

KG F 3929

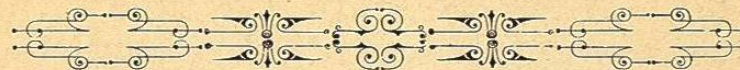
.5

.R46

1901



FONDO
PEREZ MALDONADO



SEÑORES SINODALES:

Fuera el Derecho, como quieren espíritus mezquinos, el triste arte del *Distingo* y del *Caso*, del torpe embuste ó del laberinto del sofisma; fuera, por el contrario, la dorada utopía que el anhelo por el bien forjó, incapaz de analizar la positiva estructura de los organismos sociales y de llegar á aplicables conclusiones; en ambas fases, no mereciera el Derecho la pena de estudiarse: pero nó, no es así; tiene por una parte, la noble ciencia, síntesis y generalizaciones que son potentes notas en el magno saber, donde todas las ciencias se armonizan, donde todas las causas se unifican; y es por la otra, plenamente positiva y concreta, y palpa y trabaja los fenómenos socialmente efectivos, de tal manera, que cada detalle revela una generalidad, y cada generalización es un criterio para valorizar cada detalle. Así se nos enseña en esta Escuela; y por eso yo, su hijo intelectual, vengo en el acto más solemne de mi querida vida de estudiante, á valerme de un detalle legislativo, del Artículo de una Ley, para señalar un trascendente problema nacional; es el Artículo, el 9º

de la Ley de Minería; es el problema, el del conflicto entre los intereses agrícolas y los mineros.

Dice el precepto á que he de referirme: «Las aguas que se extraigan hasta la superficie, en virtud de los trabajos subterráneos de las minas, pertenecen á los dueños de éstas y deberán observarse las prescripciones de las leyes comunes en cuanto á los derechos de los propietarios, por donde se dé curso á las mismas aguas.» En otros términos, el concesionario minero que encuentre aguas subterráneas, estancadas ó corrientes, aun cuando no las requiera para la explotación y sean aprovechables para regadío, puede disponer de ellas á su antojo; y para darles un diverso destino, puede imponer servidumbres, hasta al mismo dueño del terreno. ¿Qué significa semejante precepto ante la naturaleza del especial derecho minero, ante los principios civiles y constitucionales? ¿Es una exigencia de las necesidades públicas, ó es el simple síntoma de un criterio erróneo que inspira á nuestra ley, y que deba ser modificado?; tales son otras tantas cuestiones que en breve síntesis pretendo resolver. Presentaré en forma empírica y falta de erudición mis conclusiones, para poder ser breve; pero en notas con que ilustro este ensayo, iré fundando todas y cada una de mis aseveraciones, tratando á la vez varios puntos conexos con los estudiados, de tal manera que todo quede demostrado por ideas y doctrinas, que, por su origen y verdad, tengan todo el peso que falta á mis palabras.

Principiaré analizando la naturaleza del derecho ó propiedad minera, para explorar el terreno en el que vamos á emprender nuestras investigaciones, y para fundar el poderoso argumento que obtendremos, si nos es dable demostrar que de esa naturaleza no deriva, como preciso efecto, la apropiación, por parte del minero, de toda agua subterránea.

Desde luego diremos, porque ello es innegable, que si en alguna institución jurídica andan los hechos lejos del ideal, las legislaciones en contradicción y las doctrinas chocando, es en el derecho minero; lejos está aún la última palabra, y atravesamos todavía por un estado de duda y transición, que se traduce en todos los preceptos positivos. Por una parte dice el jurista: «Propiedad»; y por la otra el legislador contesta: «Intereses sociales»; y esas dos fuerzas, en constante lucha, han producido un conjunto de sistemas que pueden clasificarse en cuatro grupos: primero, el propietario del suelo, propietario absoluto del subsuelo minero, ó Sistema de la accesión; segundo, el descubridor dueño de la mina, ó Sistema de la ocupación; tercero, el Estado propietario de las minas, ó Sistema del dominio público; y cuarto, las minas á disposición del Estado, el cual, dentro de las necesidades de explotación, concede la propiedad de ellas, siempre que aquella explotación se lleve á cabo, ó Sistema Regaliano. Tales

criterios, ya puros, ya combinándose ó trasformándose, dependiendo de los tiempos y de los pueblos la adopción de uno ú otro, han informado é informan las legislaciones positivas, y han llevado á contradicción á todos los autores. De lo anterior podemos derivar, que: *La naturaleza del derecho ó propiedad minera, no está definida; es incierta y vaga, contingente con las épocas y los medios, producto híbrido de principios y de hechos, de verdades científicas y de exigencias empíricas.* (Apéndice Nota A).

Sin entrar á interminable discusión sobre la bondad de cada teoría, ya que la superioridad de unas ú otras depende del medio y de los tiempos; concediendo que en nuestras circunstancias sea necesaria aún la intervención del Estado en la materia, no será preciso que insistamos sobre todos los errores y peligros que implica el sistema del absoluto dominio del Estado; es sin duda más conforme á las positivas exigencias el sistema Regaliano, ya que concilia en cierto modo los opuestos intereses, y que limita lo menos posible el derecho de propiedad, puesto que en él, el Estado abdica toda pretensión de propietario, y solamente reclama, «en su calidad de tutor de la fortuna pública», y en virtud de su papel de soberano, el derecho de conceder la explotación de minerales con ciertas condiciones y percibiendo un impuesto. Sólo ese es el carácter de la Regalía, que, ni con mucho, significa una expropiación de todo el subsuelo, ni tampoco el ejercicio de un derecho de propiedad por parte del Estado. No, la necesidad

pública de que las minas se exploten, exige, por falta de iniciativa privada, que el Gobierno cree estímulos y medios para lograrlo; y llevando estos hasta el grado extremo, concede las minas á quienes las denuncian, siempre que las trabajen, puesto que sólo así se satisface la necesidad de explotación; pero el propietario, mientras la concesión no existe, tiene el pleno derecho de remover, para fines diversos, el subsuelo, y cuando ésta existe, sólo se limita su derecho hasta donde á la explotación minera sea esencial. Todos los antecedentes, todas las opiniones, autorizan semejante idea, de la cual podemos derivar que: *El derecho del Estado y sus concesionarios, en materia minera, debe ir sólo hasta donde sea preciso á las necesidades de la explotación.* (Nota B.)

Si el derecho minero está en momentos de duda y transición, no extrañará que todo en él pueda ser opinable; si la base suprema, por más que transitoria, que justifica y limita la intervención del Estado y la creación de un régimen especial, es la necesidad de explotación; si la base de una legislación científica, debe ser dar todo lo que ella pida, pero tan sólo eso, preguntémonos ya, si se conforma nuestra ley á esa exigencia. No quiero hacer aquí un comentario; en mis notas estudio (Nota C) los principales errores que esa ley encierra; aquí tan sólo indicaré su base falsa, para que se comprenda cómo el error que inspira esta tesis, es uno de tantos efectos de una legislación poco correcta. Nuestro derecho minero es por todos sus antecedentes Regaliano (Nota D), un poco falsea-

do siempre, por una mira, tradicional también, de fiscalización; pero la ley actual, por pretendidas consideraciones prácticas, violando todos los principios y las tradiciones, ha declarado que la concesión minera tiene por base, no la necesidad de explotación, no el hecho de que ésta se verifique; sino la ventaja ó utilidad inmediata del Erario, el pago del impuesto. Así pues, hoy se atenta contra el capital derecho de propiedad, no para logro de un bien mayor, no guiándose por una ventaja social, no, sino por una utilidad fiscal. Contéstase que esta utilidad coincidirá con la explotación efectiva, y se evitarán pesquisas é inquisiciones que suponía el antiguo sistema; pero esa tésis no es absoluta, ni general siquiera, y no es tolerable que las exigencias científicas se sacrifiquen á una coincidencia que se basa en una hipótesis del todo eventual. Más aún, en el terreno práctico se alcanzan peligrosos resultados; han concluido las explotaciones, tan humildes como empeñosas; se ha abierto el campo á poderosos monopolios, y se ha hecho de las concesiones y las acciones un valor bursátil; y mientras juegan los especuladores á la alza y baja, en la mina no hay trabajo, la explotación no se logra, nada gana la sociedad, y se limita el derecho del propietario sin objeto y sin justicia. Dada semejante teoría, nuestro sistema no es clasificable entre los conocidos; es un sistema de fiscalización incomprensible, con sus tendencias á ser Regaliano; y entiéndase que no es contra el impuesto, que por más que muy exagerado, es originariamente legítimo, contra lo que

nos revelamos; sino contra la importancia que á ese elemento secundario se dá en perjuicio del esencial. Aceptaríamos en todo caso que la falta de pago del impuesto fuera causa de caducidad; pero jamás que aunque la mina no se trabaje, su propiedad se conserve con sólo pagarlo; por que si es tolerable que se hagan combinaciones meramente prácticas para simples necesidades fiscales, no deben éstas confeccionarse pasando por encima de las enseñanzas capitales del derecho; porque el terreno de la ciencia es inviolable, porque la propiedad es, con la libertad, la esencia de la vida social y económica.

Si la intervención del Estado, fuera de sus funciones primordiales, es meramente transitoria; si el derecho minero está en pleno proceso evolutivo, y los polos opuestos hacia los cuales gravitan la discusión científica y el esfuerzo legislativo, son y han sido: propiedad del dueño del suelo ó sistema jurídico, intervención directa del Estado ó sistema autoritario, ya ejerciendo pleno dominio, ya simple Regalía; ¿á dónde va el progreso, la evolución ascendente, á dónde se encamina? Si somos consecuentes con las enseñanzas de la sociología jurídica; si la individualización es el progreso, no temeremos decir que, en el mañana del derecho, la propiedad minera no supondrá régimenes especiales y el principio Romano de *«Cujus est solum hujus est, usque ad cælum et usque ad inferos.»* será tan efectivo como absoluto; y no se diga que esto significaría volver al pasado y que la vuelta al pasado no puede ser la fórmula, ni la expresión

del progreso en lo futuro. A las veces es así, por que acontece que el primer paso se dé en el sentido de lo más natural, es decir, hacia el ideal supremo; los fracasos enseñan después que no es tiempo aún de ir hasta él, y las instituciones ó los hombres retroceden, para ir ganando palmo á palmo aquella misma meta de la verdad que la inexperiencia creyó abordable ante el primer esfuerzo; así se siente ya en las legislaciones mineras. La ley francesa de 1810 guiada por la genialidad tan universal como asombrosa de Napoleón, impone á cada paso el respeto al derecho del propietario; hace de su indemnización la base de un sistema, y vuelve así al principio romano y al primitivo español, porque al lado del impuesto para el Estado, exige la participación para el dueño del terreno; y si ello es así, si la doctrina, con más vigor aún, reclama los derechos del propietario del terreno, podemos decir: *Hay una fuerza virtual en la doctrina y en las leyes mineras, que, cada día más, impone respeto á los derechos del dueño de la tierra, y limita á su estricta necesidad, los del minero.*

¿Qué fallo corresponde ante ese espíritu del derecho, á un precepto que, como el Art. 9º de la Ley Minera, concede al dueño de la mina el perfecto dominio de todas las aguas subterráneas que encuentre, dándole á la vez medios jurídicos (servidumbres) para que las destine como y donde mejor le convenga, aun para usos perfectamente extraños á la explotación minera? Los antecedentes del Artículo, que vamos por de pronto á ana-

lizar sólo en el terreno teórico, son Españoles (1) y posteriores á nuestra independendencia, y creo inútil su estudio en materia que, para mí, debe responder á la manera de ser de cada pueblo, sin pesar mucho en ella los argumentos históricos.

Dijimos que la base y objeto de una concesión minera es la explotación minera y sólo ella; la intervención autoritaria, el derecho del Estado, sólo puede por ende ser legítimo hasta donde á semejante fin sea necesario, y debe componerse de tal modo que esta facultad soberana se convierta en una mera acción reguladora de intereses opuestos y de opuestos derechos: los del dueño de la superficie, y los de la sociedad, representada en cierto modo por el concesionario. Conciliarlos debe ser la preocupación del legislador, que tiene que inspirarse en un espíritu de subordinación y de igualdad: de subordinación en cuanto á respetar la más antigua y definida propiedad del suelo; de igualdad, en cuanto á no sacrificar ningún derecho esencial del propietario, porque como lo dijo un eminente autor (2) «Los derechos conferidos por una concesión son restrictivos por su naturaleza... Los derechos de

(1) El Art. 1º de la resolución de 26 de Abril de 1841; (Escriche, palabra Mina), Art. 26 de la Ley española de aguas de 1879; párrafo 2º del Art. 59 de la Ley minera de 1868; Art. 28 del Decreto del Gobierno provisional español, en el mismo año. Nuestro Código de Minería de 1884, comprendió el principio, ya tácitamente en la fracción IV del Art. 1º y en el 5º, ya expresamente en el 17; pero tuvo cuidado de expresar que la propiedad del agua, accesoria y dependiente de la de mina, duraba lo que la propiedad principal.

(2) Bury, Legislation des mines.

los concesionarios sobre el perímetro concedido, consisten únicamente en la propiedad de la mina en sí misma, y en la facultad de practicar en lo interior ó en la superficie, los trabajos precisos á su explotación» *Podríamos decir, que los efectos de una concesión, se limitan á dar derecho de propiedad sobre todas las sustancias minerales extraídas, y á poder verificar todos los trabajos internos ó externos, precisos á tal fin; requiriéndose para adquirir todo lo que no sea genuinamente mineral y se necesite para los trabajos relativos, la expropiación por utilidad pública, que supone é implica el reconocimiento de los derechos del propietario, los cuales existen originariamente, aun sobre la misma propiedad creada.* Estos derechos eran axiomáticos para el primer Cónsul francés (3) y lo deben ser para nosotros, si somos consecuentes con lo que llevamos expresado, respecto al carácter único de la Regalía minera, que limita el derecho del propietario, sólo en nombre de la explotación y cuando ella existe; por eso la ley

(3) Decía Bonaparte en sesión de 21 de Octubre de 1808: «Es preciso desde luego asentar claramente el principio de que la mina hace parte de la propiedad de la superficie. Se dirá sin embargo que ella no puede ser explotada sino por acto soberano; el descubrimiento de la mina crea una propiedad, un acto de concesión debe necesitarse para que el descubridor pueda aprovecharla, y este acto normará también la explotación; pero como el propietario de la superficie tiene también derechos sobre esta propiedad, la concesión debe igualmente liquidarlos.» La Corte de Casación Belga ha dicho: «El acto de concesión de una mina, no trasmite sino la propiedad de las sustancias minerales concedidas, con el derecho de extraerlas; desprende solamente á la mina del dominio superficial, y deja intactos los demás derechos del propietario del suelo.»

francesa de 1810, lo indemniza por la privación del goce de la mina misma; por eso nuestra ley le dá en su Artículo 4º, amplios derechos sobre varias sustancias; por eso en fin, se preocupa por establecer la necesaria indemnización, cuando el minero hace uso de artículos diversos de los frutos minerales. ¿Cómo entonces han de amparar estos principios la apropiación de toda agua subterránea? Bien está que sean del minero las aguas minerales explotables, con ese carácter; bien que por utilidad pública y previa satisfacción al derecho del propietario, se le apliquen las que exijan los usos diversos correlativos á su empresa; pero darle aguas sanas y de regadío, permitirle que imponiendo servidumbres las lleve á fertilizar tierras extrañas, ó con mala fé las desperdicie, sin asegurarse siquiera de que se las destina á un fin fructuoso, y todo ello sin que pueda el propietario alegar ni el derecho de que le sean vendidas con preferencia; esto es eminentemente antijurídico, claramente injusto, y, como en breve lo probaremos, notoriamente contrario á la pretextada utilidad social. Por de pronto, autorizados por la expresión histórica de la universal conciencia jurídica, por lo que enseña la doctrina y lo que aceptan avanzadas legislaciones, respecto al carácter limitado y concreto de esa anomalía del mundo del Derecho que se llama Legislación minera especial, podemos sin temor decir: *La apropiación de aguas subterráneas útiles al regadío, por parte del minero, y para fines diversos á la explotación, no se justifica en manera alguna ante los*

principios y las necesidades que inspiran y autorizan el especial derecho minero; y el precepto que semejante apropiación autorice, es del todo extraño, y hasta contrario, á la naturaleza de ese particular derecho.

II.

Hemos dicho que la ley minera viola un derecho; debemos preguntar á la legislación civil si existe y cual sea su carácter. ¿El dueño del terreno lo es de las aguas subterráneas? la esencia misma de la propiedad territorial quiere que sí; desde Roma que la hacía alcanzar *usque ad-inferos*, hasta el día, en que las leyes lo expresan, la propiedad de semejante parte del subsuelo es indudable; porque al decir de un autor (4) «es el hilo á plomo el que determina los límites del dominio aéreo y del dominio subterráneo, del propietario de un fundo de tierra» ó, como lo expresa el artículo 731 del Código Civil: «El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella. Por lo mismo, podrá usarlo y hacer en él todas las obras, plantaciones ó excavaciones que quiera, salvas las restricciones establecidas en el título de servidumbres y con sujeción á lo dispuesto en la legislación especial de minas y en los reglamentos de policía.» Dado ese precepto; dado que en el título de servidumbres se concede expreso derecho sobre las aguas subte-

(4) Baudry-Lacantinerie (Precis Droit-Civil N. 1281 5ª edición.)

rráneas; que los reglamentos de policía para nada intervienen en semejante punto, y que es agena á la naturaleza y al campo de la legislación Minera la apropiación de todo género de aguas subterráneas; claro es que no están ellas comprendidas en la excepción, y por lo mismo se someten al principio general. Ello es perfectamente lógico, porque las aguas son frutos y por lo mismo accesorios del fundo que las produce (Art. 774); y frutos comunes, no frutos minerales, que hacen excepción á semejante dependencia al bien principal.

Podría decirse que estamos en un círculo vicioso, porque el Art. 731 expresamente limita ese principio en nombre de la especial legislación minera; pero contestaremos que esto se entiende en términos lógicos, en tanto puede esa legislación limitar la propiedad, en cuanto á asuntos meramente mineros se refiera, y por eso hemos tenido cuidado de determinar perfectamente la razón de ser y el campo único de esta legislación; pero más aún, hay un artículo expreso que comprueba nuestro aserto, y ese artículo es el 969, en el que nuestro Código Civil, siguiendo la famosa opinión de Marcelo y la de las Partidas, dice que: «Si alguno hiciere pozo en su propiedad, aunque por esto disminuya el agua del abierto en fundo ageno no está obligado á indemnizar.» Marcelo y las Partidas limitaban semejante derecho, y lo negaban cuando existía la intención dolosa; nuestra ley hace más absoluto aún el principio; no sólo reconoce que el agua subterránea es objeto de propiedad, accesoria á la del fundo; sino que lo hace exage-