no es tan extraño en algunas leyes mineras latinoamericanas, ni lo fue en nuestras leyes hasta iniciado el siglo XX.

Si bien pudiera afirmarse que en la concesión minera no hay un derecho inmediato de propiedad sobre los minerales de la Nación, sino un derecho de apropiación de los mismos, el derecho, diríamos conexo, sobre el lote minero y las minas, bienes inmuebles tangibles, integra las características propias de los derechos reales y se acerca mucho a las que distinguen al derecho de propiedad, con la única excepción de la perpetuidad.

5.- Los Derechos Reales sobre Cosa Ajena. Gravámenes, Cargas y Garantías. Usufructo. Uso y habitación. Servidumbres. Prenda. Hipoteca. Embargo. Administrativos: Servidumbres, Ocupaciones Temporales y Concesiones.

Nuestro camino nos ha venido acercando al punto de partida. La fracción VI, del artículo 46 de la Ley Minera, que al considerar como objeto de inscripción a los actos y contratos relativos a la transmisión de titularidad de concesiones, las promesas de contratación relativas y los gravámenes u obligaciones contractuales, motiva la reflexión respecto de la naturaleza que tienen estos derechos que son motivo de inscripción en un Registro Público de Minería, obviamente para surtir efectos contra terceros, cuando la legislación en materia de bienes nacionales dispone en forma contundente que los derechos derivados de una concesión sobre bienes del dominio público, no son de naturaleza real.

Los derechos reales sobre cosa ajena, *jus in re aliena*, a los que ya hemos venido haciendo referencia, y que algunos también llaman derechos reales limitados, complementan, en nuestra opinión con gran claridad, el panorama de la interrelación de las cosas objeto del derecho, los vínculos que encuentran sus contactos extremos en las cosas, no en los sujetos. Nombrarlos vínculos o relaciones jurídicos, podría ser ya un mero problema de terminología. Lo importante es que los derechos y obligaciones que surgen de esa vinculación o relacionamiento, no pueden existir, no pueden concebirse si

no hay al menos una cosa en uno de esos extremos. En algunos casos, como las servidumbres, dos cosas.

Branca los clasifica en función de su contenido y duración, asemejándolos a la propiedad o distanciándolos de ella. Desde un derecho de superficie, hasta una simple servidumbre de paso, transitando por los de uso y habitación como intermedios. Insiste en que básicamente se distinguen del de propiedad, por su amplitud, porque no son autónomos y porque son prescriptibles.¹⁹³ Ibarrola apunta: “Anticipemos aquí que la propiedad y los derechos reales limitados difieren en cuanto a su contenido. Éstos solo facultan para un señorío parcial de la cosa, aquélla es el máximo señorío posible...”¹⁹⁴

Enfrentamos aquí un desmembramiento del derecho real por excelencia, el de propiedad, que no afecta propiamente a su carácter absoluto, sino que se fracciona y resultan diversos titulares de esas fracciones. Dicho de otra forma, el derecho pleno y total una cosa, es absoluto, y cuando su titularidad corresponde a una persona le llamamos propiedad, cuando corresponde a más de una, pero en forma indivisa, sigue siendo pleno y total, pero le llamamos copropiedad. Cuando el desmembramiento produce diferentes derechos a usar la cosa, a disfrutarla a obtener algo de ella, porque se la han atribuido a diferentes personas es cuando surge el derecho real sobre cosa ajena. Solamente no es ajena, para el titular originario de la cosa.

Bajo esta perspectiva, además de insistir en la objetividad, que no subjetividad, de los derechos reales, podemos hacer una gran distinción entre los derechos reales sobre cosa ajena: aquellos que permiten a su titular usar o disfrutar la cosa, a los que podemos considerar como derechos que imponen una carga al propietario y los que le conceden el derecho de preferencia y de persecución, así como, en algunos casos el de retención, a persona distinta del propietario y a los que llamamos derechos de garantía.

En cuanto a los derechos reales sobre cosa ajena de carácter civil, nos ocuparemos del de usufructo, el de uso, de habitación y de las servidumbres.

¹⁹³ Branca, Guisepppe, *op. cit.* p.209

¹⁹⁴ De Ibarrola, Antonio, *op. cit.* p.557

En el caso del usufructo, la doctrina coincide en definirlo como un derecho real, temporal, generalmente vitalicio, de usar y disfrutar los bienes ajenos.¹⁹⁵ Concepto muy cercano al que establece el Código Civil Federal en su artículo 980 y que Branca nos define con una mayor precisión: “El usufructo es el derecho, limitado en el tiempo, de usar una cosa y percibir sus frutos (*ius utendi fruendi*, decían los romanos) con la diligencia de un hombre común sin alterar el destino económico de la misma....”¹⁹⁶

El desmembramiento del derecho de propiedad es evidente. El propietario ha perdido el uso y el disfrute de la cosa, pero sigue conservando lo esencial, la posibilidad de disponer de la cosa.

Algo semejante pasa con los derechos reales de uso y de habitación, actualmente en completo desuso, que nuestro código civil todavía contempla, como figuras absolutamente anacrónicas y los que prefiere dedicarles los artículos propios del usufructo en lo que resulten aplicables. Es decir, figuras jurídicas que tienen una muy pobre regulación y escasas características para definir sus perfiles. Disposiciones de derecho positivo que se han alejado ya mucho de la realidad y, con ello, de su juridicidad.

De los tres casos apuntados, nos interesa primordialmente destacar lo obvio: primero, si la cosa desaparece, se extingue el derecho; segundo, la vinculación derivada de los derechos y las obligaciones reales se complica: derechos del propietario como tal frente a los llamados sujetos pasivos universales; derechos frente al usufructuario; derechos de éste frente al propietario y en general frente a “todos”; obligaciones reales de ambos entre sí y también frente a vecinos, el fisco y, quizás, otros sujetos, en fin, una triangulación bastante compleja que depende, realmente de la relación entre los sujetos y la cosa y que, para resumir, si desaparece ésta, se acaba todo.

Las servidumbres civiles constituyen una figura jurídica excepcional para entender y argumentar la importancia que debemos darle a los objetos y no cegarnos ante el axioma de que las relaciones jurídicas solamente pueden darse entre sujetos.

¹⁹⁵ Al respecto véase: Arce y Cervantes, José, *op. cit.* p. 433; Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.* p. 433; Alessio Robles, Miguel, *op. cit.* p.163

¹⁹⁶ Branca, Guisepppe, *op. cit.* p.221

En este caso, podría decirse que el mismo texto del artículo 1057 del Código Civil Federal abre el debate, al definir: “ La servidumbre es un gravamen real impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño”...”El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente” Perfecto. Allí están las dos cosas, los inmuebles, el vínculo entre ellos, y sea quien sea el dueño de cada uno de ellos, nunca la misma persona porque se generaría una confusión para la exigibilidad, que no de naturaleza. El artículo 1128, fracción I, pretende acabar con la servidumbre cuando dos predios de distinto dueño pasan a ser propiedad de una sola persona y luego vuelven a separarse, pero de inmediato reconoce la imposibilidad de impedir el “renacimiento” de la servidumbre “si el acto de reunión era resoluble por naturaleza” y llega la resolución, así como en el caso de los signos aparente entre dos fincas, salvo pacto en contrario. Conclusión, el legislador tiene que manejar excepciones y presunciones, para poder regular la realidad que se le impone. Cabe señalar que la definición de Bonnecase fue realmente la inspiración de la disposición citada, que viene de lo que fue el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la Republica en materia federal : “ la servidumbre es un derecho real instituido a favor de un inmueble y contra otro, perteneciente a distinta persona”.¹⁹⁷

Ante la definición del código, la reacción doctrinaria no se hace esperar: “También equivoca el legislador al señalar que se trata de una relación jurídica entre predios, pues es claro que ésta solo se da entre personas. Por tanto un concepto correcto del derecho de servidumbre sería el derecho real que faculta a una persona a servirse de un predio ajeno”.¹⁹⁸ En el mismo sentido, o para el mismo propósito, sería la definición que nos propone Rojina Villegas: (servidumbres) “Son gravámenes reales que se imponen a favor del dueño de un predio y a cargo de otro fundo propiedad de distinto dueño, para beneficio o mayor utilidad del primero”, para más adelante decir: “...debe rechazarse enérgicamente la definición tradicional que da a entender que el derecho se da a favor de un predio y a cargo de otro” “La verdad jurídica solo es única: el derechos se otorga al ‘propietario’ (cualquiera que el sea) del predio dominante y se impone al dueño del predio sirviente (cualquiera que él sea)”¹⁹⁹ sin darse cuenta el maestro civilista que su propia definición salva el primer escollo (“a favor del dueño de un predio”) pero no el segundo (“a

¹⁹⁷ Bonnecase, Julián, *op. cit.* p.495

¹⁹⁸ Alessio Robles, Miguel, *op. cit.* p.177

¹⁹⁹ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.* pp.473-475

cargo de otro fundo”). Nuevamente, es forzar las argumentaciones y sacarlas de todo contexto real y lógico, tratar de sostener el principio de que las relaciones solamente pueden darse entre personas, nunca entre objetos, negando la realidad que se impone ante nuestros ojos.

De las definiciones mismas, la legal y las doctrinarias, y de la lógica misma que nos proporciona la realidad, las servidumbres solamente tienen por objeto bienes raíces. Desde su origen en el derecho romano fueron muy variadas y numerosas, lo que ha dado lugar a clasificaciones y subdefiniciones²⁰⁰, pero en la actualidad es cada vez más raro encontrar servidumbres civiles, sobre todo de nueva creación o reconocimiento reciente, pero no podría decirse que es una figura en desuso.

Nuevamente, a pesar de lo que apunta la doctrina, los hechos se imponen al derecho positivo. Las servidumbres surgen de la realidad, tienen que ver muchas veces con la localización de los predios o las características de los inmuebles y realmente es irrelevante quien o quienes sean los diferentes dueños, ni si han manifestado o no su voluntad respecto a la creación del derecho. Son las circunstancias, las características de los propios bienes, son las cosas mismas, las que imponen la necesidad de reconocer y regular en el derecho positivo la norma de conducta que surge de dichas circunstancias específicas.

También constituyen derechos reales sobre cosa ajena, pero sin que sean una “carga de hecho sobre el bien”, la prenda y la hipoteca, ya que se utilizan para otorgar una garantía a favor de un acreedor. Una garantía que le de ciertas ventajas sobre otros acreedores, por cualesquiera que sea la razón de negocios, pero que muchas veces implica un origen común entre el nacimiento del crédito y la adquisición del bien afectado por parte del propietario. El caso más común y numeroso es del de las hipotecas a favor de las instituciones de crédito, que otorgaron los préstamos para la adquisición, construcción o mejora de los inmuebles hipotecados o, la prenda que en forma natural se da en los contratos de crédito de habilitación o avío y refaccionarios.

²⁰⁰ Al respecto, véase, Arce y Cervantes, José, *op. cit.* pp.76-77; De Ibarrola, Antonio, *op. cit.* pp. 588-590; Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.* pp. 480-481.

Conforme a Planiol y Ripert “las garantías reales surgen bastante tarde en la historia de las instituciones jurídicas: en las civilizaciones primitivas, las garantías personales, que descansan en la confianza que tiene el acreedor en los que responden por su deudor, son las más usadas, incluso las únicas conocidas en los orígenes; en derecho romano son las más importantes y las más usadas”.²⁰¹ La evolución histórica se va dando conforme la unión y solidaridad de la familia para con sus miembros y en relación con los bienes, prácticamente comunes, se va diluyendo.

Branca cuestiona que se trate derechos reales: “Garantías reales son y se llaman, *ab antiquo*, la prenda y la hipoteca...y por eso, no obstante su innegable carácter de realidad, el bien pignorado o hipotecable, es perseguible por el acreedor, en cualesquiera manos que se encuentre, la prenda y la hipoteca no son derechos reales. Tanto es así, que si el bien perece o se deteriora, haciéndose insuficiente, el acreedor puede pedir y obtener una garantía real sobre otras cosas o la decadencia del plazo a favor del deudor”.²⁰² Es muy interesante la perspectiva del autor: si fueran derechos reales desaparecerían o se disminuirían, siguiendo el destino de la cosa. No hay cosa, no hay derecho real. No consideramos que esa sea la disyuntiva. Estamos de acuerdo que si la cosa desaparece, desaparecerá el derecho real sobre ella, pero eso no quiere decir, que no pueda establecerse, por ley o convencionalmente, la creación de un nuevo derecho real para mantener la garantía a favor del acreedor, cuando la cosa ha desaparecido o perdido su valor. Esta sería una nueva garantía, que no contradice, sino por el contrario, refuerza la existencia previa del derecho sobre la cosa.

Nuestro Código Civil Federal, en su artículo 2856 define a la prenda como “...un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago”. Por su naturaleza y orígenes, el bien dado en prenda se entregaba al acreedor; en el Diccionario Jurídico Mexicano encontramos la definición: “Prenda, del latín, *pignora*, plural de *pignus-oris*, en su sentido original significa objeto que se da en garantía” El mismo diccionario apunta más adelante que, según

²⁰¹ Planiol Marcel *et alt*, *op. cit.* p.3

²⁰² Branca, Guisepppe, *op. cit.* p.320

Ulpiano, “llamamos prenda los que pasa al acreedor e hipoteca cuando no pasa, ni aún la posesión, al acreedor”²⁰³

Por su parte, en cuanto a la materia mercantil, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no contenía anteriormente una definición, por lo que resultaba aplicable, por suplencia, la definición civil. Como en materia mercantil el bien dado en prenda no podía quedar en poder del deudor, excepto en los casos de los créditos de destino, como los de habilitación o avío y refaccionarios, que la propia ley establece, y esa situación afectaba ciertas operaciones, la ley fue reformada para introducir la figura de “la prenda sin transmisión de posesión”, y ahora el artículo 346 de la citada ley mercantil incluye una definición de prenda en esencia igual a la civil.

Era pues, entonces, la distinción fundamental entre la prenda civil y la mercantil, en que aquélla permitía que el bien quedará en posesión del deudor. Aún cuando, como ya señalamos, si nos remontáramos a los orígenes históricos, encontraríamos, como en otros casos, una mayor tendencia a un contrato de carácter real, perfeccionable con la entrega de la cosa, lo que constituía una mayor garantía a favor del acreedor.

Ciertamente que, en el caso de la prenda, al versar sobre bienes muebles, si se dejan éstos en poder del deudor, puede resultar muy difícil, sino que imposible hacerla valer ante terceros, para el ejercicio de los derechos de persecución y de preferencia, pero no quiere decir que el titular del derecho no los tenga, en unos casos será un problema de prueba y en otros no podrá hacerlos valer definitivamente. Este punto permite reflexionar sobre la característica propia, aunque quizás no absoluta, de registrabilidad que deben tener los derechos reales.

En cuanto a la hipoteca, la definición legal nos la da el artículo 2893 del citado código federal: “La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia

²⁰³ ...*Diccionario Jurídico Mexicano* Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM Porrúa, México 1998 4º volumen, pp. 2492-2493

establecido por la ley.” En el Diccionario Jurídico, arriba citado, encontramos que hipoteca viene del latín *hypotheca* y ésta a su vez del griego *hypotéke*, que significa prenda.²⁰⁴

La hipoteca suele constituirse sobre inmuebles y, por ende, puede ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad, permitiendo con ello el ser oponible a terceros.

Como apuntamos anteriormente, la fracción VI del artículo 46 de la Ley Minera vigente, contempla la posibilidad de inscripción en el Registro Público de Minería, de los actos jurídicos que afectan a los derechos del concesionario, entre otros, los desmembramientos y los gravámenes sobre los mismos en una forma absolutamente paralela a las de las instituciones civiles, como lo confirma la práctica cotidiana que mostramos con los casos concretos que se incluyeron en el Capítulo Primero de este trabajo.

En ambos casos de la prenda y la hipoteca, y tanto en la legislación civil como mercantil, quienes detentan esas garantías reales en su favor tiene los derecho de persecución y de preferencia, pero no tienen ningún derecho sobre la cosa que pudiese provenir de un desmembramiento del derecho de propiedad, como es el caso de los derechos reales sobre cosa ajena, a los que hicimos referencia anteriormente.

Se ha discutido mucho si el embargo trabado por una resolución de un tribunal judicial o administrativo o el que se origina en el procedimiento económico coactivo que realizan las autoridades fiscales, constituye o no un derecho real. No queremos dejar de mencionar el tema, aunque sea brevemente, porque es uno de los actos motivo de inscripción en el Registro Público de Minería, de acuerdo con la ya citada fracción VI, del artículo 46, de la Ley Minera, y solamente como referencia citamos la definición del Diccionario Jurídico: “Latín vulgar: *imbarricare*, cerrar una puerta con barras (trancas)...afectación decretada por una autoridad competente sobre un bien o conjunto de bienes de propiedad privada, la cual tiene por objeto asegurar cautelarmente la eventual ejecución de una pretensión de condena...o bien satisfacer directamente una pretensión ejecutiva...”²⁰⁵

²⁰⁴ *Ibidem*. pp. 1584-1585

²⁰⁵ *Ibidem*. p. 1249

Al respecto, Arce y Cervantes, citando una tesis de jurisprudencia transcribe: “ Ahora bien, es indudable que el embargo no concede al embargante un derecho real sino que lo coloca (el bien) bajo la guarda de un tercero y disposición del juez que conoce del juicio en que se ordenó la providencia; lo que significa que la cosa embargada no se encuentra bajo el poder del embargante, sino bajo el de una autoridad judicial, que no puede considerarse siquiera como intermediario...de ahí, que el embargo deba considerarse como una institución de carácter procesal y de naturaleza *sui generis*, cuyas características se relacionan con el depósito....” La tesis citada reconoce que, bajo ciertas circunstancias, el embargo puede significar un derecho de preferencia, pero no por ello un derecho real.²⁰⁶

En contra de la posición anterior, Rojina Villegas sostiene: “En nuestro concepto, el embargo o secuestro judicial, sí crea derechos reales con características semejantes a los derechos reales de garantía”, para adentrarse en el análisis de algunas resoluciones de la Suprema Corte en el mismo sentido que la citada por Arce y Cervantes, pero afirmando que “no se han dado las razones suficientes para desconocer el carácter real de la situación jurídica nacida del secuestro judicial” y luego se detiene en una de ellas que sostiene: “Las características más importantes del derecho real, son las siguientes: el poder directo e inmediato que confiere a su titular, sobre una cosa: el derecho de persecución y el derecho de preferencia....”, para seguir de allí exponiendo su punto de vista en contra de los criterios jurisprudenciales.²⁰⁷ El debate escapa del alcance que queremos darle a este trabajo, pero las características que para los derechos reales apunta la Suprema Corte, han de ser consideradas en su momento.

²⁰⁶ Arce y Cervantes, José, *op. cit.* pp.144-145

²⁰⁷ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.* pp.220-221

CAPITULO. V EL DEBATE EN LA SUPREMA CORTE.

En el tema que nos ocupa, es decir, la naturaleza real o personal de los derechos derivados de una concesión minera, pareciera ser que el estado de la cuestión quedó definido y para muchos, quizás concluido, hace más de sesenta años, cuando en 1946 se resolvió por la H. Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el amparo 2976/42.-2^a, concediéndose el amparo y protección de la justicia a la quejosa, la empresa Fundidora de Fierro y Acero de Monterrey y Cerro del Mercado. Pero no es así, por el contrario, los planteamientos hechos por los Ministros que intervinieron, las razones que invocaron y las posiciones de connotados juristas mexicanos y extranjeros que citaron, así como los libros que al respecto publicaron Oscar Morineau y Alberto Vázquez del Mercado, unido todo ello a la evolución que ha seguido dándose a través de las últimas décadas en la legislación minera y la praxis que le sigue o le adelanta, nos permiten volver sobre el tema, nos obligan a buscar nuevamente explicaciones y justificaciones.

Repasando los planteamientos hechos por los Ministros integrantes de la Sala mencionada en sus sesiones del mes de julio de 1946 y los que los autores señalados hicieron en sus trabajos sobre el tema, se nos presenta con claridad el hecho de que si el debate doctrinario llega a presentar con frecuencia elementos de subjetividad y emotividad que no pueden ser objeto de disimulo, aún en los grandes juristas, cuando el campo de la discusión se acerca a la realidad de un negocio jurídico y a la necesidad de dictar una sentencia, entonces los intereses de todo tipo, las vanidades y aún las animadversiones personales salen a la luz del día y resulta es más difícil desentrañar los argumentos objetivos, que nos permitan llegar a conclusiones válidas.

Esos debates, en el quehacer cotidiano de los Ministros y en las publicaciones de los juristas, nos han confirmado el hecho de que frecuentemente los abogados, los estudiosos del Derecho, incurren en falsas apreciaciones porque se alejan de la realidad para la que se pretende crear o aplicar normas jurídicas o supuestamente jurídicas. El legislador, el juez y el jurista, al elaborar la ley, dictar una sentencia y al quererlas interpretar o darles un marco teórico de sustento, muchas veces se recluyen en su gabinete o discuten con la formalidad o el arrebató de una sesión en la Corte o en el Congreso, alejándose cada vez más de la realidad a juzgar o regular, ya sea por

posiciones teóricas, convicciones ideológicas, intereses personales, factores políticos de coyuntura y aún simples desplantes de soberbia o emotividad.

Aunado a lo anterior, lamentablemente, habrá de agregar la corrupción, la ignorancia de legisladores y jueces y los acuerdos y compromisos políticos, principalmente de los primeros, pero sin excluir a los segundos, que no nos permiten aceptar que lo dispuesto en una ley o la sentencia dictada, constituyen, solamente por esa única razón, Derecho. En un Congreso como el de nuestro país, en el que no hace muchos años un diputado declaró a los medios de comunicación que iban a dictar una ley para prohibirle a la Suprema Corte de Justicia interpretar las leyes y la Constitución, o en el que, como todos los Congresos y Parlamentos del mundo, los partidos políticos intercambian votos para aprobar leyes de su interés particular; con jueces, afortunadamente no todos por supuesto, que brillan por su incompetencia e ignorancia, que son fáciles presas de la corrupción o que dictan sus sentencias casi sin poderlas revisar, porque la carga de trabajo es abrumadora, difícilmente podemos vivir con la idea de que la sentencia judicial produce normas jurídicas o que las leyes dictadas por un congreso las contienen.

Hemos venido trayendo hasta aquí conceptos y explicaciones de lo que es la realidad de las actividades mineras, el desarrollo legislativo de los ordenamientos que las han regido históricamente y , a través de la exposición de casos concretos, cuál es la práctica de los negocios mineros, cómo la entienden y manejan los agentes involucrados, concesionarios, fedatarios y autoridades, dejando para después la exposición doctrinaria de los conceptos básicos tales como los derechos y gravámenes reales y la concesión administrativa, y, mas adelante, por supuesto, nos adentraremos en los temas fundamentales de la Filosofía del Derecho en la búsqueda de la nota de juridicidad en las normas, que nos lleve al repaso de las posiciones iusnaturalistas e iuspositivistas, para que, con todo ello, podamos incorporarnos al antiguo debate con una perspectiva diferente, ya ligeramente apuntada en algunas referencias fragmentadas hechas por Morineau y Vázquez del Mercado, partiendo de la naturaleza propia de la explotación minera.

Oscar Morineau inclinándose por sostener la tesis de que los derechos derivados de la concesión minera son de naturaleza personal, asume un positivismo a ultranza centrándose en los textos constitucionales y legales, afirmando para ello: “No importan las

consecuencias a que llegemos...inclusive...concluir...que nuestro legislador, en lo relativo al subsuelo minero y petrolero, está normando en el vacío cuando no toma en cuenta que los derechos reales existen en la naturaleza de las cosas”.²⁰⁸

El autor mencionado hace un repaso en su obra de lo que debe entenderse por derechos reales, partiendo de principio de que “...no existe en la doctrina una teoría científica de los derechos reales”²⁰⁹ y que “...los derechos reales son la atribución de actividades de hacer cuando recaen sobre los bienes, facultades atribuidas en forma potestativa...”²¹⁰, concluyendo entonces que nunca serán actividades obligatorias y que las mismas recaen sobre los propios bienes y que deben considerarse como derecho del titular. Critica las teorías clásicas en esta materia, pero termina aceptando que el derecho real es absoluto, fundante y potestativo y el derecho de crédito es de carácter relativo.

Más adelante, Morineau se adentra en los textos constitucionales, sosteniendo que los tres primeros párrafos del artículo 27 se refieren a la propiedad privada y los tres siguientes se refieren al dominio de la Nación. Este dominio lo establece el poder soberano del Estado sin tener para ello limitación alguna, no quedando sujeto a ninguna necesidad real o ideal “...y puede atribuir a la Nación la propiedad plena o un dominio menor o ningún derecho”.²¹¹

Critica a los que sostienen la posición contraria diciendo: “Se pretende que el subsuelo es susceptible de propiedad privada...que solo los mexicanos tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones...que el subsuelo es una accesión de las tierras. Esta interpretación es errónea...”²¹² Esta cita nos permite ver la confusión del autor y de los demás personajes involucrados en el debate al que antes hicimos referencia, entre lo que es el subsuelo y lo que son los recursos o depósitos minerales, cuya ubicación en la corteza terrestre puede estar prácticamente a nivel del suelo o a gran profundidad; con ese mismo enfoque podríamos incluir también al petróleo, el gas y el agua del subsuelo.

²⁰⁸ Morineau, Oscar, *Los Derechos Reales y el subsuelo en México*, Fondo de Cultura Económica / UNAM, México, 1997. p.9

²⁰⁹ *Ibidem.* p. 62

²¹⁰ *Ibidem.* p. 34

²¹¹ *Ibidem.* p. 197

²¹² *Ibidem.* p. 214

Refuerza sus argumentos aludiendo a los calificativos de inalienable e imprescriptible que utiliza el texto constitucional al calificar los bienes del dominio directo de la Nación; acepta que la inalienabilidad es de carácter relativo en tanto que la imprescriptibilidad es absoluta. Partiendo del primero de estos principios, sostiene que por el mismo, el gobierno solo puede otorgar derechos personales a través de las concesiones mineras, nunca de naturaleza real y pasa a definir la concesión minera como: "... un acto administrativo, mediante el cual la Nación, sin transmitir el dominio o un derecho real sobre el subsuelo concesionado, otorga al titular de la concesión el derecho a explotar el subsuelo, con todos los derechos conexos que son necesarios o convenientes para que pueda efectuar trabajos de exploración y de explotación, y hacer las construcciones necesarias, otorgándole así mismo las protecciones más amplias posibles frente a terceros".^{213 214}

Después analiza los planteamientos de Dante Callegari, al que, como veremos más adelante, Vázquez del Mercado cita ampliamente, afirmando Morineau que la concesión minera no es susceptible de hipotecarse ya que no existe un derecho real derivado de ella y que tampoco es un inmueble, continuando de allí su crítica a la posición de Trinidad García, quien también se había inclinado por sostener que la concesión minera otorga derechos reales. Al hacer referencia a otras opiniones, señala que se inclinan, como él, por el carácter de derechos personales, autores como Manuel Borja Soriano y Gabino Fraga. A la referencia de Morineau, podemos agregar a la lista de juristas a Jorge Madrazo.²¹⁵

Además de sustentar sus planteamientos en la afirmación terminante de que estamos frente a derechos personales, simplemente porque así lo dijo el legislador, tanto en el artículo 27 constitucional al utilizar los calificativos de inalienable e imprescriptible, como en el texto expreso del artículo 12 de la Ley General de Bienes Nacionales de 1941, (correspondiente al 16 de la ley vigente en esta materia), también destaca el hecho de

²¹³ *Ibidem.* p. 253

²¹⁴ Refiriéndose a la legislación española, Rafael Fernández Acevedo destaca esos mismos principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes del dominio público, a los que da calidad de *res extra commercium*, pero apunta: "eso no impide que pueda (n) verse sometido (s) a un tráfico jurídico de Derecho Público", para concluir más adelante que: "la concesión de dominio público...asigna a los particulares verdaderos, derechos subjetivos de naturaleza real y carácter administrativo..." Fernández, Acevedo Rafael, *Las Concesiones Administrativas de Dominio Público*, Thomson Civitas, Navarra, 2007. p. 241-242

²¹⁵ ... *Estudios Jurídicos en Memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Porrúa, México 1984. p.538

que las leyes mineras en México anteriores a la Constitución de 1917, hacían siempre referencia a la “propiedad minera”, en tanto que las posteriores a esa época se refieren ya a derechos de exploración y de explotación.

Continúa su argumentación frente al planteamiento de que el concesionario tiene un derecho real, porque está en posibilidad de establecer una servidumbre sobre el mismo y si no fuera así, estaría dando lo que no tiene, diciendo que el concesionario en este caso está actuando como representante del Estado por disposición de la ley,²¹⁶ mostrando con ello inconsistencia en sus posiciones anteriores, primero porque este mismo argumento podría justificar la posibilidad de hipotecar que antes rechazó y segundo, y muy importante, porque a lo largo de su obra el argumento central ha sido el carácter inalienable de los bienes del dominio público de la Nación, que le hace afirmar contundentemente que por dicha razón el gobierno no puede conceder un derecho real a los particulares, de ser así el supuesto representante, tampoco podría otorgar un derecho real actuando en nombre de ese mismo gobierno.

Finalmente en sus conclusiones, el autor sostiene que la interpretación judicial es uniforme al decir que el subsuelo es propiedad plena de la Nación y cita una tesis de jurisprudencia que bajo el número 722 aparece en el apéndice al tomo XXXVI, relativa al subsuelo petrolero y reiterando su positivismo: “...los derechos reales existen solamente cuando los atribuye una norma”.²¹⁷

Como es de suponer, los argumentos de Alberto Vázquez del Mercado son precisamente los contrarios a los expuestos por Oscar Morineau, sin embargo, consideramos muy importante destacar, lo que a nuestro juicio sería la espina vertebral de su argumentación desde la perspectiva del derecho público, cuando afirma que existen concesiones traslativas y constitutivas; que en las primeras, la administración pública trasmite el mismo derecho que ella tiene, total o parcialmente, pero es el mismo derecho, en tanto que en las segundas, del derecho que tiene la administración pública se desprenden facultades que pasan al particular creándose un nuevo derecho, afirmando que este fenómeno se ha conocido en la doctrina y es el que sustenta los *iure in re aliena*.²¹⁸ Nos dice

²¹⁶ Morineau, Oscar, *op. cit.* p.262

²¹⁷ *Ibidem.* p. 293

²¹⁸ Vázquez del Mercado Alberto, *Concesión Minera y Derechos Reales*, Porrúa, México, 1946. p.11

expresamente: “Es principio fundamental en materia de concesión constitutiva, que el derecho derivado tiene igual naturaleza jurídica que el derecho originario”.²¹⁹

Esta teoría que sintetiza Vázquez del Mercado, fue motivo también de una crítica bastante ácida que hizo Morineau en su obra citada, llamándola “teoría organicista” porque sus expositores utilizaron términos tales como “derecho padre” y “derecho hijo”, filiación que Morineau rechaza para las normas jurídicas.

Vázquez del Mercado sostiene más adelante que el hecho de que la ley sea la creadora de los derechos reales, no quiere decir que no pueda haber nuevos derechos reales y se dedica a citar a una larga lista de autores de diferentes nacionalidades que consideran absolutamente válido que las concesiones administrativas otorguen derechos reales: empieza con Hugo Forti: “Así, por ejemplo, nace un derecho real a favor de un ciudadano, de las concesiones con carácter unilateral que tienden exclusivamente a conferir al particular la facultad de usos especiales del dominio público: como las concesiones de ocupación del subsuelo público, de derivación de aguas públicas, ...me parece que el mismo carácter tienen las concesiones mineras”; sigue con Enrico Guicciardi: “Nada impide por esto, que el Estado cree, por medio de la concesión, derechos reales a favor de los particulares...sobre cierta categoría de bienes...sobre las minas ...” y termina con Manuel María Díez: “...las concesiones no solamente confieren al concesionario la posesión y el ejercicio de la acción posesoria, sino también un verdadero derecho real de goce sobre la cosa, con la salvedad de que este derecho real es temporal, revocable o extinguido como la concesión misma”.²²⁰

Descarta este autor que la temporalidad y la posibilidad de revocación, caducidad y suspensión se opongan a la naturaleza real de los derechos derivados de la misma, ya que, a diferencia de los derechos reales de origen civil, en los derivados de la concesión administrativa entra en juego el interés público, que explica y justifica esas diferencias.

Cita a Dante Callegari para resolver el tema de la inalienabilidad: “Además, la inalienabilidad no significa indisponibilidad absoluta del bien, indica únicamente que no pueden constituirse sobre él las relaciones que impidan el destino de la

²¹⁹ *Ibidem.* p. 17

²²⁰ *Ibidem.* pp. 41-43

cosa...ciertamente, la concesión no implica enajenación o disminución de la propiedad de los bienes en el estado, ya que la propiedad continúa perteneciéndole y solo atribuye derechos de goce compatibles con el destino del bien. Nada se opone a que asuman...la naturaleza de reales...de esa manera el bien sigue siendo inalienable...mientras que, por lo general, la concesión es alienable y transmisible”.²²¹

Siguiendo con este tema de los principios constitucionales aplicables a los bienes de dominio público, también sostiene que el principio de inalienabilidad es relativo y el de imprescriptibilidad es absoluto, pero matiza el primero de ellos diciendo que ha de entenderse que para los bienes públicos no cabe la transmisión a través de negocios jurídicos civiles “pero sí mediante actos jurídicos públicos como la concesión y los tratados”.²²²

Obviamente, Vázquez del Mercado concluye que la doctrina en general reconoce que la concesión administrativa “puede crear derechos de naturaleza real y que la concesión para la explotación de las minas en los sistemas domaniales, como el nuestro, crean un derecho subjetivo privado, de carácter real inmobiliario por la naturaleza del bien sobre el que se ejerce tal derecho y como tal susceptible de ser hipotecado”.²²³

Su línea de argumentación lo lleva naturalmente al texto del artículo 12 de la Ley de Bienes Nacionales de 1941, que debemos recordar coincide con la ley vigente, y con la anterior a la vigente y señala que ese mismo principio se consagraba en el artículo 15 de la ley de 1902, desvirtuando la afirmación de que el cambio en la legislación secundaria haya sido producido por el texto del artículo 27 constitucional, a lo que nosotros podríamos agregar que ese mismo texto del párrafo cuarto del artículo 27, tiene una gran coincidencia con la Ley Minera de 1909.

Dice Vázquez del Mercado respecto a la Ley de Bienes Nacionales citada: “Probablemente este fue el propósito de los autores de la ley, pero la naturaleza de las cosas se impone con tal fuerza, que los mismos autores, no obstante su empeño no lo

²²¹ *Ibidem.* p. 51

²²² *Ibidem.* p. 56

²²³ *Ibidem.* p. 55

lograron”.²²⁴ Agregando que además la Ley Minera se impone a la Ley de Bienes Nacionales por ser una ley de carácter particular que ha de privar sobre la de carácter general y concluye esta parte citando la frase de Lasalle: “Pero no hay nada de eso. ¡Antes al contrario! Ya pueden ustedes plantar en su huerto un manzano y colgarle un papel que diga: ‘este árbol es una higuera’. ¿Bastará con que ustedes lo digan y lo proclamen para que se vuelva higuera y deje de ser manzano? No. Y aunque congreguen ustedes a toda su servidumbre, a todos los vecinos de la comarca, en varias leguas a la redonda, y los hagan jurar a todos solemnemente que aquello es una higuera, el árbol seguirá siendo lo que es, y a la cosecha próxima lo dirán bien alto sus frutos, que no serán higos, sino manzanas”.²²⁵

Concluye Vázquez del Mercado: “...las minas se consideran universalmente como inmuebles, sometidas a las normas de los bienes raíces, y que el derecho nacido de la concesión otorgada al particular para la explotación de la riqueza minera, tiene todos los atributos de un derecho real, que puede ser gravado por otros derechos reales, como la hipoteca.”²²⁶

Al igual que que Oscar Marineau, Alberto Vázquez del Mercado hace una cita de un jurista del que no pueden decir su nombre, resultando un texto que también asume como de interés este último y que, para nosotros, es quizás un primer planteamiento, en una perspectiva diferente, más vinculado a la realidad: “Nos muestra que la concesión nos entrega la posesión de un sólido incrustado en el globo terráqueo, perfectamente delimitado, que nos permite extraer todos los minerales concesionados; que la concesión se inscribe en el Registro de Minería y así el concesionario en su carácter de poseedor puede defender su derecho frente a todo el mundo. Ante semejante análisis resulta evidente la conclusión: la concesión es un derecho patrimonial, subjetivo, absoluto, real e inmobiliario”.²²⁷

La obra de Morineau a la que nos hemos venido refiriendo, incluye un apéndice con las transcripciones parciales de las sesiones celebradas en julio de 1946, por los integrantes de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con un

²²⁴ *Ibidem.* p. 97

²²⁵ *Ibidem.* p. 99

²²⁶ *Ibidem.* pp. 144-145

²²⁷ *Ibidem.* p. 220

amparo interpuesto por la Fundidora de Fierro y Acero de Monterrey y Cerro del Mercado, siendo tercera perjudicada la sucesión de Carmen Herrera de Saracho. La disputa tuvo su origen en relación con un lote minero conocido como “La Sorpresa”, de cuya concesión era titular el señor Saracho, cónyuge finado de la autora de la sucesión, mismo que fue otorgado sobre otro lote minero amparado por una concesión de la empresa, denominado “La Industria”, en el yacimiento de Cerro del Mercado en Durango. El señor Saracho había transmitido la concesión relativa a su lote a la empresa mencionada y posteriormente se intentó la nulidad del contrato de compraventa ante los tribunales, argumentando que había sido una operación sobre un inmueble, que no fue consentida por el cónyuge del concesionario. Las resoluciones favorables a la sucesión, fueron finalmente motivo del amparo interpuesto por la empresa señalada.

A lo largo de sus discusiones, los ministros de la Sala expusieron los argumentos que en un sentido o en otro, recogieron los autores a los que nos hemos referido, agregando quizás como algo un tanto diferente, el argumento a favor de que se trata de derechos reales, porque si fueran de carácter personal no sería posible que fueran objeto de divisiones, unificaciones, reducciones y amojonamientos, lo que pone de manifiesto su confusión entre lo que es la concesión y lo que es el lote minero que la misma ampara y que más abajo precisa el Ministro Pardo Aspe. Destacan dos aspectos, primero, que el Ministro Hilario Medina, que fue diputado constituyente en 1917, sostuvo que las concesiones mineras otorgan derechos reales y, en especial, que las resoluciones de la Corte que se habían dictado respecto del párrafo cuarto del artículo 27, en materia de petróleo, se referían a conflictos entre particulares y la Nación y no entre dos particulares y segundo, que los argumentos que a favor de los derechos personales presentó el Ministro Pardo Aspe, sosteniendo que lo que la Corte ha resuelto para el petróleo, debe ser igual para las minas y al que tenemos que citar textualmente: “...al concesionario no le pertenece la veta; esa no la puede enajenar la Nación...” Es una concesión para extraer y aprovechar, lo no extraído no le pertenece al concesionario. No hay propiedad ni derecho real. (p. 360). “No podemos confundir...la concesión en materia de minas...con la mina, no podemos confundirla nunca con el yacimiento”.²²⁸ La concesión es un acto administrativo, no es mueble ni inmueble es falso que amojonar o poner estacas convierta el derecho en real; el derecho no se corporaliza.²²⁹ Lo de hipotecas y

²²⁸ *Ibidem.* p. 365

²²⁹ *Ibidem.* pp.377-378

servidumbres no lo resuelve. De las segundas dice que son derechos conexos y a favor de la Nación. Se pueden las prendas, pero no las hipotecas.²³⁰

No podemos dejar de hacer mención al resultado final de las deliberaciones de los ministros de la Tercera Sala, que habría de conducir a la sentencia definitiva para dirimir la controversia. El resultado final fue el de conceder el amparo a la quejosa, es decir, la Fundidora de Fierro y Acero de Monterrey y Cerro del Mercado, la que había alegado la naturaleza personal de los derechos derivados de las concesiones mineras, pero no fue por esa razón específica. Los ministros Medina y Meléndez se inclinaron por el concepto de derechos reales, en tanto que el Presidente y el ministro Pardo Aspe sostuvieron el criterio contrario; el voto decisivo, del ministro Medina Alarcón a favor de conceder el amparo, no se definió por la controversia a la que nos hemos referido, sino que se basó en otro de los agravios alegado por la quejosa. La sentencia no fue, entonces, definitiva para los efectos del debate al que nos hemos estado refiriendo.

En nuestra opinión, como ya lo hemos mencionado anteriormente, el planteamiento más cercano a la realidad de las actividades mineras, sin ser por ello absolutamente preciso, es la del jurista sin nombre que cita y critica Morineau, el cual concluye que la concesión es un derecho real inmobiliario, porque supo distinguir con claridad lo que es el sólido de la corteza terrestre al que la ley denomina lote minero y el recurso mineral que puede ser extraído y apropiado legítimamente por el propietario.

Los autores mencionados y los ministros involucrados en las discusiones referidas no distinguen con claridad la terminología que se desprende de la realidad minera y que se ha venido reflejando en la legislación minera. Además de ello, incurren en errores derivados de las razones apuntadas al inicio de este capítulo, respecto de actitudes y comportamientos propios del debate.

²³⁰ *Ibidem.* p. 390

CAPITULO VI. EL ANÁLISIS Y LA INTERPRETACIÓN.

1.- Los elementos para el análisis.

Hemos de volver a nuestro tema básico. Habrá que analizar e interpretar todo aquello que hemos asentado hasta ahora, para determinar cómo podemos acercarnos a la naturaleza jurídica de los derechos derivados de las concesiones mineras en México.

Nuestro enfoque descansa fundamentalmente en la premisa de que lo jurídico, la esencia del Derecho, se encuentra en la realidad de la vida social. La lógica que se desprende de una cosa, un objeto, una relación entre dos o más personas, o de la persona misma, que forma un imperativo de conducta social, que constituye a su vez el ordenamiento de las conductas hacia un fin, hacia la conformación de esas condiciones que permiten a la persona humana la realización plena de su fin trascendente. Si la sociedad no cumpliera esa función no tendría realmente una razón de ser y si el sistema normativo al que llamamos Derecho, no fuera el instrumento para ello, no habría asidero alguno para nuestras reflexiones.

Conocer la esencia de lo jurídico, es el único e inevitable camino para formular conclusiones sobre la naturaleza de los derechos que emanan de las circunstancias sociales y de la misma esfera de lo moral. El mundo real que nos rodea, nos lo comunica.

Ya vimos lo que es la realidad de la industria minera, cómo trabaja, cómo opera, cómo se llevan a cabo la explotación y el aprovechamiento de los recursos minerales de la Nación. También vimos ejemplos muy representativos de las operaciones legales que se relacionan con los derechos derivados de las concesiones mineras, todos ellos como casos reales y concretos, y la forma en que proceden legalmente las partes, los fedatarios, notarios y corredores públicos y las autoridades mineras que manejan la aplicación de la ley y su reglamento. Hemos presentado también, en forma muy resumida, cuál es la posición de la doctrina respecto a dos temas de gran interés: la concesión administrativa y la distinción entre derechos reales y personales, con su consecuencia, respectivamente, en lo que es la concesión minera y el derecho de propiedad o los derechos de terceros sobre cosas ajenas, la *ius in re aliena*.

Para el desarrollo del presente trabajo escogimos, en lo que se refiera a textos legales, precisamente un enfoque que parte de lo previsto en la fracción IV del artículo 43 de la Ley Minera, que se refiere a la constitución de gravámenes y garantías sobre las concesiones, porque consideramos que es una perspectiva que permite ver con mayor claridad, qué tipo de derecho es el que surge de la concesión, que puede ser motivo de un derecho de garantía superpuesto.

Recordemos lo que hemos visto hasta ahora, respecto a las posibles explicaciones sobre la naturaleza de los derechos que otorga una concesión minera.

El derecho positivo, concretamente la Ley General de Bienes Nacionales, establece que las concesiones administrativas sobre bienes de dominio público, solamente darán lugar al derecho de los particulares frente a la administración pública. Esta ley y las que le han precedido desde de la cuarta década del siglo pasado, han sido muy consistentes textualmente en este sentido, con la finalidad de excluir cualquier interpretación que pudiera estimar la existencia de un derecho real del particular sobre el bien de dominio público, en nuestro caso, el recurso mineral. Razones histórico políticas han sido la causa de una actitud muy aséptica del legislador, para que en ningún momento pueda interpretarse o entenderse, que una concesión de este tipo otorga derechos de propiedad a un particular, sobre los bienes de la Nación.

Vimos que la concesión es un acto administrativo que implica el otorgamiento de ciertos derechos a un particular, derechos que no tiene previamente, derechos que nacen en su patrimonio por el mero efecto de ese acto del Estado, al que llamamos concesión.

Se sostiene por un sector de la doctrina, que se trata de un acto unilateral del poder público y por la mayoría de los autores, que es inclusive de naturaleza discrecional, características que, en su momento, aceptamos y cuestionamos en ese orden. Pero ni lo gracioso del acto, ni su unilateralidad, ni aún su supuesta discrecionalidad, van a ser los elementos por los cuales un legislador o la autoridad judicial o administrativa misma, puedan cambiar la naturaleza real y verdadera de los derechos que surgen de la concesión.

Hemos establecido los conceptos fundamentales relativos a los bienes, haciendo también referencia a la llamada gran división que los clasifica en bienes muebles e inmuebles.

Cabe mencionar que esa clasificación ya milenaria que han hecho la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, es un magnífico ejemplo de cómo la naturaleza de las cosas contiene, en su propia esencia, a la regla jurídica. El bien es inmueble, en tanto que no puede ser trasladado de un lugar a otro, su propia naturaleza lo impide y, por el contrario es considerado mueble, cuando es móvil. Inclusive la antigua clasificación aplicable a los animales, de bienes semovientes, es un reflejo clarísimo de la naturaleza del bien. De las circunstancias de inmovilidad o movilidad señaladas, se desprenden las reglas que el legislador debe plasmar en la ley y los jueces en sus sentencias.

Tan es así, que a la clasificación de inmuebles, se le han aplicado otras subclasificaciones, que los consideran como inmuebles por naturaleza, por destino, por fin, etc., que es una respuesta muy típica en la legislación cuando por razones ajenas al orden natural y social se tratan de establecer excepciones que permitan asimilar un bien o una circunstancia a otros bienes o circunstancias. Este tipo de excepciones a las que recurre el orden jurídico positivo, tienen vigencia y son efectivas en tanto que las circunstancias que las originan sean válidas y en tanto que el supuesto planteado, no sea tan contrario al orden natural que haga imposible la aplicación de la norma.

En cuanto a nuestro objetivo, hemos hecho referencias específicas al lote minero, esa sólida parte de la corteza terrestre cuya característica de inmóvil, de inmueble, es absolutamente incuestionable.

Conviene señalar que las figuras creadas por la ley o las sentencias judiciales, que asimilan o acercan analógicamente conceptos que no parecen corresponder a la realidad y que aparentemente violentan a lo que se ha llamado “la lógica interna de las cosas”, no lo son tanto si consideramos que al hablar de “cosas” no solamente nos limitamos a los elementos tangibles de la realidad que nos rodea, sino que también estamos incluyendo las circunstancias que rodean a esas cosas y a las relaciones o situaciones que surgen entre las cosas mismas y ser humano e inclusive en el caso de otros sujetos de derecho, creados, se dice, artificialmente o como ficción por el legislador.

Decir que existen bienes inmuebles por destino, no contradice la afirmación de que el Derecho es un enunciado de conducta que se encuentra inmerso en la realidad. Así como decimos que el bien es inmueble porque físicamente no se da en él el movimiento, en el caso de un pie de cría en una finca ganadera, éste representa un extremo de la relación entre dos cosas físicas, la finca y el animal, que constituye una liga real no ficticia, de la que han de derivar situaciones o fenómenos sociales o económicos, respecto de los cuales el sujeto de derecho ha de seguir una conducta específica.

Dicho de otra forma, aún lo que llamamos ficciones jurídicas, surgen o deben surgir de la realidad misma. Cuando el legislador crea ficciones jurídicas que no obedecen a la realidad física o fenomenológica, no está concretizando una norma jurídica en una ley, está produciendo una norma legal, sin contenido jurídico.

Continuando nuestra búsqueda de la juridicidad, recordamos y cuestionamos, a la doctrina civil cuando insiste en una tajante y tradicional distinción entre derechos reales y derechos personales, incluyendo entre los primeros al de propiedad y a los de garantía, como la hipoteca, la prenda y la servidumbre que suelen gravar a las concesiones mineras.

La legislación civil y su doctrina interpretativa nos enfrentan al dilema de una lista limitada de derechos reales, *numerus clausus* o una lista abierta, *numerus apertus*; tendremos que concluir si solamente son derechos reales aquellos que la ley clasifica como tales, o todos aquellos que presentan ciertas características; asimismo, concluir si los derechos reales solo pueden encontrar su origen en la ley, o pueden ser creados por voluntad de las partes.

Para nosotros el planteamiento es claro: no se trata de una “lista” de derechos a los que la ley les de el apellido de “reales”; de hecho nuestro Código Civil no lo hace así, sino que debemos considerar como reales aquellos derechos cuyas características nos presentan una relación directa del sujeto con la cosa y su oponibilidad a terceros, a todos en general y eso se desprende de la relación misma. Lo que el legislador debe hacer es señalar qué efectos han de tener esas relaciones directas, sin elementos intermedios y reconocerlos como tales, proveyendo los mecanismos de formalidades y publicidad que permita su

actualización. Lo que el legislador debe de hacer es plasmar en una regla legal, el imperativo jurídico que determina la lógica de la realidad.

También contamos para nuestro análisis, con los planteamientos que formularon y las conclusiones a las que llegaron, los Ministros de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando en 1946 resolvieron la controversia entre dos particulares, sobre la validez de la enajenación de una concesión minera, conforme a las excelentes obras de dos renombrados juristas mexicanos: Oscar Morineau y Alberto Vázquez del Mercado. Vimos que la pureza del debate jurídico se ve manchada por las circunstancias coyunturales del caso concreto, por los aspectos ideológicos y políticos, e inclusive, por el ego de los señores ministros.

Estamos tratando de dilucidar la naturaleza de los derechos derivados de las concesiones mineras y la disposición legal genérica, el artículo 16 de la Ley General de Bienes Nacionales, nos dice a contrario que son de naturaleza personal. Pero esto ha de entenderse solamente en cuanto al derecho primordial, cuyo objeto es el bien del dominio público, pero, y eso es lo más importante, ese derecho primario no es el único que deviene de la concesión minera.

La Ley Minera nos señala con bastante claridad cuáles son todos los derechos que surgen a favor del particular convertido en concesionario. Podemos considerar, siguiendo a la misma ley, como derechos primarios el de explorar, explotar y aprovechar, es decir apropiarse de los recursos minerales de la Nación, en tanto que serán de carácter secundario los derechos para obtener expropiaciones, ocupaciones temporales y servidumbres; los de aprovechamiento de aguas provenientes de las minas y la preferencia para obtener concesiones de aguas con otros orígenes; el derecho para obtener permiso de aprovechamiento para fines propios, del gas asociado a los yacimientos de carbón que pueda ser extraído, y otros de carácter administrativo, tales como obtener la reducción del área concesionada, su división o el agrupamiento de concesiones para facilitar la comprobación de trabajos, la corrección administrativa de su título de concesión y la posibilidad de transmitir sus derechos a otros sujetos capaces y de desistirse de la misma concesión. Como hemos apuntado ya, al otorgarse la concesión, surgen en favor de su titular otros derechos, no expresos en la ley ni en el título mismo, pero de naturaleza indiscutible porque derivan de la naturaleza misma de las actividades

que lleva a cabo el concesionario en el lote minero, para hacer realidad sus derechos de explorar y explotar los recursos minerales, destacando el derecho exclusivo que tiene el concesionario sobre el lote minero, derecho implícito que le permite realizar sus trabajos y ejercer su derecho de apropiación; ese derecho implícito, si no de propiedad, es claramente un derecho real.

Condensando lo establecido en la Ley Minera, podemos decir que el concesionario tiene básicamente el derecho para explorar, explotar y aprovechar los recursos minerales que encuentre dentro de un volumen físico determinado o confinado por planos verticales y la superficie del terreno, al que llamamos lote minero, dentro de un período de tiempo limitado; un ámbito espacial y un ámbito temporal para el ejercicio de su derecho.

Para entender mejor lo anterior, no se debe dejar de hacer alguna referencia a los conceptos de suelo y subsuelo, que frecuentemente surgen cuando se plantean o analizan situaciones derivadas de las operaciones mineras y del régimen legal aplicable a las mismas, especialmente por la confusión relativa a la propiedad del subsuelo.

La clasificación o definición científica que nos proporcionan la Edafología y la Geología, no nos resultan útiles para nuestros propósitos de entender y aplicar las regulaciones legales. Para ellas el suelo es la capa de material de origen orgánico que suele encontrarse en la superficie de la corteza terrestre, en tanto que el subsuelo es la roca inerte o inorgánica en la que vamos a encontrar los elementos minerales. El suelo es para la agricultura, el subsuelo, que no la superficie, para la minería.

Lo ordinario sería que siempre encontráramos el suelo en la superficie y el subsuelo inmediatamente abajo. Sin embargo, en muchas partes del planeta y en nuestro país no es así, podríamos decir que lamentablemente la presencia de suelo propiamente dicho, es escasa o nula. Las condiciones geológicas originales y climatológicas, las actividades humanas y la erosión, han hecho que, en grandes extensiones del territorio, prácticamente no exista suelo, es decir la capa orgánica cultivable y el subsuelo, la roca, se encuentre en la superficie, a “flor de tierra”.

Al respecto, nuestra legislación minera no hace esa distinción, sino por el contrario, considera a la misma superficie del terreno como parte del lote minero y habla,

impropiamente, de explotación de minerales del suelo y del subsuelo. De hecho, así se dice de las operaciones mineras a cielo abierto a las que nos referimos al inicio de este trabajo, que son operaciones de extracción del mineral desde la superficie, sin trabajos subterráneos...

Debemos pues entender, que las referencias legales y la realidad de la minería, son en el sentido de que la distinción se da entre superficie del terreno y lo que existe debajo de ella y no las connotaciones científicas de los términos suelo y subsuelo.

Estos conceptos de la realidad física, nos permiten hacer una referencia breve, pero sustancial, a la idea generalizada que existe respecto a que de acuerdo con nuestro sistema legal, "el subsuelo es de la Nación", Frase que se ha convertido en un dogma que no resiste un análisis, ni lógico, ni científico, ni legal.

En la Constitución no se señala en parte alguna que el subsuelo sea del dominio directo o de la propiedad de la Nación o del Estado, excepto si se quisiera vincular el concepto a la propiedad originaria de las tierras y de las aguas. Lo que dispone el párrafo cuarto del tan aquí mencionado artículo 27 de la misma, es que ciertos recursos que pueden encontrarse en el subsuelo, sin siquiera mencionar esta palabra, tales como los minerales, el agua, los hidrocarburos, etc., son del dominio directo de la Nación.

El problema a dilucidar entonces es la propiedad del subsuelo. Es evidente que el propietario del terreno en la superficie tiene y ejerce derechos sobre el subsuelo bajo su terreno, sin necesidad de concesión alguna, siempre que no trate de apropiarse de los recursos de la Nación a que hemos hecho referencia y, por otra parte, el concesionario minero también tiene ciertos derechos para realizar sus actividades en ese mismo espacio físico, el bloque de profundidad indefinida, el lote minero, que la ley dispone empieza en la superficie del terreno.

Se antoja que ante dicho conflicto, entre el propietario de la superficie y el propietario minero, la única solución, también dictada por la lógica de la situación y de la física, es que el ejercicio de ambos derechos encontrará sus limitaciones en forma recíproca y hasta donde se determine un concepto de practicidad.

Nuestro sistema legal no resuelve el problema. La doctrina civilista ha buscado soluciones que atemperen el principio que los glosadores extrajeron del Derecho Romano, que enunciaba que la propiedad alcanzaba hasta “el cielo”, en su límite superior, y hasta “los infiernos”, en el inferior. Para nosotros, la posición que consideramos válida, es aquella que apunta que la propiedad de la tierra se extiende hacia abajo, hasta donde resulte práctico, pero reconocemos que lo anterior no resuelve plenamente el conflicto.

No podemos concebir que el dueño de un inmueble en la Ciudad de México, requiera que el Estado le “concesione” el subsuelo para hacer un estacionamiento subterráneo o los cimientos de su edificio, pero tampoco podemos pensar que el gobierno requiera de algún permiso del particular o de cierto acto “expropiatorio”, para construir un colector profundo para el drenaje o alguna línea del tren subterráneo.

Volviendo a la distinción tradicional, entre bienes muebles e inmuebles, y para nuestros efectos, es evidente y queda fuera de toda discusión que el lote minero en los términos que lo define la ley actual y como lo han venido definiendo muchas leyes anteriores, las obras físicas que en su interior se ejecutan y a las que denominamos en su conjunto como: una “mina” y a cuyas partes integrantes se les llama, tiros, socavones, rebajes, pozos, contrapozos, etc., son bienes de naturaleza inmueble. De hecho, tradicionalmente y conforme a la legislación vigente, las obras de fortificación o sustento que se realizan dentro de este tipo de obras subterráneas, se consideran accesiones del bien principal, figura realmente repetitiva de las accesiones que la ley civil regula respecto a bienes, muebles en su origen, pero que se incorporan a un inmueble, como los materiales de construcción.

Si el lote minero y lo que dentro de él existe producto de la industria humana, son inmuebles, también lo son los yacimientos minerales propiamente dichos, es decir, las vetas, las acumulaciones rocosas con valores económicamente aprovechables. Como ya anotamos, el cuarto párrafo del artículo 27 Constitucional nos proporciona la definición de yacimiento, que aplicamos para efectos legales pero que refleja claramente la realidad y la terminología técnica. Estamos hablando de un depósito de sustancias de origen mineral “cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria”. Son los artículos cuarto y quinto de la Ley Minera, los que nos proporcionan la lista en detalle de

esos minerales que deben quedar sujetos a la legislación. Estamos hablando de elementos químicos que, normalmente en forma de compuestos, se concentran en un lugar, dentro de un espacio determinado, en forma tal, que es posible su localización y económica su explotación.

Como puede observarse, todos estos aspectos o elementos que pueden decirse de los bienes, tales como los yacimientos y el lote minero mismo, solamente pueden ser entendidos y vinculados hacia las normas que los regulan, después de haber profundizado un poco en la realidad propia de la industria minera.

Concluyendo sobre este punto, el yacimiento de minerales que viene a ser del dominio directo de la Nación y respecto del cual el concesionario minero puede ejercer sus derechos para extraerlo y apropiarse de él, es un bien inmueble.

Además, el lote minero, ese sólido de profundidad indefinida, en cuyo interior el concesionario lleva a cabo sus actividades y cuyos límites, que son los planos verticales que se proyectan desde la superficie del terreno, es también un inmueble, ámbito espacial para el ejercicio de los derechos mineros, y como tal, constituye un espacio exclusivo para la actividad minera del concesionario.

También son inmuebles las obras mineras. Los tiros, los pozos y los contrapozos y todas aquellas excavaciones y aun construcciones interiores que el minero debe ejecutar para tener acceso y extraer los minerales, así como las obras de fortificación o ademes que se consideran legalmente accesiones de esas obras. A todo ello es lo que llamamos una mina.

Las referencias legales y reglamentarias actualmente vigentes que reflejan el contenido de nuestras afirmaciones anteriores son los artículos 12,19 fracciones I, V y VI, 27 fracciones IV y V, 28, 29 fracciones I, VII y XIV, 31, 34 y 57 fracción III de la Ley Minera y 47, 62 y 70 de su Reglamento, entre otros, que contienen referencias indirectas.

Sobre todos esos bienes, no es posible rechazar la relación jurídica y legal, entre el sujeto y la cosa, entre las cosas mismas, una relación directa, excluyente, oponible a todos, un derecho real.

Recapitulando, conforme al artículo 16 de la Ley General de Bienes Nacionales, el párrafo sexto del artículo 27 Constitucional y la Ley Minera en su integridad, el titular de una concesión minera tiene derecho para explorar y explotar los minerales del dominio directo de la Nación. La concesión por sí misma no le da en forma automática el derecho sobre el yacimiento que eventualmente localice, pero sí da origen a otros derechos, expresos e implícitos, para llevar a cabo la exploración y extracción de los minerales dentro del inmueble al que nos hemos referido, entre otros, precisamente ese derecho a trabajar en ese espacio determinado, en forma tal que excluya a cualquier tercero o al Estado mismo, y otros derechos sobre las obras que en el mismo realice.

Por otra parte, destaca en el análisis de los casos concretos presentados, principalmente con la variedad en las formas contractuales y en las prácticas notariales, la similitud que se maneja entre las operaciones cuyo objeto es la transmisión total o parcial, definitiva o temporal de los derechos derivados de las concesiones mineras, así como los gravámenes establecidos sobre las mismas, con las operaciones que suelen llevarse a cabo en materia de bienes inmuebles, incluyendo las que implican un desmembramiento del derecho de propiedad, como el usufructo.

En la práctica de los negocios mineros y su manejo notarial, es evidente que ha de recurrirse, y así se hace, a la aplicación casi siempre implícita y no explícita de todos los mecanismos, convenciones, regulaciones y textos, de las operaciones sobre derechos reales referidas a inmuebles; la realidad establece su imperativo.

En cuanto a la realidad de la actividad industrial minera, no podemos dejar de destacar también que sería imposible que ésta se llevara a cabo si el concesionario, que ha de invertir cuantiosas sumas de dinero, sujetas a riesgos tales como la no localización de yacimiento alguno o las variaciones en los mercados internacionales que pueden cambiar con relativa facilidad la economía de un depósito mineral, no contaran para ello con un derecho inmediato, exclusivo, excluyente, sobre el volumen físico que se le ha concedido, durante el término de la concesión misma y de su prórroga cuando proceda, así como de los derechos sobre lo que con sus recursos construya o desarrolle en el interior. Por la concesión misma no se hace propietario del yacimiento y será dueño de los minerales que lo conforman, hasta que los desprenda de su matriz rocosa, para

nadie, ni la Nación misma, podrá apropiarse ni aprovecharse de esos minerales mientras su derecho concesionario esté en vigor; no es un derecho de propiedad, pero el que indiscutiblemente tiene para apropiarse de lo que extraiga, no es solamente oponible al Estado, sino a todos los demás, al llamado "sujeto pasivo indeterminado".

Con todo lo anterior y viendo que ese derecho principal del concesionario para hacerse dueño del mineral que localice y extraiga va aunado a otros más, contamos ya con todos los elementos iniciales para encontrar la naturaleza jurídica de los derechos en cuestión, sin embargo el planteamiento que nos hace la Ley General de Bienes Nacionales nos obliga a tratar de profundizar en algunos de los temas fundamentales de los que se ocupa la ciencia jurídica.

La mencionada ley, al expresar que este tipo de concesiones solo da lugar a un derecho de naturaleza personal y consecuentemente, al aplicar supletoriamente la legislación civil federal, nos lleva a que por contraposición se está negando que estemos frente a un derecho de carácter real.

Aceptar lo anterior porque es simplemente el texto de una ley vigente, debidamente aprobada por el legislador y promulgada por el Poder Ejecutivo, nos llevaría a concluir aquí y en este momento, nuestro análisis en una forma absurdamente simple. Y ello nos trae nuevamente a la pregunta casi eterna de la ciencia jurídica: ¿Solamente es jurídico aquello que establece la ley o que se contiene en una sentencia?

De esa pregunta, tendríamos que pasar a las otras dos que a pesar de siglos de análisis y debates todavía, necesitamos discutir sus respuestas: ¿Qué es lo jurídico?, y por ende ¿Qué es el Derecho?

2.- Las normas.

Se ha dicho que las normas jurídica son los ladrillos con los que se construye el edificio al que llamamos Derecho, sin embargo, la tan repetida metáfora no nos resuelve tal cosa; es una afirmación válida, tanto para los que defienden la existencia de un orden jurídico natural, trascendente, como para quienes afirman que el Derecho es el imperativo que emana de la legislación y la jurisprudencia. Kelsen mismo divide su obra de 1945, que

representa la versión final de su Teoría Pura del Derecho, en la Nomoestática que se ocupa de la norma jurídica y la Nomodinámica que lo hace del orden jurídico, del sistema de normas.²³¹ El punto es definir qué es norma y cuándo la podemos catalogar como jurídica.

Evidentemente hay una cierta coincidencia doctrinal en afirmar que el derecho es un conjunto de normas, aun cuando no puede dejarse a un lado el planteamiento de Kelsen sobre el diferente enfoque que ha de dar la ciencia jurídica y el Derecho, a la norma misma, de lo que nos ocuparemos a su debido tiempo.

Empezando nuestro análisis desde la perspectiva del destinatario de la norma, el ser humano, también existe una posición unánime en la doctrina respecto a que la norma siempre va dirigida a un sujeto que podríamos llamar pasivo y que el imperativo que la conforma, incluye siempre a la conducta humana como objeto de la misma. Donde la semántica y las clasificaciones empiezan a presentar diferencias, es cuando se habla de un sujeto activo, atribuyéndole tal carácter a quien dicta la norma, el legislador, el juez o inclusive englobándolo bajo el concepto del Estado y dentro de algunas perspectivas llegando a afirmar que el sujeto activo o creador de la norma es la misma sociedad o inclusive la divinidad. También se menciona como sujeto activo, a aquella persona que está en la capacidad de exigirle al sujeto pasivo que cumpla o se ajuste a la conducta regulada.

La pregunta que puede surgir es ¿realmente debe haber un sujeto activo?, probablemente sería más claro establecer simplemente en el análisis de la norma jurídica, que existe alguien (un sujeto) que debe hacer o dejar de hacer algo (una conducta), e inclusive distinguir el objeto entre inmediato o directo que sería la conducta, y el mediato o indirecto que podría ser una cosa, una acción, etc., es nada mas, un imperativo.

Si bien es cierto que el Derecho se enfoca a la conducta humana, no creemos que la relación jurídica deba ser necesariamente entre sujetos, sobre todo si entendemos que dicha relación pueda ser entre lo que hasta ahora hemos llamado sujeto pasivo, el

²³¹ Kunz, Joseph L, *Cuatro Conferencia sobre la Teoría Pura del Derecho*, en www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/teoria.html Fecha de consulta 5 de febrero de 2010.

realizador de la conducta y la acepción que se tiene de sujeto activo, o aquél que puede exigir el cumplimiento de la conducta de parte del obligado.

Resulta interesante destacar que, de acuerdo al significado que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, para la palabra relación se establece el siguiente orden: (1) exposición que se hace de un hecho; (2) conexión, correspondencia de algo con otra cosa; (3) conexión, correspondencia, trato, etc., “de alguien con otra persona”.

Debemos entender entonces que por definición, por contenido semántico, no necesariamente la relación debe ser entre personas, puede presentarse entre cosas, entre hechos o eventos, de una persona a una cosa o entre personas y con ello no suena tan disparatado volver a considerar y regresar a planteamientos de las teorías civilistas tradicionales que después fueron calificadas como “superadas”, utilizando simplemente argumentos axiomáticos, de que la relación jurídica puede darse de una persona a una cosa y no únicamente entre personas.

Pero precisamente esa negación a la existencia de una relación jurídica del sujeto hacia o con la cosa, puede deberse simplemente a un problema de semántica que parece estar expresado en la referencia que hace Jesús González Pérez de la posición de De Buen, quien sostuvo que es un error caer en la confusión del papel que guardan sujeto y objeto, y que si bien la cosa no es extremo en la relación jurídica, no quiere decir que no pueda ser parte de una relación de Derecho”.²³² Es decir que, relación jurídica y relación de Derecho son cosas distintas; dicho de otra forma ¿ha de entenderse que relación jurídica es la que conlleva derechos y obligaciones? ¿y que relación de Derecho es cualquier relación que surge dentro del ámbito del mismo? ¿es ésta el género y aquélla la especie? La respuesta evidente para estas preguntas y para el debate en su totalidad sobre las relaciones entre sujetos y objetos, no es más que un problema de semántica, de los significados que convengamos darle a las palabras y de las clasificaciones que queramos establecer para sistematizar el conocimiento.

Resumiendo, el imperativo de conducta se dirige a un sujeto que llamamos pasivo, que le indica las acciones que debe tomar u omitir respecto de una cosa o de otro u otros sujetos. Decirle sujeto activo al creador de la ley o la sentencia, solamente complica el

²³² González, Pérez Jesús, *op. cit.* p.18

debate. Hablar de un sujeto pasivo universal, no es sino un malabarismo intelectual cuyo propósito es sostener contra viento y marea que solamente puede haber relaciones jurídicas entre sujetos, la realidad nos dice otra cosa.

Volviendo a la norma, ya que como dijimos, el conjunto de ellas es lo que se dice que conforma al Derecho y, obviamente constituye el tema central o fundamental de la ciencia jurídica, como apunta Javier Hervada, en una afirmación que en parte no compartimos: “Tema de notable importancia para la filosofía del derecho es el de la ley (el clásico *de legibus*) o –con términos modernos- el de la norma jurídica. Materia ésta que aparece como central para quienes identifican el derecho con la ley o norma; no tan central, en cambio, si esa identificación se rechaza”²³³ y también sostiene Andrei Marmor: “Un sistema jurídico es un sistema de normas. La validez es una propiedad lógica de las normas así como la verdad es una propiedad lógica de las proposiciones. Un enunciado acerca del derecho (en un sistema jurídico dado) es verdadero si y solo si la norma que intenta describir es una norma jurídica válida”²³⁴ y además los planteamientos de Hayec: “Hasta cierto punto, toda organización se basa en la existencia tanto de algún orden concreto como de determinado esquema normativo”²³⁵ y “La ley, entendida como norma de conducta de carácter obligatorio, es sin duda coetánea de la sociedad, pues solo el generalizado respeto de normas comunes permite la existencia pacífica del individuo en comunidad”²³⁶ de los que podemos destacar que ley y norma de conducta son conceptos que se plantean como sinónimos.

Tenemos pues a la norma jurídica como la unidad de un todo al que podríamos llamar sistema jurídico y aunque esto no es precisamente sinónimo de Derecho, debemos proceder al análisis de aquélla, para tratar de encontrar lo que es el Derecho, el punto de esencia de la juridicidad.²³⁷

²³³ Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, 3ª. edición, EUNSA, Pamplona, 2000. p. 304

²³⁴ Marmor, Andrei, *Interpretación y Teoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2001. p. 14

²³⁵ Hayec, Friedrich A., *Derecho, Legislación y Libertad*, 2ª edición, Unión Editorial, Madrid, 1985. p.97

²³⁶ *Ibidem*. p.142

²³⁷ Para establecer la relación entre la norma y el derecho Hervada sostiene que hay tres posiciones: a) la norma y el derecho son lo mismo, b) la norma no pertenece al derecho sino a la moral, el derecho es lo justo en tanto que la ley es norma de conducta y por ello pertenece a la moral y c) en la tradición clásica Tomás de Aquino que no usa norma sino ley, el derecho es la cosa justa y lo que sería la norma es la regla de atribución que deriva del derecho. Hervada concluye aquí que la norma es la regla del derecho y por ello le llamamos norma jurídica. Hervada, Javier, *op. cit.* Pp. 314-316.

Para tal efecto, habrá que considerar lo que son las normas en general, sus tipos y sus clasificaciones, para lo que debemos atender tanto la perspectiva formal, como su contenido material. A Kelsen debemos el enfoque primordial sobre la estructura formal de las normas jurídicas y a él se le critica precisamente por detenerse en lo formal, con su negación metodológica de buscar el contenido, no porque no lo tenga, sino porque en su opinión no corresponde a la ciencia jurídica resolver sobre dicho contenido y él se llega a declarar incompetente para ello.²³⁸

Al observar el enunciado de una norma, una regla o incluso una de las llamadas leyes de la física o naturales, resulta evidente que en una u otra forma se establece que dadas ciertas circunstancias o condiciones, han de presentarse otras consecuencias o efectos.

En la ley física o de la naturaleza, se señala que la relación es de necesidad, como la aplicación de calor a un volumen de agua para que inicie su ebullición a cierta temperatura, según la altura sobre el nivel del mar en que está aconteciendo el suceso. Sin embargo, a esto no lo podemos llamar norma. Esto no es un imperativo que se dirige a la conducta de los sujetos o que enuncia una determinada consecuencia o efecto, dependiente de la presencia de un supuesto, pero que, por factores tales como la autonomía de la voluntad humana, pueden o no presentarse efectivamente.

El enunciado imperativo al que llamamos norma, es un género de las que conocemos agrupadas como normas morales, sociales, religiosas y jurídicas. Todas ellas participan en común de dos elementos: el imperativo o relación entre el supuesto y la consecuencia, explícita o directa, implícita o final, la primera la enuncia la misma norma y la segunda se desprende de ella en forma lógica, en tanto que la conducta humana se apegue a dicha relación y se de la presencia ineludible de la misma conducta humana. Si todas las mencionadas son normas, ¿cuál es la diferencia específica para cada una de ellas?

Ya apuntamos que primero, debemos distinguir especialmente a las normas, o imperativos dirigidos a la conducta humana, de las reglas o leyes de la naturaleza. Las

²³⁸ “Con la palabra ‘norma’ se alude a que algo deba ser o producirse; especialmente, a que un hombre deba comportarse de determinada manera”. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 9ª edición, Porrúa, México, 1997. p. 18.

primeras de cumplimiento eventual, sujetas a la libertad de un sujeto dotado de inteligencia, y las segundas de realización fatal, como explicación de fenómenos de la naturaleza.²³⁹

En cuanto a la norma moral, ésta es un mandato a la persona humana para que se desarrolle conforme a su propia naturaleza, para su propio perfeccionamiento, la realización de su destino natural y trascendente. Queda limitada al ámbito personal.

La norma religiosa es aquella que vinculará al ser humano con la Divinidad, la que establece las conductas a seguir en el *religare*, la que ha de interpretar y hacer explícito el plan divino en el individuo.

En los dos casos anteriores puede decirse que, si bien el cumplimiento o el incumplimiento de la norma puede tener algún efecto en todos aquellos que rodean al sujeto obligado, ese será siempre un aspecto secundario, lo importante para estas normas es el perfeccionamiento humano con un fin trascendente.

En cuanto a las diferencias entre la norma moral y la norma jurídica, distinción que en muchas ocasiones se considera fundamental para asumir una posición frente al fenómeno social que llamamos Derecho, se ha establecido también que si bien ambas imponen deberes, las morales no conceden facultades a nadie para exigir su cumplimiento al obligado.^{240 241}

²³⁹ “En conclusión, el ser humano posee dos cualidades que hacen no solo posibles sino necesarias las normas de conducta: la razón o inteligencia que le permite conocerlas y la voluntad libre que le da la facultad de acatarlas, pero también de desobedecerlas. Si su conducta estuviera determinada fatalmente, las normas serían innecesarias” “La libertad, por consiguiente, constituye la razón de ser de las normas, ya que si la conducta humana estuviera determinada biológicamente, éstas carecerían de sentido, porque serían superfluas”. Rodríguez Lapuente, Manuel, *Sociología del Derecho*, Porrúa, México, 2002. pp. 46 - 48.

²⁴⁰ “Desde este punto de vista puede distinguirse entre las normas que se da el sujeto a sí mismo, y por ello se denominan autónomas, que son las normas morales, y las que le son dictadas desde el exterior por la sociedad y se es responsable ante ella, consideradas por esto heterónomas o independientes del sujeto. Por lo mismo, mientras las primeras imponen deberes pero no otorgan a los demás la facultad de exigirlos, las segundas sí confieren a otros la facultad de reclamar su cumplimiento”. Mantilla Molina, Roberto L. *Derecho Mercantil Introducción y Conceptos Fundamentales Sociedades*, 23ª edición, Porrúa, México 1984. pp. 50-51.

²⁴¹ “Las reglas jurídicas se asemejan a las reglas morales en que ambas tienen que ver de alguna forma con obligaciones o deberes, es decir, que hacen que ciertas conductas sean obligatorias. su vez, se distinguen de ellas en que pertenecen a un sistema institucionalizado en que se interrelacionan dos tipos de reglas o normas, las ‘reglas primarias’ y las ‘reglas secundarias’...Las ‘primarias’ son aquellas que establecen deberes y prohíben conductas...Las ‘reglas secundarias’ se refieren a otras reglas (son reglas sobre reglas) de

Por otra parte tenemos la comparación entre las normas sociales y las jurídicas, en las que resulta que el efecto sobre el resto de los miembros del grupo y del grupo mismo, es el elemento fundamental.²⁴² En ambas, en aras de la convivencia social, el sujeto a quien se dirige la norma debe ajustar su conducta para cumplirla, so pena de ser sancionado por el resto del grupo. Es muy frecuente que cuando se habla de normas sociales, no jurídicas, se menciona que son creadas por las costumbres, los usos y las percepciones del grupo o subgrupo social respecto a cómo debe conducirse el individuo en determinadas circunstancias.

Frecuentemente se menciona como ejemplo, el de las normas relativas a los buenos modales e inclusive a las modas en el vestir, en el peinar, etc., o a las formas que deben cumplirse en las actividades grupales de carácter ceremonial, deportivo, recreativo, etc. Es así que se prohíbe ingerir los alimentos con las manos, vestirse informalmente para una ceremonia solemne, usar ropa de colores vistosos en un evento luctuoso y otras semejantes.

Es claro que al analizar ese tipo de normas sociales a las que nos referimos, muchos autores sostienen que carecen de sanción, que no es posible obligar a su cumplimiento, ya que no existe una autoridad que con carácter policíaco impida o imponga la conducta prevista, en tanto que otros apuntan que el rechazo o la reprobación del grupo social es la verdadera sanción para estas normas. La situación no es tan clara. Dentro de la sociedad siempre han existido grupos que se consideran vinculados por razones religiosas, raciales, económicas, etc., en los que la violación de la norma implica no solo la reprobación y la crítica social, sino la exclusión física del sujeto para que no asista o se integre más a ese grupo específico. En algunos casos, por ejemplo los de los extremistas políticos o las pandillas de delincuentes, los códigos de conducta suelen ser muy estrictos y las sanciones para que los violen pueden llegar incluso a la privación de la vida.²⁴³

distintos modos, esto es, sirven para reconocer, crear, modificar, extinguir o aplicar otras reglas". Cruz Parceró, Juan Antonio, *El Concepto de Derecho Subjetivo*, Fontamara, México, 2004. p. 155.

²⁴² "Las normas jurídicas, como subconjunto de las normas sociales en general, son elementos de la estructura social, y solamente en ella hay que rastrear su origen". Pérez Ruiz, Carlos, *La Constitución Social del Derecho*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996. p.111

²⁴³"Por otra parte, algunas normas han cristalizado en códigos jurídicos, como las leyes ('normas formalizadas'). Otras, en cambio, no han necesitado ser escritas, para estar presentes y dirigir el comportamiento social (normas no formalizadas). Estas últimas son, con frecuencia, tan constrictivas o más

La norma jurídica se refiere también a la conducta de la persona dentro de su grupo social y, frecuentemente, se ha buscado la distinción respecto de las otras normas sociales a través de definir la persona o entidad que dicta la norma, la posibilidad de exigir su cumplimiento y/o la finalidad que persigue.

En el caso de la sanción o de la coerción, ya dejamos aclarado que si bien es cierto que en algunas normas sociales ésta se reduce a la crítica o a la desaprobación del resto del grupo, en otros casos sí existen medios que físicamente imponen o impiden las conductas previstas.

En lo que se refiere a la diferencia entre los sujetos que dictan las normas, se argumenta que las llamadas normas sociales son simplemente producto de los usos o costumbres y las dicta la masa amorfa a la que se le denomina el grupo o la sociedad. En cuanto a las normas jurídicas se apuntan soluciones que más adelante analizaremos y que señalan que son las que dicta el legislador constituido o la Divinidad misma a través de la creación de la ley natural que surge de la ley divina y que da lugar a la ley humana, además de que la norma jurídica sí cuenta con el aparato policíaco del estado para hacerla valer o para sancionar a quien no la cumple. Ha de reconocerse también que las normas jurídicas pueden originarse en los usos y costumbres, en la forma de entender y ver la vida que tiene un grupo social en un momento histórico dado, por lo que en este caso quien dicta la norma sería esa misma masa amorfa a la que antes llamamos grupo o sociedad.

Algunos autores buscan la nota distintiva de la norma jurídica en su aceptación mayoritaria en el grupo social y por el valor que en la percepción social contienen: “La sociedad se sustenta, por tanto, en la aceptación mayoritaria de un conjunto de normas de comportamiento sin las cuales la vida social sería imposible. Las relaciones entre los distintos elementos (individuos o grupos) dentro del sistema social están reguladas por un conjunto de normas que son mayoritariamente aceptadas”²⁴⁴ y “La facilidad con que las normas jurídicas son acatadas por la gran mayoría de la población se explica porque, aun

que las primeras y, desde luego, ocupan un papel más relevante en el proceso de socialización. La fidelidad a las normas de la pandilla, o las indicaciones de su líder, son a veces una motivación más importante en la conducta que el respeto a los preceptos legales”. Morales Navarro, Julia *et.al.*, *Introducción a la Sociología*, Tecnos, Madrid, 1994. p. 156.

²⁴⁴ *Ibidem.* p.155

sin tener cabal conciencia de tal actitud, están íntimamente convencidos del valor que encierran las normas y de la conveniencia de ajustarse a ellas para poder convivir con los demás”.²⁴⁵ La norma social no siendo considerada como obligatoria por la mayoría, resulta aplicable a un universo de sujetos mas reducido.

A reserva de expresar y tratar de integrar nuestras reflexiones, no podemos dejar de intentar previamente un acercamiento a lo que podría considerarse la naturaleza de la norma jurídica, enfocando tres aspectos: sus funciones, su estructura formal y su contenido material.

Javier Hervada entra a analizar la naturaleza de la norma jurídica señalando en primer término cuatro posiciones: acto del poder (mandato); juicio hipotético (Kelsen: si es a, debe de ser b); juicio deóntico, es decir un deber ser que surge de la razón práctica; y una proposición prescriptiva, por la cual quien la utiliza se propone que otro realice una conducta²⁴⁶ y luego nos apunta la necesidad de ocuparnos de las funciones de la norma cuando intentamos conocer su naturaleza: “Como sea que toda realidad es estudiada desde distintas perspectivas por las diferentes ciencias, no escapa la norma jurídica a este hecho. La norma jurídica tiene tres funciones principales: política (ordenación de la sociedad), moral (regla de conducta personal) y jurídica (regla del derecho). Y de acuerdo con estas tres funciones es contemplada filosóficamente por tres sectores de la filosofía: la filosofía política, la filosofía moral y la filosofía del derecho”.²⁴⁷

Como ya apuntamos con anterioridad, es la doctrina moderna, a partir principalmente de Kelsen, la que ha hecho las mayores aportaciones al conocimiento de la estructura formal de la norma jurídica, destacando obviamente el carácter imperativo, aunque hipotético finalmente, de su enunciado. Precisamente como nos señala Carlos Santiago Nino, “Kelsen distingue dos tipos de juicios. En primer lugar, los juicios de *ser*, que son enunciados descriptivos, susceptibles de verdad o falsedad. En segundo término, los juicios de *deber ser*, que son directivos y respecto de los cuales no tiene sentido predicar verdad o falsedad. Siguiendo a Hume, Kelsen sostiene la existencia de un ‘abismo lógico’

²⁴⁵ Rodríguez Lapuente, *op. cit.* p. 121

²⁴⁶ Hervada, Javier, *op. cit.*, p.321-327

²⁴⁷ *Ibidem.* p. 311

entre ser y deber ser, en el sentido de que ningún juicio de deber ser puede derivarse lógicamente de premisas que sean solo juicios de ser, valiendo también a la inversa”.²⁴⁸

El mismo Santiago Nino en su obra “Introducción al análisis del Derecho”, nos va presentando los diferentes aspectos formales que de las mismas normas han ido enunciando los autores modernos, a G. H. von Wright, le atribuye destacar que las normas son emitidas por una autoridad normativa y dirigidas a una gente, son motivos de publicidad, promulgación y contienen un elemento de castigo o sanción²⁴⁹ en el mismo sentido se refiere a Austin: “Las normas jurídicas, según Austin, siempre especifican un *sujeto*, que es el destinatario de la orden, el acto que debe realizarse y la *ocasión* en que tal *acto* tiene que realizarse. Además, las normas presentan un operador imperativo que es el que ordena a los sujetos realizar el acto en cuestión en la ocasión especificada”.²⁵⁰

Siguiendo al mismo Nino, vemos el disenso de Hart: “Hart pone en la picota la concepción de las normas jurídicas como mandatos, teniendo en mira fundamentalmente la teoría de Austin de las órdenes respaldadas por amenazas. Sin embargo, muchas de las observaciones de Hart, como él mismo lo aclara son extensibles al esquema de Kelsen. El profesor inglés sostiene que el esquema de las órdenes respaldadas por amenazas, responde bastante bien a la estructura de las normas jurídicas penales y a la de algunas pocas de las civiles... No obstante, ese esquema no recoge la estructura de una cantidad de normas que integran los sistemas jurídicos en forma característica”.²⁵¹

El formato de un enunciado de obligatoriedad es también expresado por Carlos Pérez Ruiz²⁵² por Rudolf von Ihering²⁵³ Manuel Rodríguez Lapuente²⁵⁴ y Recasens Siches cuando presenta a Kelsen: “Las normas no enuncian lo que ha sucedido, sucede o sucederá, sino lo que debe ser, lo que se debe hacer”... Es más, el fin de las normas consiste en que actúen como causa motivadora sobre la voluntad de los hombres. La

²⁴⁸ Santiago Nino, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2003. p 79

²⁴⁹ *Ibidem.* pp. 68-70

²⁵⁰ *Ibidem.* p. 78

²⁵¹ *Ibidem.* pp. 88-89

²⁵² Pérez Ruiz, Carlos, *op. cit.* p.68

²⁵³ Von Ihering, Rudolf, *El fin en el Derecho*, Tomo I, Cajica, Puebla 1961. p. 84

²⁵⁴ Rodríguez Lapuente, Manuel, *op. cit.* p.58

norma no tiene que explicar hechos, sino provocarlos... La norma no consiste en que sea observada, sino en que lo estatuye que debe ser".²⁵⁵

En uno de sus planteamientos, Hans Kelsen también rechaza que su teoría sostenga que la norma jurídica es formalmente un imperativo y apunta a su propuesta de juicio hipotético: "La teoría pura del derecho...rompe con la concepción tradicional que hace de la norma de derecho un imperativo, a imagen y semejanza de la norma moral, afirmándola, en cambio como un juicio hipotético en el cual se enlaza de modo específico un hecho condicionante con una consecuencia condicionada...si la ley natural dice: si A es, tiene que ser B, la ley jurídica, en cambio, afirma si A es, debe ser B; pero no emite juicio acerca del valor moral o político de esta conexión".²⁵⁶ Y esto porque el jurista austríaco, conforme evolucionó en sus planteamientos que distinguieron la ciencia del derecho de la filosofía del derecho, fue muy específico en distinguir los dos enfoques sobre cómo ha de ser estudiada la norma jurídica en función de esa separación y sostiene: "Una de las tesis esenciales de la Teoría Pura del Derecho es la distinción entre la norma jurídica establecida por la autoridad jurídica y la proposición jurídica formulada por la ciencia del derecho. La norma jurídica es una prescripción; en ella se prescribe que los hombres deben conducirse de una manera determinada. La proposición jurídica es una descripción, la descripción de una norma jurídica. En ella se enuncia que los hombres deben conducirse de una manera determinada de acuerdo con una norma contenida en un orden jurídico determinado". ..."la ciencia del derecho no enuncia la manera en que los hombres se comportan de hecho, sino la manera en que deben comportarse de acuerdo con un determinado ordenamiento jurídico, nacional o internacional".²⁵⁷

Podemos concluir, simplemente para efectos de poder seguir adelante, y no porque el tema se agote, que la forma de la norma jurídica implica, según los autores señalados, un enunciado imperativo o un juicio hipotético, que en nuestra opinión tiene también una forma imperativa, en el que un sujeto emisor describe lo que debe o ha de pasar, cuando se presenta una conducta a la que se le atribuye una consecuencia, en el caso jurídica. Dicho en forma común, el supuesto fáctico y la consecuencia de derecho.

²⁵⁵ Kelsen, Hans, *Compendio de Teoría General del Estado*, Colofón, México, 1992. pp.19-20

²⁵⁶ Kelsen, Hans, *El Método y los Conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*, Aporía Zaragoza 1976. pp. 23-24

²⁵⁷ Kelsen, Hans, *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, Fontamara, México, 1991. pp.16-17

La conclusión de carácter muy preliminar que hemos apuntado, soslaya evidentemente la gran diferencia, o quizás la reafirma: desde la perspectiva del orden jurídico estamos frente a un imperativo de conducta que se impone al hombre, pero desde el enfoque de la ciencia jurídica, esa estructura formal debe verse como un juicio hipotético, es decir, la forma es lo que la distingue.

Pero no es así, es el contenido material de la norma jurídica el que, a nuestro juicio, le da precisamente el toque de juridicidad, lo que hace que la norma sea una norma jurídica y no otra clase de norma; ahí está la diferencia específica.

Como los autores formalistas y, podríamos decir ahora positivistas, dejan a un lado ese contenido material para caracterizar a la norma de jurídica, tienen que fundamentar sus planteamientos, en el caso del positivismo escueto en la autoridad que la emite (legislador) y la coerción que la impone, y en cuanto a los aspectos filosóficos, en los conceptos de validez y eficacia.

Es Kelsen el que, por décadas, se mueve del enunciado hipotético a los conceptos de validez y eficacia. Los enuncia, los acota, los defiende y redonda, *ad nauseam*, en ellos hasta agotar cualquier posible planteamiento. Parte, por supuesto de la existencia real de la norma, “Si decimos que una norma ‘existe’, entendemos significar que una norma es válida. Las normas son válidas para aquellos cuya conducta regulan. Decir que una norma es válida para un individuo significa que ese individuo debe comportarse como la norma lo prescribe; no significa que el individuo necesariamente se comporte de tal manera que su conducta real corresponda a la norma. Esta última relación se expresa diciendo que la norma es eficaz. Validez y eficacia son dos cualidades completamente distintas; y sin embargo, hay una cierta conexión entre ellas”²⁵⁸ y también: “Puesto que la validez de una norma no es algo real, corresponde distinguir su validez de su eficacia, esto es, del hecho real de que ella sea aplicada y obedecida en los hechos, de que se produzca tácitamente una conducta humana correspondiente a la norma... Una norma jurídica adquiere validez ya antes de ser eficaz; es decir, antes de ser obedecida y

²⁵⁸ Kelsen, Hans, *La idea del Derecho Natural y otros ensayos*, Editora Nacional, México, 1979 1ª. Edición, p.216. Y también en Casanovas, Pompue, *et., at, El ámbito de lo jurídico*, Critica, Barcelona, 1994. p. 209

aplicada...”.²⁵⁹ En la interpretación de Kelsen que Joseph Kunz, uno de sus más cercanos seguidores y amigos, nos transmite, el punto se resume en forma sencilla: “la validez de la norma significa que es obligatoria, la eficacia quiere decir que los hombres realmente se conducen de conformidad con su enunciado”.

Por supuesto, en el enfoque formalista que ignora todo contenido material de la norma, la solución que se plantea, por el mismo Kelsen, para la validez de la norma, es sustentarla en otra norma superior: “Como se indicó, la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema”²⁶⁰ y en el mismo sentido: “Un ordenamiento u orden está supraordinado a otro, cuando el fundamento de validez de este último se encuentra en una norma que pertenece al primero: o dicho con otras palabras, tenemos un orden subordinado a otro cuando la norma fundamental es parte integrante de este último. El orden inferior constituye una parte del orden superior que lo abarca a él, quizá junto con otros órdenes parciales”.²⁶¹

Pero no podemos dejar de apuntar que la posición kelseniana de la pureza del método no niega plenamente que la norma tenga un contenido y que ese contenido sea a su vez una expresión de valores, como también veremos más adelante cuando se refiere a la justicia, y en uno de sus ensayos sobre el Derecho Natural apunta : “La norma del derecho natural vale en virtud de su contenido interno, porque es buena, acertada, justa, la norma del derecho positivo, porque ha sido elaborada de una cierta manera, especial, porque ha sido establecida por un determinado hombre –que precisamente por eso tiene la consideración de ‘autoridad’-. En esto reside –en la relación con el derecho natural- la ‘positividad’ de un derecho: en que ha sido legislado por la voluntad humana; una razón de validez ajena por su esencia a la del derecho natural...”²⁶², por lo que nunca estará de más en insistir que, aunque el fundador de la Teoría Pura del Derecho vive su vida defendiendo la pureza del método jurídico, no por ello niega la profunda realidad que hay

²⁵⁹ Kelsen, Hans, *op. cit.* pp. 24-25

²⁶⁰ *Ibidem.* p. 202

²⁶¹ Kelsen, Hans, *op. cit.* p.137

²⁶² Kelsen, Hans, *op. cit.* pp.19-20

en el contenido de la norma, simplemente la excluye del objeto formal de la ciencia jurídica.

Como hemos visto, las distinciones anteriores no nos permiten encontrar diferencias específicas entre las distintas clases de normas, ya que las características apuntadas respecto a sus efectos más allá del sujeto obligado y las relativas a la sanción, la coerción y la presencia de un legislador, se entremezclan e impiden la especificación. ¿Dónde podremos encontrar entonces la diferencia específica para la norma jurídica? Aparentemente se distingue en el fin que persigue la norma y es por ello que muchos autores se han inclinado por señalar a la justicia como el fin de la norma jurídica, aun cuando tienen que buscar explicaciones para normas que más que la justicia buscan otros fines, principalmente la seguridad jurídica, la celeridad en los procesos, la protección de subgrupos sociales, etc.

3.- El Fin del Derecho y la Justicia.

“La ley del fin dice: ninguna volición, o, lo que es lo mismo ninguna acción sin fin”, así se expresa uno de los juristas que más ha profundizado en el estudio de los fines del derecho, Rudolf von Ihering.²⁶³ No puede haber acción humana, o estructura lógica o social que no cuente con un fin. Es propio de la naturaleza humana encaminar sus conductas a ese fin y el derecho no es sino una estructura humana que resulta de su propia naturaleza social y como tal no puede prescindir de un fin. Afirma el mismo von Ihering: “Mi desarrollo de la ley del fin ha terminado con esto, y como resultado del mismo tomamos la frase: querer y querer por razón de un fin es equivalente, no hay acciones que no tiendan a un fin”.²⁶⁴

Esa posición del jurista alemán, encuentra obviamente sustento en la filosofía, especialmente aquella que parte de los principios aristotélicos y llega a nosotros por el tomismo que los expresa con una actualidad que perdura a través de los siglos. Para Aristóteles era muy claro que siempre se actúa para realizar algo y en su realismo apegado al medio natural, traspolaba esa afirmación a todo lo existente en la

²⁶³ Von Ihering, Rudolf, *op. cit.* p.24

²⁶⁴ *Ibidem.* p. 35

naturaleza.²⁶⁵ Asimismo apunta David Granfield en la recopilación de *Lectura de Filosofía del Derecho*, haciendo referencia a Sto. Tomás: “la ley eterna ordena a todos los seres reales y posibles a sus fines propios”²⁶⁶ Joseph Rassam también expresando el pensamiento del de Aquino apunta: “Pero se actúa con un propósito y, por tanto, lo que existe por naturaleza, existe para algo. El fin es el propósito; el principio (del cambio) parte de la definición de la noción, como en las cosas que (se hacen) según un arte”.²⁶⁷

Es suficiente con lo anterior, para concluir que repugna a la inteligencia cualquier idea de que la conducta humana, de que los seres mismos de la naturaleza, actúen y existan sin un fin o propósito. La naturaleza es producto de la causalidad y no de la casualidad. Podrá resultar muchas veces de un grado muy alto de dificultad, el conocer y el entender los fines de la conducta humana, quizás hasta los de la propia conducta, y los propósitos para los cuales existen todos los seres que nos rodean, pero más difícil, sino que imposible, sería concebir que todo ello carece de propósito alguno. Realmente la respuesta más pobre y patética, que pueda dar una persona dotada de inteligencia y voluntad, cuando se le cuestiona sobre su actuar de vida, es contestar: “porque sí”.

El derecho como un producto o un medio para la vida del ser humano en sociedad, participa de todo lo anterior y cuenta con un fin, o quizás varios, que corresponde a la ciencia jurídica determinar y delimitar.²⁶⁸ Y es al mismo Von Ihering, por sus extensas y profundas reflexiones sobre el tema del fin en el Derecho a quien debemos citar textualmente: “Vuelvo a mi afirmación anterior: la medida del derecho no es la verdad absoluta, sino la relativa del fin... Todo lo que se encuentra en el terreno del derecho, ha sido suscitado por el fin y existe por causa de un fin”²⁶⁹ para concluir que el fin del derecho se encuentra cuando lo definimos por su contenido “...como la forma de la seguridad de las condiciones de vida de la sociedad, creadas por la fuerza coactiva del Estado”²⁷⁰

No obstante que la coincidencia sobre el punto de que el derecho ha de tener un fin, es relativamente fácil de encontrar en toda la doctrina, donde empiezan las diferencias es precisamente respecto a determinar cuál es ese fin o fines del derecho. Las respuestas,

²⁶⁵ Aristóteles *Metafísica* Gredos, 1ª. Reimpresión, Madrid, 1998. pp. 42-46

²⁶⁶ ...*Lecturas de Filosofía del Derecho*, Tribunal Superior de Justicia del D.F., volumen III, México, 1993. p. 5

²⁶⁷ Rassam. Joseph, *Introducción a la Filosofía de santo Tomas de Aquino*, RIALP, Madrid, 1980. pp. 42,46.

²⁶⁸ Von Ihering, Rudolf, *op. cit.* pp.14,24

²⁶⁹ *Ibidem.* pp. 313-315

²⁷⁰ *Ibidem.* p. 317

obviamente, han de variar según la perspectiva iusnaturalista o iuspositivista, según los planteamientos de aquellos que pueden considerar que el derecho tiene un contenido axiológico, como los que se limitan a ocuparse de sus aspectos formales y a concluir que todo aquel imperativo que proviene de la autoridad, es el derecho.

Entre quienes consideran que el derecho ha de contar con un fin valioso, coinciden en enunciar a la justicia como ese fin para el derecho. Efraín González Morfín en su obra "Temas de Filosofía del Derecho" llega a esta afirmación: "La norma jurídica trata de realizar la justicia en la realidad objetiva. Con razón, lo justo objetivo es significado esencial del derecho... La justicia da lo suyo a las personas físicas y a las personas jurídicas... También la sociedad tiene derecho a que sus miembros le den con justicia lo suyo, para realizar y defender el bien común. Lo suyo de cada quien es ante todo, el propio ser y la propia vida, y luego también los bienes materiales".²⁷¹

Se ha considerado a la justicia como un valor objetivo y como una simple apreciación subjetiva o también como una virtud, o sea como una repetición de actos buenos que forman hábitos. El problema con la justicia es que para algunos es parte esencial del orden natural, se encuentra en la ley natural que deriva de la ley divina y debe ser reflejada en la ley humana, pero nunca se le define satisfactoriamente. Lo que hay en el orden natural, que quizá algunos crean es la justicia, no es sino una relación lógica indiscutible.

A la justicia se le ha tratado de definir desde la antigüedad griega, en el derecho romano y en la escolástica medieval. Para Kelsen, es evidente que la justicia es algo ajeno al derecho mismo y que no puede ser objeto de un estudio científico.

En general, para un gran número de autores el problema no radica en reconocer que la justicia es el fin del derecho, pero sí se complican los planteamientos cuando intentan definir cada uno de ellos lo que entiende por justicia.²⁷²

²⁷¹ González Morfín, Efraín, *Temas de Filosofía del Derecho*, Oxford University Press, México, 1999. p. 152

²⁷² Ver a Carl J. Friedrich en: *...Lecturas de Filosofía del Derecho*, volumen III, Tribunal Superior de Justicia del D.F., México, 1993, pp. 111 y 112.

Y en la búsqueda de la razón de ser del Derecho y en la explicación de lo que es la justicia, se empieza por hacer referencias de carácter teológico: “Es Dios el fundamento último del Derecho, su fuente primaria y su causa eficiente. Esta es la concepción trascendente del Derecho y en ella se encuentra el fundamento del orden jurídico que es parte del orden de los valores morales, porque Dios es el autor de la totalidad del orden moral... Y el Derecho es el objeto formal de la Justicia”.²⁷³ El problema con las concepciones teológicas para fundamentar al derecho, es que Dios es fundamento de todo lo que existe y cuando en cualquier sector del conocimiento pretendemos ubicar nuestra razón primera y última en la Divinidad misma, estamos haciendo una afirmación verdadera absolutamente, pero que no resuelve nuestro punto a demostrar, ya que desde la perspectiva de la fe, Dios como principio y fin, resulta una explicación general y válida para todo el conocimiento humano.

Volviendo en especial al análisis de lo que es la justicia, en nuestra búsqueda para definir qué es lo jurídico, cuál es la nota de juridicidad en la norma, nuestra propuesta es seguir los planteamientos de Kelsen que obviamente dedica muchas líneas a este tema, tanto en sus obras generales relativas a la Teoría Pura del Derecho y su Teoría del Estado, como en algunos ensayos sobre diferentes tópicos jurídicos y en especial el que se ocupó precisamente de la justicia. Podemos empezar con la dificultad que plantea el austriaco: “Hay muchas y diferentes ideas de justicia, demasiadas para que uno pueda hablar simplemente de ‘justicia’. Sin embargo, uno se siente inclinado a sostener la propia idea de justicia, como la única correcta. La necesidad de una justificación racional de nuestros actos emocionales es tan grande que buscamos satisfacerla aun a riesgo de engañarnos a nosotros mismos”.²⁷⁴

La afirmación kelseniana resulta convincente, pero no podemos dejar de matizarla con la afirmación de Carlos I. Massini de que Santo Tomás sostiene que la ley humana ordena la conducta del hombre hacia la justicia y otras virtudes bajo la razón de la misma justicia y que la ley humana se ciñe a los actos encaminados al bien común, en forma inmediata o

²⁷³ Martínez Pineda, Ángel, *El Derecho, Los Valores Éticos y la Dignidad Human*, Porrúa, México, 2000. p. 46

²⁷⁴ Casanovas, Pompue, et., at., *op. cit.* p.205

mediata, ²⁷⁵, de donde se desprende que para el pensamiento tomista, la justicia es fundamentalmente una virtud, la repetición de actos buenos.

Aun sin estar necesariamente de acuerdo con los planteamientos del fundador de la Escuela Pura del Derecho, resulta muy interesante seguir las críticas que hace Kelsen a la percepción de lo que es la justicia, sobre todo cuando los pensadores la ven como un sustento de lo jurídico, más que como una virtud o un valor. Para tales propósitos Kelsen inicia sus críticas para el pensamiento platónico y el aristotélico.²⁷⁶

Siguen los planteamientos de Kelsen expresando, en su opinión, la existencia de una gran confusión en lo que es la justicia y lo que es el derecho y se refiere necesariamente a su propia teoría, que por pureza metodológica ha de ignorar la justicia, que no negarla.²⁷⁷

Tenemos pues que Kelsen no niega a la justicia, sino que considera que el análisis jurídico no cuenta con las herramientas adecuadas para definirla o conocerla. Nos recuerda que uno de los siete sabios de Grecia fue el que afirmó que la justicia es el acto de dar a cada cual lo suyo, sin embargo, considera este planteamiento como una fórmula carente de contenido, totalmente hueca, porque no nos resuelve qué es lo que podemos considerar qué es lo suyo de cada cual, ya que para aplicar dicho principio se debe resolver previamente esa pregunta.²⁷⁸ Así también, incrementa el grado de dificultad del análisis cuando nos dice: “Si justicia es felicidad, no es posible la existencia de un orden social justo, si por justicia se entiende la felicidad individual...la felicidad garantizada por el orden social no puede ser considerada en sentido individual-subjetivo sino colectivo-objetivo”.²⁷⁹

Pero Kelsen, insistimos, no niega a la justicia, es más, al referirse a ella dice: “La justicia es, una característica posible más no necesaria del orden social. Recién en segundo término constituye una virtud del individuo...”.²⁸⁰

²⁷⁵ Massini, Correas Carlos I, *El Derecho Natural y sus dimensiones actuales*, Abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1999. p. 96

²⁷⁶ Kelsen, Hans, *La idea del Derecho Natural y otros ensayos*, Editora Nacional, México, 1979. pp. 133, 140, 144.

²⁷⁷ *Ibidem.* pp. 209-210

²⁷⁸ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Gernika, México, 2001. pp. 53-54

²⁷⁹ *Ibidem.* p. 16

²⁸⁰ *Ibidem.* p. 11

No podemos dejar este tema sin citar literalmente al jurista austriaco, a quien injustamente se le atribuye el planteamiento negativo de los valores, cuando lo que hace únicamente es excluir su análisis de su propuesta metodológica. En un texto de destacada honestidad intelectual afirma: “Comencé este estudio con el interrogante: ¿qué es la justicia? Ahora, al llegar a su fin, me doy perfectamente cuenta que no lo he respondido. Mi disculpa es que en este caso me hallo en buena compañía... En rigor, yo no se ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa: tan solo puedo decir qué es para mí la justicia. Puesto que la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, la justicia es para mí aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”.²⁸¹

4.- El Fin del Derecho y el Bien Común.

Ya que el derecho es, indiscutiblemente, un fenómeno social, un sistema que solamente puede presentarse en la comunidad humana, y ya que la sociedad, receptáculo necesario del derecho, es a su vez el entramado de relaciones entre personas, que han de vivir en esa forma como único medio para su realización plena como tales, habremos de buscar el fin del derecho, a través de un análisis que nos vaya acercando a la persona, a la sociedad y, finalmente, a su representación formal que es la ley.

Ya hemos anticipado, en alguna forma, que el bien común es un concepto vinculado por definición a la sociedad y por ello debemos tratar de entender lo que es el bien común conforme a la metodología apuntada en el párrafo anterior.

Esta vinculación entre persona, sociedad y bien común, la expresa en forma muy sintetizada Adame Goddard: “La persona es un ser social porque tiene la capacidad de vivir y actuar junto con otros como persona, es decir, de manera libre y realizándose en ese actuar. Cuando una persona actúa junto con otras, persiguiendo el mismo fin que ellas,...la persona no deja de serlo, ni merma su calidad de tal, sino por el contrario, al

²⁸¹ *Ibidem*. pp. 91-92

mismo tiempo que colabora en la consecución de un bien común, desenvuelve o actualiza sus capacidades personales.”²⁸²

Los planteamientos primordiales en relación con ese vínculo entre persona, sociedad y bien común, provienen desde Aristóteles, quien en el primer capítulo de la *Política*, según cita María Jesús Uriz Pemán, afirma que cualquier ciudad es una cierta comunidad y que la comunidad se constituye teniendo como propósito algún bien y que ese bien es un bien superior y comprende a los demás: “Ya que vemos que cualquier ciudad es una cierta comunidad, también que toda comunidad está constituida con miras a algún bien (por algo, pues, que les parece bueno obran todos en todos los actos) es evidente. Así que todas las comunidades pretenden como fin algún bien; pero sobre todo pretende el bien superior la que es superior y comprende a las demás”²⁸³.

Es muy claro el carácter de la sociedad como un medio para la realización del individuo, la sociedad no tiene otra razón de existir diferente a la que hemos apuntado de ser el ambiente que requiere el individuo para su propia perfección.²⁸⁴ Paradójicamente, el autor que nos presenta con mayor claridad al bien común como fin propio de la sociedad es, nuevamente, Hans Kelsen, quien en su obra “El Método y los Conceptos Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho” afirma: “Al fin propio de la sociedad humana se le llama tradicionalmente el bien común... Con esta expresión se quieren significar dos cosas: primera, que la sociedad humana tiene un sentido o finalidad, la cual constituye un bien: aquel conjunto de ventajas y beneficios que la sociedad tiene y, por lo tanto, aporta a los hombres. Segunda, que ese bien no es un bien particular –el propio de cada hombre concreto-, sino el bien de conjunto de la sociedad o comunidad... El bien común se refiere a la perfección y al beneficio de la sociedad, a la buena estructuración, organización y desenvolvimiento de ésta; se refiere, pues, a la dimensión común del hombre unido en sociedad o comunidad”.²⁸⁵

²⁸² Adame Goddard, Jorge, *Filosofía Social para Juristas*, Mac Graw-Hill/UNAM, México, 1998. p.100

²⁸³ Uriz, Pemán María Jesús, *Lecturas de Filosofía Social*, Prodhufi, Madrid, 1994. p. 34

²⁸⁴ “El principio del bien común señala que toda sociedad existe para crear, mantener y promover un conjunto de condiciones sociales de todo tipo que permitan y favorezcan el desarrollo de los miembros de la sociedad... El bien común es un estado o situación de la sociedad en la que existe y se desarrolla toda clase de bienes” González Morfín, Efraín, *op. cit.* p. 14.

²⁸⁵ Kelsen, Hans, *op. cit.* p. 38

Es frecuente encontrar en autores no muy familiarizados o, contrarios a los planteamientos aristotélico-tomistas, especialmente en la teoría y el discurso político contemporáneo, afirmaciones o explicaciones que consideran al bien común como una suma de todos los bienes de los individuos, o como aquellos bienes que los integrantes de la sociedad comparten, sin embargo, el concepto de bien común no es esa acumulación de bienes materiales que pueden ponerse a disposición de una comunidad en especial, ya en cierta forma lo apuntaba arriba Hans Kelsen, no estamos hablando de los bienes particulares de cada individuo, estamos hablando de que el bien común tiene su propia fisonomía y se dice del Estado y no de los individuos, para quienes significa la posibilidad de su propia felicidad que a través del bien común ha de quedar asegurada.²⁸⁶

En el lenguaje contemporáneo del tomismo, podemos destacar en este sentido los planteamientos de Jakob Fellermeier y del maestro don Isaac Guzmán Valdivia, de quien tomamos la definición de bien común de Delos: “El bien común es el conjunto organizado de las condiciones sociales gracias a las cuales la persona humana puede cumplir su destino natural y espiritual”.^{287 288}

En esta búsqueda de la diferencia específica de la norma jurídica, hemos dejado claramente establecido que bien común, persona y sociedad constituyen tres vértices de un triángulo de relación necesaria y de ello podemos desprender que el fin del derecho, sistema de ordenación de la actividad del hombre dentro de la sociedad, no puede ser otro sino el bien común. Dicho de otra forma, el hombre por naturaleza vive en sociedad. La sociedad ha de procurar al hombre el conjunto de condiciones que le permitan realizar su fin como persona humana, entendiendo a ésta en toda la dimensión de lo que llamamos naturaleza humana racional, su fin presente y su fin trascendente. La vida en sociedad requiere de un sistema normativo. Ese sistema establece un orden constituido por normas que se imponen a la conducta del hombre, normas a las que ya nos referimos anteriormente. La conclusión es clara: Ese sistema normativo, al que llamamos Derecho,

²⁸⁶ Madrid, Espinoza Alfonso, *Introducción a la filosofía del Derecho y la Política*, Fontamara, México, 2005, p. 108

²⁸⁷ Guzmán Valdivia, Isaac, *El Conocimiento de lo Social*, 5ª. edición Jus, México, 1983. p. 133

²⁸⁸ “El bien común no es tampoco la suma de los bienes particulares, como la comunidad no es la suma de los individuos...el bien común no es algo añadido o superior al individuo, sino que únicamente haya su expresión correcta en el bien del individuo”, Fellermeier, Jacob, *op. cit.* p. 68.

no puede tener otro fin que el de la sociedad a la que sirve y de la que proviene, es decir, el bien común.²⁸⁹

Es claro que la conducta humana ha de ajustarse a un fin y no podemos entender a la sociedad, interrelacionamiento de personas, sin que tenga una finalidad específica.

El bien común no es la suma de los bienes de todos los miembros de la sociedad, sino aquel conjunto de condiciones que deben crearse en el grupo social y que permitan a cada uno de sus integrantes la realización de su fin último como personas. Es el ambiente en el cual la persona humana puede avanzar hacia su perfección.

Alcanzar el bien común es la responsabilidad primordial de la autoridad constituida; es la tarea que le delegan los miembros de la sociedad a aquellos que deben dirigirla y a aquellos que deben establecer las reglas de conducta que para tal propósito han de regir en el grupo social.

Es pues el bien común el punto convergente para la vida en sociedad, como una condición de existencia, ya que no un elemento esencial, del sistema normativo al que llamamos derecho.

Tenemos entonces los elementos propios en la especificidad de la norma jurídica, como aquella regla de conducta a la que se ha de sujetar el hombre para que pueda realizarse el bien común en el grupo social.

Sin embargo, el concepto anterior no nos resuelve cuál es el contenido de la norma, aun cuando nos la describa en su aspecto externo y teleológicamente, y sirva de clara explicación al Derecho Positivo. .

²⁸⁹ “Siendo el bien común el fin de la sociedad humana, la ley es ordenación o estructura en función del bien común, no del bien particular; como se lee en Graciano: ‘nullo privato commodo, sed pro communi utilitate civium conscripta’, dada para la utilidad común de los ciudadanos, no para satisfacer intereses privados”. Hervada, Javier, *op. cit.* p. 380.

Volvemos a nuestra pregunta anterior: ¿Cómo sabemos cuándo el imperativo de conducta es derecho y cuándo es una exigencia del grupo social, de la religión o de la naturaleza humana misma?

¿En qué ha de radicar “lo jurídico”? Es algo objetivo, inherente al imperativo o norma, o lo calificamos así porque lo establece una autoridad, alguien que puede imponerlo, ya sea el legislador o ya sea el juez.

Podríamos decir que parte muy importante del análisis de la filosofía del derecho y más recientemente de la teoría general del derecho, no ha sido sino tratar de dilucidar la pregunta anterior. En la búsqueda de la nota de juridicidad en la norma, los pensadores se han ubicado en tres posiciones fundamentales, los que se ajustan a la creación humana del Derecho (positivistas), los que encuentran lo jurídico en la realidad de la sociedad (realistas) y los que buscan la trascendencia de los valores (iusnaturalistas).²⁹⁰

5.- Las doctrinas del Derecho Natural.

Debe quedar muy claro ante todo, el pluralismo que existe cuando se habla derecho natural. Ha habido a través de la historia muchos posicionamientos iusfilosóficos que se inclinan por darle al derecho un contenido objetivo, normalmente axiológico y muy frecuentemente vinculado con el factor justicia. A esos planteamientos se les engloba bajo la palabra iusnaturalismo.

Se ha establecido una columna vertebral de autores a los que en una u otra forma pueden identificarse con las escuelas del derecho natural, partiendo de Aristóteles, pasando por algunos juristas romanos, llegando a su culminación en cuanto a la vinculación teológica en los planteamientos de Santo Tomás de Aquino, incluyendo luego autores de la escolástica jesuita como Vázquez de Belmonte y Luis de Molina e incluyendo también a otros como Locke, Montesquieu, Rosseau e incluso a Kant. Se apuntan en el siglo XX a Stammler, Jeny, Kantorowicz, Duguit, para pasar a los neotomistas contemporáneos

²⁹⁰ “Estas corrientes (el positivismo, el realismo y el iusnaturalismo) reflejan, como esperamos demostrarlo más tarde, tres actitudes típicas ante el problema de la noción universal de lo jurídico: la del jurista dogmático, la del sociólogo jurista y la del filósofo del derecho”. García Maynez, Eduardo, *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*. Distribuciones Fontamara, México, 2007. p. 7.

Maritain y Villoro Toranzo; se agregan también entre los actuales, a Kaufmann, Maihofer, Cabral de Moncada, Renard, Delos, Villey y otros.

No obstante que el derecho natural ha sido siempre conceptualizado como algo esencialmente vinculado al mundo de los valores, eso no quiere decir que las definiciones que del mismo se han intentado constituyan una unidad en criterios. Así también, existe una diversidad de posiciones doctrinarias a las que se les llama “escuelas” del derecho natural, que van desde aquellas apegadas al realismo aristotélico, a la teología escolástica, al racionalismo de la llamada época moderna y al realismo contemporáneo, subdividiéndose casi en igual número de los autores, que han expresado su punto de vista en contra de aceptar que no hay más derecho que el que puede crear en forma general un legislador y en forma individual un juzgador o una autoridad administrativa.

Por ello, la respuesta que ha de darse a qué es el derecho natural, no es fácil y quizás nunca será única. Paradójicamente, es en la expresión del jurista, para muchos considerado equivocadamente como el archienemigo del derecho natural, en quien encontramos un concepto claro y preciso: “Son ideologías típicas...las afirmaciones de que alguna especie de fin último...de definida regulación de la conducta humana, proviene de la naturaleza, es decir, de la naturaleza de las cosas o de los hombres, de la razón humana o de la voluntad de Dios. En tal presunción descansa la esencia de la doctrina del llamado derecho natural”.²⁹¹

Se ha hecho equivaler al derecho natural con la moral y con la ética, mas que nada para tratar de demostrar su falta de contenido jurídico bajo la falacia de que si la norma tiene un sustento axiológico deja de ser jurídica, cuando la situación real puede ser casi la opuesta. Finalmente, se acepte o no la posición jusnaturalista, la mayor parte de las normas llamadas jurídicas por los positivistas, tienen un sustento moral, una base de principios trascendentes e inmutables.²⁹²

²⁹¹ Casanovas, Pompue, et, at, *op. cit.* p. 206

²⁹² Según expresa Alf Ross: “Algunas veces el derecho natural se ha basado en concepciones teológicas; en otras ha sido concebido racionalmente. La naturaleza de la que se han derivado los principios universales ha sido la naturaleza del cosmos, o de Dios, o de la sociedad y la historia, pero más frecuentemente lo ha sido la naturaleza del hombre como ser racional... A pesar de todas las divergencias, hay una idea común a todas las escuelas del derecho natural: la creencia en que existen algunos principios universalmente válidos que gobiernan la vida del hombre en sociedad, principios que no han sido creados por el hombre sino que son descubiertos, principios verdaderos, que son obligatorios para todos, incluso para aquellos que no pueden o

Santiago Nino sintetiza brillantemente los planteamientos del derecho natural: “La concepción iusnaturalista puede caracterizarse diciendo que ella consiste en sostener conjuntamente estas dos tesis:²⁹³

- a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana.
- b) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de ‘jurídicos’ si contradicen aquellos principios morales o de justicia”.²⁹⁴

Las concepciones naturalistas han partido directamente de la Divinidad, como causa primera y última, o de la naturaleza en cuanto a que es creación de es misma Divinidad.

²⁹⁵

Sin contradecir en su esencia a las posturas teológicas, las de carácter axiológico buscan el sustento de lo jurídico en lo justo o en la realización de la justicia a través de la norma, a pesar de las serias críticas que se han formulado, tanto respecto a la imposibilidad real de saber lo que es justo, como aquellas que se enfocan a desvirtuar argumentos que

no quieren reconocer su existencia... El derecho natural no es más que una parte de la ética, y la negación positivista de la existencia del derecho natural se basa en la negación general de todo conocimiento ético... El problema interesante es saber si hay o no conflicto entre las doctrinas del derecho natural y la segunda tesis positivista, que afirma que un orden jurídico es un hecho social que puede ser descrito en términos puramente empíricos...trataré de mostrar que no es así...”. *Ibidem*. p. 366-367.

²⁹³ Santiago Nino, Carlos, *op. cit.* p.28

²⁹⁴ Lo mismo repite Márquez Piñero: “En esencia, el jusnaturalismo mantiene las dos tesis siguientes:

Una tesis de filosofía ética, que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana.

Una tesis acerca de la definición del concepto del derecho conforme a la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de ‘jurídicos’ si contradicen aquellos principios morales o de justicia”.

Márquez Piñero, Rafael, *op. cit.* p. 45.

²⁹⁵ “El Derecho natural es inmutable, como inmutable es Dios y el mismo para todos los hombres, con validez para todos los tiempos en su progresión histórica: siempre se respetará la vida de los demás, la propiedad ajena y la dignidad, de coro y excelencia de nuestros congéneres”. Martínez Pineda, Angel, *El Derecho, Los Valores Éticos y la Dignidad Humana*, p. 102. En el mismo sentido viene García Máynez ha definir lo que ha de entenderse por naturaleza, “...como fundamento del derecho, es lo que existe por sí, independientemente de nuestra obra y nuestro querer. Puede tratarse, por ejemplo del orden físico o biológico...”. Para más adelante precisar que “El fundamento del derecho no es la naturaleza física o biológica, ni la psicológica o social del individuo humano, sino la del Creador del universo, a través de cuyas leyes se manifiestan su inteligencia y su arbitrio. García Maynez, Eduardo, *op. cit.* p. 114.

confunden o divorcian el concepto de justicia como un valor supremo e inmutable, con la calidad de justo, que ha de verse como una virtud de la persona.²⁹⁶

Pero no necesariamente ha de pasarse directamente de Dios a la naturaleza y después al Derecho, resulta de primordial importancia ubicar en ese flujo de pensamiento a la figura central del Derecho mismo, al sujeto creado a imagen y semejanza de Dios, el hombre, la persona que con su inteligencia y voluntad tiene la capacidad de alcanzar ese fin que le trasciende. Es entonces que habrá que considerar en los cimientos de la posición jusnaturalista, ese papel central y principal del ser humano y esa necesidad y posibilidad de su perfeccionamiento.²⁹⁷

Finalmente tenemos al jusnaturalismo racional, no necesariamente porque niegue a la Divinidad su obra creadora, sino porque se enfoca más a la razón humana como

²⁹⁶ “Según el modelo naturalista, es justo aquello que cada uno por naturaleza puede hacer, y por lo tanto no hay otro criterio para distinguir lo justo de lo injusto que la regla impuesta por aquel o por aquellos que tienen el poder de hacerla respetar. Es la posición de Spinoza... En realidad sabemos perfectamente que la teoría jusnaturalista clásica ha ido acompañada, generalmente, por la teoría de la obediencia, esto es por la teoría según la cual la ley debe ser obedecida, aun cuando en muchos casos fuera injusta; pero el afirmar que una ley deba ser obedecida significa afirmar, precisamente que es válida. De esta manera, la teoría de la obediencia corrige la teoría jusnaturalista pura hasta transformarla en la fórmula siguiente: ‘la ley es válida aun cuando sea injusta’. Pero esta fórmula termina por encontrarse con aquella aceptada por la mayor parte de los juristas positivistas...‘la ley aunque sea injusta puede ser válida’”. Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico* Distribuciones Fontamara, México, 2007, p. 18). (.....)“Lo que llamamos orden de justicia, exigencias de justicias o norma de justicia, no es otra cosa que el derecho natural”. Hervada, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural* EUNSA, Pamplona, 1994 8ª. Edición 195., p. 27). (.....) “El derecho no puede ser ciencia neutral en cuanto a valores. Está favorecido por un movimiento ‘litúrgico’ de juristas respetados y genuinos, aptos para la especulación”. Martínez Pineda, Angel, *op. cit.*, p. 4.

²⁹⁷ “Cuando hablamos de derecho natural, de lo que estamos hablando es de que el hombre es la realidad central de la sociedad, de que el hombre no se presenta ante los demás como un ser que pueda ser tratado a capricho, sino como un ser digno y exigente, portador de unos derechos que son inherentes a su propio ser”. Hervada, Javier, *op. cit.* p. 11. (....) “En una primera aproximación puede decirse que la ley natural es la relación objetiva que existe entre la conducta y el perfeccionamiento o bien de la persona. Este concepto indica la objetividad de la ley natural: es una relación objetiva de conveniencia o inconveniencia de las acciones humanas con el bien o perfeccionamiento de la persona....La ley natural se concibe en la filosofía tradicional como una parte de la ley eterna, la que rige la conducta humana.” Adame Goddard, Jorge, *op. cit.* p. 110. (.....) “Esa relación (la de la persona con su perfeccionamiento), en cuanto es algo objetivo, no dependiente de la voluntad humana aunque cognoscible por su razón, se manifiesta como una ley que rige el comportamiento de la persona en orden a su perfección, ley que es llamada ley moral o ley natural, y que la persona debe respetar” *Ibidem.* 109. (.....).- Olivecrona: “Los seres humanos tenían también una capacidad natural para realizar lo que denominaríamos actos jurídicos. Tenían una *qualitas moralis ad agendum*”. En su estudio sobre Jeremy Bentham, el mismo Olivecrona describe magistralmente el proceso natural por el cual el ser humano desarrolla naturalmente el concepto de propiedad Casanovas, Pompue, et, at, *op. cit.*, pp. 167-169.

fundamento de la norma misma en cuanto a su conocimiento por la inteligencia y su cumplimiento por la voluntad, todo ello dentro del marco del imperativo del ser a su perfección. Sostiene Javier Hervada, siguiendo el pensamiento de Santo Tomás que la ley es natural, no porque proceda de factores naturales, sino porque es una operación natural de nuestra inteligencia”.²⁹⁸ A lo que podemos agregar la posición kelseniana: “A la idea del derecho natural como una ordenación ‘natural’ corresponde el que sus normas sean tan evidentes como las reglas de la lógica, porque proceden inmediatamente de la naturaleza, de Dios, o de la Razón; y que por ello no necesita ninguna coacción para realizarlas”.²⁹⁹

La lista de los filósofos y los juristas que han asumido posiciones que una u otra forma se acercan a los planteamientos de lo que se ha llamado la escuela del derecho natural, arriba apuntados, es realmente muy larga y la podemos ubicar desde la antigüedad griega, ante nuestros días, por un período de 24 siglos.

Como hemos dicho, el iusnaturalismo parte de principios y valores, se acerca a la regulación de la conducta humana que lo hace fácil de una asimilación con la moral propiamente dicha, y es por ello que no es difícil encontrar sus orígenes en planteamientos que podemos remontar a Sócrates, según la cita que hace Francisco Crossas, transcribiendo un texto medieval en el que sigue a Séneca, que en la epístola “setuagésima quarta”, a su vez se refiere a Sócrates en los siguientes términos: “...que inclinó la universal Filosofía a componer –corregir las costumbres de los onbres. El qual decía que no era otra cosa Filosofía sino distinguir –apartar los bienes de los males... E Tulio dize... que Sócrates decendió la filosofía del cielo, la colocó en la tierra –en las cibdades- instituyó la Ética para corregir las costunbres, dividiéndola en quatro partes; conviene a saber: En Prudencia, Justicia, Fortaleza –Tenpranca”.³⁰⁰ La simiente de la juridicidad en la perspectiva axiológica había sido sembrada.

²⁹⁸ Hervada, Javier, *op. cit.* p.141

²⁹⁹ Kelsen, Hans *op. cit.* p. 20

³⁰⁰ Crossas, Francisco, (Ed), *Vida y costumbres de los viejos filósofos (Waler Burley)*, Iberoamericana/Veurbert, Madrid/Frankfurt, 2002. p.85

Es de vital trascendencia resaltar que el planteamiento iusnaturalista medieval encuentra sus raíces en las ideas aristotélicas, aun cuando en ese punto hay una coincidencia entre el estagirita y su maestro Platón.³⁰¹

Norberto Bobbio resume la posición de Aristóteles diciendo "...que una parte de lo justo civil es natural, y la otra legal, distingue y delimita dos esferas de normas, distintas por el ámbito y el fundamento de la validez, pero no necesariamente contrapuestas y mucho menos recíprocamente excluyentes", quedando limitados así los campos, no necesariamente opuestos, del iuspositivismo y del iusnaturalismo³⁰²

Entre los estoicos seguidores de Zenón de Citio, también se fundamentó filosóficamente el iusnaturalismo partiendo del concepto de naturaleza, centro del sistema que ha de permitir alcanzar la felicidad y razón de ser de la vinculación entre el vivir y la naturaleza, que es la virtud. Expone al respecto Carlos Muñoz: "El derecho natural griego también llamado derecho natural estoico por derivarse de la filosofía estoica cuyo fundador fue el filósofo Zenón de Citio /336/5 a 264/3 a.c.), sienta las bases filosóficas del jusnaturalismo, parte importante de esta filosofía es el concepto de naturaleza que los estoicos ponen en el centro de su sistema, el fin de la vida es la felicidad, consiste en la virtud, en sentido estoico la virtud es vivir conforme a la naturaleza".³⁰³ Y agrega García Máynez: "No pocas corrientes iusnaturalistas buscan el fundamento del derecho en un principio racional. La máxima: 'hay que vivir de acuerdo con la naturaleza' significa, para los estoicos, 'vivir de acuerdo con la razón'".³⁰⁴

Obviamente la tradición del derecho romano nos permitiría detenernos en lo que podrían ser sus concepciones del derecho natural, lo que resultaría una desviación muy grande al

³⁰¹ "La doctrina clásica del derecho natural. Empezamos con Aristóteles que habla en sentido muy general de leyes divinas, orden natural, etc. Hay tres ideas fundamentales: la existencia del derecho natural o sea lo justo por naturaleza; que el derecho natural y el derecho positivo son verdaderos derechos y que ambos son partes del derecho vigente en cada polis." Hervada, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural* p. 523. García Máynez afirma que Platón y Aristóteles "...conciben el derecho natural como modelo o paradigma de los ordenamientos positivos..." dice que Platón lo establece en uno de sus primeros diálogos, el Eutifron y que Aristóteles "...distingue entre ley universal o natural y ley especial o positiva. Positiva es la ley que regula la vida de una comunidad determinada; por ley natural entiende un conjunto de principios objetivamente válidos, que reciben aplicación en todos los países". García Maynez, Eduardo, *op. cit.* pp. 115 y 117.

³⁰² Bobbio, Norberto, *op. cit.* p. 76

³⁰³ Muñoz R, Carlos, *Fundamentos para la Teoría General del Derecho*. Delma, Naucalpan, 2000, p.131

³⁰⁴ García Maynez, Eduardo, *op. cit.* p.118

propósito central de este trabajo, ya que parte de nuestra investigación, ha de entenderse con la finalidad de aportar elementos que nos permitan conocer cuál es la nota específica que hace de una norma que sea jurídica. Baste pues una breve referencia a un texto de Gayo que nos aporta Javier Hervada y que escogimos porque en unas cuantas palabras define las grandes divisiones de lo que era el derecho para los romanos: "...todos los pueblos que se gobiernan por leyes y costumbres, usan en parte su derecho peculiar, en parte el común de todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo estableció para sí, es propio de la ciudad y se llama derecho civil, como derecho propio que es la misma ciudad; en cambio, el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado por todos los pueblos y se denomina derecho de gentes, como derecho que usan todos los pueblos",³⁰⁵ y por su parte Carlos Muñoz atribuye a Cicerón, en su obra *De República* la afirmación de que concibe al derecho en un sentido moralista "...como el dictado de la recta razón natural que acerca al hombre al bien con sus mandatos y lo aleja del mal con sus prohibiciones."³⁰⁶ Tenemos pues la razón de ser del derecho natural, tanto en su observancia por todos los pueblos, como por su contenido axiológico.

Entre los Padres de la Iglesia, la referencia que conviene destacar, previa al pensamiento de Santo Tomás, es la consideración de San Agustín respecto a la jerarquía entre el derecho de los hombres y el derecho divino, en razón de la "superioridad de la ley eterna sobre la ley terrena".³⁰⁷

Es por supuesto Santo Tomás de Aquino el principal representante del iusnaturalismo teológico, porque finalmente sustenta a la ley humana, en la ley natural, que a su vez no es sino expresión de la ley eterna, obra Dios.³⁰⁸ Sin embargo, al sentar las bases de esa ley natural de origen teológico, no deja de involucrar, porque no podría ser de otra forma, la esencia misma de la naturaleza humana, de la persona que realiza acciones con base en su inteligencia y oyendo a su voluntad, acciones que han de buscar un fin, su perfección como creatura, pero dentro de una circunstancia o envuelto en condiciones de su vida en sociedad, que en su conjunto llamamos bien común. Son las aportaciones de

³⁰⁵ Hervada, Javier, *op. cit.* p. 503

³⁰⁶ Muñoz R, Carlos, *op. cit.* p.132

³⁰⁷ *Ibidem.* p. 133

³⁰⁸ Márquez Piñero, Rafael, *op. cit.*, p. 45. Muñoz R, Carlos, *op. cit.* p.136

Santo Tomás que en esa línea de búsqueda entre el hombre y su creador nos explican el actuar de aquél en función de la razón que ha de llevarlo a éste.³⁰⁹

Las razones del de Aquino, se vinculan al realismo clásico aristotélico, cuando sostiene que lo justo, esencia del derecho, es aquello naturalmente adecuado al hombre, las cosas debidas al hombre por su naturaleza.³¹⁰

Para Santo Tomás, según Carlos Muñoz: “La ley no es otra cosa que lo que prescribe la razón práctica del príncipe que gobierna una comunidad perfecta.”³¹¹

Con una sencillez que nos impide evitar la cita textual, el sociólogo alemán Jakob Fellermeier, nos apunta: “Según Santo Tomás de Aquino, la ley natural concreta se produce a modo de un silogismo, en el cual el juicio imperativo general de la sindéresis emitido por la razón práctica es la premisa mayor, y la premisa menor la pone la razón teórica, que en los casos particulares declara qué es lo que corresponde al orden natural y a la naturaleza esencial del hombre y qué es lo que le es contrario.”³¹² La referencia al orden natural ya se vincula claramente aquí con la lógica.

Finalmente, para concluir con este tema del iusnaturalismo tomista, citamos directamente la Suma Teológica: (Ver I. I, II, q. 91:

Art. 1: “Siendo el mundo gobernado por la providencia divina, toda la comunidad del universo está regida por la razón de Dios... Así, pues, la idea eterna de la divina ley tiene carácter de ley eterna, en cuanto Dios ordena todas las cosas preconocidas por él para gobernarlas”.

Art 2: “De ahí resulta claro que la ley natural no es otra cosa sino la participación de la ley eterna en la criatura racional”-

Art. 3: “...de la misma manera a partir de los preceptos de la ley natural que son los principios comunes e indemostrables, la razón humana ha de proceder a

³⁰⁹ Madrid, Espinoza Alfonso, *op. cit.* p. 131

³¹⁰ Hervada, Javier, *op. cit.* p. 595

³¹¹ Muñoz R, Carlos, *op. cit.* p.135

³¹² Fellermeier, Jacob, *op. cit.* p.106

obtener leyes más particulares. Y estas determinaciones particulares encontradas según el proceso de la ley humana, se llaman leyes humanas”.³¹³

La presencia de las propuestas iusnaturalistas se mantiene a partir de Santo Tomás durante los siglos subsecuentes. Se reconoce en la Escuela Española del Derecho Natural y más adelante, en la segunda escolástica o escolástica tardía española con los teólogos jesuitas, Vázquez de Belmonte (1549-1604) y Luis de Molina (1535-1600) y luego con los planteamientos de Francisco Suárez, que exigen la presencia de la ley divina para que lo justo se convierta en debido, es decir, que lo justo está en la ley natural o física y lo debido deviene de la voluntad de Dios.³¹⁴

También vendrán las obras, ya de jurisprudencia, del español Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569) y del holandés Hugo Grocio (1583-1654) con su reafirmación del *ius naturale* como derecho auténtico³¹⁵ y con la definición de derecho natural que éste último aporta, según el trabajo de Gerardo Hernández sobre Hegel: “...lo establecido para la recta razón la cual nos hace conocer que en determinada acción se da deformidad moral o necesidad moral, según se de acuerdo o no con la naturaleza racional o social; y, por consiguiente, que la tal acción es mandada por Dios, que es el autor de la naturaleza”.³¹⁶

Thomas Hobbes (1588-1679) y John Locke (1632-1704) en su naturalismo filosófico y con su insistencia en la libertad del hombre como uno de sus rasgos esenciales, han de abonar también al *iusnaturalismo*.³¹⁷

³¹³ Santo Tomas de Aquino, *Tratado de la Ley. Tratado de la Justicia. Gobierno de los Príncipes*, Porrúa, México, 2000. pp. 8-10

³¹⁴ Refiriéndose a los jesuitas de la escolástica, dentro de la segunda escolástica o escolástica tardía española, dice Carpintero que Vázquez de Belmonte y Luis de Molina “...no exigieron más, porque entendieron que el deber ser surge directamente desde el ser, de modo que la naturaleza o Dios ordenan sin más aquello en que consiste nuestra realidad vital...Francisco Suárez...entendió que para que lo justo se convierta en debido hace falta una orden o mandato y, así, junto a la *lex indicans* metafísica, postuló la existencia de una *lex praescribens* divina, que nos ordena obedecer lo que es o hay” Carpintero, Francisco, *Tomás de Aquino sobre la Ley Natural*, Revista “Ars Iuris” número 28, Universidad Panamericana, México, 2002, p. 126.

³¹⁵ Hervada, Javier, *op. cit.* p. 33

³¹⁶ Rascado Pérez Javier, et al (coord) *Pensar el Derecho FUNDA*, México, 2007. p. 90

³¹⁷ Hobbes citado por Uriz afirma: “Ley de naturaleza (*lex naturalis*) es un precepto o norma general, establecida por la razón en virtud de la cual se prohíbe a un hombre hacer lo que puede destruir su vida o privarle de los medios de conservarla; o bien omitir aquello mediante lo cual piensa que pueda quedar su vida mejor preservada. Aunque quienes se ocupan de estas cuestiones acostumbran a confundir *ius* y *lex*, derecho y ley, precisa distinguir esos términos porque el Derecho consiste en la libertad de hacer o de

John Locke parte de que el hombre por naturaleza es libre, y teniendo todos la misma naturaleza todos somos iguales, según el estado de naturaleza regido por el derecho natural éste nos enseña que siendo todos libres e iguales nadie puede contra la voluntad de otro perjudicarlo en su vida, libertad o pertenencias”.³¹⁸ Corresponderá a uno de sus contemporáneos, Samuel Pufendorf (1632-1694), ocupar, a muy temprana edad, la primera cátedra de Derecho Natural y de Gentes, creada en Heidelberg en 1661.

Y así podríamos seguir con la casi interminable lista de filósofos que fueron construyendo y abundando sobre el tema del derecho natural, aunque no siempre fuera ese su propósito en la producción de sus obras. Y vinieron Baruch de Spinoza, Christian Wolf, Montesquieu y Kant, y otros.³¹⁹

Pero quisiéramos detenernos un poco para mencionar a uno de los grandes exponentes del iusnaturalismo británico, William Blackstone (1723-1780), por su clara expresión del iusnaturalismo racionalista, que no hace ya mucha mención al papel de la Divinidad, aunque no por negarla; según José Juan Moreso, Blackstone expresaba las siguientes tesis: 1) que las normas creadas por las autoridades solo son jurídicas o válidas si se derivan de los principios del derecho natural y 2) que estos principios del derecho natural son captados por la razón humana (aunque son reflejo de la voluntad divina”).³²⁰

Resumiendo, la línea del iusnaturalismo nos ha llevado, de Dios al orden natural, (naturaleza o creación), de allí a la razón humana que descubre en ese orden natural, la realidad, los principios o valores que han de regir la conducta humana, pero debemos aclarar que hay en el orden natural un fin, la realización plena de la persona humana, que requiere de la sociedad como condición de su vivencia, de su cotidiano devenir por la

omitir, mientras que la ley determina y obliga a una de esas dos cosas”. Uriz, Pemán María Jesús, *op. cit.* p. 46.

³¹⁸ Muñoz R, Carlos, *op. cit.* p. 138

³¹⁹ Carlos Muñoz sigue incluyendo en las tendencias jusnaturalistas a otros autores como Charles Louis de Secondat, Barón de Brede y de Montesquieu y Jean Jacques Rousseau. Incluye también a Manuel Kant al que considera que sienta las bases filosóficas del derecho moderno, partiendo del concepto de la libertad que nos lleva al axioma jurídico “la libertad de un individuo comienza donde termina la del otro y viceversa”. Menciona la confusión de algunos pensadores considerados como jusnaturalistas, ya en el siglo XX, tales como Rudolph Stammler, Francois Geny, Hermann Kantorowicz y León Duguit, para concluir señalando a los neotomistas contemporáneos Jacques Maritain y Miguel Villoro Toranzo. *Ibidem.* pp.139-144.

³²⁰ Casanovas, Pompue, *et., al., op. cit.* pp. 127-128

vida, obviamente, necesariamente, esa sociedad está ordenada al fin, el bien común, como ya quedó definido. Pero, siguiendo muy de cerca de Santo Tomás, en todo este desarrollo lineal del naturalismo que nos lleva del teológico al racional y al realista, se puede encontrar un ruta mas corta, que sin negar un principio y un fin trascendentes, ni el imperativo moral que ha de regir a la conducta humana, nos puede llevar al descubrimiento de las reglas intrínsecas de las cosas, que se requieren para que la sociedad alcance el bien común y ello implica la presencia de las condiciones que la persona humana requiere para su realización, siendo así como llegamos a encontrar el fenómeno jurídico.

Podemos ahora pasar a uno de los temas fundamentales en el debate *iusnaturalismo* versus *iuspositivismo* : la llamada “falacia iusnaturalista”, a la que se refiere Massini: “Es bien sabido que la principal impugnación- a veces excluyente- de los pensadores positivistas contra la teoría del derecho natural, ha sido por casi cien años, la que puede denominarse como ‘ley de Hume’, a la que se ha dado también, aunque incorrectamente, el nombre de ‘falacia naturalista’”.³²¹

Todo empieza con la afirmación de David Hume, respecto a la imposibilidad de derivar el deber o el no deber, referidos a la conducta humana, a partir de la realidad o la naturaleza de las cosas, como dice José Alberto Said: “Fue el pensador David Hume quien trajo a la palestra del mundo de la normatividad una afirmación simple pero de gran trascendencia: el deber ser no puede derivar del ser...se preguntó si era posible derivar el ‘debe’ o ‘no debe’ de la conducta a partir de una realidad o naturaleza de las cosas. Su respuesta fue negativa. Sin embargo, nuestro pensador traicionó su propia ley, pues sus estudios morales los realizó con base en la naturaleza humana... Será George Edward Moore, quien acuñe la expresión *falacia naturalista* en su obra *Principia Ethica*, publicada en 1903”.³²²

En un estudio realmente excepcional, publicado en “Ars Juris” en 2002, José Alberto Said repasa los planteamientos de la mencionada “falacia” desde Hume y Moore, el rechazo de la misma por parte de Carpintero y López Hernández. Destaca que Massini-Correas es el

³²¹ Massini, Correas Carlos I, *op. cit.* p. 70

³²² Said, José Alberto, *Breve repaso de la falacia naturalista*, Revista “Ars Iuris” número 28, Universidad Panamericana, México, 2002. p.246

autor que en castellano ha analizado más este tema y sobre todo que John Finnis, discípulo de Hart, ha presentado el pensamiento de Santo Tomás al público anglosajón para tratar de superar la falacia a través del principio de la razón práctica.³²³

En el mismo tenor José Antoni Sendín Mateos, nos expresa en pocas palabras, pero con un gran contenido: “El argumento de la irreductibilidad lógica entre el ser y el deber ser es el elemento central de la crítica de Kelsen a la doctrina del derecho natural. Este argumento se basa en la imposibilidad de deducir, a partir de los hechos acaecidos en el mundo del ser (sein), normas que expresan un deber ser (sollen). Deducir normas a partir de hechos significa incurrir en el error lógico denunciado por D. Hume y que desde G. E. Moore se conoce como ‘falacia naturalista’”³²⁴

El tema es fundamental para las propuestas del presente trabajo, precisamente porque, como le hemos repetido, es en la realidad regulada en donde se encuentra, y solo en ella debe buscarse, la relación lógica que establece la regla a la conducta humana, para actuar conforme al orden natural. Allí radica y solamente allí, la esencia de lo jurídico, ignorarlo y crear normas que artificialmente pretendan encauzar el hacer del hombre en la dinámica social, hacia formas o caminos que ignoren o contradigan esa lógica interna de las cosas o de las relaciones sociales, nos llevará a producir normas con apariencia y forma de jurídicas, porque surgieron de quien está encargado y autorizado para hacerlo, y es más, no solo serán válidas por ello, sino quizás en muchos casos, eficaces, pero tampoco por ello son normas jurídicas. En este punto nos acercamos, obviamente a las descripciones de Hervada y Kelsen que vinculan la lógica racionalista a la idea del Derecho Natural.

Dentro de la vertiente del sistema jurídico anglosajón, los pensadores que se acercan ahora a los planteamientos iusnaturalistas son, evidentemente, el profesor de Oxford, Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) y su sucesor en la cátedra de *Jurisprudence*, el norteamericano, Ronald Dworkin (1931), con su crítica a la filosofía de su maestro y con planteamientos mixtos entre principios *iusnaturalistas* y otros del positivismo jurídico, que

³²³ *Ibidem*. pp. 263-264

³²⁴ Sendín Mateos, José Antonio, *La crítica de Hans Kelsen II*, Revista de Investigaciones Jurídicas Año 30, Número 30, Escuela Libre de Derecho México, 2006. p. 420

hace que Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, los califiquen como “sofisticada versión del positivismo jurídico”.³²⁵

H. L. A. Hart, parte de la premisa de que existen derechos morales, entre los cuales podemos identificar uno fundamental e indiscutible, el de la libertad, del que gozan todos los hombres por igual, así afirma: “Voy a presentar la tesis de que si hay algunos derechos morales, se sigue de ahí que hay por lo menos un derecho natural, el derecho igual de todos los hombres a ser libres. Al afirmar que hay este derecho, quiero decir que en ausencia de ciertas condiciones especiales que son compatibles con el hecho de que este derecho sea un derecho igual, todo adulto humano capaz de elegir: 1) tiene el derecho de que todos los demás lo toleren sin usar la coerción o la restricción contra él, salvo para impedir la coerción o restricción, y 2) está en libertad de ejecutar (es decir, no tiene obligación de abstenerse al respecto) cualquier acción que no sea de coerción o restricción, o esté destinada a perjudicar a otras personas”,³²⁶ la misma referencia nos presenta Cruz Parceró, y agrega: “Hart se quiere separar de las teorías clásicas de los derechos naturales sosteniendo que su tesis no incluye, ni pretende probar, que alguien pueda tener un derecho absoluto, irrevocable o imprescriptible a hacer o no hacer alguna cosa en particular, o hacer tratado de algún modo particular, salvo el mismo derecho igual de todos a ser libres”³²⁷

Debemos recurrir también a Cruz Parceró para dar sustento a la afirmación que sobre Dworkin se hizo más arriba en el sentido de que expresa un positivismo, o quizás debiéramos decir, un naturalismo, un tanto ambivalente: “Para Dworkin, una teoría correcta de los derechos debería distinguir entre ‘derechos básicos’, que son los que proporcionan una justificación en abstracto a las decisiones políticas de la sociedad, y los ‘derechos institucionales’ que proporcionan la justificación para una decisión a través de alguna institución política particular y específica. Respecto a los primeros, Dworkin es bastante impreciso; se refiere a ellos como derechos ‘básicos’ (background), ‘naturales’, ‘humanos’, ‘morales’ o ‘en sentido fuerte’. Y respecto a los segundos, suele llamarles también ‘derechos jurídicos’ (legal rights)”.³²⁸

³²⁵ Casanovas, Pompeu, et al, *op. cit.* p. 475

³²⁶ ...*Lecturas de Filosofía del Derecho*, Tribunal Superior de Justicia del D.F., volumen III, México, 1993. pp. 345-346

³²⁷ Cruz Parceró, Juan Antonio, *op. cit.*, pp.150-154, 166

³²⁸ *Ibidem.* pp. 235

Pero dejemos por ahora el pensamiento anglosajón, muy lejano en su producción doctrinaria de la llamada corriente continental o románica, y muy influido por su enfoque jurisprudencial y el actuar de los jueces, en cuyas decisiones encontraremos siempre el enriquecimiento de ese sistema jurídico y las bases que han de soportar las doctrinas que se han venido desarrollando recientemente, si hemos de comparar dicho desarrollo con el de origen románico que se cuenta por muchos siglos, y sigamos con la evolución del iusnaturalismo contemporáneo.

Es en el pensamiento germano contemporáneo donde encontramos, dentro de las corrientes naturalistas, las expresiones más claras de dicha evolución, podríamos decir, del perfeccionamiento, del pensamiento iusnaturalista, que permiten resolver, en nuestra opinión, las críticas originales a su fundamento teológico y las objeciones condensadas en la acusación de falacia que enfrentó el iusnaturalismo racionalista. Con los planteamientos de Eric Wolf, pero sobre todo de Werner Maihofer, que se catalogaba a sí mismo como contrario a la existencia de un derecho natural, resulta irrefutable que el llamado derecho positivo no contiene necesariamente la esencia de lo jurídico, que ella se encuentra en la naturaleza de las cosas, incluyendo en éstas a las relaciones sociales, no solamente a los entes físicos y tangibles. Es de dicha naturaleza de la que se desprende como una necesidad lógica, la regla de conducta para el ser humano en su convivencia social.

Pero hemos de recurrir también a García Máynez, quizás el autor que más ha enriquecido nuestra doctrina trayendo el pensamiento alemán, y en él incluimos al del austriaco Kelsen, quien resalta que del pensamiento de Maihofer se desprende que aún para el hombre común, no el filósofo, es evidente que ante ciertas situaciones surgen ciertas expectativas naturales o racionales frente a otros, y que por ello están en posibilidad de convertirse en exigencias.

Dice Maihofer, según el análisis de García Máynez, que todos vivimos, no conforme a las normas del derecho positivo, ya que realmente nos guiamos por los principios de un derecho que él llama "ultrapositivo", cuyo "fundamento reside en la naturaleza de las

cosas; es decir, en los justificados intereses y expectativas y en las justas exigencias y obligaciones que valen para nosotros como tales....”³²⁹

Dejemos que el maestro García Máynez nos presente la síntesis del pensamiento de Maihofer: “Una de las corrientes más originales del iusnaturalismo contemporáneo está constituida por las doctrinas que buscan el fundamento del derecho en la llamada ‘naturaleza de las cosas’..... según la definición que Eric Wolf propone, ‘el orden o estructura que necesariamente corresponde a cada ente de acuerdo con su determinación o su tarea’. El principal representante, en la actualidad de la postura a que nos estamos refiriendo, es el existencialista Werner Maihofer, cuyas ideas pueden resumirse de este modo: ‘Las deducciones y argumentaciones que tienen su punto de partida en la naturaleza de las cosas son ensayos tendientes a derivar las proposiciones de deber (Sollenssatze) del derecho positivo de algo que se haya fuera de las normas estatuidas, más no a la manera de las deducciones de un derecho natural abstracto derivado de principios jurídicos supremos, sino del derecho natural concreto de todos los tiempos, partiendo de las situaciones vitales (Lebenssachverhalte) que el material jurídico ofrece. Estas deducciones y argumentaciones no fundan las proposiciones de deber del derecho positivo en otras proposiciones de deber más generales, sino que nos reconducen –como Radbruch decía- ‘al deber ser realizado en el ser’”³³⁰

El supuesto abismo lógico entre el ser y el deber ser, queda resuelto.

6.- El Positivismo Jurídico.

Antes de confrontar las dos tendencias, positivismo y naturalismo, debemos detenernos en los planteamientos de aquellos que consideran jurídicas solamente a las normas que surgen de un legislador, o que, proviniendo de un juez o de otra autoridad, encuentran su sustento en una ley o en cualquier otra forma de regla dictada para el grupo social, por quién pudiéramos llamar la autoridad encargada de emitir las normas de conducta para todos los miembros de ese grupo.

³²⁹ García Máynez, Eduardo, *op. cit.* pp.124

³³⁰ *Ibidem.* p.119

Tampoco aquí estamos hablando de una posición doctrinaria única y como señala Ross cuando hace referencia a Kelsen: "...me parece razonable tomar la expresión 'positivismo jurídico' en sentido amplio, como significando una actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho, basado en los principios de una filosofía empirista y antimetafísica".³³¹

Partiendo del principio apuntado, el positivismo rechaza cualquier sustento de la norma jurídica en algún orden normativo superior o exterior, y se soporta en lo que Bobbio llama la efectividad que ha de radicar en la obediencia habitual, distinguiendo derecho "como hecho" y derecho "como valor", siendo la tarea del jurista ocuparse del primero y no del segundo.³³²

Estamos hablando entonces de un orden normativo producto del quehacer humano³³³ y que para Bentham, según referencia de Moreso, habrá de ser instrumento que conforme al principio de utilidad, permita la "maximización de la felicidad"³³⁴

En ese mismo sentido insiste Bobbio que el positivismo jurídico, es, en su percepción, la teoría que "vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción", aunque antes en su mismo trabajo hace otra relación, la de la ley con la justicia, lo justo es lo conforme a la ley y lo injusto es lo que no la sigue.³³⁵

Tenemos en las posiciones positivistas, un derecho producto del poder soberano, cuyo sustento parece resumirse en conceptos tales como la fuerza de la coacción, la actualización efectiva en el grupo social, una pretendida relación entre lo justo y lo legal y otras explicaciones cuyo denominador común ha de ser la negación de cualquier fundamentación que no pueda explicarse como producto del quehacer humano; no a los valores trascendentes y absolutos; no al orden natural, sea de origen divino o simplemente de la casualidad cósmica, que nunca causalidad, y finalmente, no al imperativo lógico que se impone a la razón.

³³¹ Casanovas, Pompue, *et. al., op. cit.*, pp.362-363

³³² Bobbio, Norberto, *op. cit.* pp. 80, 46

³³³ García Máynez, Eduardo, *op. cit.* p. 51

³³⁴ Casanovas, Pompue, *et., al, op. cit.* p. 128

³³⁵ Bobbio, Norberto, *op. cit.* pp. 16-17, 49

Así abundamos con el pensamiento de Roscoe Pound, citado por Pompeu Casanovas: “Pienso en el derecho, en un sentido, como una forma altamente especializada de control social en una sociedad organizada y políticamente desarrollada, un control social mediante la sistemática y ordenada aplicación de la fuerza de una sociedad como esta”³³⁶ donde destaca el peso del poder soberano que ejerce el control por la vía de la fuerza. Así como con los planteamientos de Ángel Martínez Pineda: “Así, pues, tenemos que la fuente jurídica del derecho positivo es la autoridad social, porque la normatividad jurídica no la asigna ni la da el derecho natural. Su realidad concreta está contenida en el sentido abstracto y general susceptible de aplicación inmediata”.³³⁷

Con la evolución del positivismo jurídico, el tema se va centrando en dos supuestas fuentes primarias de lo jurídico, una norma fundamental hipotética, que sería el planteamiento kelseniano, como lo reitera García Máynez, o el “poder de quienes están en condiciones de asegurar su eficacia”.³³⁸

El mismo autor nos apunta que Bobbio distingue tres aspectos del positivismo:³³⁹

- I. El positivismo jurídico es, en primer término, una manera especial de abocarse al estudio del derecho.
- II.- En segundo lugar, representa una concepción específica de este último.
- III.- En tercer término, constituye una ideología sui generis de la justicia”.

El mismo Bobbio confirma: “Como ideología, el positivismo jurídico representa la creencia en ciertos valores y, sobre la base de esta creencia, confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal”.³⁴⁰ Postura que no deja de ser un infructuoso esfuerzo por resistir a los ataques a un descarnado y amoral positivismo, que ha justificado los excesos del hacedor de las normas.

³³⁶ Casanovas, Pompeu, *et al.*, *op. cit.*, p.303

³³⁷ Martínez Pineda, Ángel, *op. cit.*, p.110

³³⁸ García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, p. 34

³³⁹ *Ibidem.* p. 9

³⁴⁰ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 52

García Máynez también hace crítica de la posición de Bobbio respecto al positivismo como una posición ideológica: “En este punto, la opinión de Bobbio es vacilante. Primero, ...declara que una de las consecuencias del positivismo como ideología es el aserto de que (palabras de Bobbio) ‘las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales; en otras palabras que su acatamiento es un deber moral, una obligación interna o de conciencia, es decir, que existe por respeto a la ley, en contraposición a la externa que deriva del temor a las sanciones’...(pero luego se contradice): ‘Yo diría, en general, que la asunción del deber moral de obedecer las leyes positivas no es ni iusnaturalista ni positivista, porque procede de la comprobación, tan antigua como la filosofía del derecho, de que ningún orden jurídico puede sostenerse si exclusivamente confía en la obediencia arrancada con el temor a las sanciones. Si se entiende por obligación moral la que existe por respeto a la ley, y por obligación jurídica la que proviene de temor a la sanción, es un hecho que todo orden cuenta con el deber moral de obediencia...’, concluye García Máynez su crítica, afirmando que la doctrina que sustenta la existencia de deberes en el respeto a la norma, es una tesis kantiana, referida exclusivamente a las obligaciones de índole ética”.³⁴¹

El planteamiento de la vinculación de la obligatoriedad de la norma jurídica con la existencia de una regla preexistente dictada por el Estado, nos lo entrega Bobbio cuando cita a Ehrlich que “en su obra *Die juristische Logik* (1918),... afirma que el método tradicional del jurista...está caracterizado por estos tres principios: 1) toda decisión judicial presupone siempre una regla preexistente; 2) esta regla preexistente está siempre dada por el Estado; 3) el complejo de las reglas dadas por el Estado constituye una unidad”.³⁴²

Como en el caso de la doctrina iusnaturalista, en las posiciones que ahora llamamos positivistas, se presentó una evolución a través de los tiempos y también pueden distinguirse diferentes criterios, a veces en aspectos fundamentales, entre los autores que suelen agruparse bajo ese rubro del positivismo.

Aun cuando el calificativo de positivo que se da al orden normativo parece haberse iniciado en la edad media, Aristóteles ya distinguía entre lo justo natural y lo justo legal, lo que para algunos fortalecería la idea de que el tradicional debate entre el iusnaturalismo y

³⁴¹ García Máynez, Eduardo, *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*, pp. 14-15

³⁴² Bobbio, Norberto, *op. cit.* p. 49

el iuspositivismo, no es sino un problema de semántica. En esos mismos enfoques históricos se hace referencia a la distinción romana del derecho de gentes o natural y el derecho civil.³⁴³

Con el nacimiento del estado y el derecho modernos, el linaje de autores positivistas se remonta a Augusto Comte quien, para algunos, ha de considerarse el fundador del positivismo como ahora lo conocemos; le sigue Jeremy Bentham, con su utilitarismo y a éste John Austin, quien, en congruencia con los planteamientos más clásicos del positivismo, ha de negar el carácter de derecho al internacional público del que afirma no son mas que simples reglas morales y que el objeto propio de la teoría del derecho (jurisprudencia) es el derecho positivo.³⁴⁴ Ya para el siglo veinte, el positivismo alcanza su máximo desarrollo con el pensamiento de Hans Kelsen, Ludwig Glumpowicz, Gustav Radbruch y William James. Respecto a esta evolución doctrinaria, Carlos Muñoz afirma: “Finalmente debemos reconocer que Hans Kelsen, en lo que se refiere al aspecto axiológico, lo aísla, lo deshumaniza, lo margina, etc. Pero en el aspecto de análisis de la normatividad lo lleva a alturas que el Derecho nunca había alcanzado y por tal motivo este autor, en el aspecto técnico jurídico, debe ser considerado como el más grande de los juristas y como el que más ha aportado al estudio de las normas pero solo como normas desprovistas de contenido”,³⁴⁵ y en el mismo sentido la frase de Juan Ramón Capella citado por Alfonso Ruiz Miguel: “Y si los juristas del siglo XX pueden ver más lejos que él es, como diría Bernardo Chartres, porque están montados sobre sus hombros”.³⁴⁶

Sin embargo, como ya se dijo, cada autor ha venido haciendo sus aportaciones, y todo ello ha servido para la estructuración de la teoría positivista. Quizás Kelsen signifique el pináculo de la misma y los desarrollos posteriores, si bien de gran importancia, no han de cambiar lo fundamental, pero no sería exacto afirmar que el positivismo es solamente Kelsen, quien, por otro lado, nunca se cansó de repetir hasta la saciedad que él no negaba la existencia de valores, ni la necesidad de que la conducta humana, inclusive la del legislador, se ajuste a ellos, sino que no le corresponde a la ciencia del derecho ocuparse de esos valores, ni cuenta con las herramientas metodológicas para ello; es la

³⁴³ Hervada, Javier, *¿Qué es el Derecho?*, EUNSA, Pamplona, 2008, pp.83

³⁴⁴ Casanovas, Pompue, et, al., *op. cit.*, pp. 178-191

³⁴⁵ Muñoz R, Carlos, *op. cit.* pp. 144-148

³⁴⁶ Ruiz Miguel, Alfonso Política, *Historia y Derecho en Norberto Bobbio*, Distribuciones Fontamara, México, 2000. p. 97

pureza del método lo que nos ha de llevar al conocimiento de las cosas, no solo en el campo de lo jurídico, sino en todas las esferas del saber humano; no podemos intentar conocer el resultado de una reacción química, mediante la observación de los fenómenos sociales, ni explicar la psicología humana, con experimentos de fisión nuclear. Entre el sujeto cognoscente y el objeto por conocer solamente hay un camino: el método, y las características de éste se condicionan únicamente por el campo del conocimiento, porque los procesos mentales del conocimiento que se encuentran en el sujeto mismo, no han de cambiar, simplemente serán herramientas, más o menos utilizadas de acuerdo al método desarrollado.

Desde la perspectiva metodológica apuntada, que es la que nos permite conocer el conocimiento kelseniano, ha de destacarse, más que los conceptos del jurista austriaco sobre la norma jurídica, su estructura, su eficacia, su validez, etc., de los que en alguna forma nos ocupamos en otro lugar, su defensa del objeto de la ciencia del derecho que propugna con su teoría pura y podemos citarlo directamente de su ensayo aparecido en 1941 en la Harvard Law Review, “La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica” : “La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo; es teoría general del derecho, no una exposición o interpretación de un orden jurídico particular... Como teoría, su único fin es el conocimiento de su objeto. Ella contesta qué es el derecho, no qué es lo que él debería ser. Esto último pertenece a la Política... Pero la teoría pura del derecho, simplemente, se declara incompetente para dar una respuesta sea al problema de si un derecho dado es justo o no, o a ese otro más fundamental de qué es aquello que constituye la justicia...no puede resolver estos problemas porque científicamente no pueden ser resueltos de ninguna manera”, ³⁴⁷y en “El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho” afirma: “La teoría jurídica pura asegura su tendencia antideológica al aislar el estudio del derecho de toda relación con la ideología jusnaturalista en torno a la justicia. Para ella, está fuera de discusión la posibilidad de la validez de un orden superior al derecho positivo...la teoría pura del derecho es la teoría del positivismo jurídico”. ³⁴⁸

³⁴⁷ Kelsen, Hans, *op. cit.* p. 209

³⁴⁸ Kelsen, Hans, *op. cit.* p.33

En palabras de uno de los alumnos cercanos a Kelsen, Joseph Kunz, para el profesor austriaco, “la Teoría Pura del Derecho es un análisis estructural del derecho positivo”.³⁴⁹

Ese purismo kelseniano también nos lo expresa con claridad Sendín Mateos, cuando hace referencia a las críticas de Kelsen dirigidas a los positivistas que no se alejaban del concepto de la justicia: “Kelsen criticó enérgicamente el positivismo ideológico... Por esta razón, Kelsen calificó a ese positivismo como una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, dada su incapacidad para definir el derecho con independencia de las consideraciones a propósito de la justicia. Según el austriaco, como afirma Kunz, el derecho volvería a ser la ideología del poder y la Teoría Pura del Derecho, sería a su vez, una exposición sistemática de la ideología del poder.

El positivismo de Kelsen, al igual que el de Bentham, Austin o Hart, es un positivismo metodológico o conceptual, que atribuye al derecho una validez meramente formal. En el caso de Kelsen se trata además de un positivismo normativista, que ve en las normas jurídicas una genuina fuente de deberes para los ciudadanos”.³⁵⁰

Pero a su vez, la doctrina jurídica más reciente, ha de ser, lógicamente, la que endereza sus críticas a la teoría pura, aunque no deja de ser interesante destacar que son planteamientos que vienen principalmente desde el campo del derecho anglo-sajón, como es la crítica que proviene Hart y Ross, independientemente de que también los iusnaturalistas contemporáneos rechazan las propuestas del austriaco.

En ese sentido tenemos a Hart diciendo: “Voy a tratar de demostrar que de cierta manera, aunque no precisamente la misma, la teoría pura del derecho adolece de los mismos defectos que mi imaginaria teoría de imperativos. Se concentra exclusivamente en el contenido de las normas (en lo que las normas dicen) y presta muy poca atención a las circunstancias que se refieren a la producción u origen de las normas y si dichas normas son reconocidas como obligatorias y por quiénes”.³⁵¹ Y luego también tenemos a Ross calificando al maestro austriaco de cuasipositivista: “Kelsen jamás ha superado la idea de

³⁴⁹Kunz, Joseph L, *Cuatro Conferencia sobre la Teoría Pura del Derecho*, en www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/teoria.html Fecha de consulta 5 de febrero de 2010.

³⁵⁰ Sendín Mateos, José Antonio, *La crítica de Hans Kelsen I*, Revista de Investigaciones Jurídicas Año 30, Número 30 Escuela Libre de Derecho México, 2006. p. 455

³⁵¹ Casanovas, Pompue, *et. al., op. cit.* p. 387

que un sistema jurídico establecido, como tal posee validez en el sentido normativo de la palabra. Según Kelsen, la existencia de una norma es su 'validez'; y que una norma posee validez significa 'que los individuos deben comportarse como la norma lo estipula'. Pero la norma en sí misma, de acuerdo con su contenido inmediato, expresa lo que los individuos deben hacer vinculando también el pensamiento kelseniano a los principios luteranos y a la filosofía de Heggel: "Lo que es real es válido y lo que es válido es real y que esa actitud también se revela en el eslogan 'Gesetz ist Gesetz'".³⁵²

Resulta pertinente concluir con este breve resumen de la evolución del positivismo jurídico, con una cita del maestro Rodolfo Luis Vigo, quien en un solo párrafo, magistral, nos da el colofón para ese proceso evolutivo: "Esa emergente nueva teoría jurídica...con autores como Esser o Viehweg...se irá afirmando con nitidez ...al mismo tiempo los 'principios jurídicos' fueron acentuando su decisivo papel en la configuración de distintas teorías que en mayor o menor medida tomaban distancia respecto del viejo iuspositivismo. Si vamos al mundo anglosajón es forzoso citar las teorías precursoras de Pound pero hay que prestar atención privilegiada a la polémica destacada ya en la década del '70 y del '80 entre Hart y su sucesor en la cátedra de Oxford, Ronald Dworkin, polémica centrada en si el derecho se definía como mero sistema de normas (system of rules) o se incluía preferentemente "principles".³⁵³

Para ello hemos de detenernos un poco en esta polémica entre Hart y Dworkin. Si bien los que se llaman principios, éstos en el planteamiento de Dworkin pudieran parecer estrictamente de contenido axiológico, en palabras de Rodolfo Luis Vigo para Dworkin "los principios son derecho concentrado" y que al enfrentarse Dworkin y Esser a los planteamientos de Kelsen y Hart, en una perspectiva que pudiese parecer el tradicional debate iusnaturalismo contra iuspositivismo, se puede observar que en el mismo Dworkin los principios no son solamente valores a realizar sino también planteamientos lógicos³⁵⁴ y como afirma Moreso hablando de Dworkin: "Dworkin sostiene que tal vez el error más importante del positivismo jurídico sea no haber percibido que el derecho no es solo un sistema de reglas, sin lugar en él para los principios...(y)... Cuestiona la tesis social por

³⁵² *Ibidem.* p. 373-374

³⁵³ Vigo, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Porrúa, México, 2003 p. 79.

³⁵⁴ Vigo, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Porrúa, México, 2003, p. 35,228. En el mismo sentido, Santiago Nino, Carlos,, *Introducción al Análisis del Derecho*, p. 125

cuanto la existencia de los principios en el sistema jurídico no depende de los hechos sociales...”³⁵⁵

Reconocemos que Dworkin asume una posición axiológica frente al positivismo de Hart, pero no deja de estar tocando el tema de la realidad social en la que subyacen lo que el llama principios o planteamientos meramente lógicos. Asimismo no podemos ignorar el debate relativo a la moralidad intrínseca del orden natural, que evidentemente sería lo mismo a lo que estamos llamando lógica interna de las cosas; el tema no es dilucidar si lo natural y lo moral constituyen una igualdad, eso no nos corresponde a nosotros y tampoco se opone a los planteamientos aquí elaborados. Evidentemente que lo natural es parte del orden moral y los imperativos que surgen del orden natural serán siempre imperativos morales cuando se imponen a la conducta humana; aquí estamos frente al género en las normas, iremos a su especificidad de normas jurídicas cuando no solo se refieren a la conducta humana, sino también incluyan la nota social y el fin común. Es en contra de estos planteamientos la descripción que nos hace Massini: “...‘Con la parcial excepción de Grocio -escribe Knud Haakonsen- estos escritores modernos <Hobbes, Pufendorf, Locke, etc.> sostenían que no hay ningún significado moral o político inherente en la estructura de las cosas. Todo significado o valor es querido o construido e impuesto sobre un mundo natural que *en sí mismo* es amoral y político’. Este modo de pensar se pone especialmente en evidencia en las ideas de David Hume, para quien las nociones de justicia, propiedad, derecho, etc., son meramente ‘artificiales’, creaciones voluntarias del hombre por razones de utilidad común.”³⁵⁶

En Europa continental ese debate se reproduce entre Kelsen y Esser, siendo expuesto con coherencia e insistencia por el autor de la teoría pura del derecho en su obra póstuma de 1975: ‘tales principios (alude a Esser) no tienen el carácter de normas jurídicas. Si no se separa claramente el concepto de norma jurídica y el concepto de principio jurídico, entonces se borra el límite entre el derecho positivo, por un lado, y, por el otro, la moral, la política y las costumbres, lo cual solo puede ser deseable para tales representantes de la ciencia del derecho, que creen que su tarea consiste no tanto en conocer el derecho

³⁵⁵ Casanovas, Pompue, *et. al., op. cit.* pp. 359-360

³⁵⁶ Massini, Correas Carlos I, *op. cit.* p. 109

positivo y describirlo objetivamente, sino más bien en justificar o cuestionar su validez desde el punto de vista de la moral y la política”³⁵⁷.

Pudiera parecer que el positivismo contemporáneo nos ha traído variantes de importancia para los postulados del positivismo clásico, pero no es así, la realidad es que sigue fundamentándose en sus principios básicos: es un producto humano y está desconectado de cualquier perspectiva axiológica. Del mismo Bobbio nos dice Alfonso Ruiz Miguel: “Sin duda, el positivismo jurídico al que Bobbio se ha adherido es el de impronta kelseniana, que mantiene diferencias significativas con el positivismo del siglo XIX. Si todo positivismo jurídico se puede caracterizar por la distinción entre el derecho que es y el que debe ser, es decir, por la separación conceptual entre derecho y moral, el positivismo kelseniano añade además la pretensión de la pureza metodológica y, con ella, la consideración del derecho desde un punto de vista exclusivamente normativo-jurídico. Con ello, Kelsen pretendió no solo independizar el derecho del punto de vista moral, cuyas normas serían ajenas a la fundamentación del derecho, sino también de todo punto de vista científico social, como el de la sociología, la historia, la teoría política..., con los que el positivismo jurídico decimonónico había coqueteado en unas u otras versiones”.³⁵⁸

Abundando sobre lo anterior, con mayor detalle, García Máynez siguiendo a Scarpelli nos presenta un resumen del estado que guardan las propuestas de los positivistas contemporáneos encabezados por Hart: “Scarpelli hace una síntesis de las opiniones de tres autores contemporáneos sobre el mismo asunto (el positivismo): H. L. A. Hart, Mario Cattaneo y Norberto Bobbio. Para el primero de ellos el término positivismo jurídico es aplicable a las cinco tesis siguientes:

- 1) El derecho es un conjunto de mandatos formulados por seres humanos;
- 2) Entre derecho y moral, o entre el derecho que es y el que debería ser, no existe una conexión necesaria;
- 3) El análisis del significado de los conceptos jurídicos debe distinguirse y separarse de las indagaciones históricas sobre el origen del derecho, de las sociológicas sobre las relaciones entre éste y otros fenómenos sociales y de los ensayos de

³⁵⁷ Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.* pp. 79-80

³⁵⁸ Ruiz Miguel, Alfonso Política, *op. cit.*, p.183

valoración desde el punto de vista de la ética y de los fines que el derecho persigue;

- 4) Un sistema jurídico es un sistema en el cual, aplicando procedimientos lógicos, es posible inferir decisiones correctas de una serie de normas predeterminadas, sin necesidad de tomar en cuenta, al hacerlo, principios éticos, tendencias políticas, fines colectivos, etc.; y
- 5) Los juicios morales no se formulan, ni pueden ser racionalmente defendidos, en la forma en que lo son los que se refieren a hechos”).³⁵⁹

7.- Iusnaturalismo y positivismo.

El eterno debate: ¿el derecho está conformado por las normas que dicta la autoridad, dígame el legislador, el juez o el funcionario del Poder Ejecutivo?, o ¿lo integran las normas de conducta cuyo fin es la realización de la justicia y otros valores dentro del grupo social?. ¿Es una estructura formal que se justifica por su origen y su resultado? O, por el contrario, encuentra su razón de ser en su contenido y en su fin?, o, finalmente, ¿en los dos casos estamos frente al derecho y simplemente lo distinguimos en natural y positivo para entendernos mejor?. La respuesta a esa pregunta, es la respuesta a nuestro cuestionamiento inicial

Es un debate que si bien encuentra su origen desde muy antiguo y podría culparse quizás a las posiciones aristotélico-tomistas de haber dado lugar a él, parecía haber concluido con el racionalismo del siglo XIX y la filosofía jurídica de la primera mitad del siglo XX, con los planteamientos encabezados por Hans Kelsen. Sin embargo, como acertadamente apunta Rodolfo Luís Vigo, el debate subsiste ante la debacle del positivismo: “Así paulatinamente aquel juspositivismo soberbio que a fines del siglo XIX declaraba que solo hacía falta enterrar el cadáver del iusnaturalismo, se ve acosado por diversos frentes y va resignando banderas”.³⁶⁰

Tanto Aristóteles como Santo Tomás hablaron de que había preceptos jurídicos derivados de la autoridad humana, como también los que encontraban su sustento en la naturaleza y en la existencia última de una divinidad. Santo Tomás distingue la ley divina, la ley natural y la ley humana, sin embargo encontramos en él afirmaciones que podrían ser

³⁵⁹ García Máynez, Eduardo, *op. cit.* pp.37-38

³⁶⁰ Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.* p.81

suscritas por un jurista formalista decimonónico: “Por tanto la naturaleza de los preceptos jurídicos consiste en dos cosas: primera, que ordene las relaciones de los hombres entre sí; y segunda, que no tengan fuerza obligatoria de por sí, sino por ser instituidos por una autoridad”.³⁶¹ Y también el de Aquino expone siguiendo a la *Ética* de Aristóteles: “Y tanto la multitud del pueblo como la persona que lo dirige tienen dicha forma coactiva, a la cual corresponde incluso el imponer el castigo...y por tanto solo a ellos pertenece el hacer la ley”, con la aclaración de que aquí está dando respuesta negativa a la pregunta de si una persona privada puede o no inducir eficazmente a la virtud, señalando que es una capacidad que tiene la sociedad en su conjunto.³⁶²

Para los planteamientos iusnaturalistas, el derecho natural no solo es sustento del derecho positivo, sino que le precede en importancia, en tanto que para los positivistas el sustento del derecho positivo se tiene que buscar en su origen o en su eficacia; en el iusnaturalismo vemos realmente dos ordenamientos a los que llamamos derecho, para el iuspositivismo solo existe un derecho.³⁶³

Las diferencias entre las dos posturas ha hecho que se atribuya a las doctrinas naturalistas el carácter de ideologías o creencias en conceptos metafísicos y aún religiosos, en tanto que a los positivistas se les llega a considerar como inmorales o, al menos, amorales, que ignoran la existencia de un mundo, que si bien no puede ser percibido por los sentidos, no por ello deja de ser real, en cuanto está conformado fundamentalmente por valores e ideas.³⁶⁴

Curiosamente y después de un aparente triunfo del pensamiento que se autodenominó “científico y racional”, la segunda mitad del siglo XX ha visto renacer con intensidad el debate, en nuestra opinión debido fundamentalmente a que el mismo Hans Kelsen a quien se le ha atribuido injustamente la responsabilidad de justificar regímenes dictatoriales y sistemas jurídicos amorales, aclaró en repetidas ocasiones que su positivismo o formalismo jurídico ha sido siempre una cuestión metodológica y que de ninguna manera significa que él niegue la moralidad que debe imperar siempre para los actos humanos y dentro de cualquier grupo social; ha llamado a sus planteamientos

³⁶¹ Santo Tomas de Aquino, *Tratado de la Ley. Tratado de la Justicia. Gobierno de los Príncipes*, p.71

³⁶² *Ibidem.* p. 6

³⁶³ Bobbio, Norberto, *op. cit.* p.74

³⁶⁴ Casanovas, Pompeu, *et, al., op. cit.* p. 361

posiciones científicas, porque reconoce que para el jurista escapa la posibilidad de erigirse en juez moral y debe por ello limitarse a estudiar las normas jurídicas en cuanto a su composición formal y su eficacia; no niega el contenido moral de la norma jurídica, lo que niega es la capacidad del método jurídico para escoger y delimitar ese contenido moral; ha de corresponder al legislador y al juez, cuando ejercen su facultad de crear el derecho, encontrar, como seres humanos en su dignidad y racionalidad la moralidad del contenido de sus decisiones y cuidar de que, como juristas, las normas que produzcan tengan la forma que exige la metodología científica y la eficacia que ha de acompañar a toda norma jurídica.³⁶⁵

Nuevamente recurrimos a Kunz como interprete de Kelsen, que refiriéndose a su maestro dice: "...no niega en modo alguno la importancia histórica del Derecho Natural, para la evolución histórica del Derecho, lo único que dice es que el llamado Derecho Natural no es Derecho; y esto es incontrovertible...no puede servir para la construcción teórica del Derecho sino para la justificación axiológica del Derecho..."³⁶⁶

Este replanteamiento o aclaración de Kelsen, aunado a la mayor interacción entre los doctrinarios de las corrientes jurídicas civilistas o continentales, con los pertenecientes a los sistemas anglosajones; los primeros con las normas del legislador y los segundos con las de los jueces, son lo que ha hecho renacer el debate, que ahora, al principio del siglo XXI, parece inclinarse hacia el naturalismo.

Hans Welzel, según cita de García Máynez, afirmó en 1953: "Para los juristas de nuestra generación, el contraste entre el derecho natural y positivismo jurídico ha vuelto a convertirse en una excitante experiencia. Todavía hace veinte años el positivismo dominaba de manera totalmente indiscutida en la ciencia y en la práctica. La doctrina que afirma que hay un derecho natural parecía un pensamiento altamente extraño, superado de muy atrás, que solo en algunos círculos católicos arrastraba una existencia apartada, en extremo modesta".³⁶⁷

³⁶⁵ Márquez Piñero, Rafael, *op. cit.* pp.47-48

³⁶⁶ Kunz, Joseph L, *Cuatro Conferencia sobre la Teoría Pura del Derecho*, en www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/teoria.html Fecha de consulta 5 de febrero de 2010.

³⁶⁷ García Máynez, Eduardo, *op. cit.* p.109

El mismo García Máñez nos lleva a recordar los planteamientos de Radbruch en el sentido de que la ciencia jurídica no puede olvidar la existencia de un orden superior a lo que llamamos ley, un orden frente al cual “el entuerto sigue siendo entuerto” aunque pretenda revestírsele de legalidad. Y el mismo nos dice que el valor del derecho para el iusnaturalismo radica en la bondad o justicia intrínsecas de su contenido.³⁶⁸

El renacer de las posiciones iusnaturalistas se destaca en la crítica de Massini a la débil eticidad de la postmodernidad jurídica: “Por ello, es preciso dirigir la mirada hacia otro de los intentos de superación del nihilismo irracionalista, que a la vez lo es también del racionalismo constructivista y del positivismo propios de la mentalidad moderna: se trata de la más reciente renovación del pensamiento iusnaturalista. En esta renovación, lo que se intenta ante todo es la reformulación de un objetivismo ético jurídico que tenga como base a la verdad, por lo que resulta imprescindible abrirse nuevamente a la naturaleza de las cosas humanas...”³⁶⁹

En su defensa del iusnaturalismo, Javier Hervada critica al positivismo que considera al hombre tan solo como un individuo de una especie, negándole su dignidad de persona³⁷⁰ y que la mejor forma de demostrar que existe un derecho natural es precisamente el hecho de que existe un derecho positivo, razonamiento que denomina como “la insalvable aporía del positivismo”.³⁷¹ Sin embargo, cuando nos da un concepto de derecho natural, Hervada está confundiendo con lo que podríamos llamar la moral: “El derecho natural no quiere decir otra cosa sino que, en determinadas esferas del obrar humano, hay conductas racionales y conductas irracionales, hay conductas acordes con la recta razón y conductas contrarias a ella”.³⁷²

No debemos entender las referencias que arriba hacemos en cuanto a las explicaciones kelsenianas, como una pretendida afirmación de que Kelsen acepta como doctrina científica la existencia de un derecho natural, sino por el contrario Kelsen sostuvo siempre que por derecho debemos entender a lo que se califica como derecho positivo y ningún otro y que el iusnaturalismo fue una doctrina que surgió como una reacción política contra

³⁶⁸ *Ibidem.* pp. 110-112

³⁶⁹ Massini, Correas Carlos I, *op. cit.* p. 118

³⁷⁰ Hervada, Javier, *op. cit.* p.85

³⁷¹ Hervada, Javier, *op. cit.* pp.102-103

³⁷² *Ibidem.* p. 92

los estados absolutistas exigiendo un contenido de carácter ético para los ordenamientos jurídicos³⁷³ y según Sendín Mateos, Kelsen comparte con Welzen “el argumento de que la doctrina iusnaturalista, al determinar el contenido del derecho natural, incurre en una *petitio principii*; se deduce lo bueno a partir de lo natural, pues se parte de una idea *a priori* de lo que es bueno, correcto o justo y a eso se le denomina lo natural”.³⁷⁴

Todas las críticas para la doctrina del derecho natural se enfocan precisamente hacia los aspectos ideológicos o emocionales que se atribuyen a lo que los iusnaturalistas consideran un orden normativo superior y modelo del que dictan las autoridades encargadas de hacer el derecho dentro del grupo social.³⁷⁵

Obviamente la defensa del positivismo no puede sustentarse nada más en criticar las posiciones iusnaturalistas calificándolas de poco científicas o ideológicas. Los positivistas han de presentar también argumentos a favor de sus propios planteamientos y, ante la evidente imposibilidad de justificar al derecho por el simple hecho de provenir de una autoridad del grupo social, que fue lo que les hizo ganar las imputaciones de darle sustento a los regímenes dictatoriales y a sistemas legales que históricamente han sido causa de grandes injusticias y supuesta justificación de conductas degradantes, han recurrido a afinar su argumentación justificativa en conceptos como validez o eficacia de las normas y con ello las hacen objeto de la ciencia jurídica.³⁷⁶

En la recopilación de Casanovas se incluye una cita que hace Ross del kelseniano Alfred Verdross: “Un defensor del iusnaturalismo no puede negar la posibilidad de que existan normas que, aunque contrarias al derecho natural, son eficaces y, por esta razón adecuadas como objeto de una investigación científica”.³⁷⁷

En relación con la validez de la norma Alf Ross, según García Máynez desarrolla su crítica partiendo de una comparación entre un derecho vigente en un lugar dado y las normas válidas de un juego de ajedrez y concluye preguntando: “¿A quién se le ocurriría referir la validez de las normas del ajedrez a conceptos o valores impresos en el alma humana por la divinidad o deducida de la eterna razón?” a lo que podría contestársele de

³⁷³ Cruz Parceró, Juan Antonio, *op. cit.* p.26

³⁷⁴ Sendín Mateos, José Antonio, *La crítica de Hans Kelsen II*, Revista de Investigaciones Jurídicas Año 30, Número 30 Escuela Libre de Derecho México, 2006. p. 417.

³⁷⁵ Pérez Ruiz, Carlos, *op. cit.* p. 74. En el mismo sentido, Márquez Piñero, *op. cit.* p.43

³⁷⁶ *Ibidem.* pp. 46-47

³⁷⁷ Casanovas, Pompue, *et al.*, *op. cit.* p.371

inmediato: ¿A quién se le ocurriría pensar que las normas del juego de ajedrez son derecho? .³⁷⁸

En realidad, como suele acontecer en un sinnúmero de debates, el desencuentro doctrinario obedece, más que nada, a una atribución de significados y contenidos diferentes desde su punto de partida. Es un problema de semántica que, como en muchas otras discusiones, podría resolverse si previamente se establece con claridad, por cada una de las partes, las definiciones y los límites de la terminología que utilizan. Si resulta posible acordar esos significados iniciales, el debate concluye; en caso contrario, resultará estéril.³⁷⁹

El falso debate que ha dividido a la doctrina jurídica, se ha agravado, además, al introducirse en el mismo las consideraciones de carácter político y las acusaciones de conductas reprobables. Las posiciones se han radicalizado y, con ello, ambas se han hecho indefendibles.³⁸⁰

Norberto Bobbio, con su claridad conceptual y su elegancia en el lenguaje, precisa que en realidad estamos “frente a dos formas diferentes de aproximarse a la experiencia jurídica”, un iusnaturalismo que opera en el plano de la valoración de la justicia en las leyes y el positivismo que se enfoca a su interpretación y aplicación práctica, por lo que la controversia es “totalmente estéril”.³⁸¹

También de Bobbio tenemos, en cita de Alfonso Ruiz Miguel, una definición de carácter personal frente a este tema que hizo en 1962, que resulta tremendamente ilustrativa y contundente: “frente al enfrentamiento de las ideologías, en donde no es posible tergiversación alguna, soy iusnaturalista; respecto al método, soy, con igual convicción, positivista; por lo que se refiere, en fin, a la teoría del Derecho, no soy ni lo uno ni lo otro.”³⁸²

³⁷⁸ García Máynez, Eduardo, *op. cit.* p.73

³⁷⁹ García Michaus, Carlos, *Temas básicos del Derecho y Filosofía del Derecho*, Funda, México, 2005. p.50

³⁸⁰ García Máynez, Eduardo, *op. cit.* p.127

³⁸¹ Bobbio, Norberto, *op. cit.* p. 94

³⁸² Ruiz Miguel, Alfonso Política, *op. cit.* pp. 72-73

Para alejarnos finalmente del pretendido debate pero, principalmente para poder acercarnos a los planteamientos relativos a la juridicidad fundada en la naturaleza de las cosas, en la realidad misma, hemos de hacer una breve referencia a las posiciones contemporáneas que se conocen como “realismo jurídico”, ya que es un realismo del que, en parte, queremos distinguirnos.

8.- El Realismo Jurídico.

El principal exponente del realismo jurídico es el escandinavo Alf Ross y, a nuestro juicio, expresa una posición no solo incompatible con la concepción del Derecho desde la perspectiva románica, sino hasta incomprensible: el derecho es “el conjunto de directivas que probablemente los jueces tendrán en cuenta en la fundamentación de sus decisiones”.³⁸³ También dentro del realismo jurídico escandinavo tenemos a Kart Olivecrona (1897-1980) y al considerado padre de esa escuela, Axel Hagers Trom.³⁸⁴

Aparentemente es una posición positivista más; alguien que afirma que el Derecho es lo que producen los jueces y los legisladores, pero no es así; aquí se habla de una predicción respecto a la probabilidad de que los jueces apliquen o no ciertos principios. Al respecto expresa Carlos Santiago Nino: “Es famosa la siguiente frase de Llewellyn (The Bramble Bush): ‘Las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces. Tal es toda su importancia, excepto como juguetes vistosos’. ¿Por qué dice ‘predecir lo que harán los jueces’? La respuesta está dada por el hecho de que el realismo, en términos generales, justamente coloca a las predicciones sobre la actividad de los jueces, en el lugar de las desplazadas normas jurídicas”.³⁸⁵

No es pues un positivismo, porque no habla de la norma creada, sino de los principios que pueden informar a la que va a ser creada. Así lo resume Andrei Marmor: “Ahora bien, es bastante claro que esa explicación realista del significado de derecho es incompatible con las tesis principales del positivismo jurídico, al menos como son sostenidas por Hart, Kelsen y Raz. Como ya lo he mencionado...el positivismo jurídico contemporáneo implica una doctrina antirrealista... La razón de ello es que una de las tesis principales compartida por los positivistas jurídicos es la tesis de que el derecho es esencialmente una cuestión

³⁸³ Márquez Piñero, Rafael, *op. cit.* p.54

³⁸⁴ Casanovas, Pompue, *et al.*, *op. cit.* p. 165

³⁸⁵ Santiago Nino, Carlos, *op. cit.* p. 45

de convenciones sociales...no es posible concebir la verdad de las proposiciones jurídicas independientemente de las condiciones del conocimiento de su verdad” .³⁸⁶

Sin embargo Ross, como los positivistas, ha de fundar la validez del derecho en su eficacia, ya sea porque psicológicamente se le considera obligatoria o porque la realidad es que los tribunales la aplican, o dicho de otra forma, el derecho es vigente porque es aplicado.³⁸⁷

Podríamos quizás aceptar entonces, que este tipo de afirmaciones explican en alguna forma la esencia del derecho, pero siempre que se circunscriba dentro de ese concepto a la resolución jurisprudencial; pero de ninguna manera esas explicaciones funcionan para los conceptos fundamentales de la ciencia jurídica en la perspectiva civilista continental. Parece ser, hasta ahora, que no podemos hacer una filosofía del derecho que nos explique desde sus causas, las dos experiencias jurídicas.

Vayamos ahora al realismo que nos interesa; al que llamamos así, porque parte de la naturaleza de las cosas, o, dicho de otra forma, se sustenta en la realidad que regula, con su determinante lógica interna.

Es el realismo auténtico, el que nos enseña Aristóteles y el que perfecciona Santo Tomás. El realismo filosófico que, por su solidez y estructura, sirve de base para cualquier acercamiento profundo a cualquier objeto del conocimiento y el derecho, y la norma jurídica como unidad celular de éste, no escapan de esa trascendencia. Conocer al ser, implica en primer término reconocerlo como algo que es; que realmente es.

De Parménides apunta Aristóteles en la Metafísica: “Necesariamente aceptó no solo que ‘ser’ significa una sola cosa con respecto a la cual es predicado, sino también es ser como tal y uno como tal...entonces habrá algo que no es...ser como tal no se dará en otra cosa pero (para Parménides) valía que ‘ser’ signifique una sola cosa”.³⁸⁸

³⁸⁶ Marmor, Andrei, *op. cit.*, p. 123

³⁸⁷ Madrid, Espinoza Alfonso, *op. cit.* p. 195

³⁸⁸ Aristóteles, *op. cit.* p.6

Es el Estagirita el que nos plantea de inicio, que la cosa tiene inscrita en su propia esencia lo que puede ser, diríamos, lo que debe ser y apunta en el Protréptico, p. 41, l. 22: "... además de esto, cuando una cosa lleva a cabo su obra todo lo bien posible, entonces, con tal de que se trate de su obra por esencia y no tan solo por accidente, debemos declarar que semejante estado de cosas es también bueno...de acuerdo con lo cual es la naturaleza de cada cosa ejecutar su obra".³⁸⁹ El subrayado es nuestro. Esa idea, al decir de Edward Leví, se reafirma posteriormente: "Pero en estos libros tardíos (Aristóteles, libros IV-VI de la Política) le llevó la imparcial observación de la realidad empírica a un modo completamente distinto de tratar las cosas, que parte de los fenómenos particulares y trata de descubrir su ley interna, como un científico que observa los movimientos y características de un ser vivo".³⁹⁰ Nuevamente, el subrayado es nuestro.

Pero no nada más se nos presenta al ser con su lógica interna, impresa en su propia esencia, como una consecuencia del orden natural. Es realmente un planteamiento axiológico, ya que la perfección del ser o bondad "corresponde a la esencia de lo real y por eso todo lo real es bueno en algún grado".³⁹¹

Santo Tomás nos va llevando unos pasos más adelante. Parte del mismo origen: "El ser (el ente) es lo primero que conocemos" cita que Joseph Rassam afirma contiene toda la filosofía del de Aquino³⁹² y más adelante el mismo autor afirma: "No se demuestra el realismo. Ante todo porque el realismo es vivido y ejercido antes de ser reconocido y proclamado".³⁹³ Para concluir con elegancia: "Así, el silencio, ese acto interior en que el espíritu se recoge para captar el sentido de las cosas, es el lugar propio donde el pensamiento de Sto. Tomás alcanza su más pleno sentido",³⁹⁴ y luego las palabras de Ortega y Gasset, en cita de García Michaus: "Sentirse, darse cuenta, verse, es el primer atributo de la vida. La vida humana no es solo el sujeto, sino la indivisible relación entre sujeto y los objetos, entre yo y el mundo".³⁹⁵

³⁸⁹ Levi. Edward H., *op. cit.* pp. 287-288

³⁹⁰ *Ibidem.* p. 311

³⁹¹ Kelsen, Hans, *op. cit.* p. 149

³⁹² Rassam. Joseph, *op. cit.* p.71

³⁹³ *Ibidem.* p. 77

³⁹⁴ *Ibidem.* p. 26

³⁹⁵ García Michaus, Carlos, *op. cit.* p.24

Pero para el santo filósofo no basta afirmar el primer principio del ser, sino que en su esencia está el bien, como afirmó Aristóteles, y, además que la razón práctica nos ordenará a la acción,³⁹⁶ y luego los neoescolásticos que "...entendieron que la forma de la cosa determina unívocamente las operaciones humanas, porque siempre será malo adulterar, y siempre será bueno ayudar al que está en extrema necesidad; siempre será lícito que el propietario de una cosa disfrute de ella, porque ésta es la naturaleza inmutable del derecho de propiedad, y siempre será lícito que una persona pasee por su calle y que realice cualquier actividad no prohibida por la ley natural o, dadas ciertas circunstancias, por las leyes positivas. Los derechos naturales son inmutables, al menos tanto como el ser humano o la naturaleza racional",³⁹⁷ lo que queremos destacar en este planteamiento obviamente iusnaturalista es simplemente el concepto de permanencia, lo inmutable de lo bueno y de lo malo, de lo lícito y de lo ilícito, y su presencia en el ser.

Esa realidad que es el ser, es la que necesariamente se impone al hombre y con ello a la sociedad y esa realidad social será la que nos diga donde encontrar la nota de juridicidad. Los juristas romanos en la búsqueda de la definición de lo que es propio de cada quien, no hacían sino una descripción de la realidad social, mediante la observación. Dar a cada quien lo que es suyo es una necesidad social.³⁹⁸

En la filosofía kantiana, nos hace ver Márquez Piñero, que "los valores no inciden en la realidad, sino que están adheridos a ella"³⁹⁹ y que podríamos complementar con el pensamiento de García Michaus: "El derecho no es puramente un valor, es un conjunto de hechos que ocurren en la vida social y se expresan en costumbres, leyes escritas – códigos civiles, penales, fiscales, etc.-, late en ellos el propósito de ser justos, que sean índices de seguridad social, vehículos para la utilidad social, que desea con ellos realizarlos, son siempre ensayos en circunstancias históricas".⁴⁰⁰

Es por todo ello que a la Filosofía del Derecho le corresponde estudiar al Derecho en su realidad, pero no es que la realidad, lo que hay, sea el ser, como lo plantea el realismo

³⁹⁶ Santo Tomas de Aquino, *Tratado de la Ley. Tratado de la Justicia. Gobierno de los Príncipes*, p. 27

³⁹⁷ Carpintero, Francisco, *Tomás de Aquino sobre la Ley Natural*, Revista "Ars Iuris" número 28, Universidad Panamericana, México, 2002, p 128

³⁹⁸ Hervada, Javier, *op. cit.* pp.16-21

³⁹⁹ Márquez Piñero, Rafael, *op. cit.*, p.21

⁴⁰⁰ García Michaus, Carlos, *op. cit.* p. 41

escandinavo , sino lo contrario precisamente: "...el ser es la realidad y el ser del derecho es el ser de la realidad jurídica".⁴⁰¹

Adentrándonos más en el tema de la realidad y queriendo reforzar el planteamiento realista en el que queremos insistir, antes de seguir con los conceptos más específicos de la realidad social, que nos presentarán finalmente la nota de juridicidad que nos hemos propuesto encontrar, citemos a Carlos R. Muñoz, que en su Teoría General del Derecho nos aporta un resumen que en su brevedad nos ilustra totalmente: "En general podemos considerar la realidad bajo las acepciones siguientes:⁴⁰²

- Como el modo de ser de los objetos o la forma de existencia de los mismos, fuera de nuestra mente e independientemente de ella. En este sentido podemos afirmar con Berger y Luckmann: la realidad es una cualidad propia de los fenómenos que reconocemos como independientes de nuestra propia volición, no podemos hacerlos desaparecer. Según este concepto la realidad es lo existente, tengamos o no conciencia de la existencia del objeto, independientemente de que lo capturemos. Asimismo la realidad o los objetos existen ajenos a la voluntad del sujeto pero con la posibilidad de ser aprehendidos por el agente cognoscente.
- En otro sentido la realidad es lo opuesto a la apariencia, ilusión o idealidad, es decir, es el ser en cualquiera de sus significados existenciales, tanto concreto como abstracto, material o de razón...
- También podemos entender la realidad como lo ya dado, lo ya realizado o lo ya actuado y que, por lo tanto, posee existencia de facto y en consecuencia no es potencialidad..."

Nos gustaría destacar la frase arriba citada: "la realidad es una cualidad propia de los fenómenos que reconocemos como independientes de nuestra propia volición". Es la realidad que existe, independientemente del sujeto que la puede o no conocer y que la puede o no querer. Es la realidad de las cosas y de los fenómenos, que en la sociedad se manifiestan, para nuestros efectos, como líneas de relaciones entre objetos, entre objetos y sujetos y entre sujetos; entre tiempos y espacios, son, en fin, los fenómenos sociales con su existencia propia e independiente de los puntos extremos que los componen. Esas

⁴⁰¹ Márquez Piñero, Rafael, *op. cit.* p. 13

⁴⁰² Muñoz R, Carlos, *op. cit.* pp.25-26

relaciones, esos vínculos, tendrán siempre una expresión conductual; solamente las podremos ver como comportamientos humanos que, siendo parte de un orden superior, el orden social, han de dirigirse a un fin, ya que sin él no hay ni puede haber orden y ese fin, cuando estamos hablando del ser social no es sino el bien común.

Esas líneas de relación que corren entre sujetos y objetos, a las que llamamos relaciones jurídicas, no por el tradicional y limitado concepto de la generación de derechos y obligaciones, sino porque son fenómenos sociales de relacionamiento que llevan en ello el imperativo que dará la nota de juridicidad a la norma. Son vínculos que unen extremos para los cuales podríamos tomar la expresión kelseniana de: “centros de imputación jurídica”, pero más allá del limitado concepto de sujetos jurídicos, equivalente a personas físicas o morales.

El dinamismo de la realidad social se impondrá siempre en el acomodo de todos los elementos sociales, personas, cosas, relaciones, tiempos y lugares. Épocas históricas y espacios geográficos, condicionarán las fórmulas del orden social, pero esto no quiere decir que no tengamos dos elementos fundamentalmente objetivos e inmutables: la realidad de las personas, las cosas y las situaciones y el ordenamiento de todo ello a un fin social último, el bien común.⁴⁰³ Es una cadena vinculante: realidad, conducta social, fin común. “En un contexto de cambio, de pluralidad social y de incertidumbre, el derecho es un mediador social, un articulador de relaciones sociales...” dice Roldán Xopa⁴⁰⁴.

Nos acercamos así a precisar más ese vínculo indisoluble entre realidad social y Derecho. Ese surgimiento de la norma proveniente de la realidad que nos expresa González Morfín: “Desde el punto de vista del fundamento y la normatividad del derecho se presentan tres proposiciones básicas: existen las naturalezas, se pueden conocer y son normativas. Esta es, en breve síntesis, la cuestión decisiva acerca del fundamento del derecho en la realidad objetiva”.⁴⁰⁵ Otra vez, nosotros subrayamos. Para continuar, traigamos otra cita del mismo autor que apunta: “En el derecho son fundamentales la realidad y la noción de persona. Dejarlas a discreción ilimitada de la autoridad es justificar el estado de arbitrariedad en contra del estado de derecho... En una filosofía correcta, el criterio de

⁴⁰³ Osorio Jaime, *Fundamentos del análisis social*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002. p.46. Y en el mismo sentido, Martínez Pineda, Ángel, *op. cit.* p. 87

⁴⁰⁴ Roldan, Xopa José, *Derecho Administrativo*, Oxford, México, 2008. p. 26

⁴⁰⁵ González Morfín, Efraín, *op. cit.* p.23

verdad es la realidad objetiva conocida con evidencia o claridad... Esto se aplica con lógica inevitable al problema de la norma jurídica reguladora de la realidad”.⁴⁰⁶

Pero el tema de la realidad objetiva, que parece ser el de mayor presencia en el jusnaturalismo contemporáneo, no escapa a la prosa elegante de Paolo Grossi que siguiendo a Cicerón nos dice: “La ley es la razón ínsita en la naturaleza que prescribe determinados comportamientos y prohíbe los contrarios” y luego nos dice: “La *lex* no es voluntad, no está ligada al sujeto detentador del poder político; pertenece, por el contrario a la realidad objetiva; es una regla preceptiva que encuentra en la naturaleza su fuente y su legitimidad; debe ser extraída de la naturaleza y convertida en precepto formal”. y es por ello que según el mismo Grossi el poder político medieval fue indiferente a la producción del derecho “...porque el derecho es una realidad preexistente que el poder no crea....solamente puede decir ...”⁴⁰⁷

Ahora bien, al inclinarnos por la afirmación de que la norma jurídica surge de la naturaleza misma de las cosas, no lo hacemos por considerar que esa es la razón de que el Derecho sea justo o bueno, por ser conforme a esa naturaleza. Tampoco pretendemos fundar esa validez del Derecho en un fundamento teológico, que nunca habremos de negar si pensamos la primera de las causas de todo lo que existe. Para referirnos al Derecho como un fenómeno social nos inclinamos por una propuesta lógica, la interna que existe en las mismas cosas; la posibilidad que la experiencia primera demuestra de que a la simple recta razón no puede escapar que si una cosa, una situación, un acontecer, es de cierta manera, deberá siempre presentarse una consecuencia. Corresponde al creador de la expresión jurídica encontrar esa relación lógica y, en tanto sea un fenómeno social, establecer esas consecuencias en un orden o sistema encaminado a un fin, al bien común.

Javier Hervada también considera una falacia que del ser pueda pasarse al deber ser, reincidiendo como otros en acusar, la presencia de la falacia naturalista: “Veamos, en primer lugar el punto de vista lógico. De que algo es, no puede deducirse que debe ser, porque es resulta ser un presente y deber ser denota un futuro ser de algo que aun no es. Si ya es, no puede deber ser (que implica no ser aun) si es presente, no puede aun no ser

⁴⁰⁶ *Ibidem.* p. 10

⁴⁰⁷ Grossi, Paolo, *op. cit.* pp. 50,144

y por ello deber ser. Solo por una falacia puede pasarse lógicamente del ser al deber ser”. Sin embargo, inmediatamente después, reconoce que hay “un tránsito del ser al deber ser que no es falaz, ni lógica ni ontológicamente. Esto ocurre en el ámbito del hombre cuando se comprende que su ser es dinámico y perfectible, es decir, que encierra en sí una potencialidad de perfección, de modo que el *esse* del hombre se ordena a un *plenum esse*... Propiamente, es en este caso cuando es posible hablar de deber-ser. El deber-ser no es una forma a priori, sin realidad sustantiva, sino una exigencia de ser, radicada en la ontología del ser. Nace el deber-ser cuando el ser aparece en estado de imperfección inicial y clama –exige– por su realización en los fines que lo plenifican y perfeccionan.”⁴⁰⁸

9.- Juridicidad.

Finalmente, para poder concretar el objetivo de este capítulo, es decir, para concluir nuestra búsqueda de la esencia de lo jurídico, que nos permitirá distinguir como tales a las normas de conducta social dirigidas a la consecución del bien común y que será el punto de partida y conclusión para nuestra definición de Derecho y medida para poder llegar a discernir la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos en lo general y de aquellos que derivan de la concesión minera para nuestro propósito particular, hemos de recapitular lo que apuntamos respecto a la norma jurídica, los fines del derecho, el bien común, y las posiciones iusfilosóficas que en el transcurso de los siglos nos han explicado, o tratado de explicar, cuál es la esencia de lo jurídico, cuestión fundamental de la filosofía jurídica.⁴⁰⁹

Hemos visto los esfuerzos por fundamentar ese análisis ontológico del Derecho a través de sus aspectos formales, tanto los referidos a la estructura de las normas jurídicas mismas, como a los procesos de creación de las leyes y la jurisprudencia, y, también, hemos tratado de sintetizar el pensamiento de aquellos que han seguido por el camino axiológico, hablándonos de la justicia y otros valores como sustentos fundamentales de lo jurídico.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ Hervada, Javier, *op. cit.* pp.64-66

⁴⁰⁹ Hervada, Javier, *op. cit.*, p.189

⁴¹⁰ Rascado Pérez Javier, *et alt.*, *op. cit.* p.25

Además de las posiciones tradicionales, podríamos apuntar ahora otras a las que se les podría considerar más novedosas o hasta “irreverentes” como la teoría de Stucka en cita de Salvador Vázquez Vallejo en “Pensar el Derecho”: “La teoría de Stucka (desde la perspectiva marxista del derecho soviético) inicia por definir el Derecho como ‘...un sistema u ordenamiento, de relaciones sociales correspondiente a los intereses de la clase dominante y tutelados por la fuerza organizada de esta clase’ ...dice Vishinsky, ‘el Derecho es el conjunto de reglas de conducta que expresan la voluntad de la clase dominante, legislativamente establecidas, y de las costumbres y reglas de vida comunitaria sancionadas por el poder estatal cuya aplicación está garantizada por la fuerza coercitiva del Estado para tutelar, sancionar y desarrollar las relaciones sociales y los ordenamientos sociales ventajosos y convenientes para la clase dominante’”⁴¹¹ y también en la misma obra la afirmación de Sergio Guerrero en su trabajo sobre el Derecho y el caos: “En suma, lo anterior pone de manifiesto que los teóricos no hacen más que confirmar que el Derecho es un conjunto borroso y que su descripción conduce a adoptar conceptos borrosos, como el de la vaguedad y el de conceptos intermedios entre los extremos” y al referirse al caos en las fuentes del Derecho el autor cita a Bart Kosko: ‘La ley es un laberinto borroso. Un sistema legal es una pila de reglas y principios borrosos. Y es dinámico. Cada día jueces y legisladores añaden nuevas leyes y suprimen o dan la vuelta a las viejas. No es un arte o una ciencia. No se participa en el juego hasta que no se ha hecho apuesta. Por eso, uno tiende a mentir, a engañar, a estafar, al menos en cierto grado. En ninguna otra faceta de nuestras vidas rige el principio de la borrosidad como aquí’.⁴¹² Estos planteamientos críticos ideológicos de realismo jurídico, confirman el enfoque de que las leyes y las sentencias no pueden ser llamadas derecho.

Las referencias a la realidad social y a la lógica interna de las cosas, las tangibles y las intangibles, han venido apareciendo a lo largo de nuestro texto, como imponiéndose a los planteamientos tradicionales, incluso surgiendo de los textos de algunos autores que podríamos considerar como referentes principales de las escuelas mencionadas como el caso de Kelsen al adentrarse entre las distinciones del ser (sein) y el deber ser (sollen), según la cita de Márquez Piñeiro: “...pero Kelsen puntualiza, con su proverbial agudeza mental, que no se trata de cualquier ‘deber ser’ (basado en un juicio ético-político) sino de

⁴¹¹ *Ibidem.* pp.47-48

⁴¹² *Ibidem.* p.77

un deber ser *estricto sensu*, de una atadura lógica y no de otra cosa".⁴¹³ El último subrayado es nuestro). Y también la expresión de Friedrich A. Hayec: "Al hombre moderno, por el contrario, la idea de que toda ley reguladora de la humana actividad debe ser fruto de previa intervención legislativa parécele algo tan obvio según la cual la ley es a su institución deliberada le suena a paradoja... Sin embargo, en su forma actual, este supuesto según el cual toda ley puede y debe ser fruto de creación legislativa constituye proposición que en modo alguno corresponde a la realidad".⁴¹⁴

En la síntesis de nuestro pensamiento nos acercamos a Sto. Tomás cuando afirmamos que la norma es jurídica, o es "Derecho" porque a su conjunto le llamamos así, cuando consiste en **un imperativo lógico dirigido a la recta razón, para que la conducta humana en el grupo social, se ordene al bien común**; pensamiento sintetizado brillantemente por Jakob Fellermeier, tomándolo del libro "Naturrecht und Natur des Rechtes" del autor Ivo Zeiger: "El derecho puede, pues, definirse como aquella parte del orden moral universal que regula autoritativamente, esto es, de manera absolutamente obligatoria, las relaciones del hombre con sus semejantes, en cuanto éstas afectan a lo mío y a lo tuyo, para la consecución plena del bien común".⁴¹⁵ En el mismo sentido, por supuesto la expresión original del de Aquino, en esta ocasión en una cita de González A. Carrancá: "Santo Tomás de Aquino...legó a la posteridad una magnífica definición de la ley, según la cual ésta es una *ordenación de la razón al bien común promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad*", obviamente entendiéndose como la ley humana.⁴¹⁶

Poniéndolo en nuestras palabras: **el Derecho es la relación lógica intrínseca de la realidad, que produce un imperativo de conducta dirigido a la persona humana que vive en sociedad, para la consecución del bien común.**

Decimos que estamos frente a un *imperativo lógico*, porque, como ya dijimos con anterioridad, se trata de una relación necesaria que surge de la naturaleza misma de las cosas, entendiendo por las cosas, no solamente los objetos tangibles sino todo aquello que surge de la realidad, que se expresa desde los planteamientos aristotélicos al decir

⁴¹³ Márquez Piñero, Rafael, *op. cit.* p. 37

⁴¹⁴ Hayec, Friedrich A., *op. cit.* p.143

⁴¹⁵ Fellermeier, Jacob, *op. cit.*, p.91

⁴¹⁶ ...*Lecturas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.* pp. IX y X

que "...la naturaleza arrastra a todos los hombres a la asociación política...el derecho son las reglas necesarias para la vida política...el hombre que, cuando ha alcanzado toda la perfección posible, es el primero de los animales, es el último cuando vive sin leyes y sin justicia".⁴¹⁷ Este realismo aristotélico lo vemos nuevamente reflejado en el entusiasta enfoque de Paolo Grossi respecto al *reicentrismo*..., al que califica como un "intento de reencuentro con las dimensiones objetivas de cada forma jurídica"⁴¹⁸ y que destaca Mariano Alberto Bonialian, en su cita de Antonio Manuel Espanha: "En primer lugar, el derecho medieval (lex) no estuvo ligado al sujeto detentador del poder político; perteneció, por el contrario a la realidad objetiva".⁴¹⁹

No es extraño en el debate de los planteamientos filosóficos y jurídicos que encontremos el mejor resumen de una de las posiciones, en el texto de aquellos que objetan la misma, quizás porque su alto sentido de la ética científica les obligan a ser muy precisos cuando enuncian los argumentos contrarios y este es el caso de la exposición de García Máynez: "El derecho, en el sentido objetivo de esta voz, es la regulación bilateral, externa y coercible del comportamiento humano...algunos autores han defendido la tesis de que la *naturaleza de las cosas* puede muchas veces, cuando es objeto de una consideración atenta revelar al órgano aplicador la norma que debe regirlas. Según Françoise Gény, el giro 'naturaleza de las cosas' fue primeramente empleado, en relación con la doctrina de la aplicación del derecho por el germanista Runde... Cuando los juristas hablan de la 'naturaleza de las cosas'...refiérense, ejempligracia, a las peculiaridades o características de los objetos que juegan algún papel en la vida social o en el terreno económico. Hablan, por ejemplo, de cosas muebles e inmuebles y, de acuerdo con la índole de unas y otras, distinguen las posibles formas de transmisión. O bien, como legisladores, disponen que algunas no pueden, por su misma naturaleza, ser objeto de un depósito, ya que están destinadas al consumo... Pero el alcance del término a menudo rebasa su significado verbal. Consideremos la hipótesis de un contrato en que interviene un menor... Por un lado se atiende a la naturaleza del tráfico comercial...por otro a la índole del niño... Cuando los juristas aluden a la naturaleza de las cosas no piensan exclusivamente en la del hombre y los objetos, sino en todo lo que puede influir en la vida humana, como la sucesión del día y de la noche, la escasez de satisfactores económicos, la necesidad de

⁴¹⁷ Madrid, Espinoza Alfonso, *op. cit.* p.77

⁴¹⁸ Grossi, Paolo, *op. cit.* p. 89

⁴¹⁹ Bonialian, Mariano Alberto, *Hacia una historia crítica del Derecho*, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, México, 2006. p. 11

la división del trabajo, etc.... En cada sector de la actividad humana descubrimos exigencias características, que igualmente dimanar de la naturaleza... Si bien se mira, lo que los juristas llaman 'naturaleza de las cosas' se funda en la del hombre y su mundo".

420

Estos planteamientos que pretenden encontrar la esencia de lo jurídico en la naturaleza misma de las cosas y a los que ya hemos venido haciendo referencia a lo largo de este trabajo, se han venido presentando a través de la historia, no siempre con gran claridad y frecuentemente en forma tal que confunden lo que aquí estamos llamado naturaleza de las cosas y su lógica interna, con el orden moral derivado de la naturaleza misma y, muchas veces con un estricto fundamento teológico. Carlos Pérez Ruiz en su búsqueda para determinar dónde está el Derecho, nos dice que para Platón el Derecho está en los arquetipos, para Dworkin el Derecho se encuentra en un contexto cultural e histórico un tanto pragmático, sin universales pero sobre todo, destaca la referencia que hace este autor de la afirmación de Villey quien afirmó "El Derecho está en las cosas".⁴²¹

Ya habíamos explicado la corriente del pensamiento jurídico alemán del siglo XX (Dietze, Maihofer y Welzel) relativa a la naturaleza de las cosas de la que también se han ocupado Bobbio y García Máynez, afirmando el segundo respecto del pensamiento del primero, que cuando un jurista se refiere a la naturaleza de las cosas "...no hace referencia a la general de lo humano, sino a los rasgos esenciales o elementos de una relación jurídica o de cierta institución de una sociedad históricamente determinada".⁴²²

Nuevamente es la elegancia en el discurso jurídico de Paolo Grossi la que nos expresa con sencillez y precisión esa necesidad del jurista, y también privilegio, que lo lleva a buscar sus soluciones en la realidad misma: "El jurista tiene, por tanto, el mismo privilegio del geólogo, que a partir de leves signos marcados sobre la superficie, logra percibir hendiduras, divisiones, choques verificados en los estratos más repuestos; y es gracias a esta mirada penetrante que él, intolerante a lo episódico y a lo efímero, estará en grado

⁴²⁰ García Máynez, Eduardo, *Lógica del Raciocinio Jurídico*, Fontamara, México, 1994. pp. 71ss

⁴²¹ Pérez Ruiz, Carlos, *op. cit.* pp. 81-82

⁴²² García Máynez, Eduardo, *op. cit.* pp. 78-79

de sorprender y comprender las novedades que afloran en las diversas formas de madurez de tiempos que la historia nos propone”.⁴²³

Afirmamos también que el imperativo contenido en la norma *se impone a la recta razón*, como necesidad lógica, siguiendo por supuesto el pensamiento de Aristóteles y de Sto. Tomás. El Estagirita expone en el Protéptico P. 41, l. 20: “Una parte del alma es la razón. Esta es el gobernante y juez natural de las cosas concernientes a nosotros. La naturaleza de la otra parte es seguir a ésta sometién dose a su gobierno”⁴²⁴ y Santo Tomás nos dice en el Tratado de la Ley, I, II, q. 90, art. 1: “Más la regla y medida de los actos humanos es la razón... Pues es propio de la razón ordenar a un fin y esto, según el filósofo en su Ética, I, 7, cap. 8, es el primer principio de los actos”⁴²⁵

Los planteamientos aristotélico-tomistas nos son presentados con mayor claridad por Carpintero quien afirma: “La razón quizá más última nos la explicó Tomás: ‘El conocimiento práctico no acaba hasta que llegamos al caso singular: pues el fin de la razón práctica es la operación, que solamente se produce en lo concreto’... Y tal como explicó Aristóteles, existe otro intelecto que se ocupa del estudio individualizado de las premisas menores de los silogismos, que son temas singulares y contingentes. Por lo que cabe decir que el intelecto que se ocupa de la prudencia consiste en una cierta estimación recta de un fin concreto”.⁴²⁶

También Javier Hervada maneja los conceptos tomistas de la razón práctica en forma tal que nos acerca al planteamiento más concreto al que nos hemos referido y sobre el cual queremos insistir. Está en la razón del hombre el saber lo que tiene que hacer y lo que tiene que dar, el saber lo que puede exigir y lo que puede esperar; no obstante que las pasiones o los vicios afecten en un momento dado la razón del hombre, su inteligencia, y que su voluntad quiera llevarlo por otros caminos, en el fondo de su pensamiento sabrá siempre a quién corresponden las cosas y cómo actuar frente al resto del grupo social. Un menor, en los inicios del conocimiento de razón, no necesitará una clase de derecho, como no la necesitó el hombre primitivo, para considerar un bien como propio y reconocer

⁴²³ Grossi, Paolo, *Derecho, Sociedad, Estado* Escuela Libre de Derecho, México, 2004. pp. 35-36

⁴²⁴ Levi. Edward H., *op. cit.*, p. 286

⁴²⁵ Santo Tomas de Aquino, *op. cit.* p.3

⁴²⁶ Carpintero, Francisco, *op. cit.* pp. 149,159

al que es ajeno y sabe, tiene conciencia, cuando su conducta infringe la norma intrínseca que deriva de su relación con una cosa y con los demás.⁴²⁷

Si bien hemos advertido nuestras objeciones a las referencias doctrinarias de los autores anglosajones, frente a la teoría del derecho románico, no podemos dejar de señalar la posibilidad de que ese concepto de “razonabilidad” tan utilizado en las cláusulas de los contratos y las sentencias anglosajonas, no deja de acercarse o coincidir con lo que aquí estamos llamando la “recta razón”, que como afirma Finnis, en cita de Massini, nos permitirá conocer los primeros principios no-derivados de la razonabilidad práctica.⁴²⁸

Nuevamente en la paradoja, si se piensa de quién proviene, hemos de encontrar sustento a nuestras afirmaciones cercanas al iusnaturalismo, en las palabras de aquel que se considera por algunos el paladín del iuspositivismo, Hans Kelsen: “La distinción entre ser y deber ser no puede ser explicada más de cerca. Se encuentra inmediatamente dada a nuestra conciencia”, el subrayado es nuestro.⁴²⁹

Insistimos, cualquier persona, sabe y tiene conciencia del deber ser que se le impone para que la vida social sea el medio para su perfeccionamiento. Solamente puede ignorarlo cuando su inteligencia se encuentra afectada en algún grado por factores externos o internos, o puede no conocerlo por su intelecto limitado, o finalmente, no acepta conocerlo, porque no conviene a sus intereses.

Esa conducta ha de entenderse en el *entorno social* porque no es una norma que busque el perfeccionamiento de la persona humana en forma directa e inmediata, como lo es la norma moral, sino que busca que el grupo social alcance su fin último y primordial, el bien común, condición *sinne qua non* del perfeccionamiento del hombre que requiere de la sociedad para su realización, para la actualización de sus potencias, “la norma jurídica regula la conducta humana, pero teniendo en cuenta su repercusión sobre las demás personas, o lo que es lo mismo, apunta a conseguir una recta convivencia social”⁴³⁰ y en el mismo sentido apunta Javier Hervada: “La ley natural es la expresión de las exigencias de la naturaleza humana en orden a los fines del hombre... No solo el hombre

⁴²⁷ Hervada, Javier, *op. cit.* pp.17,44

⁴²⁸ Massini, Correas Carlos I, *op. cit.* p.76

⁴²⁹ Kelsen, Hans, *op. cit.* p.19

⁴³⁰ Márquez Piñero, Rafael, *op. cit.* p. 56

individualmente considerado, sino también la sociedad humana se rige por la ley natural, que tiene una clara dimensión social;”.⁴³¹

El hombre ha de vivir en sociedad y su conducta dentro de la misma será regida, básicamente por las normas jurídicas, que resultan entonces, indudablemente, un fenómeno social, surgen de la sociedad misma y constituyen la estructura que la sostiene y ordena las acciones de sus miembros “...debemos concluir que el derecho es connatural a la sociedad. ‘No hay derecho sin sociedad; no hay sociedad sin derecho’, como observa el jurista francés Leon Duguit o, para decirlo con los clásicos, *ubi societas ibi ius*”.⁴³² En relación con la norma como producto de la sociedad, podemos citar a Félix S. Cohen, en la recopilación de Pompeu Casanovas: “La tesis básica de Ehrlich es que el derecho no es un producto de los tribunales y las legislaturas, sino un producto de la sociedad”.⁴³³

El fin último que ha de alcanzarse es que la conducta regulada quede *ordenada al bien común* porque la sociedad como todo ente orgánico, tiene por necesidad un fin que justifique su existencia y ese fin es el bien común, en los términos que ya hemos definido anteriormente en este mismo capítulo. Es en el planteamiento iusnaturalista en el que encontramos la mejor explicación a esa relación de necesidad entre norma jurídica, sociedad y bien común, cuando se liga el concepto de la ley natural con las leyes jurídicas y políticas, aun cuando nosotros no compartamos esta última diferenciación: “Si la realidad es una, la ley natural es consecuentemente única, aunque en ella podamos distinguir aspectos: en cuanto es cauce o camino de realización personal, es ley moral, en cuanto es regla o medida del derecho, es ley jurídica, y en cuanto ordena a la sociedad hacia el bien común, es ley de la polis o ley política”.⁴³⁴

Finalmente, queremos concluir la argumentación explicativa de la definición de derecho adoptada con una cita de Jacob Fellermeier, quien siguiendo naturalmente a Santo Tomás nos dice: “La consecución del bien común, valor y meta ideal de la comunidad, con la cooperación de todos, impone la promulgación de directrices y normas que ordenen la actividad de los individuos a la meta común... Estas normas son las leyes, el orden

⁴³¹ Hervada, Javier, *op. cit.* p. 164-165

⁴³² Rodríguez Lapuente, Manuel, *op. cit.* p.79

⁴³³ Casanovas, Pompeu, *et, al., op. cit.*, p. 316

⁴³⁴ Hervada, Javier, *op. cit.* p.175

jurídico. En este sentido define Santo Tomás la ley como *ordinatio ad bonum commune*, ordenación al bien común”.⁴³⁵

Con todo lo anterior no estamos sino coincidiendo con la posición iusnaturalista en cuanto que el derecho no es la expresión de la voluntad de un legislador o de un juzgador, ni una estructura formal que pretende fundar su propia razón de ser en que se aplica en un lugar determinado y en un momento histórico específico, sino que corresponde a un orden existente en la naturaleza, aun cuando no consideramos que le sea esencial la realización de un valor tal como la justicia. Esto último no lo negamos, pero tampoco lo podríamos afirmar.

Si hubiese de concluir que la norma jurídica, descubierta en la lógica interna de la naturaleza de las cosas, es por ese solo hecho una norma justa, entonces sí estaríamos incluyendo a la justicia como valor esencial justificativo de lo jurídico, pero de no ser así, entonces simplemente habremos de considerarlo como un factor metajurídico ajeno a nuestro análisis. La juridicidad está simplemente en la relación lógica interna de las cosas tangibles e intangibles, que constituyen la circunstancia de la persona humana en el grupo social, en tanto se ordena al bien común.

Cuando a esas normas jurídicas las conocemos como un conjunto ordenado y sistemático, le podemos llamar Derecho. No hablamos entonces de derecho natural y derecho positivo, hablamos simplemente de derecho. Así las cosas no es el iusnaturalismo el que propone un sistema dual, sino es la confusión de los términos, mayormente propiciada por los iuspositivistas, la que nos lleva a pensar que hay “dos derechos”.

Para precisar los términos y tratar de evitar disquisiciones semánticas, se impone la afirmación de que si bien el Derecho es ese conjunto de normas de conducta con la nota de juridicidad sobre la que tanto nos hemos extendido, la verdad es que para el lenguaje jurídico resulta un vocablo equívoco y podríamos utilizarlo en tres formas:

⁴³⁵ Fellermeier, Jacob, *Compendio de Sociología Católica*, Herder, Barcelona, 1960. pp 68-69

- 1) Derecho, con mayúscula y en sentido estricto, como el conjunto de normas jurídicas; esas, que encontramos en la lógica interna de las cosas.
- 2) El derecho como una ciencia, como el conocimiento ordenado y sistemático de un objeto de la realidad; conocimiento, que sería el Derecho arriba apuntado y en donde el método ha de ser el principio rector, y
- 3) El derecho como un conjunto de normas con validez y eficacia en un grupo social, en un momento histórico dado, porque han sido dictadas por un legislador o un juez y al que se ha llamado “derecho positivo”, atendiendo por supuesto a la forma que presenta. Aquel al que Kelsen, según el decir de Josef Kunz, le llama “derecho actual o posible” ⁴³⁶

En el primero encontramos la materia del conocimiento, la esencia del objeto a estudiar, el objeto material, y de ello ha de ocuparse el Filósofo.

En el segundo podremos conocer la forma, es el objeto formal, el método, la estructura de las normas, su jerarquía, las reglas de interpretación, los campos de regulación; aquí está la labor del Jurista.

El tercero nos ha de llevar al conocimiento de las normas aplicables al caso concreto, al aquí y al ahora, quizás sin mayores referencias a los anteriores; esta es la labor del Abogado.

⁴³⁶ Kunz, Joseph L, *Cuatro Conferencia sobre la Teoría Pura del Derecho*, en www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/teoria.html Fecha de consulta 5 de febrero de 2010.

CONCLUSIONES.

La confusión sobre la naturaleza de los derechos derivados de la concesión minera, en la doctrina jurídica mexicana, obedece a lo siguiente:

1.- Confusión sobre lo qué es realmente lo jurídico.

Concluimos al respecto que la norma jurídica, es decir, el imperativo que vincula a la conducta del hombre con la realización del bien común, única justificación de la existencia del grupo social, debe buscarse en la lógica interna de las cosas, entendiendo por ellas no solo los objetos tangibles, materiales que rodean al ser humano, sino también las relaciones que se dan entre las personas, dentro del grupo social.

2.- Identificación entre derecho real y derecho de propiedad.

Manteniendo nuestra posición de buscar la verdad jurídica en la naturaleza de las cosas, hemos de inclinarnos por afirmar que cuando la ley o los particulares, dentro del marco de la misma, dan forma a derechos que vinculan directamente al sujeto con una cosa determinada, que son de carácter absoluto, oponibles a todos y objeto de mecanismos de publicidad, han de ser llamados derechos reales, porque lo son en su esencia, independientemente de que la voluntad de un legislador lo considere y lo llame así en el derecho positivo.

Es claro que cuando este tema es motivo de análisis en relación con los derechos derivados de las concesiones mineras, los autores que se ocupan de ello buscan siempre una similitud con el derecho real por excelencia, el derecho de propiedad, y argumentan en contra diciendo que los derechos concesionarios no son perpetuos como la propiedad, en tanto que los que están a favor tratan de encontrar explicaciones, muy plausibles por cierto, afirmando que la propiedad minera derivada de una concesión se ve limitada en el tiempo o expuesta a su caducidad y revocación por razones de interés público; todo ello, sin considerar que la nota de perpetuidad, no es un elemento esencial en los derechos reales, aunque lo fuese del de propiedad.

3.- Confusión en la terminología propia de las actividades mineras.

El trabajo de los juristas, generalmente alejado de lo que es la actividad regulada propiamente dicha, les lleva a confusiones y errores que afectan a su análisis.

Los autores que hemos mencionado, tanto aquellos que se inclinan por la tesis de los derechos personales como los que sostienen la naturaleza real de dichos derechos, suelen caer en graves confusiones de tipo terminológico. La primera de ellas es la de referirse al subsuelo como objeto de la regulación constitucional; inclusive lo califican como subsuelo minero y subsuelo petrolero. No hay tal regulación del subsuelo.

Nuestra Constitución y nuestras leyes no se ocupan de esta materia. No sería aceptable pensar que el propietario de un terreno no tiene más que una pequeña película o capa sobre la cual establecerse, ya que el espacio aéreo es de la Nación y si se pretendiera que también lo es el subsuelo, ¿dónde quedaría la propiedad del terreno?

No existe pues un subsuelo minero, lo que existen son yacimientos minerales, es decir, volúmenes de roca en los que la concentración de sustancias minerales alcanzan niveles que los hacen económicamente explotables. El concepto de yacimiento que maneja nuestra Constitución presenta dos vertientes, una de carácter físico que es la concentración de sustancias minerales, distinta por su grado del entorno en que se ubica, y otra de contenido económico, que es que tengan la factibilidad económica extraerlos.

La propiedad del subsuelo es pues propiedad del dueño del terreno superficial pero, como para el resto de la propiedad privada en nuestro sistema jurídico, el interés público, en este caso la explotación de una riqueza de la Nación, se le impone una modalidad, consistente en la limitación que surge del derecho otorgado al concesionario minero para usar, en forma exclusiva y excluyente, el sólido de profundidad indefinida denominado lote minero, con el único fin de llevar a cabo sus actividades de exploración y explotación mineras.

Otra confusión terminológica se observa en los autores citados cuando se refieren a las minas, confundiéndolas con las concesiones mismas o vinculándolas a conceptos tales

como los ya superados de pertenencia o fundo minero o el concepto contemporáneo de lote minero. Es el lote minero el que puede ser objeto de divisiones, unificaciones, reducciones de superficie, amojonamientos e invasiones y no la concesión, que no es sino un acto jurídico intangible, que con la terminología moderna podríamos quizás de calificarlo como una realidad virtual; la concesión será el objeto de las solicitudes, desistimientos, revocaciones y cancelaciones.

Las minas no son ni las concesiones ni los lotes mineros, las minas son aquellas obras producto de la actividad humana consistentes en tajos, socavones, tiros, pozos y contrapozos y todas las obras e instalaciones de carácter accesorio.

Resumiendo, el subsuelo no es de la Nación, lo que le pertenece son los recursos minerales cuando por su concentración y viabilidad económica pueden ser denominados yacimientos, masas de roca que son evidentemente bienes inmuebles, la concesión minera es un acto jurídico administrativo que existe en el mundo ideal del Derecho, el lote minero es una porción de la corteza terrestre, obviamente un inmueble por su propia naturaleza y las minas son producto de la actividad del ser humano, que las realiza para extraer los recursos minerales, también de naturaleza inmueble.

4.- Pretensión de que la concesión minera solamente otorga un tipo de derechos.

El derecho primordial o fundamental que otorga la concesión minera al particular es el de extraer los minerales y apropiarse de ellos. No le confiere un derecho de propiedad sobre los yacimientos que pudiera haber dentro del lote minero, que delimita físicamente el ámbito para el ejercicio de su derecho. Sin embargo, la concesión minera no solo otorga el derecho a extraer y a apropiarse de los minerales, sino que lleva involucrado el otorgamiento de otros derechos que siguen al principal por absoluta necesidad, tales como el de ejercer un derecho exclusivo sobre el lote minero que le permite oponer a todos aquellos que pudieren afectarle. Una vez otorgada una concesión minera, el lote minero amparado por ella se le entrega en exclusiva al concesionario; este derecho reúne las características de los derechos reales.

Lo mismo puede decirse del derecho que tiene el concesionario sobre su mina, sobre sus obras mineras y las acciones físicas a las mismas, nadie, ni el superficiario, ni otro

concesionario, ni un tercero, inclusive ni el Gobierno mismo, pueden hacer uso de esas obras sin la autorización o permiso del concesionario o sin una causa legítima para ello, como sería el caso de una servidumbre contractual o necesaria que estableciera un concesionario vecino.

Además de los derechos mencionados la naturaleza propia de la explotación minera y las disposiciones legales otorgan al concesionario otros derechos de carácter secundario, tales como el derecho al agua que provenga de sus propios trabajos, el derecho a reducir la superficie de su propio lote o a dividirlo, etc.

5.- La búsqueda de sustento para una posición ideológica.

Como apunta atinadamente Vázquez del Mercado, el sostener que los derechos derivados de una concesión minera no son de naturaleza real, ha sido una posición de juristas que ideológicamente o por razones políticas, consideran que es la solución jurídica que mejor defiende los intereses de la Nación; tal fue el caso durante la primera mitad del siglo veinte del nacionalismo jurídico exacerbado por la explotación petrolera, que para la minería vino a reflejarse en la ley conocida como la de la “mexicanización” de 1961, analizada en la obra de la Doctora María Becerra. No resulta incomprensible esta posición ya que, lamentablemente, a través de la historia de nuestra patria se han presentado episodios que han dañado gravemente a su integridad o independencia cuando sujetos de nacionalidad extranjera han alegado tener “sagrados derechos de propiedad” sobre las tierras o sobre los recursos naturales del subsuelo, como el petróleo y los mismos minerales.

6.- Final

Los derechos derivados de las concesiones mineras son diversos, de naturaleza real y personal, independientemente de lo que establece el artículo 16 de la Ley de Bienes Nacionales.

BIBLIOGRAFÍA

1. ...*Diccionario Jurídico Mexicano* Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM Porrúa, México 1998 4º volumen.
2. ...*Estudios Jurídicos en Memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Porrúa, México 1984 842 pp.
3. ...*Lecturas de Filosofía del Derecho*, Tribunal Superior de Justicia del D.F., México, 1993, volumen III. 560 pp.
4. Acosta Romero, et al *Derecho jurisprudencial Mexicano* Porrúa, México, 2002 3ª. Edición. 336 pp.
5. Acosta Romero, Miguel *Derecho Administrativo Especial*, Porrúa, México 1998 Volumen I 902 pp.
6. Adame Goddard, Jorge, *Filosofía Social para Juristas*, Mac Graw-Hill/UNAM, México, 1998 239 pp.
7. Alarcón Víctor, et, al *El Otro Kelsen*, UNAM, México, 1989 1ª. Edición 374 pp.
8. Albert Hans, *Razón crítica y práctica social*, Piados, Barcelona, 2002 1ª. Edición 174 pp.
9. Alessio Robles, Miguel, *Temas de Derechos Reales*, Porrúa, México, 2006 323 pp.
10. Arce y Cervantes, José, *De los Bienes*, Porrúa, México, 2000 4ª. Edición 160 pp.
11. Arellano Rendón, Francisco *El Subsuelo Mexicano: patrimonio nacional* Edición del autor, México, 1970, 142 pp.
12. Aristóteles, *Metafísica* Gredos, Madrid, 1998 1ª. Reimpresión, 583 pp.
13. Arteaga Nava, Elisur *Derecho Constitucional*, Oxford University Press, 2a. Edición México, 2002, 915 pp.
14. Avila, Dolores, et alt., *Empresarios y política minera*, Instituto Nacional de Antropología e Historia, México, 1992 77 pp.
15. Azúa Reyes, Sergio T., *Los principios generales del Derecho*, Porrúa, México, 1998 185 pp.
16. Barbosa Ruiz, A. René, *La estructura Económica de la Nueva España (1519-1810)*, Siglo veintiuno, 11ª. Edición, México, 1991, 259 pp.
17. Bassols Batallo, Angel *Recursos Naturales de México*, Nuestro Tiempo, 23ª. Edición, México, 1997, 353 pp.

18. Bastiat, Frédéric *La Ley*, Centro de Estudios Económico Sociales, , 2ª. Edición Guatemala, 1982, 68 pp.
19. Becerra González María *La Política Minera de México y sus resultantes en las Instituciones Jurídicas*, Porrúa, México 1964 22 pp.
20. Becerra González, María *Derecho Minero de México*, Limusa-Wiley, México, 1963 535 pp.
21. Belaval, Yvol (Director) *Historia de la Filosofía La Filosofía en el Siglo XX*, Siglo XXI Editores, Volumen 10, México, 1981, 440 pp.
22. Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2007 127 pp.
23. Bonnacase, Julián, *Tratado Elemental de Derecho Civil (parte B)*, Harla, México, 1997, 1048 pp.
24. Branca, Guisepe, *Instituciones de Derecho Privado*, Porrúa, México, 1978 674 pp.
25. Bretone, Mario, *Derecho y tiempo en la tradición europea*, Fondo de Cultura Económica, 1ª. Edición (1999) en español 1ª. Reimpresión (2000), México, 2000. 229 pp.
26. Carbonel, Miguel, *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*, Porrúa, México, 2001 4ª. Edición 318 pp.
27. Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, Porrúa, México, 2000 12ª. Edición 305 pp.
28. Casanovas, Pompeu, et, at, *El ámbito de lo jurídico*, Critica, Barcelona, 1994, 520 pp
29. Castro Estrada, Alvaro, *Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Porrúa, México, 2000 2ª. Edición 530 pp.
30. Cervantes, Manuel, *Como resolvieron los mineros de la Nueva España los problemas económicos y jurídicos de la minería.*, editorial del autor, México, 1963 9 pp.
31. Cisneros Farías, Germán, *La interpretación de la Ley*, Trillas, 2ª. Reimpresión México, 2003 163 pp.
32. Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, *Derecho Administrativo Argentino* Porrúa-UNAM, México, 2006, 1151 pp
33. Costa Margarita, et,al, *Teorías Filosóficas de la Propiedad*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997, 150 pp

34. Crosas, Francisco, *Vida y costumbres de los viejos filósofos*, (Waler Burley), Iberoamericana/Veurbert, Madrid/Frankut, 2002, 213 pp.
35. Cruz Parceró, Juan Antonio, *El Concepto de Derecho Subjetivo*, Fontamara, México, 2004. 322 pp.
36. D'Ors, Alvaro, *Elementos de Derecho Privado Romano*, EUNSA, Pamplona, 3ª. Edición, 1992 165 pp.
37. De Ibarrola, Antonio, *Cosas y Sucesiones*, Porrúa 1997, Edición, 2ª. Reimpresión, México 7ª., 1120 pp.
38. De los Mazos José Luís, *El Derecho de Propiedad; crisis y retorno ala Tradición Jurídica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, 333 pp.
39. Delgadillo Gutiérrez, Luís Humberto et alt, *Elementos de Derecho Administrativo*, Limusa, 6ª. Reimpresión, México, 1997, 205 pp.
40. Delgadillo Gutierrez, Luís Humberto et alt, *Compendio de Derecho Administrativo*. Porrúa, 3ª. Edición, México, 1998, 405 pp.
41. Díaz, Elías, *La sociedad entre el derecho y la justicia* , Salvat Editores, Barcelona, 1985, 64 pp.
42. Fellermeier, Jacob, *Compendio de Sociología Católica*, Herder, Barcelona, 1960. 273 pp.
43. Fernández, Acevedo Rafael, *Las Concesiones Administrativas de Dominio Público*, Thomson Civitas, Navarra, 2007, 450 pp
44. Friedman, Laurence M., *Breve Historia del Derecho Estadounidense*, UNAM, México, 2007, 196 pp.
45. Gamboa, Francisco Javier de, *Comentarios a las Ordenanzas de Minas*, Tomo I México, 1898, 360 pp.
46. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo* ,Civitas, Madrid, 1982. Vol. I, 710 pp.
47. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1982. Vol. II, pp. 627
48. García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho* , Porrúa, 43ª. Edición, México, 1992, 44 pp.
49. García Máynez, Eduardo, *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*, Fontamara, México, 2007, 156 pp.
50. García Máynez, Eduardo, *Lógica del Raciocinio Jurídico*, Fontamara, México, 1994, 180 pp.

51. García Michaus, Carlos, *Temas básicos del Derecho y Filosofía del Derecho*, Funda, México, 2005. 120 pp.
52. González García, Julio V., *La Titularidad de los Bienes de Dominio Público*, Marcial Pons, Madrid. 1998. 318 pp.
53. González Morfín, Efraín, *Temas de Filosofía del Derecho*, Oxford University Press, 1a. Edición, México, 1999, 281 pp.
54. González, María del Refugio, *Ordenanzas de la Minería de la Nueva España formadas y propuestas por su Real Tribunal (Estudio y edición)*, UNAM, México, 1996, 447 pp.
55. González, Pérez Jesús, *Los Derechos Reales Administrativos*, Civitas, Madrid, 1984, 73pp.
56. Grossi, Paolo, *Derecho, Sociedad, Estado* Escuela Libre de Derecho, México, 2004, 244 pp.
57. Grossi, Paolo, *El Orden Jurídico Medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996, 256 pp.
58. Gutiérrez Sáenz, Raúl *Introducción a la Antropología Filosófica*, Esfinge, 7ª. Edición, México, 1994, 216 pp.
59. Guzmán Valdivia, Isaac, *El Conocimiento de lo Social*, Jus, 5ª. Edición, México, 1983, 219 pp
60. Hayec, Friedrich A., *Derecho, Legislación y Libertad*, Unión Editorial, 2ª. Edición, Madrid, 1985 328 pp.
61. Herrera Canales, Inés et alt, *La minería Mexicana de la Colonia al siglo XX*, UNAM, México, 1998, 271 pp.
62. Hervada, Javier, *Cuatro lecciones de Derecho Natural Parte especial*, EUNSA, 4ª. Edición, Pamplona, 1998 ,168 pp.
63. Hervada, Javier, *¿Qué es el Derecho?*, EUNSA, Pamplona, 2008, 211 pp.
64. Hervada, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural EUNSA*, 8ª. Edición, Pamplona, 1994 195 pp.
65. Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, EUNSA, 3ª. Edición, Pamplona, 2000, 647 pp.
66. Hohfeld, W.N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Fontamara, .1º edición mexicana, México, 1991, 91 pp.
67. Kelsen, Hans, *Compendio de Teoría General del Estado*, Colofón, México, 1992, 235 pp.

68. Kelsen, Hans, *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, Fontamara, México, 1991, 138 pp.
69. Kelsen, Hans, *El Método y los Conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*, Aporía, Zaragoza, 1976, 83 pp.
70. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, 9ª. Edición, México, 1997, 364 pp.
71. Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Gernika, México, 2001, pp.
72. Kelsen, Hans, *La idea del Derecho Natural y otros ensayos*, Editora Nacional, México, 1979, 304 pp.
73. Kunz, Joseph L, *Cuatro Conferencia sobre la Teoría Pura del Derecho*, en www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/teoria.html Fecha de consulta 5 de febrero de 2010.
74. León Portilla, Miguel et alt., *La Minería en México*, UNAM, México, 1978, 184 pp.
75. Levi. Edward H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Ediciones Coyoacán. México, 2005, 154 pp.
76. Lucas de Lassaga, Juan et alt, *Representación que nombre de la minería de esta Nueva España hacen al rey nuestro señor (1774)*, Edición facsimilar SEFI, México, 1979, 97 pp.
77. Madrid, Espinoza Alfonso, *Introducción a la filosofía del Derecho y la Política*, Fontamara, México, 2005, 250 pp.
78. Malagón, Jaime F. *Fideicomiso y Concesión*, Porrúa, México, 2002 194 pp.
79. Margadant S, Guillermo F., *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, Esfinge, 8ª. Edición, México, 1988, 236 pp.
80. Margadant S, Guillermo F., *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, Miguel Angel Porrúa, 5ª. Edición, México, 1996, 478 pp.
81. Margain Manautou, Emilio, *Introducción al Estudio del Derecho Administrativo Mexicano*, Porrúa, 3ª. Edición, México, 2000, 332 pp.
82. Marmor, Andrei, *Interpretación y Teoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2001. 248 pp.
83. Márquez Piñero, Rafael, *Filosofía del Derecho*, Trillas, México, 1998, 67 pp.
84. Martínez Pineda, Angel, *El Derecho, Los Valores Éticos y la Dignidad Humana*, Porrúa, México, 2000, 203 pp.
85. Massini, Correas Carlos I, *El Derecho Natural y sus dimensiones actuales*, Abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1999, 241 pp.

86. Merryman, John Henry, *La Tradición Jurídica Romano- Canónica*, Fondo de Cultura Económica, 5ª. Reimpresión, México, 2000, 304 pp.
87. Morales Navarro, Julia et, al, *Introducción a la Sociología*, Tecnos, Madrid, 1994, 250 pp.
88. Morineau, Oscar, *Los Derechos Reales y el subsuelo en México*, Fondo de Cultura Económica / UNAM, México, 1997 , 401 pp.
89. Muñoz R, Carlos, *Fundamentos para la Teoría General del Derecho*. Delma, Naucalpan, 2000 ,155 pp.
90. Muro Orejón, Antonio, *Lecciones de Historia del Derecho Hispano – Indiano*, Miguel Angel Porrúa, México, 1989, 312 pp.
91. Nava Negrete, Alfonso, *Derecho Administrativo Mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, 351 pp.
92. Navas, Raúl, *Derechos reales de Propiedad, Uso y Goce*, Oxford, México 1999, 414 pp.
93. Olivera Toro, Jorge, *Manual de Derecho Administrativo*, Porrúa, 4ª. Edición, México, 1976, 382 pp.
94. Osorio Jaime, *Fundamentos del análisis social*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, 176 pp.
95. Peña, Manuel de la, *El Dominio Directo del Soberano en las Minas de México y Génesis de la Legislación Petrolera Mexicana*, Secretaria de Industria, Comercio y Trabajo México, 1928, 293 pp.
96. Pérez Ruiz, Carlos, *La Constitución Social del Derecho*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, 134 pp
97. Pereznieto Castro, Leonel et alt, *Introducción al Estudio del Derecho* , Harla, 2ª. Edición México, 1992, 226 pp.
98. Pigreti, Eduardo A., *Manual de Derecho Minero*, Depalma, Buenos Aires, 1996, 405 pp.
99. Planiol Marcel et alt, *Derecho Civil*, Harla, México, 1997 1562 pp.
100. Ponce de León Armenta, Luis, *Metodología del Derecho*, Porrúa, 6ª. Edición, México, 2001, 207 pp.
101. Preciado Hernández Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho* ,Jus. México, 1967, 283 pp.
102. Rascado Pérez Javier, et alt (coord) ,*Pensar el Derecho*, FUNDAp, México, 2007, 144 pp.

103. Rassam. Joseph, *Introducción a la Filosofía de Santo Tomas de Aquino*, RIALP, Madrid, 1980, 336 pp.
104. Recasens Siches, Luis, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, 13ª. Edición, México, 2000, 360 pp.
105. Ripert, Georges, et alt., *Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol Tomo VI Los Derechos Reales*, La Ley Buenos Aires, 1985, 644 pp.
106. Rodríguez Lapuente, Manuel, *Sociología del Derecho*, Porrúa, México, 2002, 221 pp.
107. Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Introducción y Personas Tomo Primero*, Porrúa, México, 1990, 525 pp.
108. Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano Bienes, Derechos Reales y Posesión*, Tomo Tercero, Porrúa, México 1990, 859 pp.
109. Roldan, Xopa José, *Derecho Administrativo*, Oxford, México, 2008, 454 pp
110. Ruiz Miguel, Alfonso *Política, Historia y Derecho en Norberto Bobbio*, Fontamara, México, 2000 pp. 197
111. Sánchez Gómez Narciso, *Segundo curso de Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 2002, 526 pp.
112. Sánchez Mejorada, Carlos *Algunas notas sobre las Propiedades Mineras antes y después de la Constitución de 1917*, Edición del autor, México, 1947 (Fragmento p. 117 a p. 151)
113. Sánchez Mejorada, Carlos *Notas sobre la evolución y tendencias actuales del Derecho Minero Mexicano (Conferencia del 3 de abril de 1944)*, Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, México, 1944, 36 pp.
114. Sánchez Vázquez, Rafael, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Porrúa, México, 2001, 652 pp.
115. Santiago Nino, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2003, 447 pp.
116. Santo Tomas de Aquino, *Suma de Teología, Parte I-II*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1997, 973 pp
117. Santo Tomas de Aquino, *Tratado de la Ley. Tratado de la Justicia. Gobierno de los Príncipes*, Porrúa, México, 2000, 399 pp
118. Sariego, Juan Luis et alt, *El Estado y la minería mexicana (Política, trabajo y sociedad durante el siglo XX)*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988, 571 pp.

119. Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, Porrúa, 22ª. Edición, México, 2003, 900 pp.
120. Soberanes Fernández, José Luis, *Los Principios Generales del Derecho en México*, Miguel Angel Porrúa Editor, México, 2001, 86 pp.
121. Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, 35ª. Edición , México 2003, 653 pp.
122. Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2005*, Porrúa, México, 2008. 1180 pp
123. Uriz, Pemán María Jesús, *Lecturas de Filosofía Social*, Prodhufi, Madrid, 1994, 190 pp
124. Vázquez del Mercado Alberto, *Concesión Minera y Derechos Reales*, Porrúa, México, 1946, 149 pp.
125. Vázquez del Mercado, Oscar, *Contratos Mercantiles*, Porrúa, Décima Primera edición, México, 2001, 601 pp.
126. Vázquez, Rodolfo (compilador), *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*, Fontamara, México, 2002, 300 pp.
127. Velasco Ávila, Cuauhtémoc, et alt, *Estado y Minería en México (1767-1910)* ,Fondo de Cultura Económica, México 1988 456 pp.
128. Vigo, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Porrúa, México, 2003 pp. 258
129. Von Ihering, Rudolf, *El fin en el Derecho*, Tomo I, Cajica, Puebla 1961, 412 pp

Material Hemerográfico

1. Adame Goddard, Jorge, *Introducción al Derecho Nuevo*, Revista "Ars Juris" Universidad Panamericana, México, 1999 No. 22, p.7.
2. Adame Goddard, Jorge, *Metafísica para Juristas*, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, México, 1994 No. 18, p. 9.
3. Alvarez-Sala Walter Juan, *Consideraciones Actuales sobre la Propiedad*,. Exposición oral en el Seminario de "Derecho, Política Mercado", Centro de Teoría Política. Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Marzo 1993.
4. Bonialian, Mariano Alberto, *Hacia una historia crítica del Derecho*, Revista de Investigaciones Jurídicas, Año 30, Numero 30 Escuela Libre de Derecho, México, 2006 pp. 11-32.

5. Carpintero, Francisco, *Tomás de Aquino sobre la Ley Natural*, Revista "Ars Iuris" número 28, Universidad Panamericana, México, 2002, 125-179 pp.
6. Kelsen, Hans, *La fundamentación de la doctrina del Derecho Natural*, Revista "Jurídica" Universidad Panamericana, México, 1970 No. 2, p.247.
7. Kunz, Federico, *Evolución histórica del régimen legal del beneficio de minerales en México Empresarios y Política Minera*, INAH, México, 1992 p. 65.
8. López Monroy, José de Jesús, *La propiedad en el Derecho Indiano*, Jurídica Número 3, Julio 1971 Universidad Iberoamericana, México, 1971
9. Ortiz Treviño, Rigoberto G., *La ciencia del derecho natural en Hans Kelsen*, Revista "Ars Juris" Universidad Panamericana, México, 1999 No. 22, p. 157
10. Said, José Alberto, *Breve repaso de la falacia naturalista*, Revista "Ars Iuris" número 28, Universidad Panamericana, México, 2002, 245-266 pp.
11. Sendín Mateos, José Antonio, *La crítica de Hans Kelsen I*, Revista de Revista de Investigaciones Jurídicas Año 29, Número 29 Escuela Libre de Derecho México, 2005. 437-513. pp.
12. Sendín Mateos, José Antonio, *La crítica de Hans Kelsen II*, Revista de Investigaciones Jurídicas Año 30, Número 30 Escuela Libre de Derecho México, 2006. 401-455. pp.
13. Silvia, Carlos de, *La Jurisprudencia, interpretación y creación del Derecho*, Revista Isonomía, ITAM, 1996 Vol. 5. p.7.
14. Velasco Gustavo R., *Derecho natural o derecho ideal*, Revista de investigaciones Jurídicas Año 6, Número 6 Escuela Libre de Derecho México, 1982 17 pp.