

# CONTRIBUCION A LA HISTORIA DEL DERECHO MINERO, I: FUENTES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO MINERO ROMANO

ALEJANDRO VERGARA  
Universidad Católica de Chile

## I. INTRODUCCIÓN

1. *Explicación previa.* El objeto de este estudio\* es la búsqueda retrospectiva del origen de los principios del derecho minero. Tenemos presente que el tratamiento del derecho romano es un capítulo fundamental en todo trabajo con pretensión «histórico-dogmática», puesto que, siendo signo inevitable del derecho romano la reconstrucción histórica<sup>1</sup> no es posible prescindir -en esta materia- de su análisis y exposición.

Con todo, no se pretenda encontrar aquí una completa visión histórica de este período del derecho, ni siquiera un estudio detallado de cada aspecto del régimen de la minería. Ello está muy alejado de nuestras posibilidades y de las necesidades de esta investigación. Nuestro intento cubrirá, a través de los textos jurídicos<sup>2</sup>, sólo el descubrimiento de las características que hemos designado como principios del régimen jurídico de la minería de todos los tiempos<sup>3</sup>.

\* Este trabajo constituye un capítulo de mi tesis doctoral titulada *Reconstrucción histórica y dogmática del derecho minero* (Pamplona, Universidad de Navarra, 1988), 848 p. Sólo se han efectuado modificaciones de forma. Expreso aquí mi agradecimiento al sabio y maestro D. Alvaro D'Ors, pues tuvo la amabilidad y dedicación de revisar varias veces nuestro manuscrito.

<sup>1</sup> Sobre los principios del derecho minero, además de lo que diremos brevemente *infra*, véase: VERGARA B., A., *Formulación de principios para el derecho minero*, en *Revista de Derecho Público* 41-42 (Santiago, U. de Chile, 1987), en prensas.

<sup>2</sup> D'Ors, *Sobre el valor formativo del derecho romano*, en *Papeles del oficio universitario* (Madrid, Rialp, 1961), p. 164. Agrega, más adelante: «el derecho romano nos viene a deshacer el mito, aniquila el dogma falso y dota al jurista moderno de una complejidad mental capaz de entender la realidad jurídica de su tiempo» (p. 167), certera afirmación que se comprobará -a nuestro juicio- a través de este trabajo.

<sup>3</sup> Pues «la historia, y también la del derecho, consiste en textos y sólo en textos»: cfr. D'Ors *Notas para la historia del acueducto forzoso*, en *Homenaje al profesor Alfonso Otero* (Santiago, U. de Santiago de Compostela, 1981), p. 219.

<sup>4</sup> Cfr. VERGARA, *Formulación de principios* (n. 1).

De este modo, veremos, en este período del derecho, la posición de los textos jurídicos ante: (a) el problema del dominio de las minas; (b) el acceso de los particulares a su búsqueda o explotación, y el procedimiento concesional que, en su caso, se hubiere establecido; (c) la naturaleza jurídica de los derechos otorgados a los particulares para su aprovechamiento; y (d) por último, la intervención que, en tales aspectos, se arroga la Administración, o el poder político establecido, en su caso.

Nuestra indagación está dirigida a verificar si en el derecho romano se encontraban ya -aun cuando sea en germen- dichas características<sup>5</sup> que hemos visualizado como las que actualmente informarían al derecho minero.

Su estudio lo realizaremos retrospectivamente, distinguiendo las etapas históricas del derecho romano: el derecho post-clásico (230 d.C. al 530); luego el derecho clásico (130 a.C. al 230 d.C.)<sup>6</sup>; y, como una posible etapa de transición entre ambos períodos, incluiremos el derecho minero provincial romano.

2. *Las limitaciones de este examen.* No es fácil pretender estudiar nuestros presupuestos de trabajo en el derecho romano, cuando -de entrada- nos encontramos con esta afirmación de Jörs: «en el derecho romano era desconocido el derecho minero...»<sup>7</sup> No obstante, aún siendo esta doctrina generalmente aceptada, existe una profunda controversia sobre el tema, originada por diferentes opiniones en cuanto a la interpretación de textos, y aun en torno a las posibles interpolaciones introducidas en las fuentes, disputa esta última en la cual no nos es posible intervenir; por tanto, nos limitaremos a ofrecer los datos indispensables para nuestros

<sup>5</sup> Aun cuando dichos extremos los hemos explicitado usando una terminología moderna, la que luego tendremos ocasión de precisar para el derecho romano, lo cual origina indudables limitaciones que, por ahora, deberá comprender el lector.

<sup>6</sup> Cfr. D'ORS, *Derecho Privado Romano* (Pamplona, EUNSA, 1986), p. 78. No siempre se distinguen estas dos etapas en el estudio de las instituciones jurídicas de origen romano; mas, en nuestro caso, por la marcada evolución entre una época y otra es imprescindible enfrentar el tema de este modo; por otra parte, según se verá, las instituciones propiamente mineras presentan un desarrollo inverso al usual: normalmente, la etapa clásica, que goza de un derecho jurisprudencial y científico, es fuente riquísima para el estudio de otras instituciones, pero no en el caso de la minería (con excepción de dos documentos epigráficos que mencionaremos); por otro lado, la etapa post-clásica, a pesar de ser un derecho legislado y sometido, inferior científicamente que el anterior ofrece antecedentes riquísimos.

<sup>7</sup> JÖRS, *Derecho Privado Romano*, (ed. de W. KUNKEL, trad. esp. de la 2da. alem. de PRIETO CASTRO, Barcelona, Editorial Labor, 1965), p. 112 (que citaremos en lo sucesivo como: JÖRS-KUNKEL). Esta afirmación, por lo demás, no es aislada; asimismo: DI MARZO, Salvatore, *Istituzioni di Diritto Romano* (Milán, Giuffrè Editore, 1946), p. 216; del mismo modo, BIONDI, Biondo, *Istituzioni di diritto romano* (Milán, Giuffrè Editore, 1956), p. 266, señala que «la propiedad del suelo [en derecho romano clásico] se extiende al subsuelo y el propietario puede impedir que otro cave sobre su propiedad».

finés, no pudiendo ofrecer un examen acabado de los textos, sino basando nuestras opiniones en reconstrucciones realizadas por romanistas<sup>8</sup>.

En todo caso -y en la medida de nuestras posibilidades- hemos aplicado un modesto aparato crítico, esencial, por lo demás, en un trabajo con pretensiones científicas.

3. *La bibliografía.* Normalmente los romanistas, más preocupados del campo puramente privado, han descuidado el estudio de las instituciones de la materia publicística, sobre todo -en nuestro caso- las relacionadas con la minería.

En efecto, casi todos los textos al uso sobre derecho romano están destinados al estudio de las instituciones privadas, dentro de lo cual se incluye en ocasiones -a veces en forma muy breve- algunos antecedentes sobre la minería<sup>9</sup>.

No obstante, hay textos indudablemente muy valiosos<sup>10</sup>, que

<sup>8</sup>No podemos dejar de mencionar, al comienzo de esta indagación, algunos textos que nos han guiado, aun siendo de carácter más general: ALVAREZ SUAREZ, Ursicino, *Horizonte actual del Derecho Romano* (Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1944); PETIT, Paul, *Histoire Générale de l'empire romain* (París, Editions du Seuil, 1974); DE MARTINO, Francesco, *Storia Economica di Roma Antica* (Florenzia, La Nuova Italia Editrice, 1980) 1, p. 161-162; 2, p. 315-320 (con amplia bibliografía). Además, deben mencionarse otros textos de mucha utilidad para la ubicación y comprensión de las fuentes: BERGER, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Filadelfia, The American Philosophical Society, 1953) voces «*metallarii*» (miners) y «*metallum*» (a mine); MAYR, Robertus, *Vocabularium Codicis Iustiniani* (Hildesheim, Georg Olms Verlagsbuchhandlung, 1965) 1, «*pars latina*» [voces: *metalloria*; *metallarius* (*metallarii*); *metallicus* (*metallicum* y *metallicorum*); *metallum*; *metalli*; *metallo*; *metallorum*; *metallis* ], p. 1.550-1.551 y [voz: *procurator metallorum*] p. 1950; y 2, «*pars graeca*» [voces: *metallicu* (*piva*, in *metallum dare*); *metalliferai*], p. 270; MEINHART, Marianna, *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* (Berlín-New York, Walter de Gruyter, 1983) III, 2, col. 1876-1877. Además, ha sido indispensable para mí la palabra hablada y escrita de don Alvaro D'Ors.

<sup>9</sup>Nuestra afirmación sobre el virtual abandono del tema lo hemos comprobado en un extenso número de textos. Véase, por todos: GLÜCK, Federico, *Pandette* (Milán, L. Vallardi Editore, 1888) 6, p. 21; 7, p. 170 (obra de más de 40 volúmenes); COSTA, Emilio, *Storia del Diritto Romano Privato, dalle origine alle compilazioni giustiniane* (Turín, Fratelli Bocca Editori, 1911) p. 221 y 280; WINDSCHIED, Bernardo, *Diritto delle Pandette* (trad. it. de FADDA y BNSA, Turín, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1925) 1, p. 602; SERAFINI, Felipe, *Instituciones de Derecho Romano* (9na. ed. it. de GIAMMICHELE, trad. esp. de TRIAS, Madrid, Espasa-Calpe, 1927) 1, p. 365; BONFANTE, Pietro, *Instituciones de Derecho Romano* (trad. esp., de la 8va. ed. it., Madrid, Editorial Reus, 1929) p. 318 y 335; ALBERTARIO, Emilio, *Studi di diritto romano* (Milán, Giuffrè editore, 1937) 5, p. 163; en fin: VOCI; JÖRS-KUNKEL; DI MARZO; BIONDI; ARANCIO-RUIZ; VOLTERRA; IGLESIAS; GUARINO, etc, etc. Ninguno de estos textos trata de la minería en forma especial, a pesar de la importancia que tuvo en el mundo romano; en muchos casos es mencionada sólo colateralmente, con ocasión del estudio de las limitaciones del derecho de propiedad, o de las servidumbres.

<sup>10</sup>Nos referimos, en especial, a los trabajos de: MISPOULET, *Le régime des mines à l'époque romaine et au Moyen âge d'après les tables d'Aljustrel* (1908); SCHÖNBÄUER, *Beiträge zur Geschichte des Bergbaurechts* (1929)- a los cuales, lamentablemente, no hemos podido acceder; D'ORS, citados ampliamente *infra*, en su lugar; al más reciente de: NEGRI, Giovanni, *Diritto Minerario Romano, I: Studi esegetici sul regime delle cave private nel pensiero*

mencionaremos, y otros, por último, que no siempre siendo de especialistas, ofrecen importantes antecedentes, previo al tratamiento de alguna cuestión sobre la minería".

## II. LA MINERÍA EN EL RÉGIMEN TARDO-ROMANO

El estudio de la minería en el derecho minero romano post-clásico no presenta mayores dificultades, ya que en las grandes recopilaciones legislativas de la época —el *Codex Theodosianus* y el *Codex Iustinianus*— encontramos leyes específicas sobre la materia, y que nos ofrecen antecedentes que pueden considerarse como definitivos en la evolución que, como se verá, ha venido operándose en el derecho minero romano.

1. *La consagración de nuevos principios.* En esta época se consagran definitivamente los nuevos principios en materia minera; la lenta evolución que se había venido desarrollando a través del derecho clásico, en virtud de la cual la propiedad fue cada vez más limitada por los

*dei giuristi classici* (Milán, Giuffré Editore, 1985). Cfr., además, las rec. de HORAK, Franz, *Sul "diritto minerario" romano*, en *Labeo, Rassegna di Diritto Romano* 33 (1983) 1, p. 75-84; y de ASTOLFI, Riccardo, *Diritto Minerario e problemi di metodo*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LII (1986), p. 516-536. Este libro de NEGRI constituye la primera parte de un trabajo que comienza recién, y que aún no alcanza el análisis del régimen tardo-romano y provincial, que es lo de mayor interés para nuestra indagación.

<sup>11</sup> Entre éstos, debemos citar a: MANTELLINI, Giuseppe, *Lo stato e il codice civile* (Florencia, G. Barbéra Editore, 1882) 2, p. 203-223; PACINOTTI, Giovanni, *Le miniere, le torbiere e le cave* en *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano* (dir. ORLANDO, Milán, Società Editrice Libraira, 1930) 5, p. 686-688; GILARDONI, Annibale, *Miniere, Cave e Torbiere*, en *Il Digesto Italiano* (Turín, UTET, 1929) XV, II, p. 258-266; CALLEGARI, Dante, *L'ipoteca mineraria* (Padúa, Cedam, 1934), p. 15-45. Merecen mencionarse, además, por tener un tratamiento aun cuando breve, pero más preciso que lo usual en lo tocante a minería los siguientes trabajos de romanistas ya citados antes por otros trabajos suyos: BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano* (Milán, Giuffré Editore, 1954) 3, p. 308-309; y BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano: II, La Proprietá*, 1, en *Opere Complete di* (Milán, Giuffré Editore, 1966) 4, p. 269-271, y 309-311.

<sup>12</sup> El CTh. contiene en su lib. X el tít. 19, denominado «*De metallis et metallariis*» («de las minas y de los mineros»), con 15 Constituciones de diferentes emperadores, sobre la materia. En cuanto al texto latino, seguimos al que ofrece: GOTHOFREDI, Iacobi, *Codex Theodosianus cum perpetuis Comentariis* (Leipzig, Sumptibus Maur. Georgii Weidmanni, 1738: edic. fot. de Georg Olms Verlag, Hildesheim-New York, 1975) 3, p. 517-532. De este código no conocemos trad. española, pero sí existe una inglesa: *The Theodosian Code* (trad. ingl. de Clyde PHARR, New Jersey, Princeton University Press, 1952), p. 283-285. El texto de uso ordinario y más confiable del CTh. es el de MOMMSEN, al que no pudimos acceder, razón por la que tuvimos que recurrir a este procedimiento indirecto.

<sup>13</sup> Por su parte, el CI., contiene un importante tít.: el 7 de su lib. XI, que trata «*De metallariis, et metallis et procuratoribus metallorum*» («de los mineros, de las minas y de los intendentes de los minerales»). Existe una traducción española de BACARDI, en *Cuerpo del Derecho Civil* (Barcelona, Establecimiento Tipográfico de Narciso Ramírez y Compañía, 1874) 2, p. 550-551. En cuanto al texto latino, seguiremos a: *Corpus Iuris Civilis: II, Codex Iustinianus* (ed. de Paulus KRUEGER, Berlín, Apud Weidmannos, 1959), p. 430.

derechos mineros, y, abriendo paso a las necesidades de la explotación minera, se acogió en definitiva manifestaciones nacidas en la legislación provincial; por lo que afirmaremos que el régimen tardo-romano procede del derecho de las provincias (*vid. infra*); y creemos que esto es lo que en el año 320 llevaría al romano a consagrar, a través de una ley que se la ha calificado de «revolucionaria»<sup>14</sup>, un principio que perduraría para siempre en los regímenes jurídicos de la minería: la facultad de buscar y cavar en tierras ajenas. Tal es su tenor:

Secandorum marmorum ex quibuscumque metallis  
volentibus tribuimus facultatem ita ut qui caedere metallum  
atque ex eo facere quodcumque, decreverint, etiam distrahendi  
habeant liberam potestatem<sup>15</sup>.

Esta facultad jurídica es novedosa en el derecho romano en cuanto está consagrada en la ley, y en cuanto atribuye, de un modo general, a cualquiera, el poder de sacar sustancias minerales del suelo ajeno; este principio vendría a cambiar todo lo hasta aquí existente; debe considerarse que ya no se trata de un suelo que es propiedad del mismo Estado que autoriza, sino de particulares; es a través de esta difusa autorización general que se iría germinando el definitivo procedimiento concesional: por el lado del Estado, sería necesario un título jurídicamente válido para otorgar estas autorizaciones, lo que desembocaría más tarde en la afectación de todas las minas a su dominio (ya que de otro modo se trataría de una verdadera expropiación a favor de particulares); y, por otro lado, el particular que quisiese explotar minas ya no se bastaría con una autorización general, sino exigiría algún acto jurídico que le diera seguridad en su derecho, exigencia que desembocaría en lo que, materialmente, hoy llamamos «concesión», detrás de la cual existe todo un estatuto en que descansan los derechos del particular.

En base a este nuevo principio, aparecería clara la interpolación del fragmento de Ulpianus, D 8.4.13.1<sup>16</sup> (que transcribimos *infra* IV 2 A), en virtud del cual se declaraba existente para el período clásico la costumbre de extraer minerales libremente, previo pago al propietario de una compensación; el texto habría sido agregado en tiempos de Justinianus, con el fin de «adaptarlo a las nuevas disposiciones legislativas»<sup>17</sup> de esta

<sup>14</sup> BIONDI, *Il diritto* (n. 11), p. 308.

<sup>15</sup> Const. de CONSTANTINUS, reproducida en CTh. 10. 19. 1. En su virtud, a toda persona que lo desease, el Estado le garantiza el derecho a extraer mármol de cualquier cantera; como cualquier persona puede decidir extraer otros minerales, teniendo un derecho no restringido a venderlo.

<sup>16</sup> BIONDI, *Il diritto* (n. 11), p. 309; BONFANTE, *Corso* (n. 11), p. 310.

<sup>17</sup> BIONDI, *Il diritto* (n. 11), p. 309. En todo caso, es muy correcta la opinión de este autor en el sentido que lo que se instaure con esta ley «en antítesis con el clásico, es un régimen de sociabilidad de la minería».

época, que serían precisamente las que ahora estudiamos. No obstante, estas conclusiones, a nuestro parecer, son discutibles; creemos que esta última interpretación no concuerda con el propio texto que se dice interpolado, el que se refiere a la *consuetudo*, y no a la *lex*, por lo cual podríamos decir que más que una adaptación a estas leyes tardías, lo que podría representar el texto es una adaptación a la costumbre en tal sentido, que venía manifestándose durante todo el período clásico, paulatinamente, y que, en definitiva desembocaría en tales concretizaciones legislativas.

Pensamos, además, que si bien (por lo que veremos más adelante) hay una reforma del derecho minero por medio de la ley señalada, ello no significó haber cambiado de un modo radical las cosas, sino consagrar en forma definitiva un principio que poco a poco venía vislumbrándose en el período clásico; de otro modo, creemos, los propietarios fundiarios, al creerse seriamente perjudicados con una medida tan radical y sin precedentes (casi una expropiación, como apuntábamos) -que les disminuiría pretendidos poderes absolutos sobre su propiedad *usque ad coelum, usque ad inferos*, como hiperbólicamente dijo el glosador, según sabemos-, habrían tenido que manifestarse violentamente en contra de una tal medida... y la historia nada dice al respecto; ello podría significar que una ley como la transcrita fue dictada en un ambiente que ya estaba preparado para una medida así, la que no habría venido más que a consagrar lo que, de uno u otro modo, promovía la costumbre.

2. *Las leyes del Teodosiano.* En la organización jurídica de la minería instaurada por las leyes del Teodosiano, se aplicó principios que seguían los precedentes de la *lex metallis dicta* (o Vip. II: *vid. infra*). Se dirigía la actividad minera en el Imperio a través de los *procuratores metallorum*, jefes o intendentes de distritos mineros. Estos *procuratores*, además de efectuar las labores de policía (en el sentido moderno de la intervención administrativa) en las explotaciones de los particulares, ejercitaban la vigilancia y dirección sobre los trabajos de excavación realizados por esclavos *in ministerium metallicorum et in salinas*<sup>16</sup>.

a) *La explotación de los mármoles.* Lo más singular de las leyes del Teodosiano es lo relativo a las canteras de mármol, ya que en cuanto al resto de las explotaciones no era ni siquiera original de las ideas que venían evolucionando desde el derecho romano clásico (*vide infra*). Respecto del mármol, encontramos sus primeras manifestaciones<sup>17</sup> retrocediendo a

<sup>16</sup> Cfr.: GILARDONI (n. 11), p. 262.

<sup>17</sup> Nos referimos a la const. de CONSTANTINUS, de 320, que hemos reproducido *supra*; a la de IULIANUS, de 363 = CTh. 10. 19. 2., y a la de GRATIANUS, de 376 = CTh. 10. 19. 8. Luego de esta última, ha quedado definitiva y expresamente sancionada la libertad de excavación del mármol.

constituciones de Constantinus, de Iulianus, y de Gratianus. La importancia de estas constituciones es la consagración reiterada del principio de libertad de extracción del mármol en terreno ajeno, minería que permanecerá en un régimen diferente a la extracción de otras sustancias minerales, por consideraciones de interés público -según se piensa, por el interés estatal de mejorar la condición edilicia de las ciudades<sup>21</sup>, ya que no se verá afectada por ciertas restricciones, ni pagará en un principio el *canon fiscal* o *portorium*, que no obstante las gravaría posteriormente<sup>22</sup>.

b) La ley «*Perpensa deliberatione*». La clara afirmación que surge en las leyes del Teodosiano de la legitimidad de los derechos mineros<sup>23</sup>, no nace para el particular sólo a base de un derecho de descubridor sino muy ligado al trabajo que efectúa en las explotaciones mineras, trabajo que posteriormente será exigido por el Estado, valor confirmado por esta ley de Valentinianus, de 365:

Perpensa deliberatione duximus sanciendum, ut, quicumque exercitium metallorum vellet adfluere, is labore proprio et sibi et rei publicae commoda compararet. Itaque si qui sponte confluerint, eos laudabilis tua octonos scripulos in balluca cogat exsolvere. Quidquid autem amplius colligere potuerint, fisco potissimum distrahant, a quo competentia ex largitionibus nostris pretia suscipiant<sup>24</sup>.

El interés del Estado («el interés de la república», según la ley), por la vía del reconocimiento de la legitimidad de esta industria, ha infiltrado

<sup>21</sup> GILARDONI (n. 11), p. 262.

<sup>22</sup> Por ley del 382, *Cuncti: vid. infra*. El citado cobro de tributos permanecerá en CTh., no obstante la derogación de estas disposiciones especiales para las canteras de mármol. Esto deja ver claramente la evolución del interés del fisco, en que ya no interesará tanto la mejoría de las ciudades como la caja del erario.

<sup>23</sup> Tanto GILARDONI (n. 11), p. 262, como BIONDI, *Il diritto* (n. 11), p. 309, refieren como «propiedad minera», lo que preferimos denominar «derechos mineros».

<sup>24</sup> Reproducida en CTh. 10. 19. 3. = Cl. 11. 7. 1., cuya trad. española [BACARDI, (n. 13)] es la siguiente: "Después de una madura deliberación hemos creído conveniente mandar, que todo el que se ocupe en el trabajo de las minas, al mismo tiempo que saca su legítima utilidad de su industria, contribuya al bien del Estado. Por lo mismo, al que espontáneamente emprende esta clase de trabajo le obligarás a contribuir con ocho escrúpulos por onza de mineral que arrancare. Los que recogieren una grande cantidad de metal, deberán venderlo al fisco, que le pagará el precio por nuestra tesorería".

En esta última declaración («...deberán venderlo al fisco...») los juristas del medioevo creyeron ver un ejemplo de venta coactiva, sobre la cual se basaría la doctrina de la expropiación: cfr. NICOLINI, Ugo, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia* (Milán, Giuffrè Editore, 1940), p. 281.

una vez más la clave fiscal: una contribución de «ocho escrúpulos (1/24) por onza de mineral que arrancare». Es aquí, además donde el hilo de nuestra argumentación encuentra un nuevo acogimiento; a nuestro modo de ver las cosas, el Estado lo que busca es un título (por así decirlo), bajo cuyo pretexto cobrar legítimamente las contribuciones sobre las minas concedidas; en esta misma línea de pensamiento se encuentra Biondi, quien estima derechamente que, a través de estos principios, «se infiltra el concepto del subsuelo como entidad dominical, y se delinea dentro de ciertos límites, el derecho del propietario del suelo»<sup>24</sup>. Así, quien es titular de un especial dominio sobre las minas, en última instancia, es el Estado, pasando las sustancias minerales a ser propiedad de los particulares sólo una vez que las arrancaren, previo pago al fisco de su contribución. He aquí, entonces, dos características perfectamente delineadas: la afectación dominical pública de las minas, y la siempre presente clave fiscal<sup>25</sup>.

c) La ley «*Cuncti*». Esta ley se ha hecho famosa por haber originado una intensa polémica en la doctrina<sup>26</sup>, y fue dictada por Theodosius I en 382, y su tenor en el siguiente:

*Cuncti, qui per privatorum loca saxorum venam laboriosis effossionibus persequuntur, decimas fisco, decimas etiam domino repraesentent, cetero modo suis desideriis vindicando*<sup>27</sup>.

A través de esta ley, ya aparece claro, se consagra definitivamente el principio del derecho fiscal a la décima, que tanta perduración tendría, en la clave fiscal que ya se ha establecido con fuerza suficiente, cubriendo tanto los metales (*vid. supra*, ley anterior), como, ahora, los mármoles. Se ha señalado que, en realidad, esta ley no vendría a ser sino una excepción, por estar restringida sólo al mármol, dictada con el objeto de establecer una décima para el dueño del terreno, derecho que no estaba reconocido en general<sup>28</sup>. Bien pudo haber sido -pensamos- una limitación más

<sup>24</sup> BIONDI, *Il diritto* (n. 11), p. 309.

<sup>25</sup> Hay quienes creen ver en esta ley el primer germen del llamado sistema de la «regalía minera»; pensamiento bastante generalizado en la doctrina. Por todos, PACINOTTI (n. 11), p. 687.

<sup>26</sup> Aun cuando siempre utilizándola como argumento para rechazar o defender argumentos de pretendidos antecedentes para el «sistema de la regalía minera». *Vid.* nota anterior.

<sup>27</sup> Reproducida en CTh. 10. 19. 10. = Cl. 11. 7. 3., cuya traducción (BACARDI) es la siguiente: «Los que con trabajosas excavaciones buscan el mármol, deben entregar la décima parte al fisco y otra décima al dueño del terreno, quedando para ellos lo restante».

<sup>28</sup> Cfr. MANTELLINI (n. 11), p. 213, *in fine*.

impuesta a la explotación de canteras de mármol, antaño bastante aprovechadas, incluso con fomento fiscal (*vid. supra*); es posible que al haberse generalizado en tal magnitud esta búsqueda del mármol, que a pesar de haber quedado exenta de impuestos en un principio, se establecía ahora uno doble: tanto una *decima fisco*, como un *decima etiam domino repraesentent*; por otro lado, además de esta doble contribución, recuérdese que el mismo Theodosius, en 393, dicta la ley «*Quosdam*» con el objeto de prohibir excavaciones profundas que perjudicasen los cimientos de casas ajenas, la que es del siguiente tenor:

Quosdam operta humo esse saxa dicentes id agere cognovimus, ut defossis in altum cuniculis alienarum aedium fundamenta labefactent. qua de re, si quando huiusmodi marmora sub aedificiis latere dicantur, perquirendi eadem copia denegetur\*.

Finalmente, debemos señalar que la mayor atención que se le presta por la doctrina a la ley *Cuncti* es con el sólo objeto de verificar si habría existido ya desde el período romano derechamente una «regalía» minera, una quasi regalía o alguna mixtura<sup>2</sup>; de todos modos, si en algo estamos de acuerdo con quienes así enfrentan esta materia, es que la *decima* que establece la ley *Cuncti* -o como quiera llamársele: contribución, tasa, impuesto, etc.- ya no desaparecerá más de los regímenes mineros en toda su historia: es la «clave fiscal».

d) *Otras leyes de Teodosiano*. Por último, aun cuando sea brevemente,

\*Reproducida en CTh. 10. 19. 14. No reproducimos su parte final, que es precisamente lo que se mutiló en CI. 11. 7. 6., al copiar esta ley. Su traducción española (BACARDI), es la siguiente: "Teniendo noticia que algunos, bajo pretexto de buscar mármoles, practican profundas excavaciones, perjudicando los cimientos de casas ajenas, mandamos no se conceda facultad para buscar mármoles debajo de terrenos edificados".

Es tal la importancia que habría adquirido esa limitación, que es la única ley que se mantuvo en el Breviario de Alarico (LVR.), de acuerdo a la extensión original que esta ley *Quosdam* tenía en CTh. 10. 19. 14. Vid.: *Lex Romana Visigothorum* (edit. Gustavus HAENEL, 1849, reprod. por Scientia Aalen, 1962) p. 218. Según GILARDONI (n.11), p. 266, en esta época se mantuvo todos los principios del régimen jurídico de la minería. Estas leyes del Teodosiano -entonces- hubieron de pervivir en la Alta Edad Media, pues el Breviario Alariciano fue, para esa época, la fuente principal de la tradición romana, hasta la recepción del *Corpus Iuris*, y, en concreto, del Código de Justiniano; por otro lado (en lo que adelantamos como un argumento especialmente aprovechable por quienes propugnan una continuidad de la regalía), tanto la ley «*Cuncti*», como la ley «*Quosdam*», son las únicas que más tarde citará Gregorio LOPEZ, en sus glosas a las Partidas, y precisamente en defensa de la décima. Vid. el siguiente trabajo de esta serie: VERGARA, *Contribución a la historia del derecho minero, II: Fuentes y principios del derecho español medieval y moderno*, en RChHD. (en prensas).

<sup>2</sup>Por todos, GILARDONI, (n. 11), p. 262.

debemos hacer mención a otras leyes del Teodosiano, que, refiriéndose al tema, permiten confirmar los principios que hemos desprendido de las leyes anteriores, leyes que se encuentran en el mismo CTh.<sup>21</sup>

Del examen de todas ellas queda no sólo claro el decidido interés fiscal por los impuestos, sino también por proporcionar actos jurídicos, que hace vislumbrar aun cuando difusamente la generalización de un procedimiento concesional; así, en la ley «*Quosdam*» (CTh. 10. 19. 14) se habla de «conceder facultad» para extraer mármoles; y en la ley «*Metallarii*» (CTh. 10. 19. 15) se habla de un «registro de los censos», en que se inscribían los explotadores de metales.

Hacemos notar, eso sí, que estas leyes son precisamente tardías (años 395 y 424, respectivamente), de tal modo que podrían hacer pensar en una posible evolución; de aquí en adelante -en los tiempos modernos- ya vendrán las «licencias», los «permisos», o, en fin, «autorizaciones» o «concesiones». Mas, pensamos que en esta época se encuentra el germen.

3. *El derecho minero justinianeo.* En la época del derecho justinianeo (posterior, en el tiempo, a la época del Teodosiano, por cierto), a través del CI. se realiza una compilación de algunas de las leyes mineras que regían en el Teodosiano, incluyendo obviamente las más importantes, como son la ley «*Cuncti*»<sup>22</sup> y la «*Perpensa deliberatione*»<sup>23</sup>, sobre todo para los derechos fiscales. El CI. representa en esta materia una continuación de los principios instaurados por las leyes del Teodosiano, no obstante que, en algunos casos, elimina normas anteriores. Es así como se deroga todo el régimen especial que se había creado al margen de la minería de mármol. En todo caso, en esta época se mantiene intacta la inspiración ya germinada mucho antes en el derecho minero romano, y que examinamos en seguida.

### III. EL DERECHO MINERO PROVINCIAL ROMANO

1. *Las tablas de bronce de Vipasca.* Analizar el derecho minero provincial romano, significa referirse a las tablas de bronce de Vipasca.

En los escombros de antiguas minas explotadas por los romanos -ubicadas en Aljustrel (Portugal), antiguo distrito minero romano denominado por ellos Vipasca- se encontró en los años 1876 y 1906 sendos documentos epigráficos, esculpidos en bronce, los cuales tienen grabados antecedentes preciosos sobre el régimen jurídico de la minería

<sup>21</sup> Vid. CTh. 10. 19. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15.

<sup>22</sup> CTh. 10. 19. 4 = CI. 11. 7. 3.

<sup>23</sup> CTh. 10. 19. 3 = CI. 11. 7. 1.

provincial romana, información que no tiene parangón en ninguna otra fuente<sup>24</sup>, y que ha sido calificada de «única e incomparable»<sup>25</sup>.

2. *La lex territorio metalli Vipascensis dicta*. La *lex territorio metalli Vipascensis dicta*, es, en otras palabras, el «estatuto del territorio minero de Vipasca», y la denominaremos -como Alvaro D'Ors- *Vipasca I* (o *Vip. I*) -como al siguiente *Vipasca II* (o *Vip. II*). Se trata de una *lex locationis* en la que se fijan los derechos de los diferentes arrendatarios de los servicios

<sup>24</sup> Las primeras ediciones datan de la fecha del descubrimiento de los bronce; no obstante, en 1951, Alvaro D'Ors, por estimar defectuosas las anteriores ediciones ofreció una nueva versión del bronce descubierto en 1906, vid: D'Ors, *Sobre la Lex Metalli Vipascensis II* en *IURA. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico* 2 (1951), p. 127-133. Luego, en D'Ors, *Epigrafía Jurídica de la España Romana* (Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. 1953), p. 71ss., ofreció versiones de ambos bronce. También están editados en: GIUFFRÉ, Vincenzo, *Les Lois des Romains* (Nápoles, Jovene Editore, 1977) como «estatutos mineros», p. 78-87. Ofrece, asimismo, edición latina: DOMERGUE, Claude, *La Mine Antique D'Aljustrel (Portugal) et les tables de bronze de Vipasca* (París, Publications du Centre Pierre Paris, 1983), p. 47 (*Vip. I*) y p. 113 (*Vip. II*). Estas son las ediciones más modernas, por lo tanto, las que seguiremos en este trabajo.

Dentro de las ediciones más antiguas, véase: *Fontes Iuris Romani Antejustiniani* (FIRA) (edit. Salvator Ricconono, Florencia, Tipográfica Barbéna, 1941) I, «leges», p. 498-502, n°104 (*Vip. II*, «lex metallis dicta»). y p. 502-507, n° 105 (*Vip. I*), «lex territorio Metalli Vipascensis dicta»). Asimismo, *Corpus Inscriptionum Latinarum* (CIL) (edit. Aemilius Hübnér, Berlín, Apud Georgium Reimerum, 1962) 2, suppl., p. 788-802, donde se edita sólo la tabla que se denomina *Vip. I*, incluyendo su apógrafo, por ambos lados (p. 789-790); su edición (p. 791-792); amplio comentario (p.793-801); y, anotaciones de Th. Mommsen y de Francisci Buecheleri, (p.801).

Traducciones existen también a varios idiomas, menos al castellano. Vid. la francesa en: DOMERGUE (esta n.), p. 47 (*Vip. I*) y p. 113 (*Vip. II*); la inglesa en: PHARR, Clyde, *Ancient Roman Statutes* (Austin, University of Texas Press, 1961), p. 163, doc. 206 (*Vip. I*) y p. 165, doc. 206a. (*Vip. II*).

La bibliografía es amplísima, destacándose los trabajos de D'Ors, *Sobre la Lex Metalli* (estan.); D'Ors, *Pittacion - pittaciarum*, en ASCYPTUS, *Rivista Italiana di Egittologia e di papirologia* 31 (1951), p. 339-343; D'Ors, *Epigrafía* (esta n.) p. 69-133. Esta última obra ha sido calificada como «una de las más importantes obras epigráficas aparecidas en castellano»: cfr. BELTRÁN, Antonio, ed. de *Hispania Antiqua Epigráfica* 4-5 (1953-1954) p. 10, y contiene un completísimo estudio de ambos bronce, la que se separa, en muchos aspectos, de los estudios básicos sobre el tema que años antes había realizado el alemán SCHÖNBAUER. En ella se encuentra una importante bibliografía (p. 73-74). Luego, la obra de DOMERGUE (esta n.), es la más moderna dedicada íntegramente al tema, y plena de interés para nuestra indagación. Contiene la más completa bibliografía que conocemos sobre el tema (p. 181-188), y realiza un análisis exhaustivo de ambos bronce. Existe, además, una modesta aportación de GIBERT, Rafael, *Lex Metalli Vipascensis*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Barcelona, Editorial Seix, 1974) 15, p. 156-159. No ha perdido vigencia el tema desde principios de siglo y fines del anterior (en que se descubrieron los bronce); en Italia, véase: CANTARELLI, Luigi, *Un regolamento minerario romano scoperto nel Portogallo*, en *Bolletino dell'istituto di diritto romano* 18 (1906) p. 309-313, lugar en que, además edita *Vip. II*; CANTARELLI, rec. en *BIDR* 20 (1908) p. 104-106; por otra parte, decepcionan las cinco líneas que le dedica LONGO, Giannetto, voz *Lex territorio metalli Vipascensis dicta* en *Novissimo Digesto Italiano* (Turín, UTET, 1963) 9, p.823. Incluso, el antiguo trabajo de SCHÖNBAUER, *Das Bergrecht von Vipasca*, se ha reproducido en *Labeo. RDR* 15 (1969), p. 327-345. Y, por último, CAPANELLI, Daniele, *Para un nuevo examen de las "leges metalli Vipascensis"*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 72 (1987) p.575-584, aun cuando muy brevemente y sin mayores análisis.

<sup>25</sup> D'Ors, *Epigrafía* (n. 34) p. 71.

públicos del territorio minero Vipasca, los cuales serían mantenidos por ellos en régimen de monopolio; así: el arriendo del impuesto de subasta; del pregon; del baño público; de la zapatería; de la barbería; de la tintorería; en fin, del impuesto sobre compra del mineral extraído; señala este bronce, además, reglas sobre una *immunitas* de los maestros de Vipasca. Sólo su último capítulo, el 9, proporciona información sobre el régimen jurídico de las minas -indirectamente-, al referirse a un impuesto que grava la ocupación de los pozos mineros; su tenor es el siguiente:

Usurpationes puteorum siue pittaciarum. Qui intra fines metalli Vipascensis puteum locum que putei iuris retinendi causa usurpabit occupabitue e lege metallis dicta, biduo proximo quod usurpauerit occupauerit apud conductorem socium actoremue huiusce uectigalis profiteatur...\*.

Este capítulo sobre *usurpationes* de pozos (*usurpatio* significa toma de posesión), ha ocasionado muchas controversias. Su interpretación indicaría que aquel que tuviese «derecho de ocupación» de un «pozo» (*puteur*), por haberlo ocupado para la explotación, deberá -según una «ley de minas» (*lege metallis dicta*), que se señala-, dentro de los dos días siguientes, pagar ante el jefe del distrito un impuesto (*uectigalis*) sobre su derecho de ocupación.

3. *La lex metallis dicta*. El segundo documento epigráfico, la *lex metallis idcta*, es de tal importancia que sin su conocimiento muy poco se sabría del régimen jurídico de la minería en las provincias romanas; régimen que podría haber influido, no sólo en el pensamiento del jurista clásico<sup>24</sup>, sino también en el posterior desarrollo del derecho minero tardo-romano. Se trataría seguramente de una *lex metallis dicta* general no sólo para Vipasca, sino para todas las minas del fisco -una *lex metallis dicta*- en la que se determina el régimen de la explotación, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también técnico, evidenciando esta última parte una poderosa intervención administrativa. Sus tres primeros apartados tratan específicamente del otorgamiento de derechos de explotar (o «concesiones de explotación» como derechamente las llama Alvaro D'Ors), y son del siguiente tenor:

...Ulpio Aeliano suo salutem,

(1)...Aug. presens numerato. Qui ita non fecerit et conuictis

\* Cfr. ed. lat. de: GIUFFRÉ (n. 34), p. 87; D'ORS, *Epigrafía*, (n. 34), p. 103-104; y DOMERGUE (n. 34), p. 57.

<sup>24</sup> Aun cuando -como señala D'Ors, en *anotaciones* a nuestro manuscrito (en adelante: *anotaciones*), no sin razón- «los juristas clásicos no parecen estar interesados por las minas fiscales».

erit prius coxisse uenam quam pretium sicut supra scriptum est, soluisse pars occupatoris commissa esto et puteum uniuersum procurator metallorum uendito. Is, qui probauerit ante colonum uenam coxisse quam pretium partis dimidiae ad fiscum pertinentis numerasse, partem quartam accipito.

(2) Putei argentari ex forma exerceri debent quae hac lege continetur; quorum pretia secundum liberalitatem secretissimi imperatoris Hadriani Aug. obseraubuntur, ita ut ad eum pertineat proprietas partis, quae ad fiscum pertinebit, qui primus pretium puteo fecerit et sestertia quattuor milia nummum fisco intulebit.

(3) Qui ex numero puteorum quinque unum ad uenam perduxerit, in ceteris, sicut supra scribuntur, opus sine intermissione facito; ni ita fecerit, alii occupandi potestas esto. Qui post dies XXV praeparationi impensarum datis opus quidem statim facere coeperit, diebus autem continuis decem postea in opere cessauerit, alii occupandi ius esto. Puteum a fisco uenditum continuis sex mensibus intermissum alii occupandi ius esto, ita ut, cum uena ex eo proferentur, ex more pars dimidia fisco salua sit\*.

4. *El régimen jurídico.* En los párrafos que siguen se analizará el régimen jurídico que resulta de estos textos.

A) *La «propiedad» de las minas.* Nos referiremos en primer lugar al tema de la «propiedad» de las minas\*. La reglamentación contenida en Vip. II habría regido en el suelo provincial (en principio, pues, estrictamente, luego Vip. II habría pasado a constituir un cuerpo especial del derecho de las minas fiscales de todo el imperio), por lo que debe recordarse que según Gaius:

Sed in prouinciali solo placet plerisque locum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est uel Caesaris, nos autem possessionem tantum uel usumfructum habere uidemur\*.

\* Cfr. ed. lat. de: GIUFFRÉ (n. 34), p. 79-80; D'ORS, *Epigrafía* (n. 34), p. 113-121; y DOMERGUE (n. 34), p. 115. Los siguientes cinco párrafos, que contemplan el texto conservado de esta lex, contienen regulaciones de sociedades de mineros; medidas de policía y prescripciones de carácter técnico, que evidencian una alta intervención administrativa, y pueden consultarse en la bibliografía citada.

\* Tanto este tema, como en general el análisis de los bronce de Vipasca, presenta una enorme dificultad para quienes no podemos terciar a través de un examen epigráfico de las fuentes, y nos valemos de las ediciones y traducciones que nos dan los especialistas, dificultad que se acrecienta aún más cuando no es posible encontrar en la doctrina ninguna obra no contradicha por otra, haciendo gala este tema de grandes discrepancias de interpretación. Según D'ORS, *Epigrafía*, (n. 34), p. 76: «la cuestión ha sido enturbiada por el deseo de los autores de demostrar o refutar la continuidad del régimen minero romano con el germánico medieval».

Entonces, aparece evidente el dominio originario que sobre las minas provinciales tendría el Estado, lo que podría interpretarse ciertamente como un monopolio estatal, de acuerdo con la opinión de Petit<sup>4</sup>.

Pero es evidente que a través de esta legislación el Estado va diferenciando los dos valores jurídicos a que hemos aludido con anterioridad, aun cuando ambos de su titularidad: la propiedad del suelo superficial y la propiedad de las minas, interviniendo activamente frente a estas últimas -a través de una difusa «afectación», en terminología moderna- con el fin de que fuesen explotadas debidamente. No por otra razón en cada distrito minero había a su cargo un *procurator metallorum*, representante del fisco Imperial, y titular de la intervención administrativa que en forma activa propugnaba y efectuaba el Estado.

B) *El derecho a explotar minas.* En segundo lugar, trataremos el tema del derecho a explotar minas. Según una opinión, al fisco -dueño de las minas, y que no explotaba directamente- no le interesaba tener sino dinero (al parecer en la misma línea de nuestro pensamiento al exponer la que hemos denominado la clave fiscal), por lo que acudía a un «régimen de concesión»<sup>5</sup>. Otros<sup>6</sup> no utilizan directamente tal denominación, señalando que el derecho a explotar podía adquirirse de variadas formas: por la *occupatio*; la venta; la *donatio*; y, en fin -ya claramente-, la *adsignatio*. En fin, sea como sea, el derecho que se obtenía en definitiva, similar para todos los casos, permitía la efectiva explotación de los pozos.

Cualquier colono del distrito de Vipasca tenía derecho a *occupare* un pozo minero que encontrase libre; para ello debía hacer una *professio* al arrendatario del impuesto especial sobre las ocupaciones, que se llamaba *pittiaciarum*; para realizar tal *professio* tenía el que ocupaba el pozo un plazo de dos días (Vip. I.9); una vez en esta situación, el *colonus* (cualquier vecino de Vipasca), habría adquirido un derecho provisorio, el *ius occupandi*, el que no es sino la etapa previa a constituirse en -usando terminología moderna- concesionario; para obtener la *proprietas* -usando la terminología de la *lex*-, sobre el pozo, debía cumplir ciertas condiciones.

<sup>4</sup> Gai. 2. 7. (ed. lat. de M. DAVID y H.L.W. NELSON, Leiden, E.J. Brill, 1960). En la parte pertinente, su traducción española [cfr. *Institutas* (trad. esp. de Alfredo DI PIETRO, LA Plata, Ediciones Librería Jurídica, 1967) p. 83. Vid. además: Gayo, *Instituciones* (ed. HERNANDEZ-TEJERO, y otros, Madrid, Editorial Civitas, 1985)] es: el suelo provincial (...) o es del dominio del pueblo Romano, o lo es del César, por lo que se considera que nosotros sólo podemos tener la posesión o el usufructo del mismo...

<sup>5</sup> PETIT (n. 8), p. 229.

<sup>6</sup> D'ORS, *Epigrafa* (n. 34), p. 77.

<sup>7</sup> Cfr. DOMERGUE (n.34), p. 1732-173.

a) *Adquisición del derecho a explotar. Requisitos.* Para adquirir este derecho a explotar, se debía cumplir ciertos requisitos, que pasamos a revisar.

1º *Trabajar el pozo.* El colono tenía la obligación de trabajar el pozo. Una vez hecha la ocupación, debía empezar la explotación, para lo cual se fijaba un plazo perentorio de veinticinco días; se pensaba que tal plazo era suficiente para que pudiese reunir los medios económicos y utillajes necesarios para la explotación. En caso que un *colonus* ocupase varios pozos, tenía la obligación de trabajar en por lo menos uno de cada cinco o fracción de cinco, hasta que llegase a encontrar el filón (*ad uenam perduxerit*: Vip. II, 3), momento en que debía dejar ese pozo, y comenzar con otro. Si el ocupante no comenzaba las labores dentro de ese plazo, perdía su derecho, y el pozo podía ser ocupado por cualquier otro *colonus*; lo mismo ocurría en caso que las labores comenzaran oportunamente pero se suspendieran después durante diez días seguidos.

Así, aun cuando el *ius occupandi* no es un derecho definitivo sino precisamente un derecho provisorio, el Estado quiere que todos los pozos sean trabajados, y que ninguno permanezca inactivo; otra vez vemos como el fisco romano está en pos de un objetivo de desarrollo económico, que, a la vez, tiene relación con su interés fiscal. En definitiva, la mera ocupación no bastaba para permanecer titular del *ius occupandi* sobre un nuevo pozo, sino que como primer requisito es necesario cumplir la obligación de trabajarlo (vip. II, 3).

2º *Pagar el precio.* Además, era obligación del *occupator* pagar el *pretium* (precio) al fisco; se trata del *pretium partis dimidiaae ad fiscum pertinentis*, a que se refiere Vip. II, 1. De acuerdo con la interpretación de D'Ors<sup>4</sup>, el *colonus occupator*, al descubrir el filón debía repartir el mineral que hubiese extraído a medias con el fisco, siendo ésta no una situación definitiva sino tan sólo una forma de permitir al fisco la evaluación de aquél pozo; así, el ocupante no podía fundir el mineral extraído antes de haber pagado al fisco el *pretium* que éste fijase por el disfrute total del pozo; de este modo, siendo aún del fisco la mitad del mineral extraído y la mitad del pozo, estima D'Ors que «el ocupante se veía obligado a pagar el precio, si quería aprovecharse del producto de la mina»<sup>4</sup>. Para Domergue<sup>5</sup> esta *pars dimidia ad fiscum pertinentis* es efectivamente la mitad del pozo, pero siendo la otra mitad la *pars occupatoris del colonus*, y todas ellas formarían el *puteus universus*. Pero la diferencia esencial de su interpretación radica en que la *pars occupatoris*, o mitad del *colonus*, está representada por aquella suerte de derechos propios del *occupator* y se

<sup>4</sup> D'Ors, *Epigrafía* (n.34), p. 78. También Gibert (n. 34), p. 158, *in fine*, quien sigue a D'Ors.

<sup>5</sup> D'Ors, *Epigrafía* (n.34), p. 78.

<sup>6</sup> DOMERGUE (n. 34), p. 125. Dice D'Ors, *Epigrafía* (n.34), p. 116 que esto de la *dimidia pars* era sólo «una manera de hablar, pues en realidad, lo que se compraba era el pozo entero...»

materializa por el pozo cavado y equipado. Ahora, en cuanto a la *pars dimidia ad fiscum pertinens*, ella se traduce en el derecho de propiedad que el fisco tiene sobre el suelo y el subsuelo en que aquél ha cavado su pozo\*.

Aun cuando ambas interpretaciones desembocan en la obligación del *colonus* a pagar un *pretium*, evidenciando nuevamente una clave fiscal, un interés tributario del fisco, hay otra consideración importante que fluye de esta situación; de acuerdo con la interpretación de D'Ors, una vez obtenido el *ius occupandi*, se operaba una división artificial y abstracta de las sustancias minerales, siendo una mitad del fisco y la otra del *colonus*; mientras que la interpretación de Domergue nos parece más coherente con el sistema general -y con lo que nosotros propugnamos-, ya que si aún no existe un derecho definitivo, el fisco no ha otorgado al *colonus* ningún derecho de propiedad sobre los minerales, más aún cuando -al parecer- el *colonus* no los puede ni aprovechar todavía, fundiéndolos; por otra parte, esto se encuentra más ajustado a la realidad de que las minas son del dominio del fisco, y siempre lo seguirán siendo, aun cuando, en definitiva, se otorgue la *proprietates* -que es una «concesión»-, ya que lo que tendrá el *colonus* es simplemente un derecho a explotar y apoderarse en propiedad de los minerales extraídos -y sólo una vez extraídos-, sujeto su derecho incluso a caducidad; además, vemos aquí que, aún difusamente, ya se inicia por parte del Estado la afectación de bienes, institución ésta que por lo visto no es tan moderna como se piensa, sino de raigambre romana. Por lo tanto, recapitulando, pensamos que una vez pagado por el *colonus* el *pretium*, se convertía en «concesionario» adquiriendo la *proprietates* (Vip. II, 2).

b) *Condiciones de explotación: la caducidad.* El derecho concedido estaba sujeto a caducidad. Una vez que el *colonus* ha obtenido su derecho a explotar, no podría dejar el pozo inactivo, ya que en caso de no trabajarlo durante seis meses seguidos (*continuis sex mensibus*) caducaba el derecho del «concesionario», y podía el pozo ser ocupado libremente por cualquier otro *colonus* (Vip. II, 3, i. f.). Esto ratifica el hecho que la «concesión» otorga un derecho distinto de la propiedad, y que el dominio de las minas, con excepción del material ya lícitamente extraído, continúa siendo del Estado; no podemos pensar sino con reparos en un otorgamiento de derecho de propiedad, sujeto a una suerte de condición resolutoria que, en caso de cumplirse, hace volver la propiedad al Estado; lo que sí podría resultar razonable pensar es en una verdadera afectación del dominio minero por parte del Estado, tal como funciona esta figura en las legislaciones más modernas (la que, por lo demás, no fue desconocida en el mundo romano).

\* DOMERGUE (n.34), p. 125. D'Ors anotaciones (n. 37) ha observado, posteriormente, que: «si la concesión es de la mitad, ¿puede el fisco disponer de su mitad antes de cobrar la mitad del mineral extraído por el concesionario? La respuesta parece negativa, y eso me inducía a pensar que la concesión de *proprietates* sobre el todo, aunque con la carga de pagar la mitad de lo extraído»

\* D'Ors, anotaciones (n. 37) señala que no es seguro que así sea. Insistimos, respetuosos, careciendo en esto, así, de la *auctoritas* de su opinión.

c) *Naturaleza jurídica del derecho a explotar.* En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho a explotar: debe precisarse que el *ius occupandi*, que es transitorio, sólo autoriza al *colonus* a hacer calicatas, y en el momento de dar con el filón, *ad uenam perduxerit*, debe abandonar las labores, para comenzar a negociar con el fisco el pago del *pretium*, con el objeto de convertirse en titular de la *proprietas* sobre el pozo («concesionario»), calidad que aún no ostenta; si el ocupante decide, como dice Vip II, 1, *prius coxisse uenam quam pretium*, esto es, coger la vena antes de pagar el precio, pierde su derecho; y con el fin de evitar esto, el Estado ofrece incluso al *colonus* delator, como recompensa, la *partem quartam accipito* (Vip. II, 1, in fine)\*. Pues bien, como hemos visto, una vez pagado el *pretium*, la condición del *colonus* cambia radicalmente, y adquiere la *proprietas*. Ahora, ¿cuál es la naturaleza jurídica de su derecho?

Como primera aproximación, debe quedar claro que éste no es un derecho como el *dominium*, sobre todo por estar sujeto a caducidad, aparte de otras limitaciones técnicas que introduce el Estado sobre la forma de explotación (Vip. II, 10 y ss.), que evidencian, como hemos dicho, una importante intervención administrativa, que nose compadece con la concepción romana de aquel derecho. La doctrina no es pacífica en esta materia: Mispoulet sostiene la existencia de una propiedad minera, adquiriendo el *occupator un ius perpetuum*, similar al del *possessor* de los *saltus africanos*†; es muy forzada, se dice, la explicación de Schönbauer‡, para quien se trataría de una concesión transitoria, debiendo prorrogarse cada cinco años mediante la *usurpatio*; D'Ors, por su parte, estima que se trata sencillamente de un derecho exclusivo de aprovechamiento o disfrute§; y, en fin, Domergue, habla de un usufructo¶. Si bien no resulta del todo claro obtener una conclusión al respecto, por lo pronto es posible verificar la clara separación entre el derecho de propiedad y el concepto jurídico de mina; y, además, una clara conceptualización jurídica en cuanto al distingo entre el derecho sobre las minas que mantiene el Estado y el derecho de disfrute que simplemente adquiere el concesionario (adoptando la tesis de D'Ors, sólo en cuanto a la calificación de este derecho). El Estado, creemos, continúa teniendo el *dominium soli*, creándose a favor del concesionario un verdadero *ius in re aliena*, pasando a ser las

\* Este derecho previo podría considerarse como lo que en las legislaciones modernas se denomina «concesión de explotación», como acto previo a la obtención de una «concesión de explotación».

† MISPOULET, J.B., *Le régime des mines d' époque romaine et au moyen age d'après les tables d'Aljustrel* (París, Larose et Tenin, 1908), p. 119 por CANTARELLI (n.34), p. 105.

‡ Cfr. D'ORS, *Epigrafía* (n. 34), p. 107, quien además, ofrece un elenco de opiniones en p. 108-109.

§ D'ORS, *Epigrafía* (n. 34), p. 118 y 123.

¶ DOMERGUE (n. 34), p. 172. D'ORS, *anotaciones* (n. 37), señala que «en todo caso no sería un verdadero usufructo civil, pues no es vitalicio».

sustancias minerales de su propiedad sólo una vez separadas del suelo. Esta nueva situación que se perfila muy difusa en cuanto a naturaleza jurídica, podría pensarse -no obstante, con serias dudas- que podría ser posible a través de lo que en Roma se conoció como *adsignatio*<sup>44</sup>, institución a la que incluso Domergue señala como una forma más de adquirir el derecho a explotar en Vipasca<sup>45</sup>, la que, en el fondo, podría no ser más que lo que denominamos -terminología que, como hemos visto, incluso D'ors no duda en utilizar una y otra vez- hoy en día: «concesión»<sup>46</sup>.

Así, el concesionario de Vipasca no tiene más que un derecho nuevo, de una naturaleza jurídica creada en ese entonces, por esta legislación, y como resultado de una evolución en el pensamiento del jurista romano, y que es precisamente la de «concesionario», en ese entonces, quizás «adsignatario»; su condición sería similar a la de un concesionario actual, titular de un derecho que lo sujeta a la obligación de trabajar continuamente su mina, so pena de caducidad; con una obligación de pagar tributos al fisco; y, en fin, haciendo suyos los minerales sólo una vez extraídos, antes de lo cual -como el suelo en que, en este caso, se encuentran-, son bienes de lo que hoy llamamos dominio público<sup>47</sup>.

#### IV. LA MINERÍA EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

1. *Una explicación previa.* Examinaremos, por último, la minería en el derecho romano clásico; mas, esto requiere de una explicación previa<sup>48</sup>.

Me parece suficientemente claro que el origen de los principios de los derechos mineros se encuentren el derecho provincial romano, como lo hemos demostrado hasta aquí; estos principios habrían sido recogidos por las leyes del Teodosiano, luego por el derecho medieval hispánico; desde el derecho medieval hispánico, directamente hasta hoy, al actual derecho español de minas; y, desde un «afluente»: el derecho indiano, al

<sup>44</sup> Se pregunta D'Ors, *anotaciones* (n. 37), a raíz de nuestra afirmación en este sentido: «¿se usa este término? La *adsignatio* era de fundos rústicos que se daban en *dominium*; ¿se extendió a esta concesión de la *proprietas* minera?» Una respuesta definitiva, con mayor certeza, no la podemos ofrecer aquí. Sólo sugerimos este camino para una posible indagación futura.

<sup>45</sup> DOMERGUE (n. 34), p. 173.

<sup>46</sup> Idea contenida además en ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Storia del Diritto Romano* 7 (Nápoles, Jovene, 1957), p. 268.

<sup>47</sup> Véase: VERGARA B., A., *La teoría del dominio público: el estado de la cuestión*, en *Revista de Derecho Público* 114 (Madrid, Edersa, 1989) pp. 27 y ss [= *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (en prensa)].

<sup>48</sup> Sobre todo, respondiendo a D'Ors, *anotaciones* (n. 37), quien -con razón, por lo demás- señala que en el período clásico no se puede hablar aún de un derecho minero, el que surgió en las provincias posteriormente (según hemos visto y concluido nosotros mismos). No obstante esto, y por lo que decimos en el texto, queremos rastrear algún antecedente válido, siquiera germinal, que haya surgido en esta época.

actual derecho chileno de minas».

Podríamos dejar hasta aquí este examen «retrospectivo» de la historia de los principios que hemos visualizados existen en el derecho minero. No obstante, analizaremos brevemente el derecho clásico romano, por una doble razón: por una parte, según lo adelantamos en la Introducción, quienes han creído ver no uno, sino diversos «sistemas» de régimen minero, individualizan para el primitivo derecho romano un pretendido «sistema fundiario»<sup>39</sup>, en virtud del cual el propietario del suelo sería dueño de las sustancias minerales, sin señalar ninguna matización, lo que, en el fondo, significaría decir que no se concibió en tal período, ni siquiera en germen, algún «derecho minero», distinto y separado de la propiedad del suelo; y, por otro lado, como consecuencia de nuestra disconformidad con el pensamiento anterior, y como una forma de probar nuestras razones, hemos querido mostrar cómo (aunque no estén claramente delimitadas en el derecho romano clásico las características o principios a que nos hemos referido *supra*) es posible verificar una evolución en el pensamiento del jurista clásico, lo que fue origen de nuevos valores, y de la aceptación, poco a poco, de ciertos derechos (difusos en un principio, pero ya después claramente constitutivos de «derechos mineros») que serían consagrados con posterioridad en las provincias y en las leyes tardo-imperiales.

Por lo demás, esto se nos planteaba como algo lógico: en la historia del derecho difícilmente hay cambios tan radicales (como los que se propugnarían en un «sistema» minero a otros); siempre los cambios son frutos de una evolución —excepto en las revoluciones, como su nombre lo indica—, por lo que el régimen posterior no podría haber sido la creación fortuita de una época, sino que algún elemento o «valor», como se le ha llamado, debería haber existido con anterioridad; por lo tanto, las páginas que siguen están destinadas a descubrir esos «elementos» o «valores» que habrían ido surgiendo en el derecho romano clásico, y que luego formarían principios que habría de perdurar para siempre en los regímenes mineros.

## 2. La minería en tierras privadas.

A) Los derechos sobre el subsuelo. La extendida fórmula del glosador «*usque ad inferos*»<sup>40</sup>, ha contribuido grandemente a la exageración del correcto

<sup>39</sup> Véase los siguientes trabajos de esta serie: VERGARA, *Contribución a la historia del derecho minero*, II (n. 29 l.f.); III: *Los principios del derecho minero indiano*, en prensas y IV, *Fuentes y Los principios del derecho minero chileno contemporáneo*, en prensas.

<sup>40</sup> Vid.: VILLAR PALASTI, José Luis, *Naturaleza y regulación de la concesión minera* en *Revista de Administración Pública* 1 (1950) p. 80-81; Florentino QUEVEDO VEGA, *Derecho Español de Minas. Tratado Teórico Práctico* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1964) 1, p. 14, etc.

<sup>41</sup> Fórmula abreviada (su texto completo es: «*cuius est solum eius usque ad coelum, usque ad inferos*»). Esta hipérbole, quizás muy gráfica, pero que, como tal, no encierra toda la

concepto que de la propiedad en general se consagró en el derecho romano clásico; y, como consecuencia de ello, a la creencia de la inexistencia de derechos sobre el subsuelo o sobre las minas, diferentes y separados de la propiedad del suelo. En cuanto al concepto y terminología de la propiedad romana, el término más general con que se señalaba es «señorío» (*dominium*), de acuerdo al cual la identidad de la relación dominical no está en el contenido sino en el sujeto, de ahí el comportamiento de éste como «señor»<sup>4</sup>.

Ahora bien, es común afirmar que en la época clásica sólo se habría admitido un derecho de explotación minera en terrenos públicos<sup>5</sup>, lo que equivale a decir que en terrenos privados no se habría consagrado un derecho a explotar minas, y que, por lo tanto, a este respecto, la propiedad no sería objeto de limitación alguna. En consecuencia, de acuerdo a esta afirmación, la explotación minera, para que fuese lícita, sólo sería posible -en terrenos privados- con el permiso de su propietario o cuando fuere practicada por el dueño en su propio terreno; lo que -en definitiva- significa que ni habría existido durante el período clásico «derechos mineros», o sobre las minas, como un derecho distinto y separado de la proximidad del suelo<sup>6</sup>.

El argumento jurisprudencial que se ha mencionado por los autores es el siguiente texto del D.<sup>o</sup> Ulpianus, D. 8. 4. 13. 1:

Si constat in tuo agro lapidicinas esse, inuito te nec privato ne publico nomine quisquam lapidem caedere potest, cui id faciendi ius non est: [ nisi talis consuetudo in illis lapidicinis consistat, ut si quis uoluerit ex his caedere, non aliter hoc faciat, nisi prius solitum solacium pro hoc domino praestat: ita tamen

verdad, fue creada por un glosador: Cino DE PISTOIA, *In Cod. et aliquo tit. primi Pandectarum* (Francoforte, 1578) p. 266, según GILARDONI (n. 11), p. 261, por lo que no se trata de un texto romano, como suele creerse.

<sup>4</sup> Vid. D'ORS, *Derecho Privado Romano* (n. 6) § 140. El término *proprietas*, de donde deriva la palabra «propiedad», es de origen vulgar y su significado inicial era diferente. Se emplea a veces precisamente para designar el derecho especial de explotación minera: *vid. supra* Vlp. II, 2.

<sup>5</sup> En esto concuerdan: GLÜCK, *Pandette* (n. 9) 6, p. 21; BONFANTE, *Corso* (n. 11), p. 309; DI MARZO (n. 7), p. 216; BIONDI, *Istituzioni* (n. 7), p. 266; JÖRS-KUNKEL (n. 7), p. 177; D'ORS, *Derecho Privado Romano* (n. 6), § 156 n.9, etc.

<sup>6</sup> Usualmente, para referirse a la propiedad del suelo, se señala como «propiedad superficial» o «propietario superficial», lo que no es correcto, pues superficie es lo edificado o plantado sobre el suelo: *cfr.* D'ORS, *anotaciones* (n. 37).

<sup>7</sup> El Digesto, aun cuando de factura muy superior, está compuesto de obras de los juristas romanos de la segunda y última etapa clásica, y lo citamos de la edición de MOMMSEN, Th., *Digesta Iustiniani Augusti (editio altera lucis ope expressa)* (Berlín, Apud Weidmannos, 1962). El texto castellano lo tomamos de la trad. de D'Ors y otros, *El Digesto de Justiniano*, (Pamplona, Editorial Aranzadi, 1968) 3 vol. Cuando así se señale, usaremos también la traducción de Rodríguez Fonseca y Ortega, *Cuerpo de Derecho Civil* (Barcelona, Establecimiento Tipográfico de Narciso Ramírez y Compañía, 1874) 1.

lapides caedere debet, postquam satisfaciat domino, ut neque usus necessarii lapidis intercludatur neque commoditas rei iure domino adimatur] \*.

Pensamos que este fragmento, por sí sólo, no zanja definitivamente la cuestión, como se ha pretendido, y bien merece algunas matizaciones, sobre todo cuando su característica no es precisamente la claridad; es notoria la contradicción entre la primera parte y la segunda, sobre todo cuando a esta última se la estima interpolada; aún más, la mencionada «concesión de un derecho» a extraer *lapides*, distinta del consentimiento del dueño del terreno, podría insinuar un procedimiento de concesiones otorgadas -en caso de ser efectiva esta hipótesis- por quien detenta el poder\*. En todo caso esta posibilidad es muy remota, y sólo demuestra lo dudoso que es el texto. Por otro lado, no es posible considerar a este texto en forma aislada, cuando es notorio que se refiere sólo a las canteras (*lapidicinae*), normalmente de mármol u otras piedras, que no es lo mismo que las minas (los *metalla*\*), éstas últimas de metales ricos, como el oro o la plata, las que -si se considerara lo señalado en este texto como la regla general- podrían, incluso, tener un régimen jurídico diferente. Este sólo dato permite matizar las afirmaciones que sobre la sola base de este texto se generalizan, creemos, precipitadamente.

Analizaremos otros fragmentos, esparcidos a través del D., referidos a diferentes materias, con el objeto de verificar, aun cuando sea por vía indirecta, colateral, alguna conclusión, que revele las características de un posible régimen jurídico de la minería, quizás simples y difusos gérmenes de lo que hemos visto aparecer más tarde. Esto no significa que analizaremos cada texto relacionado de alguna manera con las minas; sino sólo en cuanto nos sea útil para verificar nuestros principios.

B) *Canteras en un fundo dotal. Textos.* Existen tres textos referidos al caso

\* Su trad. es la siguiente: Si resulta que en tu campo hay canteras, nadie que no tenga concedido derecho a ello puede extraer piedra sin tu consentimiento, ni privada ni públicamente, [a no ser que en aquella cantera exista la costumbre de que si alguno quiere extraer piedra lo haga, previo pago al propietario de la sólita compensación; pero sólo debe extraer la piedra después de que haya dado al propietario seguridad de que no se entorpecerá el uso de la piedra que necesite ni se le privará de las ventajas de la cosa a que tiene derecho].

El texto entre corchetes [ ], se ha señalado como itp. (en adelante: itp. = [ ]). Cfr.: BONFANTE CORSO (n. 11), p. 310; BIONDI, *Il diritto* (n. 11), p. 308.

\* Aun cuando, según D'ORS, *anotaciones* (n. 37), la *consuetudo* en los clásicos suele ser provincial.

\* Téngase presente que los *metalla* pueden incluir las canteras: cfr. D'ORS, *anotaciones* (n. 37).

de canteras en un fundo dotal, cuyos autores son Iuolenus; Ulpianus y Paulus, aun cuando referidos sólo a lapidicinas, algo de ellos es posible concluir:

a) Iuolenus, D. 23. 5. 18. pr. Señala este texto:

Uir in fundo dotali lapidicinas marmoreas aperuerat: diuortio facto quaeritur, marmor quod caesum neque exportatum esset cuius esset et impensam in lapidicinas factam mulier an uir praestare deberet. Labeo marmor uiri esse ait: ceterum uiro negat quidquam praestandum esse a muliere, quia nec necessaria ea impensa esset et fundus deterior esset factus. ego non tantum necessaria, sed etiam utiles impensas praestandas a muliere existimo. nec puto fundum deteriorem esse, si tales sunt lapidicinae, in quibus lapis crescere possit<sup>46</sup>.

Tanto Labeo como Iuolenus le atribuyen la propiedad del producto de las canteras -el mármol extraído- al marido, separando claramente dos tipos de propiedad -o, como podríamos llamarle- dos valores jurídicos diferentes: la del mármol y la del suelo; así, este texto podría significar efectivamente un matiz diferente a la concepción usual de la propiedad romana, ya que en el caso del texto, los frutos de la minería los adquiere el minero de su trabajo y de su función de descubridor, y no a través de otros medios derivativos de adquisición de la propiedad<sup>47</sup>. Nos parece importantísimo en este texto la separación que es posible vislumbrar de estos dos anunciados valores: la propiedad, y la sustancia mineral que se ha extraído, que se independiza de la anterior, por una situación jurídica diferente a la derivación del propietario, situación que creemos abre una

<sup>46</sup> Su trad.: El marido empezó a excavar unas canteras de mármol en un fundo dotal; al producirse el divorcio, se pregunta de quién será el mármol que se había extraído pero no sacado del fundo, y si el marido deberá abonar las impensas hechas en las canteras, o la mujer. Labeón dice que el mármol es del marido, pero niega que la mujer deba dar cosa alguna al marido, porque no fueron impensas necesarias y el fundo se deterioró. Yo entiendo que no sólo ha de abonar la mujer las impensas necesarias, sino también las útiles, y no considero que el fundo se haya deteriorado si en las canteras sigue habiendo piedra que extraer.

<sup>47</sup> Un antecedente curioso de este texto es la afirmación de IAUOLENUS, según la cual la apertura de lapidicinae marmoreae devuelta deterior el fundo dotal, afirmación que IAUOLENUS no rechaza, pero delimita observando que eso no sucederá «si tales sunt lapidicinae, in quibus lapis crescere possit». Que la piedra pueda renacer es una doctrina difusa en el mundo romano, pero que, al parecer, cierta importancia tuvo. Vid., HALLEUX, Robert, *Fecondité des mines et sexualité des pierres dans l'antiquité greco-romaine en Revue Belge de Philologie et d'Histoire* XLVIII (1970) 1, p. 16-25, y, más modernamente, un estudio exhaustivo de fuentes literarias y jurídicas, LAMBERTINI, Renzo, *Lapis crescere potest: I Frutti del regno minerale, en Archivio Giuridico Filippo Serafini* CCIV (1984) p. 97-165. Ver asimismo, próximo fragmento que se analiza en el texto: D. 24. 3. 7. 13., in fine.

fisura a la tesis hiperbólica del *usque ad inferos*<sup>71</sup>.

b) Ulpianus, D. 24. 3. 7. 13-14. Señala este texto:

(13) Si uir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas inuenerit et fundum fructuosiore[m] fecerit, marmor, quod caesum neque exportatum est, mariti et impensa non est ei praestanda, quia nec in fructu est marmor: nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur, quales sunt in Gallia, sunt et in Asia. (14) Sed si cretifodinae, argenti fodinae uel auri uel cuius alterius matirae sint uel harenae, utique in fructu habebuntur<sup>72</sup>.

Este fragmento -por sí sólo y relacionado con otros, especialmente con el que señalaremos en el párrafo siguiente- nos permite ofrecer importantes conclusiones<sup>73</sup>. Los propugnadores de la hipótesis *usque ad inferos* sostienen que los frutos de un fundo, y por lo tanto -en su opinión- los productos minerales, pertenecen al propietario *iure soli*<sup>74</sup>; y es en este punto donde nos socorren convenientemente los fragmentos de Ulpianus, quien habla de canteras abiertas y en ejercicio, admitiendo -al contrario- que el producto de ellas pertenezca al usufructuario. Mas, como decíamos, estos textos por sí sólo no resuelven los problemas de si en el derecho romano primitivo las canteras o minas no descubiertas pertenecen al propietario o no. Es muy útil a los efectos de interpretar este extremo un texto de POMPONIUS en que -genéricamente- se establece el principio de la inapropiabilidad de lo ignorado: Pomponius, D. 50. 16. 181:

Uerbum illud 'pertinere' latissime patet: nam et eis rebus petendis aptum est, quae domini nostri sint, et eis, quas iure aliquo possideamus, quamuis non sint nostri domini: pertinere ad nos etiam ea dicimus, quae in nulla eorum causa sint, sed esse possint.

<sup>71</sup> D'Ors, *anotaciones* (n. 37), piensa diferente. Según él no es así y «se trata de la propiedad de los frutos (que puede *siempre* separarse de la del fundo), pero el marido es propietario del fundo (!)» (subrayado y acentuado en el original).

<sup>72</sup> Su trad. es la siguiente: (13) Si el marido hubiera encontrado unas canteras de mármol en el fundo dotal de la mujer y hubiera aumentado el rendimiento de aquel fundo, el mármol extraído y no exportado es del marido y no debe abonársele el gasto, pues el mármol no es fruto, a no ser que las canteras sean aquellas que la piedra se renueva, como las hay en Galia y también en Asia. (14) Pero si hay yacimientos de creta, de plata, de oro o de cualquier otro mineral, o de arena, se tendrán ciertamente como fruto.

<sup>73</sup> No obstante, D'Ors, *anotaciones* (n. 37), señala una opinión diferente a la nuestra, ya que, según él, sigue tratándose de frutos del propietario (subrayado en el original).

<sup>74</sup> *O ex iure proprietatis*, como señala VILLAR PALASI, (n. 60), p. 80. Esta conclusión se ha derivado de la última parte de D. 22. 1. 25 (texto de Salvio Juliano): «...quia omnis fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur...»; pero debe apuntarse que esta regla vale sólo para la especie contemplada en el fragmento, esto es el *iure seminis* (derecho de siembra). Cfr. GILARDONI (n. 11), p. 259 ss.

Teniendo presente este fragmento<sup>78</sup>, debe ser entendido en sentido riguroso el texto de Ulpianus, y referido a un objeto ya determinado y conocido, excluyéndose en su lugar el caso de la mina ignorada o no descubierta.

c) Paulus, D. 24. 3. 8. pr. Dice este texto:

Si fundus in dotem datus sit, in quo lapis caeditur, lapidicinarum commodum ad maritum pertinere constat, quia palam sit eo animo dedisse mulierem fundum, ut iste fructus ad maritum pertinet, [nisi si contrariam uoluntatem in dote danda declarauerit mulier]<sup>79</sup>.

Paulus atribuye al marido usufructuario no sólo el producto de las canteras existentes -con excepción del caso que en el acto dotal se hubiese hecho reserva en contrario-, sino también de las canteras descubiertas por el usufructuario, y por obra suya, luego de su llegada al fundo. Tal conclusión, que fluye de la interpretación de este texto, y conjuntamente con lo señalado en el texto de Ulpianus del párrafo anterior, excluye -una vez más- una eventual aplicación del principio *usque ad inferos*.

C) *El usufructo y el derecho a abrir canteras o minas. Textos.* En el caso del usufructo se puede presentar la colisión con el derecho de abrir canteras o minas<sup>80</sup>, en relación a lo cual existen dos textos de Ulpianus, quizás -desde nuestra perspectiva- los más importantes del Digesto, los que nos

<sup>78</sup> Trad.: "El término 'pertenecer' es muy amplio, pues sirve para reclamar lo que es de nuestra propiedad, y lo que poseemos por algún derecho aunque no sea de nuestra propiedad; también decimos que nos pertenecen aquellas cosas que no se hallan como las anteriores, pero pueden hallarse".

La traducción de la última parte (desde «también...»), en el texto que venimos siguiendo [D'Ors y otros (n. 65)] no es del todo feliz, al parecer, y podría inducir a error. La traducción de esta última parte de RODRÍGUEZ FONSECA Y ORTEGA (n. 65), parece más clara: "...también decimos que nos pertenecen aquellas cosas que no son nuestras, ni las poseemos, pero pueden ser nuestras".

La cuestión radica en la última palabra del fragmento: *possint*, del verbo *posse* = poder. Obviamente, decir «hallar», por error, como en la primera traducción, en materia minera, en donde se trata precisamente de «hallar» minas, induce a equívocos, D'ORS, *notaciones* (n. 37), posteriormente, respondiendo a nuestra observación, ha considerado mejor traducir esta parte así: «hallarse en ninguna de esas situaciones» (propiedad o posesión).

<sup>79</sup> Su trad.: Si se dio en dote un fundo en el que se explota una cantera, consta que pertenece al marido el lucro de la cantera, pues es evidente que la mujer habrá dado este fundo con intención de que ese fruto pertenezca al marido, [a no ser que la mujer haya declarado al dar la dote su voluntad en contra].

Lo señalado como itp. en el texto, según D'ORS, *notaciones* (n. 37), es una «interpolación de Justiniano para quien la dote inestimada sigue siendo de la mujer». También él, no obstante lo que señalamos en el texto, en este caso, «el marido es propietario».

<sup>80</sup> Este tema, en cuanto se relaciona con el usufructo, ha recibido comentarios por algunos romanistas. Véase: HUNTER, W. A., *A systematic and Historical Exposition of Roman law* (trad. ingl., Sweet y Maxwell Limited, 1903), p. 392 ss.; GROSSO, Giuseppe, *I poteri*

abrirán mucho camino en nuestra indagación (se debe tener en cuenta que usualmente el usufructo de un terreno con minas podría no contradecir la propiedad del subsuelo: la cuestión, entonces, estará en el concepto de "disfrute" de tierra ajena).

a) Ulpianus, D. 7. 1. 9. 2-3. Señala tal texto:

(2) Sed si lapicidinas habeat et lapidem caedere uelit uel cretifodinas habeat uel harenas, omnibus his usurum Sabinus ait quasi bonum patrem familias: quam sententiam puto ueram.  
 (3) Sed si haec metalla post usum fructum legatum sint inueunta, [cum totius agri relinquatur usus fructus, non partium,] continentur legato<sup>7</sup>.

*dell'usufruttuario in rapporto alle cave e miniere nel diritto romano en Archives D'Histoire du Droit Oriental. Revue Internationale des Droits de l'antiquité 2 (1953), p. 355-360; GROSSO, Usufrutto e figure affini nel diritto romano (Turín, Giappichelli Editore, 1958), p. 113-121 y 176-178; y, BRETONE, Mario, La nozione romana di usufrutto, I: Dalle origini a Diocleziano (Nápoles, Jovene Editore, 1962), p. 116 ss.*

La regla general en materia de usufructo es la siguiente: «legado el usufructo, corresponden al usufructuario los frutos de la cosa» (D. 7. 1. 7. pr.).

Por otro lado, la moderna crítica interpolacionística ha trabajado ampliamente la materia del poder del usufructuario en el derecho clásico, sobre todo respecto de la forma y de la destinación económica de la cosa, sentido al que apuntan los trabajos citados. Un punto neurálgico dentro de esta indagación lo representa la posibilidad de abrir nuevas canteras o minas, por lo que sus conclusiones nos servirán en nuestra tarea.

No obstante, según D'ORS, *anotaciones* (n. 37), «este tema de las minas de un fundo en usufructo no tiene que ver con el derecho especial sobre una mina: se trata del *salua rerum substantia*».

<sup>7</sup> Su trad.: (2) Pero si en el fundo hubiera canteras y quisiera el usufructuario extraer piedras de ellas o existiesen gredales o arenales, según la opinión de Sabino, debe usar de todas estas cosas como una persona recta, opinión que juzgo valedera. (3) Mas si estos yacimientos hubiesen sido descubiertos después de legado el usufructo, sólo se considerarán incluidos en el legado [en el caso de que se haya dejado el usufructo de todo el terreno y no de las distintas partes de éste].

Prestaremos atención preferente al fragmento tercero, el que ocasiona múltiples problemas, tanto de edición como de traducción. En cuanto a la expresión *haec* (estos), que más de un problema de traducción ha originado, D'ORS, *anotaciones* (n. 37), observa que «Bonfante corrige el texto «*sed si haec*» ("estos)", por «*sed si et*», pero no es seguro si se contraponen *metalla* (de metales) o el caso de hallazgo posterior de las canteras»; considera D'ORS, además, que «*metallum* se dice también de una cantera, no exclusivamente de minas de metales; ya en Griego, de donde deriva, significa simplemente "mina", incluso de agua; lo mismo que *materia* (= cualquier metal) > "madera"».

RODRÍGUEZ FONSECA y ORTEGA (n. 65) ofrece una traducción diferente. Por otro lado, llamamos la atención que para algunos, v. gr. GLÜCK, *Pandette* (n. 9) 6, p. 21, este texto es uno de los más explícitos para probar la existencia del principio del *usque ad inferos* durante el período clásico, tesis que, al hilo de lo que venimos desarrollando, no compartimos.

Se considera *itp.* la parte que hemos indicado así en el texto. Cfr. GROSSO, *I poteri* (n. 77), p. 355. En su virtud, también variarán, debilitándose, aún más, las conclusiones de quienes ven en este fragmento un argumento de la hipérbole.

De este fragmento es posible desprender que la apertura de una cantera o de una mina no significa una transformación de lo que forma parte de la propiedad, que fuese calificada como *rei mutatio*, a los efectos de la extinción del usufructo, como ocurre en otros casos<sup>79</sup>. Tratándose de minas, Ulpianus dice claramente: *continentum legato*. Sin perjuicio que se tratase efectivamente de un texto interpolado, como se ha señalado, contempla -en definitiva- una reafirmación de los derechos de goce del usufructuario, ya que no puede admitirse el retorno al patrimonio del *de cuius*, ni un derecho ya establecido y consagrado de descubridor, aun cuando sí perfectamente un germen de este último. A pesar que el texto no es claro ni definitivo, nos aleja cada vez más del *usque ad inferos*, y representa el inicio de un desarrollo posterior dentro del pensamiento del jurista clásico, y cuya exacta comprensión será visualizada en el análisis del siguiente texto.

b) Ulpianus, D. 7. 1. 13. 5-6. Dice:

(5) Inde est quaesitum, an lapidicinas uel cretifodinas uel harenifodinas ipse instituere possit: et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturum est. proinde uenas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit: ergo et auri et argenti et sulphuris et aeris et ferri et ceterorum fodinas uel quas pater familias instituit exercere poterit uel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. [et si forte in hoc quod instituit plus reditus sit quam in uineis uel arbustis uel oliuetis quae fuerunt, forsitan etiam haec deicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem.] (6) Si tamen quae instituit usufructuarius aut caelum corrumpant agri aut magnum apparatus sint desideratura opificum forte uel legulorum, quae non potest sustinere proprietarius, non uidebitur uiri boni arbitrato frui: sed nec aedificium quidem positurum in fundo, nisi quod ad fructum percipiendum necessarium sit<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> Ver el caso del *ager* o *locus inundatus* (campo inundado), en D. 7. 4. 10. 2.; o del estanque que se seca y se convierte en *ager* (campo), en D. 7. 4. 10. 3.; o del bosque que cortándose se transforma en terreno cultivable, en D. 7. 4.10. 4. En todos estos casos el usufructo sencillamente se extingue.

<sup>80</sup> Su trad. es la siguiente: (5) "De aquí surge una cuestión : ¿Podrá el usufructuario iniciar la explotación de canteras, gredales o arenales? Y pienso que puede iniciarla siempre que para ello no vaya a ocupar una parte del campo que necesariamente deba quedar intacta. Por tanto no podrá también buscar venas y filones de piedras y minerales de esta clase y por consiguiente explotar las minas de oro, de plata, de azufre, de cobre, de hierro y de los demás metales cuya explotación ya fue iniciada por el dueño, o bien iniciar él mismo la explotación de otras si con ello no va a perjudicar la explotación agrícola. [Y si la explotación que inicia el usufructuario fuese más rentable que el cultivo de las viñas, de los arbustos o de los olivares que ya existían, quizá también pueda arrancarlos puesto

El análisis de este texto nos ayuda positivamente a desentrañar la cuestión de si el derecho clásico faculta al usufructuario para explotar canteras o minas y, al hilo de nuestra indagación, verificar si su solución confirma o excluye el sistema hiperbólico; es clara la antítesis que resulta con el sentido de la primera parte del texto, en que queda claramente establecido que la apertura de canteras o minas es rigurosamente subordinada a que no importe ocupación o transformación de una parte del *ager* o que no sea nociva a la agricultura; en consecuencia, este párrafo es una clara afirmación clásica de la posibilidad de abrir canteras o minas, y, por lo tanto, no sería ésta una facultad introducida por el derecho post-clásico<sup>8</sup>, sino ahora.

Si se lee detenidamente el contenido de estos textos, se infiere que se autoriza expresamente al usufructuario a explotar minas, ya iniciadas por el dueño o por él mismo, lo que implica apropiarse de toda sustancia que del fundo nace, todo ello condicionado por un nuevo límite del *uti frui*: el respeto a la destinación económica de la cosa. En virtud de ello, la búsqueda y aprovechamiento de minerales quedaba claramente supeditada a la intangibilidad del rendimiento agrario, que no sólo -en consecuencia- difiere y sustancialmente de los productos del subsuelo, sino que constituyen, entonces, especies separadas de bienes desde el punto de vista jurídico.

En el jurista clásico, por lo visto, se ha venido operando una lenta transformación, que aleja cada vez más de su mente una posible concepción absoluta de la propiedad, ligando su goce a la realidad económica y a la posibilidad de aprovechar las tierras del modo más idóneo posible. Esta progresiva determinación es una demostración de lo que se ha señalado como la «viva adherencia del romano a la realidad

que se le permite mejorar la propiedad]. (6) Pero si las innovaciones del usufructuario vician la atmósfera del campo o exigen gran aparato de operarios o recolectores, que no puede costear el propietario, no se considerará que usufructúa según el atributo del *recio varón*. [Ni tampoco puede erigirse en el fundo una nueva construcción, a no ser la que sea imprescindible para la percepción de los frutos]".

La parte final del fragmento (5), desde *et si forte*, se ha señalado como una glosa de algún intérprete a la frase *ei permittitur meliorare proprietatem*, que ya se hallaba en el texto *ulpiano*; sin embargo, las críticas son más amplias, y hoy en día la *itp.* es admitida para todo el trozo indicado (*desde et si forte a proprietatem*). Cfr. GROSSO, *I poteri* (n. 77) p. 357.

<sup>8</sup> Por todos, vid. IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de derecho privado*<sup>4</sup> (Barcelona, Ariel, 1972), p. 345, quien señala que fue «el derecho post-clásico (quien) amplió los poderes del usufructuario, y que en la última época se concede al usufructuario la facultad (...) de hacer excavaciones mineras...», citando un texto que, a nuestro parecer, nada dice al respecto: D. 7. 1. 13. 6-7. Del mismo modo, VOLTERRA, Edoardo, *Istituzioni de Diritto Romano* (Roma, Edizioni Ricerche, 1961), p. 417, señala que fue JUSTINIANUS quien introdujo la facultad del usufructuario de catar y cavar minas; cuando, en realidad, fue el jurista clásico, como lo demuestra el texto que venimos analizando. Mas, todo depende de la crítica del texto.

económica»<sup>8</sup>, y, al mismo tiempo, la exclusión, del modo más absoluto, de la pretendida vigencia de un sistema hiperbólico *usque ad inferos*.

Si bien el Estado demuestra siempre en el período clásico un gran respeto por la *res*, eso no implica que se haya cegado ante el natural destino económico de las cosas, quizás -pensamos-, aplicando algún criterio de utilidad pública (ya que luego veremos se transformará en utilidad fiscal). Esta conclusión concuerda plenamente con la enfática afirmación de Bretone en cuanto a que «el principio según el cual el usufructuario debía respetar el estado actual de la *res*, y no hacer innovaciones de ningún género, era destinado a un lento abandono en el curso de la época clásica»<sup>9</sup>, lo que, aplicado al caso de la minería, no hace más que ratificar nuestras conclusiones<sup>10</sup>.

3. *Régimen tributario*. Maynz proporciona, en relación al régimen tributario de las minas, un dato sorprendente: «en la primera época de Roma, o sea, antes de la Ley de las XII Tablas, existían ya ingresos del tesoro, producto de los derechos de minas»<sup>11</sup>. Esta apreciación, si bien con algún apoyo histórico, nos origina múltiples problemas desde el punto de vista jurídico. Lamentablemente este autor no hace ninguna otra aclaración en cuanto a la especie de tributo de que se trataría, o si se aplicaba a la explotación de minerales en terrenos públicos o privados<sup>12</sup>, y en este último caso, propios o ajenos. No obstante, el texto jurídico que MAYNZ cita en su auxilio, con el objeto de probar su aserto para la época de la República, es el siguiente, ubicado en el título sobre la constitución de sociedades, del D. Gaius, D. 3. 4. 1. pr.):

<sup>8</sup> GROSSO, *I poteri* (n. 77), p. 359.

<sup>9</sup> BREONE (n. 77), p. 116. Este autor, además, en un documentado análisis sobre el usufructo, aplica también la conclusión precisamente al caso de la minería (p. 121).

<sup>10</sup> Como nota final, podemos indicar que existe un riguroso análisis de estos textos clásicos, en el mejor y más moderno y completo estudio sobre el tema: NEGRI (n. 10), p. 117 ss.; NEGRI analiza, además un fragmento que, según él, es fundamental para el derecho minero, dentro de la jurisprudencia clásica: D. 18. 1. 77. («*pietra miliare della storia del diritto minerario*», dice NEGRI), que nosotros no hemos examinado, por exceder nuestras pretensiones, por lo que nos remitimos a esta obra, p. 13 y ss.; hemos obviado su examen, a pesar de su innegable importancia, pues ello conllevaría a una dilatada crítica interna que nos desviaría de nuestro interés principal: desvirtuar la vigencia del principio hiperbólico *usque ad inferos*, lo que estimamos suficientemente probado en los textos jurisprudenciales revisados.

<sup>11</sup> MAYNZ, Carlos, *Curso de Derecho Romano* (trad. esp. de POU y ORDINAS, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1887) I, p. 57. Señala, además, que tal situación se mantiene durante la república (p. 157); y durante la época de los emperadores paganos (p. 281 n. 14). Cita conformes a su aserto inicial a «Tito Livio II, 9; DIONISIO DE HAL., V, 22; VI, 15(17); Plinio, *Hist. Nat.*, XXXI, 4, 41, 89; y a PLUTARCO, *Publícola*, 11».

<sup>12</sup> No obstante, D'ORS, *anotaciones* (n. 37), señala que «*los vectigalia* son siempre por arriendo público, no privado: así no sirven estos textos para contradecir el principio de que las minas no son del propietario privado, aunque, en los fundos públicos, se puede arrendar la explotación, y este es el origen del régimen provincial».

Neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. paucis admorum in causis concessa sunt huiusmodi corpora: ut ecce uectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere uel aurifodinarum uel argentifodinarum et salinarum. item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatus consultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, ueluti pistorum et quorundam aliorum, et nauiculariorum, qui et in prouinciis sunt<sup>o</sup>.

Este texto, en verdad, no parece ser definitivo; pero bien merece un breve análisis, junto a otros antecedentes. Los romanos, en cuanto a lo que modernamente denominamos «impuestos», sólo conocieron dos términos: *tributa* y *uectigalia*. Los *tributa* indicaban contribuciones directas, personales; los *uectigalia* comprendían los otros ingresos del Estado, sin distinción. Los *uectigalia* (ingresos), podían designar -como ha precisado Cagnat- «el *canon* pagado por los poseedores de minas por los productos que ellos retiran»<sup>o</sup>, opinión que concuerda con lo señalado por el propio D. en otro sitio (Ulpianus, D. 50. 16. 17. 1):

'Publica' uectigalia intellegere debemus, ex quibus uectigal fiscus capit: quale est uectigal portus uel uenalium rerum, item salinarum et metallorum et picariarum<sup>o</sup>.

Un nuevo elemento de juicio lo proporciona Mantellini, quien señala luego de reconocer que en Roma existieron minas tanto de propiedad privada como de propiedad pública- que «la pública se arrendaba; la minería privada pagaba un tributo, como toda propiedad inmobiliaria»<sup>o</sup>, opinión que sigue también Abignente, al señalar que para la licitud de la posesión y ejercicio de la minería era necesario pagar al estado un cuasi *canon* de arriendo»<sup>o</sup>. No obstante, es difícil encontrar argumentos convincentes en los textos jurisprudenciales del Digesto, los cuales no

<sup>o</sup> En lo pertinente: "...en muy pocos casos se han permitidos tales corporaciones; por ejemplo, se permitió formar corporaciones a los socios arrendatarios de la recaudación de las contribuciones públicas o de las minas de oro o plata, o de las salinas..."

<sup>o</sup> Vid. CAGNAT, M.R., *Étude historique sur les Impôts Indirects chez les romains (jusqu'aux invasions des barbares)* (Roma, L'erma di Bretschneider, 1966, ed. anast. de la ed.: París, 1882), p. V.

<sup>o</sup> Su trad.: Debemos entender por uectigales 'públicos' aquellas cosas por las que el fisco cobra un uectigal o contribución, como es (...) el de las salinas y las minas...

<sup>o</sup> MANTELLINI (n. 11), p. 205, autor que señala que tal atributo era *uectigal*, en el sentido definido por el texto de D. que recién hemos mencionado. Incluye amplias referencias doctrinales.

<sup>o</sup> ABIGNENTE, *La proprietà del sottosuolo. Studio histórico-juridico en Annali di Agricoltura* (1888), p. 55, cit. por CALLEGARI (n. 11), p. 21.

distinguen entre tributos a las minas de propiedad pública y privada; ni tampoco existe ni un solo texto explícito que diga derechamente que los mineros deben pagar al estado un tributo por la explotación de las minas situadas en terrenos privados. El D. sólo se refiere al arriendo de las minas del fisco (D. 39. 4. 13. pr.).

Pero es precisamente esta falta de fuentes explícitas la que abre la brecha para un argumento -aun cuando basado en meras suposiciones- en favor de la existencia de un *vectigalia* que gravara la minería privada: si el Estado arrendaba sus minas a publicanos, cobrando un tributo por su explotación, ¿por qué no iba a cobrar cuando se tratase de la explotación de minas privadas? Quizás efectivamente no se cobró tal tributo aún, pero seguramente -por lo que vendrá- los representantes del Estado ya se podrían estar haciendo esta misma pregunta. Creemos que no existe -con los actuales antecedentes- una respuesta definitiva, y así como se señala sólo los *metalla* del Estado como fuente de *vectigalia*<sup>24</sup>, no parece probable pensar en el inicio de una suerte de tributo a la minería en terrenos privados.

4. *Los metalla públicos*. Existían minas de propiedad pública que el Estado arrendaba a los particulares, afirmación que es posible confirmarla en textos expresos del D. Así: Gaius, D. 39. 4. 13. pr.:

Sed et hi, qui salinas et cretifodinas et metalla habent,  
publicanorum loco sunt<sup>25</sup>.

De este modo, los *metalla* públicos eran normalmente cedidos en arriendo a publicanos, quienes quedaban obligados a pagar por ello, el *vectigal publicanorum*<sup>26</sup>, tributos que recaudaban sociedades especiales<sup>27</sup>. Las minas públicas eran muchísimas<sup>28</sup>, sobre todo en el suelo provincial, todo él -también- patrimonio del pueblo romano, cuya apropiación no se originó

<sup>24</sup> WILLEMS, P., *Le droit public romain*, Lovaina, Imprimerie-Libraire Charles Peeters, 1910, p. 332.

<sup>25</sup> Su trad.: "También se llama 'publicanos' a los que tienen en arriendo salinas y yacimientos de greda o metales".

Debe recordarse que todos los arrendatarios del fisco pueden llamarse rectamente «publicanos». Vid. D. 39. 4. 1. 1., *in fine*. Véase, además, D. 39. 4. 15., de acuerdo al cual se da en arriendo canteras de piedra de afilar en la Isla de Creta; y D. 48. 19. 5. pr., *in fine*, que habla de la pena, gravísima, «de mina» (*in metallum*) que, obviamente, debió de cumplirse en propiedades regidas por el Estado. Lo de las penas *ad metalla e in opus metalli* podría haberse tratado algo más ampliamente aquí, pero ello nos alejaría de nuestro interés primordial.

<sup>26</sup> Vid. D. 50. 16. 17. 1.

<sup>27</sup> D. 3. 4. 1. pr. Cfr. PACINOTTI (n.11.), p. 686; MANTELLINI (n. 11) p. 206; CALLEGARI (n. 11), p. 24; en fin, WILLEMS (n.92), p. 332 y 494.

<sup>28</sup> Un ejemplo: según CAGNAT (n.88), p. 244, el *minimun* (plomo) era objeto de un monopolio por el Estado, y estaba sometido a una legislación muy severa.

en el simple interés de acumular bienes, sino precisamente pensamos de cobrar tributos, bajo cualquier denominación; este interés fiscal que movió al Estado en materia de tierras es perfectamente trasladable a la materia minera.

Por lo que a nosotros interesa, es importante descubrir la condición jurídica de las minas públicas explotadas por particulares; si bien en el D. se habla de arrendamiento, podríamos pensar que puede tratarse de un arrendamiento algo diferente al que se conoce en el derecho privado respecto de las demás cosas, o que, sencillamente, se fue operando una evolución en que, a través de alguna institución jurídica nueva, emparentada con el acto inicial de arriendo, fue otorgado a los publicanos cada vez más derechos sobre las sustancias minerales; sobre todo debemos pensar en lo extraño que podría haber parecido para la mentalidad romana -especialmente para la rigurosa mente de sus jurisconsultos- la existencia de un arrendamiento que no sólo otorgaba el derecho a disfrutar de la cosa dada en arriendo -la mina- sino que a apropiarse de ella, e -incluso- consumirla completamente.

Es así como -pensamos-, para llenar este vacío, se fue abriendo camino en materia minera una institución típicamente romana, como lo fue la *adsignatio*. La *adsignatio* ha sido definida como «un acto público consagrado por una ley y que tiene por objeto la atribución gratuita ya sea a particulares, ya sea a colonos, de parcelas del *ager publicus*»<sup>79</sup>, e incluso señala que habría tenido por objeto «la atribución de un derecho distinto de la propiedad (...) (como) el derecho de buscar y extraer minerales de las minas del fisco (*putei locus*)»<sup>80</sup>.

La evolución, entonces, operó de un doble modo por un lado, el Estado ya no cobraría por arrendar minas, ya que le interesa que estén en manos de particulares, con el objeto de cobrar en forma generalizada impuestos, «derechos de minas»; y, por otro lado, el particular, quien cada vez querría mayores seguridades para sus derechos sobre las minas, habría aceptado para un impuesto a cambio de estos permisos de disfrute que -pensamos- como el de los *praedia*, serían considerados una cuasi propiedad<sup>81</sup>, la cual era -sin dudas- más segura y, además, enajenable. En este sentido cobra pleno vigor el influjo que tan certeramente vislumbró Costa, al señalar que de la práctica administrativa provincial se fue reconociendo un «derecho sobre el subsuelo, separado y distinto del suelo, accesible a cualquiera que quiera explorar y explotar minerales»<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> Cuq, Edouard, *Manuel des institutions juridiques Romains* (París, Librairie Plon, 1928), p. 258.

<sup>80</sup> Cuq (n. 97), p. 259.

<sup>81</sup> En cuanto a la condición de los *praedia*, Vid. JÖRS-KUNKEL (n. 7), p. 113.

<sup>82</sup> COSTA (n. 9), p. 221, i. f.

La evolución posterior, ya lo sabemos, cambiaría las cosas; las minas serían todas públicas (del Estado), se encontraran donde fuese, y no se accedería a ellas por arrendamiento, sino por «concesión».

Colofón: una vez más, querámoslo o no, el modelo paradigmático del derecho romano nos entrega respuestas a instituciones que creemos despojadas de todo lastre histórico.

## V. CONCLUSIONES

### 1. Derecho romano clásico: difusos gérmenes

1º En Roma, durante la época clásica, el suelo controlable por el propietario es exclusivamente de éste, por lo que -en alguna medida- habría regido el llamado sistema hiperbólico que considera a la propiedad *usque ad profundum*. No obstante, esta vigencia no es absoluta, como se pretende usualmente por la doctrina, y en todo caso, previo al nacimiento del derecho minero, que se produjo en el derecho provincial romano. Así, el llamado «sistema fundiario», creado por la doctrina para explicar la cuestión de la llamada «propiedad minera» no sólo es artificial sino que no tuvo completo acogimiento ni siquiera en el derecho romano clásico, caso paradigmático, según sus propugnadores.<sup>171</sup>

2º La explotación por el mismo propietario (no existiendo aún desarrollada una libertad para explorar y explotar minas en terrenos ajenos), que es posible constatar en los casos de canteras en un fundo dotal o de minas o canteras en el terreno concedido en usufructo, poco a poco fue creando un nuevo valor: la separación jurídica de lo que es la propiedad del suelo y las sustancias minerales, por un título diferente a la adquisición derivativa, si bien algo difuso aún, pero clara consecuencia de la apertura de la mentalidad del jurista clásico al óptimo aprovechamiento económico de los bienes, no sólo con miras a la utilidad pública sino también, como veremos, del fisco. No obstante, esto comenzaría a consagrarse con la existencia de un régimen de dominio público, como el provincial.

<sup>171</sup> Esta conclusión es diferente a la señalada por la mayoría de la doctrina, desde antiguo. Así: HUGOLINO; OLDRADO DE PONTE; CINO DE PISTOIA: (siendo éste el principal impulsor de tal doctrina), todos cit. por Gilardoni (n. 11) p. 261.

Se opusieron a esta doctrina y especialmente, a CINO DE PISTOIA: BARTOLO Y GIASONE DE MAYNO.

Siguieron, no obstante, más tarde, la teoría hiperbólica: CAEPOLLA; CUAICIO; DONELLO Y GOTHOFREDO y muchos otros: cfr. GILARDONI (n. 11), p. 261 ss.

El verdadero «mito» de considerar esto como una verdad indiscutida es visible aún en la doctrina actual, que pareciera no visualizar contradicción en ella. Vid., por todos: VILLAR PALASI (n. 60), p. 80.

3º He aquí que se vislumbra el surgimiento de una de las grandes claves de los regímenes jurídicos de la minería de todos los tiempos: el aspecto tributario. Aquí se encuentra el germen y el primer desarrollo de una característica importantísima de la minería y que es quizás la piedra de toque y el punto de nacimiento de los regímenes mineros con intervención fiscal. No pudiendo apropiarse indefinidamente de todos los terrenos ricos en minas, ni poder prolongar ningún monopolio en esta materia, el Estado debía idear alguna fórmula que le permitiese compartir las pingües ganancias de los exploradores de tan ricas sustancias que regala la naturaleza; ya no tendría que arrendar las minas -en su terminología- sino sólo permitir el acceso de los particulares a su explotación, dándoles facilidades para su ingreso a los terrenos públicos y privados, a cambio de un tributo: esto es lo que hemos denominado «clave fiscal».

4º No es posible encontrar dato alguno a través del cual afirmar que dependería de una concesión del Estado el derecho del propietario a apropiarse de metales descubiertos o de cavar en su suelo, por lo que en terrenos privados la situación es altamente difusa. Lo que sí creemos es que, como consecuencia de todo lo anterior, aquí se encuentra el germen, el origen de la posterior *publicatio* de todas las minas por parte del Estado, situadas en terrenos públicos o privados, con la única justificación, en un principio, de cobrar tributos; es la clave fiscal que aquí comienza a perfilarse, la que originará o moldeará, de acuerdo a su interés, la institución -ideada posteriormente por los propios romanos- que marcará para siempre un sólo modo de regir jurídicamente la minería: la concesión minera.

## 2. Derecho Provincial romano: la génesis del derecho minero

1º El dominio originario de las minas, así como el suelo en que están ubicadas, pertenecen al Estado, dominio que conserva aún después de haber entregado a particulares su disfrute, vislumbrándose, en tal sentido, una verdadera «afección».

2º Existe perfectamente diseñado un procedimiento concesional, que permite a los particulares acceder al aprovechamiento y al disfrute de las minas, a través de dos fases bien marcadas: *ins occupandi* -que se dibuja como una verdadera concesión de exploración moderna- y *proprietatis* -una verdadera concesión de explotación moderna.

3º El Estado exige a los «concesionarios» el cumplimiento de ciertas obligaciones para poder mantenerse como titulares de estos derechos: primero, a través de lo que hemos llamado clave fiscal, el pago del *pretium*; y, luego, el trabajo efectivo, en ambos casos so pena de caducidad de sus respectivos derechos.

4º El solo hecho de existir esta legislación especial, con amplias exigencias técnicas a la explotación, evidencia la alta intervención administrativa en el sector, entregada al cuidado de un funcionario del Estado: el *procurator metallorum*.

5º Vemos entonces con claridad que -ya a estas alturas- se encuentran perfectamente consagradas, en esencia, las características del derecho minero, que no variarán sustancialmente en dos milenios de evolución, y que aún hoy es posible visualizar en las modernas legislaciones del sector. Entonces, podremos afirmar: he aquí el origen de los principios que siempre han regido el sector minero, y el de su institución más caracterizada: la «concesión minera»; he aquí el origen de todo sistema de derecho minero. En otras palabras, mas directas: en el derecho provincial romano se encuentra la génesis del derecho minero, que se mantiene invariable (en su esencia: principios e instituciones) desde entonces.

### 3. *Derecho romano post-clásico: la publicatio de las minas y el desarrollo de unos principios*

1º Aparece claro, sobre todo de la ley *Perpensa deliberatione*, la afectación dominical a que el Estado ha reservado las minas, concepto jurídico que se ha infiltrado como título justificante de la facultad del Estado para limitar el derecho del propietario del suelo, y de otorgar un derecho al que explota las minas, todo ello a cambio de un tributo.

2º En cuanto al procedimiento concesional, si bien sólo aparece difusamente en las leyes tardo-imperiales, todas sus características proceden del derecho de las provincias y de la última evolución del pensamiento del jurista clásico; a partir de aquí se produciría la generalización de sistemas de «registro»; «concesiones de facultades»; «licencias»; «autorizaciones»; «mercedes»; etc., en una variopinta terminología que sólo modernamente se homogeneizaría en un único concepto: concesión minera; pero su papel de centro nervioso o centro motor -como podríamos decir- de todo el régimen minero no perderá jamás vigencia en toda la historia jurídica.

3º A través de la ley «*Cuncti*», una de las más famosas leyes mineras romanas, se consagra el principio del derecho del Estado a la décima, clave fiscal que no desaparecerá más de las legislaciones mineras.

4º Como una manifestación más del influjo del derecho provincial, se conoció una amplia intervención administrativa, ejercida a través de los *procuratores tallorum*.

A estas alturas el derecho romano -en materia minera-, es ya como cualquier régimen minero actual en lo que a características y principios se refiere. Y no podía ser de otra manera pues, como pretendemos haber demostrado aquí y en otros lugares, las actuales características y principios del derecho minero proceden del derecho romano.