

## PROLOGO

La obra que el lector tiene en sus manos apareció por primera vez hace casi cincuenta años, ya que fue publicada en el año de 1948 por la editorial Fondo de Cultura Económica.

El día de hoy, el libro *Los derechos reales y el subsuelo en México*, escrito por Oscar Morineau, aparece por segunda vez. La tarea la ha realizado nuevamente el Fondo de Cultura Económica, en esta ocasión haciendo una coedición con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Gracias al interés de los directores de estas instituciones, don Miguel de la Madrid H. y don José Luis Soberanes Fernández, respectivamente, esta obra vuelve a publicarse.

El autor, al inicio de la obra, en una breve introducción, explica que escribió el libro con el objeto de “determinar la naturaleza jurídica del subsuelo minero y petrolero”, para lo cual hubo de investigar “de quién es el subsuelo y qué derechos otorga la concesión que permite su explotación”.

Morineau señala que no hay uniformidad en la doctrina mexicana en torno a estas cuestiones. Las opiniones —nos dice— “fluctúan desde el extremo que sostiene que la Nación tiene solamente el dominio eminente sobre el subsuelo, hasta el extremo opuesto, que sostiene que la Nación es titular de la plena propiedad”. En cuanto a los derechos que las concesiones otorgan, las opiniones van también de un extremo a otro, desde “el extremo representado por los que sostienen que la concesión otorga la propiedad del subsuelo, hasta los que sostienen que simplemente otorga derechos de crédito”, postura, esta última, a la cual Morineau se adhiere, como veremos más adelante.

Para Oscar Morineau las diferencias de opinión obedecen a la circunstancia de que los autores también sostienen diferentes hipótesis acerca de la naturaleza jurídica de los derechos reales.

De tal forma, en la obra que prologamos, Morineau elabora primero una teoría de los derechos reales, que utiliza después para determinar el régimen jurídico del subsuelo en México.

Lo anterior se refleja en la estructura del libro que está dividido en dos partes, subdivididas a su vez en capítulos.

La primera parte se titula “Los derechos reales” y la integran cuatro

capítulos: “Los derechos reales”, “La posesión”, “Los derechos reales en particular” y “Las obligaciones personales y los derechos reales”.

La segunda parte, titulada “Regimen constitucional del subsuelo en México”, se desarrolla a lo largo de tres capítulos. El capítulo quinto estudia “La Constitución”, el sexto “Las leyes secundarias y la jurisprudencia”, y en el séptimo y último, el autor se refiere a la “Situación actual de la minería en México”.

En la primera parte, después de analizar la doctrina en torno a la posesión y los derechos reales, Morineau opina que los autores no llegan a desentrañar su esencia porque más que construir una teoría de los derechos reales se limitan a describirlos, para formular una sintomática jurídica de los mismos. Oscar Morineau utiliza otro método para buscar la esencia del derecho real, método que consiste en “construir *a priori* una hipótesis que después se verifique frente a cada uno de los preceptos del derecho positivo y frente a la realidad de las cosas”.

Con relación a la posesión, Morineau reconoce que su teoría se deriva de la de Ihering, pero con las siguientes diferencias:

1. Para Ihering, el objeto del derecho de posesión es el hecho actual de poseer; para Morineau, el hecho actual de poseer es supuesto jurídico y manifestación del derecho, pero no es objeto del derecho de posesión.

2. Para Morineau, el objeto del derecho de posesión es la atribución del ejercicio del poder de hecho sobre una cosa o una persona determinada; en otras palabras, es la actividad atribuida como posibilidad normativa de ejercitar el poder de hecho. Consecuentemente, el objeto del derecho de posesión, lo mismo que el de todos los derechos subjetivos, es un objeto ideal que consiste en la posibilidad de ejercitar facultades otorgadas por la norma, mientras que el ejercicio actual —un hecho— es la manifestación o el ejercicio del derecho.

3. “Ihering —según Morineau— no llega a descubrir el objeto del derecho de posesión como actividad específica y exclusiva de dicho derecho. Para él, el objeto es el ejercicio del poder de hecho, el cual se confunde con la manifestación de todos los derechos que otorgan el uso y disfrute de las cosas”.

4. Morineau sostiene que existe un sólo derecho de posesión, y por lo tanto opina que la posesión derivada tiene la misma naturaleza que la posesión originaria, o sea que la posesión derivada es igual a la que

tiene el propietario cuando posee la cosa, mientras que el nudo propietario no tiene ninguna posesión jurídica de la cosa, de ahí que considere que el concepto de posesión originaria no hace falta para proteger los derechos del nudo propietario y para otorgar a los que poseen en concepto de propietarios el derecho a la usucapión.

5. Llama detentadores subordinados a los que tiene en su poder alguna cosa en virtud de una relación de dependencia respecto del propietario, o por obedecer o seguir sus instrucciones.

6. Considera el autor que distinguiendo entre derecho *a* la posesión — que es el que tiene toda persona autorizada a actuar sobre una cosa— y derecho *de* posesión, y entre posesión de hecho y detentación subordinada, podremos explicar cualquier situación que se presente en el mundo del derecho con relación a la posesión.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos reales, Morineau descarta las teorías que suponen que su esencia radica en la inmediatez de la cosa con el titular, en el sometimiento directo del objeto del derecho, y en el derecho al sometimiento directo de la cosa. Elementos todos ellos contenidos en la definición clásica de la propiedad como “el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida, de una manera absoluta y exclusiva, a la acción y a la voluntad de una persona”, definición que, como nos dice Morineau, sustentan muchos autores, entre otros, Planiol y Aubry y Rau, en la cual la cosa es el objeto inmediato del derecho, ya que se afirma que éste consiste en una potestad jurídica sobre la cosa o en su sometimiento directo y exclusivo al titular del derecho, considerando que la cosa constituye el objeto directo del derecho real y que en la inmediatez con el sujeto radica la esencia del derecho real, inmediatez que también sirve para distinguirlo de la obligación.

Para Morineau la inmediatez, o sea el poder de hecho, directo e inmediato, se presenta como manifestación de los derechos reales, pero no de todos ellos, y también se puede presentar como manifestación de algunos derechos personales, y aun como manifestación de un hecho y también como violación de un derecho, por lo que para nuestro autor el hecho de la inmediatez no es exclusivo del derecho real y por lo tanto no es suficiente para definirlo.

Morineau construye su teoría de los derechos reales a partir de los siguientes enunciados:

1. Derecho objetivo, derecho subjetivo y deber jurídico.
2. Bilateralidad del derecho.

3. El derecho como atribución de actividades humanas y exteriores.
4. Objeto del derecho vs. ejercicio del derecho.
5. Esencia de los derechos reales.
6. Posibilidad de que el derecho real atribuya deberes jurídicos a su titular
7. Realidad del derecho real.
8. Validez científica de la teoría de los derechos reales.

Después de desarrollar cada uno de los enunciados que acabamos de enumerar y de realizar además una comparación entre los derechos reales y las obligaciones personales, Morineau llega a varias conclusiones, que transcribimos a continuación textualmente, porque nos parecen la parte medular del pensamiento del autor en relación con el tema tratado:

1. De la norma objetiva de derecho se deriva el derecho subjetivo absoluto y potestativo que autoriza la propia conducta del titular e impone el deber correlativo de respeto a todos los demás, sujetos pasivos *indeterminados*. Desde el punto de vista del sujeto pasivo, el derecho absoluto (y en consecuencia el derecho real) crea relaciones jurídicas *abstractas*. Por el contrario, la obligación personal se deriva inmediatamente de una norma individual de conducta que regula relaciones jurídicas *concretas*. El derecho real tiene siempre sujeto pasivo *indeterminado* y la obligación personal tiene siempre sujeto pasivo *determinado*.

Desde el punto de vista de la bilateralidad diremos que el derecho real (y todos los derechos absolutos) rige relaciones jurídicas abstractas y la obligación personal (derecho de crédito) rige relaciones jurídicas concretas.

2. El derecho real faculta la propia conducta; la obligación personal otorga derecho a la conducta ajena. Aunque en ambos casos existe una obligación correlativa de la facultad (bilateralidad) el derecho real (y todos los derechos absolutos) es, *en su carácter de derecho*, la autorización de la propia conducta, mientras que el de crédito es la autorización de la conducta ajena, el derecho a la conducta ajena.

3. El *objeto* del derecho real es siempre actividad potestativa; el *objeto* de la obligación personal es siempre actividad potestativa convertida en actividad obligatoria para el deudor.

4. El derecho real (y todos los derechos potestativos absolutos) es siempre la autorización de la propia conducta y como tal aumento del contenido de la libertad jurídica, mientras que la obligación personal es siempre la limitación de la libertad jurídica del deudor

5. El titular de un derecho real que enajena su derecho pierde una facultad

potestativa fundante; el deudor de una obligación personal convierte temporalmente su facultad potestativa fundante en deber jurídico concreto al obligarse a hacer lo que antes podía no hacer y a no hacer lo que antes podía hacer.

6. El derecho real es siempre absoluto; la obligación personal es siempre relativa.

7. El derecho real es siempre fundante; la obligación personal es siempre fundada.

8. Finalmente, el derecho real se distingue:

a) De otros derechos absolutos potestativos y fundantes porque es el único que atribuye actividades referidas a objetos exteriores al hombre. Estos objetos pueden ser reales o ideales.

b) De otros derechos subjetivos absolutos: por ser una facultad fundante mientras que el derecho a cumplir con el deber está fundado en el deber y la libertad jurídica fundada en las facultades fundantes. El derecho real es absoluto, fundante y potestativo; el derecho de crédito es un derecho subjetivo, relativo, fundado y potestativo.

En la segunda parte de la obra, Morineau analiza lo que el derecho positivo mexicano dice sobre el régimen del subsuelo, tanto en la legislación como en la jurisprudencia.

El autor se refiere primero a la Constitución y después a las leyes secundarias, particularmente la *Ley General de Bienes Nacionales* y la *Ley Minera*.

El régimen del subsuelo lo establece el artículo 27 constitucional, en sus párrafos cuarto y sexto. Por un lado, en el párrafo cuarto se enlistan los bienes sobre los que la Nación tiene el dominio directo, y entre ellos se incluyen "... todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos...". Por su lado, el párrafo sexto dispone que el dominio de la Nación sobre esos bienes es inalienable e imprescriptible.

La *Ley General de Bienes Nacionales* establece que son bienes del dominio público los señalados en el artículo 27 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, y señala además que los bienes del dominio público son inalienables e imprescriptibles, mientras no varíe su situación jurídica, añadiendo que los particulares sólo podrán adquirir derechos sobre su uso, aprovechamiento y explotación.

La *Ley Minera* describe los derechos que otorgan las concesiones de exploración (cateo) y explotación autorizando al concesionario la apropiación y beneficio de las sustancias que se extraigan de los terrenos que la concesión comprenda.

Hay que señalar que en el tiempo transcurrido entre la fecha del

libro y la fecha de este prólogo, las leyes sobre la materia han sido no sólo modificadas sino en ocasiones también sustituidas por otras.

En el lapso señalado, los párrafos cuarto y sexto del artículo 27 de la Constitución fueron modificados dos veces, el 20 de enero de 1960 y el 6 de febrero de 1975. En la primera ocasión para ampliar el párrafo cuarto otorgándole también a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; el párrafo sexto se cambió en el sentido de que sea el Ejecutivo Federal quien otorgue las concesiones para explotar los minerales del subsuelo, antes de esta reforma el mencionado párrafo decía: "...podrán hacerse concesiones por el Gobierno Federal...".

La segunda reforma, la del 6 de febrero de 1975, adicionó el párrafo sexto autorizando a la Nación en forma exclusiva para "generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público".

En relación con las leyes secundarias cabe destacar que las modificaciones son más numerosas.

La *Ley General de Bienes Nacionales* citada por el autor es la de 1941, después tenemos otra, publicada en el *Diario Oficial* el 26 de agosto de 1944, que fue reformada el 17 de diciembre de 1949 y el 29 de diciembre de 1967. Una nueva ley de bienes nacionales apareció el 30 de enero de 1969, reformada dos veces: el 26 de diciembre del mismo año y el 15 de enero de 1980. Esta ley fue finalmente abrogada por la ley de 8 de enero de 1982, que hasta la fecha sigue en vigor, aunque con varias reformas, que datan de: 12 de febrero y 24 de marzo de 1982, 7 de febrero de 1984, 21 de enero de 1985, 7 de enero de 1988, 3 de enero de 1992 y 29 de julio de 1994.

En cuanto a la *Ley Minera de los Estados Unidos Mexicanos*, el libro se refiere a la de 1930. Con posterioridad, esta materia estuvo regulada por la *Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia de Explotación y Aprovechamiento de Recursos Minerales* de 6 de febrero de 1961, y otra del mismo nombre, de 22 de diciembre de 1975, que fue abrogada por la *Ley Minera* vigente, de 26 de junio de 1992.

De cualquier modo, el dominio directo de la Nación sobre el subsuelo se ha mantenido, y como tampoco se ha cambiado su carácter de inalienable e imprescriptible, lógicamente tampoco han cambiado los derechos que las concesiones mineral otorgan.

Por lo anterior, pensamos que, por lo que se refiere al régimen jurí-

dico del subsuelo, la fundamentación de Morineau sigue siendo válida, así como sus conclusiones, cuando afirma que:

El aprovechamiento del subsuelo por parte de los particulares está sancionado por la Constitución, y los derechos que *no otorga* la concesión están expresamente fijados por el párrafo sexto del artículo 27 y reglamentados por la Ley General de Bienes Nacionales (artículo 2, 8, 12 y demás relativos), mientras que *el aspecto jurídico positivo (vs. negativo) de la concesión* lo encontramos en la Ley Minera de 1930.

La concesión minera, agrega, es un acto administrativo y es también un acto condición “que aplica la ley a un caso concreto, creando a favor del titular derechos y obligaciones”.

Partiendo de los párrafos cuarto y sexto del artículo 27 de la Constitución, considera que la concesión contiene dos elementos esenciales: por un lado, los derechos otorgados al concesionario que consisten en localizar, explotar, extraer y apropiarse de los minerales, y por el otro, las obligaciones de establecer trabajos regulares y de cumplir con las leyes.

Para terminar, reitera que el Gobierno no puede transmitir el dominio del subsuelo, por ser inalienable, y por ello la concesión no otorga ni la propiedad, ni derecho real alguno, “el subsuelo en México no es susceptible de propiedad privada”. La concesión tampoco otorga al concesionario la llamada posesión originaria, o sea la posesión *ad usucapionem*, porque el dominio de la Nación sobre el subsuelo, además de ser inalienable, es también imprescriptible.

MARTA MORINEAU

Ciudad Universitaria, marzo de 1996