

DOS ASPECTOS POLEMICOS DE LA NUEVA LEGISLACION MINERA

Por: Juan Enrique Silva B. (*)

I.- EL DERECHO DEL ESTADO SOBRE LAS MINAS Y SU EJERCICIO.

1.- Su naturaleza jurídica.

Corresponde analizar con detenimiento la vinculación que el derecho ha establecido -con más propiedad, el constituyente- entre el Estado y las minas, las consecuencias que se desprenden de tal vínculo.

La relación elegida por el constituyente para vincular al Estado con las minas, ha sido la de dominio. Este dominio es de orden patrimonial, esto es, de la misma naturaleza y carácter que el definido por el artículo 582 del Código Civil. En consecuencia, éste dominio integra o se encuentra en el activo patrimonial del Estado.

Lo aseverado anteriormente no puede dejar lugar a dudas, ya que el sentido es el mismo que demuestra claramente la historia fidedigna del establecimiento de la ley. La afirmación de que el vínculo del Estado con las minas de

(*).- De su Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales titulada "LA RELACION JURIDICA MINERA EN LA CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO DE 1980", dirigida y corregida por el Profesor Carlos Ruiz B.

que trata la Carta Fundamental es un dominio patrimonial perfecto surge, necesariamente, a consecuencia de que hoy en día existe una nueva concepción de dominio -que tuvo su origen en las preocupaciones interpretativas habidas con motivo de la preparación de la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras- que sustenta, con argumentos de variada naturaleza, que la relación del Estado con las minas, no sería el afirmado más arriba, sino que éste sería un "dominio subsidiario". A esta singular concepción se le dedicarán algunas líneas en lo que sigue, por cuanto se considera novedosa en lo que atañe a la forma de su construcción y al análisis desarrollado para su decantación.

El carácter patrimonial del dominio que el Estado detenta sobre todas las minas se confirma, entre otras cosas, por la debida atención a las observaciones que siguen, las cuales, por la polaridad de las tendencias que estuvieron en disputa, no pueden dejar lugar a dudas sobre el sentido y naturaleza de lo afirmado por el constituyente. Ellas dicen relación con:

1.- Lo establecido en el mensaje con que se acompañó el proyecto de ley de reforma constitucional -que posteriormente generó la ley número 17.450, de 16 de Julio de 1971- en lo que dice relación con los fundamentos de los incisos agregados al artículo 10º número 10 de las disposiciones permanentes de la Constitución de 1925. No obsta a la validez de lo apuntado anteriormente el hecho de que afirmaciones vertidas en aquella ocasión, y que resultan de carácter marginal en la actualidad, estuvieran alejadas ostensiblemente de la realidad, tal como la supuesta unanimidad de pareceres en la doctrina, en lo que decía relación con la naturaleza del dominio del Estado sobre las minas según interpretación fundamentada en los artículos 591 del Código Civil y 1º del Código de Minería de 1932.

2.- Lo que se disponía en el texto del proyecto de Acta Constitucional Tercera - Decreto Ley Nº 1.552, de 18 de Septiembre de 1976- en cuanto prescribía que el Estado tenía sobre las minas un "dominio eminente". El texto legal que se publicó, en definitiva, prescribió sobre la materia, únicamente: "Un estatuto especial regulará todo lo concerniente a la propiedad minera"... etc. , variando así, ostensiblemente, lo que se propuso como texto de Acta Constitucional, proyecto que el poder constituyente rechazó en este punto.

3.- Lo que disponía el texto del anteproyecto de la nueva Constitución, preparado por la C.E.N.C. (*), al

(*).- Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.

disponer sobre la materia, que el Estado tenía una "propiedad eminente" sobre todas las minas.

4.- Lo dispuesto en el texto del anteproyecto de la nueva Constitución, una vez que informó sobre él el Consejo de Estado. En el aspecto que nos interesa, el criterio de la C.E.N.C. se mantuvo idéntico.

5.- Lo dispuesto, en forma definitiva, sobre la materia en la Carta que actualmente nos rige, al establecer en una forma idéntica a la Carta de 1925, reformada en 1971, que el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas. De esta manera el poder constituyente reitera su voluntad sin solución de continuidad -disposiciones transitorias del Decreto Ley 1.552, artículo 4º haciendo suyas, en esta nueva manifestación de voluntad, todo lo obrado en virtud de la ley 17.450 y rechazando, nuevamente, la idea establecida en los proyectos de que se ha dado cuenta, de asignar al Estado un mero "dominio eminente" sobre todas las minas.

El desarrollo de la historia fidedigna del establecimiento de la voluntad del constituyente, ha sido más que elocuente en ilustrar el criterio sobre la materia. Ya en el texto positivo, son concluyentes las expresiones por medio de las cuales el constituyente caracterizó la vinculación, afirmando las características más señaladas que acompañan al dominio patrimonial -exclusivo, absoluto- aún cuando no hubiere sido necesario, pero que estimó preferible dejar fehacientemente establecido para hacer más indubitable su voluntad.

2.- Características.

La Carta Fundamental señala que el dominio del Estado sobre las minas es absoluto. Es una acepción tradicional, ello puede significar dos cosas, no siendo excluyentes ambos sentidos. En primer lugar, que el dueño -en este caso el Estado- puede ejercer todas las facultades posibles que este derecho sea susceptible de otorgar -materiales y jurídicas- y, en segundo lugar, que estas facultades las puede ejercer el titular en forma discrecional, sin que nadie pueda entorpecer la decisión respectiva, pero, dentro de los límites naturales del mismo, esto es, la ley y el derecho ajeno. El artículo 582 del Código Civil, así lo dispone al establecer que el dominio faculta para gozar y disponer arbitrariamente de la cosa, no siendo contra ley o derecho ajeno. En lo que atañe a la facultad jurídica de disposición, ésta se encuentra limitada, en el mismo texto constitucional, al señalarse seguidamente, que este dominio sobre todas las minas, es inalienable, en cuanto se pue

da entender que se ejerce sobre el yacimiento y en la medida que el único acto de disposición consentido por el constituyente, es el otorgamiento del derecho de "concesión".

En la actualidad se ha sustituido el carácter absoluto del dominio, por el de la "generalidad" e "independencia", indicándose con respecto a la primera expresión, que ésta autoriza al titular para aprovecharse de todas las utilidades que el objeto es susceptible de proporcionar y, en cuanto a la segunda expresión, que existe por sí sólo, no requiriendo para su existencia de ningún otro derecho concurrente u original. (*)

Seguidamente, la Carta Fundamental señala que el dominio del Estado es exclusivo. Con ello se quiere significar, de acuerdo al lenguaje técnico jurídico, que el dominio supone naturalmente un único titular, sea éste una persona natural o jurídica, privada o pública, nacional o extranjera, habilitado para usar, gozar y disponer de la cosa sobre la cual recae el dominio o sobre el mismo, como cosa incorporal.

Implícito en el carácter exclusivo, y esto es por ser el otro aspecto del carácter mencionado, se encuentra la característica de ser un derecho excluyente. Esto es así, en atención a que la exclusividad quiere significar que una sola persona puede ser titular, pudiendo excluir a cualquier tercero, no permitiéndole la intromisión en su esfera jurídica.

Queda claro que ninguna persona, sea de la especie que fuere, podrá vincularse dominicalmente con las minas; a ello se opone el carácter de ser un derecho exclusivo y, por tanto, excluyente de cualquier otro interesado.

También, el texto constitucional menciona que el dominio del Estado tiene el carácter inalienable. Ello quiere significar que el objeto sobre el cual recae -las minas- no pueden ser enajenadas. En consecuencia, con respecto a ellas, no puede existir ni ejecutarse por el Estado ningún acto que, en forma directa o indirecta, provoque la enajenación o sus efectos. Ello es así por cuanto existe mandato expreso de la Constitución y, además, porque la característica mencionada no pertenece esencialmente sino naturalmente al dominio y, en este dominio estatal ha pasado a ser una ca-

(*).- Véase al respecto; "Curso de Derecho Civil" de A. Alessandri R. y M. Somarriva U., redactado por A. Vodanovic Edit. Nascimento, 1972, cuarta edición, págs. 138 y ss.-

racterística o elemento esencial de dicho dominio.

Se concluye, de acuerdo con lo señalado anteriormente, que el Estado, en el afán de darle el destino natural a las minas, no podrá utilizar instrumentos jurídicos tales como arrendamientos de plazo indefinido, enajenaciones, en aporte a sociedades, ventas y, en general, utilizar los medios concebidos y relacionados a propósito del "sistema regalista".

En suma, encontrándose en el patrimonio del Estado estos bienes -elementos activos-, no son susceptibles de acto alguno sobre ellos que implique enajenación (*), y constituyen, por tanto, la categoría de bienes llamados "incomerciables".

Como consecuencia de esta característica, las personas, sean éstas naturales o jurídicas, de derecho privado, o público diferente del Estado, nacionales o extranjeras, no pueden adquirir el dominio de las minas.

Pareciera que la característica que se comenta, estuviera, en cierto modo, de más; por cuanto, por la inalienabilidad que la precede, estaría -en términos absolutos y definitivos, dada la categoría de la norma por medio de la cual se expresa- fuera de la posibilidad de ser objeto de relaciones jurídicas privadas, perteneciendo a la categoría de bienes denominados "incomerciables". Con respecto a ellos, no podría existir jurídicamente "posesión", elemento indispensable para que proceda la prescripción adquisitiva.

No mencionadas expresamente por el constituyente, pero por acompañar siempre al dominio de una manera indefectible, se pueden señalar las siguientes características adicionales del dominio del Estado sobre las minas.

a) Es un dominio perpetuo. Con ello se quiere significar, que no está, en su existencia, sujeto a factores o limitaciones -como el factor tiempo en la propiedad fiduciaria, artículo 733 del Código Civil- y dura cuanto dure la cosa sobre la cual se ejerza. Se añade que, en sí mismo, no lleva una razón de caducidad (**), y subsiste independientemente del ejercicio que pueda hacerse de él.

(*).- Esta afirmación, debe entenderse con la salvedad del acto "concesión", en cuanto se la considere "acto de disposición", por permitir la apropiación de los minerales que conforman el yacimiento.

(**).- Caducidad es la circunstancia que de acaecer en el curso de la existencia de un derecho, destruye tal derecho o vínculo, provocando su extinción.

Lo anterior se avala por los caracteres de orden excepcional que lo acompañan y de los cuales se hace mención expresa: "la inalienabilidad" y la "imprescriptibilidad" del derecho de dominio del Estado sobre las minas.

Por existir propiedades temporales o sujetas a condición -la propiedad fiduciaria, artículo 733 en relación al 739 del Código Civil- se dice que, en vez de "perpetuidad" del dominio, más precisamente, debería indicarse que el dominio es "generalmente perpetuo" ya que la perpetuidad pasa a ser de la naturaleza pero no de la esencia del dominio. Al respecto, pareciera ser prudente señalar que el dominio que el Estado detenta sobre todas las minas y de que trata la Constitución, tendría como factor esencial, la perpetuidad del mismo. Lo anterior se reafirma, por el hecho de que siendo una relación o vínculo principal -derechos reales principales o en cosa propia; el dominio, la herencia- no está sujeto a la temporalidad implícita de los otros derechos -derechos reales accesorios o en cosa ajena (ius in re aliena); usufructo, el uso y la habitación, la prenda y la hipoteca en el Código Civil y en el Código de Minería, la concesión exclusiva para explorar de que trata el artículo 25 letra b)- abonado por las características de orden excepcional ya mencionadas y que expresamente le acompañan.

b) El dominio es abstracto. Mediante ello, se quiere significar que tiene una existencia independiente y, por tanto, distinta de las facultades que contiene y otorga -idea del patrimonio en relación a los elementos activos y pasivos que lo integran y que no se confunden con su entidad-. Se explica la aseveración señalando que, aún cuando exista otro derecho concurrente (ejemplo: derecho de usufructo), el dominio, como dominio que es, permanece idéntico a sí mismo, y las facultades que entraña el derecho concurrente, (ej. del caso: uso y goce), permanecen "potencialmente" en su entidad, en que sólo el ejercicio de aquellas facultades, pasa a manos del titular del derecho concurrente (el usufructuario).

c) El dominio es elástico. Con ello se quiere significar que naturalmente puede ejercerse con todas las facultades que otorga, pero que bien puede limitarse esta amplitud o ser restringido por otro derecho concurrente, en mayor o menor medida. Pero, siendo la primera una vinculación principal, por criterio de exclusión, los únicos que concurrirán serán los derechos reales en cosa ajena, que por su temporalidad implícita y una vez que lleguen a extinguirse, en forma "automática" y sin necesidad de acto posterior, se volverán a reunir todas las facultades en forma plena, como lo era en su estado original.

Las anteriores características permitirán, de un modo más preciso, acercarse a verificar la naturaleza del derecho que se prescribe para el concurso de los particulares, como también la determinación del objeto sobre el cual recae y se ejerce y de que tratan los incisos séptimo, octavo y noveno del N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Revisadas las características tanto positivas como doctrinarias que reviste la vinculación dominical del Estado con las minas -que no son otras que las formuladas generalmente para el dominio civil, bajo el consenso de que se trata de una relación de derecho privado, a que se refiere el artículo 582 del Código Civil- corresponde ocuparse de la concepción denominada "dominio subsidiario" que, como nueva tesis nacida en estos días, trata de precisar el verdadero alcance y sentido que tendría en la Constitución vigente, el derecho del Estado sobre las minas.

Por de pronto, debe tenerse presente que las vinculaciones reales -el dominio es la más importante en extensión e intensidad- conocidas desde los tiempos del derecho romano, poco o nada han variado hasta nuestra época y sólo lo han hecho de modo incidental, para adecuarse a las motivaciones y tendencias sociales contemporáneas que han influido en su reformulación, pero, esencialmente, son las mismas que conoció Roma.

En materia de dominio, y desde una perspectiva puramente ideal, se ha conocido el tradicional "dominio quirritario" (artículo 582 del Código Civil), "la propiedad fiduciaria" (artículo 733 del mismo cuerpo legal) y surge una nueva noción, en estos últimos tres siglos, el llamado "dominio eminente", cuya formulación naturaleza y contenido escapa a los parámetros del derecho privado, ya que aquel concepto es una consecuencia o manifestación de la soberanía de los Estados nacionales, en cuanto, por medio de él, se permite disponer, en el evento necesario, de todo cuanto se halle dentro de sus fronteras. Dicha noción es tomada en el derecho interno, más precisamente en Derecho de Minería, para explicar la relación de dominio del Estado con las minas, según interpretación de lo dispuesto en los artículos 591 del Código Civil y 1° del Código de Minería, entre otros. Se conocen otras expresiones análogas a la de dominio eminente, pero esta vez en referencia o teniendo como marco exclusivo el Derecho de Minería, siendo ellas la de "dominio originario", "dominio radical", "dominio eminente".

3.- El dominio subsidiado.

Como ya se apuntaba anteriormente, la tesis

del dominio subsidiario surge en nuestros días para explicar, bajo una perspectiva de novedad, la naturaleza, sentido y contenido de la relación del Estado con todas las minas de que trata la Constitución, particularmente en el número 24, inciso sexto, del artículo 19.

La relevancia jurídica de esta nueva posición surge del hecho de que fue expuesta con motivo de la dicitación de la ley orgánica constitucional sobre concesiones mineras, en el seno y desarrollo de su formulación, interpretación que formó parte del "informe técnico" acompañado a tal iniciativa legal, esto es, como fundamento del proyecto de ley referido.

Como primer punto, debe hacerse presente que las expresiones utilizadas para su ilustración no resultan del todo diáfanas. Ello, debido quizás -esta observación es una mera especulación- a que su sostenedor no pareciera utilizar, en propiedad, expresiones y conceptos de significación precisa en técnica jurídica, tornando, de este modo, confusas las explicaciones dadas ante cada aseveración. Todo esto pareciera provenir de la premura de su construcción y, además, por otro lado, a las complejidades que conciernen a las instituciones del Derecho de Minería que requieren, de un modo cierto, de una mayor capacidad de abstracción del intérprete interesado en su cabal e íntegra comprensión.

Por lo que atañe a la exposición misma, la sólo expresión "dominio subsidiario" conduce a confusión. Ya se ha anotado que el dominio es un derecho real de los calificados principales y sobre cosa propia -dominio que también se llama propiedad-, como elemento diferencial sobre los otros derechos reales sobre cosa ajena -ius in re aliena- y los de carácter accesorio. De ello surge la consecuencia de ser el dominio un derecho absoluto, exclusivo y excluyente.

La expresión "subsidiario", en el sentido más generalizado que pueda darse, evoca la idea de una cosa que "es" o que "puede darse" a consecuencia de que otra cosa "no fue" o "no pudo darse". De esta manera se comprende, cuando se expresa que una cosa, acción o situación "es en subsidio de otra". En el mismo sentido puede entenderse la explicación del "principio de subsidiariedad" y la acción subsecuente que él promueve desarrollar (*), al señalarse: "La órbita de competencia de la sociedad mayor -El Estado- empieza donde termina la posibilidad de acción adecuada a la menor -el hombre como unidad, la familia y las demás agrupaciones humanas intermedias-. De lo anterior resulta que su entidad

(*) .- "Declaración de Principios del Gobierno de Chile". Stgo., Marzo de 1974, págs. 16 y ss.

es accesoria, no queriendo significar aquello que sea más o menos importante desde una óptica de valor.

De lo anterior resulta, dadas las características que acompañan al dominio en la inteligencia anterior, que la adjetivación del dominio con tal expresión, pareciera ser inadecuada, porque, tratando de constituir un concepto unitario -para lo que se quiere expresar con ello- se emplean términos excluyentes, esto, por el hecho de que la existencia de una (el dominio) impide la afirmación y vigencia contemporánea de la otra ("subsidiario") y viceversa.

De la misma manera, si se tiene que es un "dominio subsidiario" -"en subsidio de" o bien, que sus facultades son de intensidad periférica, excéntricas o de excepción, como resulta del sentido que puede obtenerse con una interpretación general -pareciera necesario, por imperativo lógico-elemental de la construcción, referirse al dominio de carácter "principal", al que es antes de ser subsidiario o al tiempo de éste, como lo requiere el contexto de sus explicaciones. Y, si con esta categoría no se cuenta, lo que se deduce de la sola lectura de la exposición de la tesis del dominio subsidiario, pareciera no ser prudente sostener la existencia de tal derecho de dominio, de orden secundario o accesorio, sin que cambie de naturaleza y se constituya en principal por elemental exigencia lógica. Todo ello es consecuencia de que lo que es "subsidiario" en sentido general, debe entenderse naturalmente en una acepción jurídica, como "accesorio".

Todo lo anterior, en definitiva, demuestra la severa contradicción de orden elemental que asiste a la expresión "dominio subsidiario", en la construcción utilizada para su formulación.

Después de habernos detenido en un aspecto formal, como lo es la particular designación de la tesis que se comenta y, una vez hechas las observaciones respectivas, corresponde detenerse en el aspecto de fondo, en su contenido.

a) En lo substancial, la tesis del dominio subsidiario del Estado sobre el objeto jurídico "mina", como expresión de las normas constitucionales sobre la materia, se decide en las siguientes aseveraciones:

- Que el dominio que detenta el Estado sobre estos bienes no es de índole privada, como es aquel que trata el Código Civil en el artículo 582, sino, que es un dominio de naturaleza "pública", por lo que se distingue del dominio privado y que en el contexto de las normas fundamentales es un "dominio subsidiario".

- Que este dominio "subsidiario" del Estado tiene por objeto "la riqueza minera", esto es, "todas las minas" (*), lo que quiere significar: "Toda la riqueza potencialmente existente en el territorio nacional". (**)
- Que una vez descubiertas las minas, el Estado "conserva su derecho" y que las características del dominio, en tal evento, "no son todas las del dominio civil, lo que se demuestra con el texto del número 24 del artículo 19 de la Constitución".
- Que la diferencia más señalada en este dominio del Estado, es que "sobre la propia mina" un particular puede constituir concesión que le pertenece en régimen de propiedad privada, que incluye las facultades de uso, goce y disposición de tal derecho, sin necesidad de que el Estado "exprese voluntad traslativa de derechos" que sirva al particular de título para adquirir la concesión.
- El poder judicial "reconoce" al titular legítimo un ple no dominio civil sobre la concesión, en resolución de naturaleza "meramente declarativa" antes que "constitutiva".
- La diferencia queda remarcada -entre el dominio público sobre las minas y el privado sobre las concesiones mineras- por la "inalienabilidad" del dominio estatal.
- Consecuencia de lo anterior, es que el Estado se encuentra en la calidad de "mero depositario" de la "riqueza minera" de la nación, sin que se permita al mero arbitrio de "la autoridad pública" entregarla en concesión administrativa a los particulares.
- Que el derecho de goce sobre las sustancias minerales no emana del de dominio del Estado sobre las minas, sino que sólo puede derivar de una "concesión minera" sobre sustancias concesibles, o de la ley que declare la concesibilidad de una sustancia.
- Consecuencia de todo lo anterior es que el dominio del Estado no supone las facultades ordinarias que conlleva el dominio de naturaleza privada -uso, goce y disposición- sino que es un derecho que se ha calificado de dominio por dos razones fundamentales, siendo ellas: la mantención de una relación excluyente de todo interés privado que no se funde en una concesión constituida, y el reintegrar al dominio es

(*).- José Piñera Echeñique, en ob. cit., pág. 34.

(**).- Ob. cit., pág. 35 segundo párrafo.

tatal los "atributos que otorga la concesión", una vez que ésta se extingue, para los efectos de dejarlos disponibles, bajo el supuesto de que se trata de sustancias concesibles, a los nuevos particulares interesados en vincularse en la calidad que se ha indicado.

b) En lo que dice relación con el contenido del derecho de dominio "subsidiario" del Estado sobre todas las minas, éste adquiriría significación de acuerdo a las siguientes premisas, dadas en la Carta Fundamental;

- Señalar una "tuición subsidiaria, general y permanente sobre todas las minas", cuyo objetivo primario es darse una normativa especial que trasunte una política minera.
- Permitir la creación y constitución de derechos mineros que emanan directamente de la ley y que resultan ser distintos de la propiedad de los terrenos donde se encuentran las minas.
- Reconocer originariamente derechos mineros anteriores al descubrimiento de las minas.
- Reconocer el nacimiento de los derechos particulares a explorar y explotar las minas mediante un "acto propiamente declarativo", antes que "constitutivo", que patentiza el Estado mediante de la constatación de haberse cumplido las exigencias legales, cometido, que, incluso, se entrega a los tribunales y, por último,
- Recuperar la facultad de reconocer derechos de concesión minera en caso de incumplimiento de la condición de amparo por los concesionarios anteriores.

c) Sobre los caracteres que acompañan al dominio "subsidiario" del Estado, se señala lo siguiente:

- Que el carácter "subsidiario" le permite mantener a perpetuidad una tuición general sobre los derechos mineros. La permanencia nace y se expresa ante el hecho de que el dominio del Estado coexiste con las facultades reconocidas a los particulares y que puede "hacerse presente siempre", originariamente, cuando se den las condiciones impuestas por la ley.
- Que el dominio del Estado sea absoluto indica que éste, el Estado, lo tiene de una manera general, resuelta y terminante, que no está sujeto a relación ni dependencia alguna, empleada la expresión, según el decir del expositor de la tesis, "en el sentido que le da el diccionario".

- Que el dominio del Estado sea exclusivo indica que éste es el único, que lo tiene sólo él, y que excluye especialmente al propietario del suelo en cuanto tal.
- Que el dominio del Estado sea inalienable, significaría que el Estado lo conserva permanentemente tanto sobre las minas ya descubiertas como sobre aquellas que no lo han sido aun.
- Que el dominio del Estado sobre todas las minas sea imprescriptible quiere decir, según el autor, que el Estado no puede perder este dominio por el mero transcurso del tiempo, siendo irrelevante, al respecto, que los particulares tengan la posesión de dichas minas.

d) Por último, en cuanto a que el Estado pueda ejercer con respecto a las minas una relación "más cercana al objeto", esto es, llevar a efecto las facultades de uso y goce y, aun cuando no se menciona, la facultad de disposición, tendría tres caminos para lograr tal objeto, siendo ellos los siguientes: 1.- Obtener concesión minera sobre sustancia concesible. 2.- Mediante la declaración de "no concesibilidad" que pueda afectar a ciertas sustancias, y 3.- Por la declaración de "zona de importancia para la seguridad nacional con los efectos del inciso décimo" de la norma constitucional que se comenta.

4.- Objeciones.

Con respecto a la teoría anterior, cuya exposición se ha hecho en forma sintética, se puede decir lo siguiente: que ha quedado muy en claro, que el dominio del Estado sobre todas las minas es patrimonial y pleno (*), tanto en la evolución de la voluntad del constituyente como en las formas por medio de las cuales se ha expresado. En consecuencia, resulta en cierto modo excéntrico interpretar de otra manera la referida norma, en franca oposición con el texto y el espíritu de la preceptiva constitucional.

El cúmulo de aseveraciones que se realizan, y que se suceden en una forma vertiginosa, hace fatigoso el examen detenido de cada una de ellas, por lo cual, en atención a la finalidad de este trabajo y por razones de extensión, no se realizará aquél, sino en la medida elemental requerida para demostrar las premisas erróneas sobre la cual su construcción se asienta.

Al efecto, se analizará una de las primeras

(*).- La expresión "pleno", está tomada en oposición a la "nuda" o "desnuda" propiedad, de que trata el artículo 582, inciso segundo, del Código Civil.

aseveraciones que se hacen y que es aquella en que su sostenedor nos indica que el dominio del Estado es de naturaleza pública y que, por ello, se distingue o diferencia del privado, pasando a ser "subsidiario" en las normas constitucionales.

De este modo, cabe preguntarse ¿en qué se diferencia un dominio público de un dominio privado? y, además, ¿en atención a qué factor se califica si un dominio es público o privado? y, por último, cabe también preguntarse si el factor tomado en cuenta para calificar uno y otro dominio, ¿es gravitatorio para los efectos de una distinción de orden sustancial o, al contrario, es de orden puramente formal o accidental o de efectos, si se quiere, pedagógicos?

En cuanto a la primera pregunta, la tesis del dominio subsidiario -en adelante D.S., (*)-, se limita a aseverar que la diferencia existe, sin entrar en mayores explicaciones. Se concluye, consecuencia de la aseveración anterior, de que, por eso, se "distingue del dominio privado".

En atención a ello, se hace necesario indagar en qué consiste tal diferencia, fuera de la que es ya obvia, como resulta de los nombres dados y por los cuales se reconocen. Para adentrarse en su análisis, es previo determinar la respuesta a la segunda interrogante, esto es, apreciar el factor o elemento tomado en cuenta para calificar si un dominio es público o privado.

Al tratar de precisar el factor de diferenciación nos encontramos con las siguientes posibilidades:

- Que el dominio será público, al considerar en forma exclusiva el hecho de que su tratamiento y reglamentación se realicen por medio de normas jurídicas de derecho público; y será privado, cuando su tratamiento, fundamentalmente, se realice por medio de normas jurídicas de derecho privado. (**)
- En este criterio se ha tomado en cuenta la naturaleza de la norma jurídica que trata y reglamenta el dominio, por lo tanto, se le puede llamar criterio o factor "objetivo". Sin embargo, debe tenerse presente, que la diferenciación misma entre normas de derecho público y normas de derecho privado o, lo que es lo mismo, derecho público y derecho privado -y en especial el tratamiento y reglamentación del dominio y demás derechos reales- no es del todo diáfana en estos días,

(*) .- La sigla D.S., se utilizará cada vez que lo requiera la síntesis de la exposición.

(**) .- Véase: "Curso de Derecho Civil". Los bienes y los derechos reales, de A. Alessandri R. y M. Somarriva U., págs. 103 y ss.

por lo cual el uso de tal factor diferencial puede legítimamente estimarse ciertamente inaplicable, en algunas situaciones.

- El otro criterio, verifica si el titular del derecho de dominio es una persona de derecho público o bien una persona de derecho privado. En consecuencia, representa el criterio "subjetivo", en contraposición al anterior, que es de orden objetivo, sin perjuicio de lo anotado precedentemente a su respecto. Bajo esta óptica, resultará que el dominio va a ser público, cuando su titular sea el Estado o alguna otra entidad jurídica menor que le represente -Municipalidades, por ejemplo-, y será privado, por criterio de exclusión, cuando su titular sea cualquiera persona diferente del Estado o de las entidades menores que le representen.

Ahora bien, ¿cuál es el criterio tomado en cuenta por la tesis del D.S.? Pareciera ser el criterio subjetivo indicado anteriormente, por cuanto su construcción se realiza en atención exclusiva al sujeto que se considera por el constituyente: el Estado. Determinado el criterio de diferenciación, en la medida que lo ha permitido el desarrollo de conjunto de la tesis que se comenta, corresponde determinar si tal situación hace que un dominio sea, en sustancia, diferente del otro.

Por de pronto, en la obra de los señores Alessandri y Somarriva, se señala que aunque los caracteres de la propiedad pública o de derecho público no coinciden con los caracteres clásicos de la propiedad privada, en esencia, representa una forma de propiedad, como quiera que también es el poder más amplio que se puede tener sobre una cosa.

De modo que "los caracteres" son los diferentes, aun cuando, en la obra citada, no se han precisado su entidad, naturaleza - en qué consisten- y número, y resulta que esencialmente, institucionalmente, son lo mismo. De aquello, tendremos que las diferencias que se puedan encontrar son naturalmente de orden accesorio y no sustanciales o principales.

En efecto, si tenemos idealmente un dominio público y un dominio privado, ambos resultan ser "dominio" y, en consecuencia, otorgarán iguales facultades y poseerán iguales caracteres como tales, sin perjuicio de que concurren algunas características de orden excepcional como es la incomerciableidad. Asimismo, habilitará a su titular -cualquiera que fuese y sea que se llame propietario fiduciario, usufructuario, usuario o habitador- para ejercer las acciones y derechos tendientes a resguardar su integridad como tal derecho.

En cuanto a la adjetivación del vínculo, es decir, de ser en un caso público y en el otro privado, según sea la naturaleza de la norma o según sea el sujeto que se vincule como titular, presentará, en todo caso, un carácter solamente accidental.

Ahora bien, el ejercicio de la voluntad o las formas por medio de las cuales se manifiesta, tendiente a actualizar o concretar las facultades que entraña el dominio, en un caso -en el dominio público-, será un proceso más complejo, y en el otro caso -en el dominio privado- será un proceso menos complejo, pero complejo al fin. Así, la voluntad del Estado deberá manifestarse por medio de las formas naturales mediante las cuales se expresa: la ley, un reglamento, el decreto supremo, la sentencia, etc. En definitiva, un "acto jurídico". Asimismo, el titular de un dominio privado requerirá de un acto jurídico, cuya expresión será relativamente simple en una persona natural y de una complejidad mayor en las personas jurídicas (sociedades, fundaciones, corporaciones, etc.), equivalente, a veces, a las complejidades formales relacionadas con la expresión de la voluntad del Estado, mirada la complejidad desde un punto de vista exclusivamente jurídico, desprovisto de apreciaciones comparativas de valor, ya sea moral, político, ideológico u otros.

En lo que se refiere al ejercicio de las facultades, que son idénticas en el uno y en el otro (uso, goce y disposición), no presenta mayores singularidades en el dominio privado, pero sí lo presentará en el dominio público. En efecto, si se tiene en cuenta que el Estado es la nación jurídicamente organizada y que uno de los elementos de esta última -considerado el esencial- es el factor humano, esto es, la comunidad de hombres que hablan una misma lengua, poseen y reconocen un mismo pasado histórico, unas mismas costumbres y habitan un territorio homogéneo o común, resulta natural y no forzado que, siendo su entidad mayormente compleja, la titular del dominio público (artículos 589 y siguientes del Código Civil), sea ella toda, y que todo su elemento humano sea el que ejerza las facultades más relevantes, como son el uso y goce, en los bienes sobre los cuales recaiga este dominio. Debido a esta circunstancia, serán numerosos e indeterminados los usuarios, rasgo que no se advierte en el dominio privado en que, a veces, siendo numerosos los usuarios -una fundación, corporación, sindicato, etc.- son perfectamente determinados. Aún, se desdibuja esta singularidad, perdiendo relevancia, en relación a los llamados bienes nacionales, en la especie denominada "bienes fiscales" (artículo 589 inciso 3 del Código Civil), en que la facultad de uso "... no pertenece generalmente a los habitantes...", asimilándose, éstos en el uso y su ejercicio, al que ejercen las personas jurídicas de derecho privado.

En cuanto al ejercicio de la facultad de disposición, requerirá en ambos casos de un acto jurídico, menos complejo en su formación en las personas de derecho privado y mayormente complejo en el Estado o personas de derecho público, en que ésta se deberá expresar en conformidad a la ley, que es "... una declaración de la voluntad soberana.... manifestada en la forma prescrita en la Constitución." Al respecto, en la nueva Constitución Política se prescribe en el artículo 60 número 16, lo siguiente: "Sólo son materia de ley, las que fijen normas sobre enajenación de los bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento y concesión."

De esta manera, la singularidad que revista uno u otro dominio, solamente será el número de sujetos que ejerzan las facultades de uso y goce y su correspondiente determinación, como, también, la generación mayormente compleja de la voluntad cuando se trate del ejercicio de la facultad de disposición.

Ante todo esto, resulta que las diferencias que se pueden encontrar son nominales y de orden accesorio, no siendo fundamentales como pareciera desprenderse de la afirmación que se comenta en la tesis del D.S. De esta manera, queda en claro que tal premisa no es suficiente, de acuerdo a una estricta técnica jurídica, para sostener la naturaleza diferente de un derecho, como es la presurosa conclusión a que se arriba por su sostenedor.

Como se anotaba anteriormente, constituiría una tarea de extensión significativa la observación jurídica de cada una de las aseveraciones mediante las cuales se expresa o se manifiesta la teoría del dominio subsidiario, lo cual, no se compadece con los limitados fines de este trabajo. Sin embargo, cabe destacar que los cinco puntos anotados por su sostenedor, relativos a las ideas matrices contenidas en la normativa fundamental (*), tienen una extraordinaria similitud con las finalidades u objetivos precisos en que se materializaba la teoría del "dominio eminente" del Estado sobre esta categoría de bienes.

En efecto, el dominio eminente del Estado consiste en un derecho permanente y general sobre todas las minas, descubiertas o no, en el territorio nacional y adquiriría tonalidad en el derecho minero, al permitir la constitución de un derecho originario en el patrimonio del sujeto particular, enajenación que representaba una de las limitadas facultades, sino la única, reconocidas a este dominio en ma-

(*).- José Piñera E., ob. cit., pág. 37 y ss.

nos del Estado. A su vez, a éste le permitía reconocer prerrogativas de los particulares anteriores al descubrimiento, tales como las facultades de catear (catar) y cavar, además de constituir concesiones exclusivas con el objeto de buscar las minas que se pudieran encontrar en el territorio a que se refería el título y, por último, recuperar esta facultad de constituir derechos de índole privada, cuando sobrevengan causales de caducidad en los derechos de los particulares vinculados. El Estado, por su parte, para los efectos de constituir derechos patrimoniales -al igual que los sujetos particulares- sobre sustancias minerales que le interesaban, podía utilizar dos mecanismos, siendo éstos: la declaración de reserva sobre determinadas sustancias, o bien la constitución de pertenencia minera con la misma calidad y en igualdad de condiciones con los particulares.

No obstante la certeza en algunas de las finalidades mencionadas -ellas corresponden a los objetivos de política económica más generales de fomento, que tiende a realzar, como especialidad, la normativa minera- resulta ser, en lo demás, una grave impropiedad. Ello es así, si se piensa que la mera interpretación que era el dominio eminente del Estado sobre las minas, ha dejado de tener lugar desde 1971 en nuestro derecho minero y mal podrían sustentarse sus postulados bajo un nuevo nombre, como es el de dominio subsidiario -identidad de aseveraciones y efectos- ante un derecho positivo tan explícito y reiterado, como también ante el claro sentido de la norma, que se desprende de una atenta consideración del desarrollo de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional. De este modo la interpretación particular que es en el plano de las ideas el "dominio subsidiario", ciertamente, constituye una aventura con resultados desventurados.

Es una aventura, por el hecho de que en su formulación existe una abierta desconsideración por el claro texto positivo de la norma sobre la cual se intenta o se pretende discurrir, como, también, por la historia fidedigna de su establecimiento; elementos de que necesariamente debe hacerse uso, si se quiere presentar resultados armoniosos en la labor interpretativa. Es de resultados desventurados, por el hecho de que su sostenedor, en la construcción realizada, utiliza como categorías jurídicas -que en cierto modo son absolutas por el lento proceso de perfeccionamiento en el curso de la historia (ejemplo: el dominio)- elementos e ideas propias de una contingente política económica que se enmarca en una estrategia, entre muchas, en búsqueda del anhelado desarrollo. Ello resultó evidente cuando se observó la calificación con que el autor de esta interpretación delimitó -definió- la na

turalidad del vínculo estatal.

También es una desventura, por cuanto actualiza a nuestros días la vieja controversia acerca de la exacta determinación del vínculo jurídico del Estado con las minas, efecto que resulta ciertamente negativo ante la diafanidad, que, con prioridad, debe asistir a la institución jurídica marco de estos comentarios. Con ello, subrepticamente, se introduce un factor de perturbación en el lector desinteresado y ajeno al conocimiento de nuestro derecho de minería.

5.- Efectos del derecho patrimonial del Estado.

Corresponde preocuparse, en las líneas que siguen, de los efectos que se pueden atribuir a la relación de dominio pleno o patrimonial que el Estado tiene con respecto a las minas.

A.- En primer lugar, cabe determinar, de acuerdo a la naturaleza del derecho de dominio que se sustenta en este trabajo, si las minas son un bien fiscal o del Estado, de acuerdo a la clasificación realizada por los artículos 589 y siguientes del Código Civil, en el Título III, "De los bienes nacionales". Antes de la Reforma Constitucional de 1971, la ubicación de las minas como bien nacional, siendo una especie diferente de las dos clases mencionadas en los respectivos incisos -segundo y tercero- del citado artículo 589, resultaba de la interpretación, virtualmente unánime, de la doctrina y jurisprudencia. De aquella interpretación se colegía que la categoría de dominio que se prescribía en los incisos mencionados era de índole patrimonial, al contrario del que trataba el artículo 591 -que es idéntico al artículo 1º del Código de Minería de 1932 y los cuerpos legales antecesores-, en que se estimaba que era un dominio no patrimonial ("extrapatrimonial"), bajo las denominaciones de "radical", "originario", "eminente", etc. Cabe señalar, que tal interpretación no se compaginaba con el desarrollo lógico y la estructura de los preceptos realizada por don Andrés Bello. Lo anterior resulta de considerar de que en el Título que se comenta, solamente se ha tratado de dos clases o categorías de bienes nacionales; bienes nacionales de uso público y bienes del Estado o bienes fiscales. De modo, pues, que no ha estado ni en la sistemática de los preceptos, ni en la letra y, presumiblemente, ni en el espíritu de su autor, el tratamiento de esta naturaleza de derecho de dominio. Cabe anotar que el concepto de "dominio eminente" pertenece propiamente a otro orden normativo, como es el Derecho de Gentes y, respecto del cual, existía por parte del autor del Código Civil especial versación, de modo que no resultaba ser prudente internar tal concepción, en des

medro de su conocimiento, en un derecho especial interno.

Después de la reforma constitucional de 1971, llevada a cabo por la ley 17.450, de 16 de Julio del mismo año, aparece con suficiente claridad que tal dominio es patrimonial y, por ser una interpretación auténtica, contextual, de propia autoridad, debe considerarse y entenderse, definitivamente, que el dominio previsto en el artículo 591 del Código Civil y 1° del Código de Minería, es y reviste el carácter de patrimonial y pleno, desde siempre.

La expresión "tiene" utilizada por el constituyente -modo indicativo del tiempo presente del verbo tener- indica que la acción se ejecuta en la actualidad, que se ejecutó ayer y seguirá ejecutándose en lo futuro, en el mismo carácter; por lo que el sentido de la expresión es suficientemente ilustrativo en lo que a este aspecto se refiere.

De manera, pues, que por ser patrimonial el derecho y recaer sobre una cosa -las minas- éstas son bienes nacionales. Pero, si los bienes nacionales son por clasificación del artículo 589: "bienes nacionales de uso público" y "bienes del Estado o fiscales", según sea que la facultad de uso corresponda o no ejercerla a todos los habitantes de la nación, deberían las minas corresponder a una u otra categoría o especie, en definitiva.

Lo cierto es que la clasificación, cuyo factor diferencial es el uso generalizado o no, resulta estrechísima, en relación al bien mina, ya que con respecto a éste, no se puede concebir que corresponda un "uso" general o más particularizado a todos o algunos de los habitantes del territorio nacional. El criterio expuesto, pareciera tenerse presente en la obra: "Curso de Derecho Civil" de A. Alessandri R. y M. Somarriva U. (*), por el hecho de que a las minas, como bien jurídico, le corresponde un tratamiento diferenciado en la parte en que se enumeran a vía ejemplar los bienes fiscales -números 145 y 146, del tomo correspondiente a los Bienes y los Derechos Reales- en lo que se refiere a la categoría bienes nacionales, sin pronunciarse por su expresa inclusión en la especie de bienes fiscales.

De esta manera, siendo las minas bienes nacionales -más precisamente, del Estado o fiscales- por la reiterada manifestación de voluntad del constituyente de 1971 y del de 1980, al expresar que: "El Estado tiene el dominio...etc.", conforman una especie o categoría diferente de las enunciadas en los artículos 589 y 590, ya que su régimen jurídico de aprovechamiento -generalmente, mediante concesiones mineras y excepcionalmente, mediante los mecanismos indicados en el inciso

(*) .- Redactado por A. Vodanovic.

10 del número 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental- es manifiestamente singular o especial.

De consiguiente, y por lo sostenido anteriormente, sigue manteniendo identidad y vigencia la ubicación del artículo 591 en la estructura sistemática del Código Civil.

B.- En segundo lugar, corresponde detenerse en las facultades que entraña el dominio y cómo se ejercerán por parte del Estado. Cabe indicar, con respecto a esta materia, que se debe tener presente que estas facultades se ejercerán con mayor o menor amplitud, dependiendo la amplitud de las sustancias minerales que contengan los yacimientos y que se consideren como sustancias concesibles o de libre adquisición en la ley competente al efecto (ley orgánica constitucional sobre concesiones mineras). De la amplitud de este concepto, en el cual se recreará el dominio del Estado, ya hay un claro indicio en la misma Carta Política y tanto es así que el constituyente ha excluido del régimen de libre concesibilidad o denunciabilidad únicamente los hidrocarburos líquidos y gaseosos -primera parte del inciso séptimo-; antecedente por medio del cual se infiere que las sustancias concesibles en el régimen de denunciabilidad serán la mayoría y, por tanto, la regla general. Lo contrario sucederá con las sustancias no concesibles, las cuales serán minoritarias, importando, en consecuencia, un régimen de aprovechamiento excepcional, desde el punto de vista jurídico.

En síntesis, la extensión de las facultades del Estado quedarán limitadas a las sustancias que se consideren no concesibles en el régimen de denunciabilidad que establezca la ley competente y este régimen tiende, en el espíritu de la norma constitucional, a declarar la mayor cantidad posible de sustancias mineras como concesibles. Por lo demás, el espíritu de la norma se confirma por la ubicación del inciso décimo y último relativo a materias mineras -el cual va después del régimen general que prescriben los incisos séptimo, octavo y noveno-, inciso décimo que se refiere a las facultades exclusivas del Estado sobre las sustancias no concesibles y otras sometidas a regímenes especiales de naturaleza excepcional en el contexto citado.

En cuanto a la forma misma por medio de la cual el Estado ejercerá su dominio, la Constitución Política ha prescrito en el inciso 10: "La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con

los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a jurisdicción nacional y los situados en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determine como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional".

De este modo, surgen cuatro ideas fundamentales de cómo se podrá ejercer el pleno dominio que detenta el Estado sobre las minas y, también, sobre los productos o "capital" (*) de ellas -como son los minerales que contienen-, siendo éstas las siguientes:

a) Que las tres fases de la industria minera, la exploración, la explotación y el beneficio, todas referidas a las sustancias minerales no susceptibles de ser otorgadas bajo concesión según el régimen de aprovechamiento delineado en los incisos 7, 8 y 9 (concesión minera común u ordinaria, que es el régimen general), podrán ser desarrolladas por el Estado en forma global, abarcando toda la industria minera, o bien, ejercitando separadamente cada una de estas etapas por los medios y mecanismos jurídicos que se indican a continuación en la letra d) siguiente, según se crea conveniente. Ello se colige de la utilización de la expresión "podrá", que indica, ciertamente, una facultad o potestad de ejercicio discrecional.

b) El pleno dominio del Estado, se actualizará o se ejercerá no solamente sobre las sustancias minerales que contengan los yacimientos calificados de no susceptibles de ser objeto de concesión, sino que también se ejercerá, con la misma amplitud o intensidad, sobre los yacimientos existentes en las aguas marítimas sometidas a jurisdicción nacional y cualquiera sea la forma en que se presenten (minerales en estado de suspensión en las aguas, nódulos marinos, placeres metalíferos submarinos, yacimientos existentes en el subsuelo marítimo, etc.), y cualquiera sea la clase, calidad o naturaleza de las sustancias que contengan (metálicas, no metálicas, sustancias concesibles, sustancias no concesibles, etc.). Así se desprende de la circunstancia de que el constituyente, para fijar la extensión del régimen que se comenta, no se ha detenido a observar ni la forma del yacimiento, ni la clasificación del mi-

(*).- Tomada la expresión "capital", en el sentido de sustancias minerales que constituyen la unidad denominada "mina".

neral que contenga y solamente ha tomado en consideración la soberanía del Estado, bajo la forma de "jurisdicción" sobre las aguas marítimas, quedando, en consecuencia, sometidos los yacimientos y sus minerales que se encuentren bajo aguas de otro tipo -ríos interiores y lagos-, al régimen general o común que prescriben los incisos 7, 8 y 9 de la parte correspondiente a minería.

c) De la misma manera, los yacimientos, cualquiera sea la forma en que se presenten y sea cual fuere la sustancia mineral que contengan, cuya ubicación geográfica, total o parcial, se encuentre en zonas que se determine como "de importancia para la seguridad nacional" por la ley ordinaria competente, estarán sometidos al mismo régimen, como si fueren sustancias no susceptibles de concesión y respecto de las cuales el Estado podrá ejercer su derecho en cualquiera de las cuatro formas básicas que se prescriben en el inciso décimo.

En relación a esta parte, cabe comentar que la declaración de "zona de importancia para la seguridad nacional" -en los casos que ello ocurra y en el espacio geográfico que por tal declaración se cubra- ciertamente, podrá comprender, además de parte o secciones del territorio nacional continental, partes o secciones de territorio marítimo o de las aguas sometidas a jurisdicción nacional. Ello es factible, por cuanto el constituyente no ha posibilitado ningún criterio de asignación exclusiva o de limitación y, por otra parte, la expresión positiva que en este caso se comenta, respecto de la doctrina de la "seguridad nacional", no permitiría limitación alguna del espacio en donde se ejerce la soberanía nacional, ya que implícitamente estarán comprometidos, seguramente, criterios y factores de subsistencia e independencia estratégica, económica, etc.

La importancia práctica, que para los efectos mineros interesa, es la de que las dos formas de actuación del Estado en que requiere participación de los particulares, como son las concesiones administrativas y los contratos especiales de operación, quedarán sujetos a un régimen jurídico, en la parte relativa a su extinción, levemente diferenciado a las mismas formas de actuación radicadas en aquellos espacios geográficos en que no se toquen esas zonas. La diferencia se encuentra en que la misma autoridad concedente -el Presidente de la República- podrá declarar terminada o extinguida la concesión administrativa minera y terminado, o más propiamente, revocado, el contrato especial de operación, con la indemnización que corresponda al concesionario o contratante afectado, respectivamente. La decisión de la autoridad concedente, la preside la absoluta discrecionalidad, ya que puede adoptarse

sin expresión de causa y en cualquier tiempo, en la medida que el criterio de calificación -de la oportunidad y conveniencia- de la situación lo permita.

Como corolario de los comentarios de las letras b) y c), puede establecerse lo siguiente: que el Estado ejercerá en toda su amplitud e intensidad el dominio que sobre las minas se prescribe en el inciso séptimo y que son las ubicadas en las aguas marítimas sometidas a jurisdicción nacional y en los espacios geográficos que la ley determine que quedan comprendidos en la declaración de zona de importancia para la seguridad nacional. De la misma manera, se ejercerá tal dominio sobre las minas que contengan sustancias no susceptibles de ser concedidas y que se encuentren en cualquier lugar del territorio nacional que no seande los indicados más arriba.

d) Por último, en cuanto a las formas por medio de las cuales el Estado ejercerá su pleno dominio, resta indicar que podrá ser exclusiva de su persona o bien permitirá el concurso de sujetos de derecho privado. Y, además, como se puntualizó, será facultativo para él, ocuparse de todas las faenas mineras, algunas de ellas, o parte de ellas, en cualquiera de los sistemas genéricos que prefiera (exclusivo o con participación de particulares) o por particulares que determine (directamente, por medio de sus empresas o bien por concesión administrativa o contrato especial de operación).

Con el criterio que se viene determinando, cuando el Estado considere que debe actuar en forma exclusiva, lo hará directamente o bien, por medio de sus empresas. Cuando requiera el concurso o participación de particulares lo hará mediante una concesión administrativa o bien mediante la suscripción de un contrato especial de operación.

1.- Con respecto a la primera forma con que actuará el Estado -directamente-, pareciera ser que existen graves obstáculos de índole operacional, ya que es natural que esta empresa debiera asumirla directamente -idea de servicios- la administración y ésta no tiene la aptitud necesaria para que se traduzca en expedición y agilidad, elementos que requiere prioritariamente una empresa moderna. Así, cada decisión, deberá revestir la forma de un acto administrativo, ya que es ésta la manera cómo se expresa la voluntad de la administración; los niveles decisorios tenderían a actuar con el espíritu y las motivaciones de los funcionarios públicos, con desmedro sustancial en la eficiencia. Ante los factores apuntados, pareciera más adecuado que la actividad exclusiva del Estado se realice mediante sus empresas, las cuales operarían con cierta autonomía técnica y financiera, en el marco de una personalidad jurídica distinta del Estado. Lo anterior posi-

bilita una política operacional más activa, de acuerdo a las exigencias actuales que se requieren a las actividades empresariales. Ciertamente, bajo tal forma ya no existe el engraje administrativo-público que, en aras del resguardo, se torna dilatorio y, tampoco, los niveles decisorios estarán imbuidos del espíritu funcionario, sino que, al contrario, persistirán las motivaciones de eficiencia de efectos incentivadores.

Al margen de las ideas anteriores, las formas participativas de actuación del Estado revestirán especial importancia, por cuanto se constituirán, ciertamente, en los mecanismos a cuyo uso recurrirá ordinariamente.

Con respecto a la concesión administrativa minera a que se hace referencia en el inciso 10 de la Carta, se supone que no se diferenciará estructuralmente de las otras que se dan en derecho administrativo o público y presentará sus caracteres más connotados; vale decir: acto del poder público -decisión unilateral y discrecional-, la reserva de prerrogativas por parte de la autoridad concedente, la precariedad de los derechos subjetivos públicos que se confieren o constituyen en el concesionario, la temporalidad de los mismos derechos -en especial, las concesiones que inciden en bienes nacionales- y, el carácter de acto "intuitu personae" que reviste la concesión (cuyos efectos son la "intransferibilidad" e "intransmisibilidad", al margen del parecer de la autoridad concedente). Los elementos que sirven para adelantar esta apreciación, traducen criterios de preponderancia absoluta del interés nacional por sobre el interés del particular concesionario, por lo cual el resguardo jurídico de tales valores, no podría realizarse más adecuadamente que mediante un instituto que revistiera tales caracteres, y que dejare cubiertos los intereses superiores del Estado concedente.

La misma apreciación cabe formular respecto de las sustancias no concesibles, ya que detrás de la calificación respectiva, existirán prioridades de abastecimiento interno de las necesidades del país (elementos energéticos, ejemplo: hidrocarburos líquidos y gaseosos) o bien, la tuición exclusiva sobre elementos estratégicos (ejemplo: materiales nucleares, litio, etc.). En el mismo sentido, la expresión: "...con los requisitos y bajo las condiciones que fije,....." (la autoridad concedente), ha sido suficientemente explícita en ilustrar el criterio que asistirá a tal mecanismo de operación.

Puede intentarse una definición de esta especie de concesión administrativa, indicando que ella es un acto administrativo, emanado del Presidente de la República, cuyo objeto será la exploración, la explotación o el benefi-

cio (o en forma global las tres actividades) de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de ser concedidas, facultando al concesionario para aprovecharse en forma privada de las utilidades (concesión administrativa minera de explotación o de beneficio), que tal actividad sea susceptible de generar.

La autoridad concedente, por propia mención del constituyente, es el Presidente de la República, y su voluntad en tal sentido se expresará por medio de la forma usual que se ha estimado tradicionalmente en nuestro derecho: un decreto supremo. Este decreto supremo deberá expedirse para cada una de las concesiones que se constituyan, sin que obste a aquella inteligencia, la circunstancia de que pueda existir una ley ordinaria o general que prescriba los requisitos y calidades que deban concurrir en la persona del futuro concesionario y los factores de apreciación de aquéllos. Esta aseveración se colige de lo prescrito en la Disposición Segunda Transitoria de la Carta Fundamental, al disponer: "Mientras se dicta el nuevo Código de Minería, que deberá regular entre otras materias, la forma, condiciones y efectos de las concesiones mineras a que se refieren los incisos séptimo a décimo (en este último se encuentran tratadas las concesiones administrativas mineras), del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política de.... etc."

Sin perjuicio de lo anterior, en cada decreto supremo por medio del cual se otorgue una concesión administrativa minera, deberán indicarse los requisitos y condiciones que permitirán la subsistencia del derecho, que por tal acto se constituye, en el patrimonio del concesionario. Al respecto, la autoridad concedente, en juicio discrecional, podrá ampliar las condiciones o requisitos o bien restringir los que establece la ley respectiva (probablemente el nuevo Código de Minería), condiciones y requisitos que servirían de parámetros dentro de los cuales oscilaría la apreciación de la autoridad, considerando cada situación en particular. No otra cosa pareciera desprenderse de la frase: "...con las condiciones y requisitos que el Presidente de la República fije, para cada caso." La facultad de la autoridad indicada por el constituyente emana de la propia Carta Fundamental, por lo cual deberá tenerse especial consideración en la discrecionalidad que involucre cada decisión en particular.

En el aspecto doctrinario, esta concesión administrativa minera estaría clasificada como una concesión traslativa de derechos, ya que reconoce, en la persona del concesionario, las facultades o prerrogativas o parte de aquéllas cuyo antecedente está, indubitablemente, en el activo patrimonial del Estado. Lo anterior tendría relevancia en la conside

ración de la extensión e intensidad de cómo el concesionario ejercería el derecho que por el acto de la concesión se le confiere.

Pareciera ser prudente, en esta oportunidad, ensayar una breve comparación entre la concesión minera "judicial" (llamando así a la tratada en los incisos séptimo, octavo y noveno) y la concesión administrativa minera (a la cual se refiere, entre otras materias, en inciso décimo). De tal modo, pueden señalarse los siguientes puntos:

1.- En cuanto a la norma que les sirve de fuente jurídica; ambas especies de concesiones mineras tienen su origen en la Constitución Política del Estado;

2.- En cuanto al carácter, excepcional o no, que ambas especies de concesiones revisten en la institucionalidad minera; la concesión minera "judicial" será el medio por el cual, ordinariamente, el particular se vinculará con la minería. Lo contrario se puede afirmar respecto de la concesión minera administrativa, ya que, ciertamente, el mecanismo previsto constituye una situación excepcional;

3.- En cuanto al medio por el cual el Estado manifiesta su voluntad en el acto de otorgamiento; en la concesión minera "judicial" -tal como lo indica su adjetivación- intervendrá el Poder Judicial, la Justicia Ordinaria. En la concesión minera administrativa -la misma indicación anterior- intervendrá el Poder Ejecutivo, representado por la persona del Presidente de la República. Pero, en ambas, es el Estado el que manifiesta su voluntad, en una u otra forma, interviniendo en su otorgamiento o constitución.

4.- En cuanto al régimen jurídico aplicable; en las concesiones mineras "judiciales", intervendrá un solo, uniforme y objetivo estatuto jurídico, conformado, en primer lugar, por lo dispuesto en la parte pertinente de la Constitución Política del Estado en segundo lugar, por las prescripciones de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras (ley N° 18.097) y, en tercer lugar, por lo dispuesto en el nuevo Código de Minería.

En lo que se refiere a las concesiones mineras administrativas, su estatuto jurídico estará conformado, en primer lugar, por lo que a su respecto se indica en el inciso décimo de la preceptiva relativa a minería que establece la Carta; en segundo lugar, por lo que disponga expresamente el decreto supremo expedido al efecto por el Presidente de la República y, en tercer lugar, por lo que establezca presumiblemente alguna ley especial en la cual se fijen las bases ge

nerales y factores que deberá ponderar, soberanamente, la autoridad concedente y, por último, por los principios de Derecho Administrativo en subsidio de las normas anteriores.

5.- En cuanto al objeto sobre el cual recaerán una y otra; las concesiones mineras "judiciales", recaerán sobre las sustancias minerales que, calificadas de concesibles por la ley respectiva, contenga el yacimiento o mina.

La concesión minera administrativa también recaerá sobre sustancias minerales que contenga un yacimiento o mina, pero al contrario de la concesión minera judicial, recaerá, en primer lugar, sobre las sustancias que se determinen por la ley respectiva como inconcesibles. En segundo lugar, recaerá sobre las sustancias contenidas en yacimientos que se encuentren situados, en todo o en parte, en zonas calificadas por la ley como de importantes para la seguridad nacional. En tercer lugar, las concesiones mineras administrativas, recaerán sobre las sustancias minerales que se contengan en yacimientos que se encuentren situados en el territorio marítimo o sea en aguas sometidas a jurisdicción nacional;

6.- En cuanto a la procedencia de indemnizaciones una vez extinguidas; la concesión minera judicial a cuyo respecto ha operado la caducidad o la simple extinción del dominio, no origina indemnización alguna a favor del titular afectado por ella; salvo en cuanto se haya extinguido solamente en su patrimonio el dominio y en virtud de un acto de expropiación, realizado en conformidad a los incisos 3, 4 y 5 del número 24 del artículo 19 de la Constitución. La concesión minera administrativa, cuando se extingue por la llegada del plazo u otra condición prevista en el decreto supremo constitutivo, ciertamente, no autorizará para pedir indemnización alguna. La situación contraria ocurrirá, probablemente, cuando sin intervenir las hipótesis previstas para su caducidad o extinción, el Presidente de la República ponga término, en cualquier tiempo y sin expresión de causa, a las concesiones mineras administrativas relativas a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional. Esta particular situación está prevista en el texto constitucional, en el inciso décimo última parte de la preceptiva que se refiere a minería.

7.- En cuanto a la característica del título; la concesión minera judicial es un instituto revestido de las seguridades suficientes como para convertirse en un real incentivo a la expansión productiva del sector. De allí, pues, que se le haya definido como un derecho real, inmueble (artículo 2° de la ley número 18.097) y que la propia Consti

titución, en el inciso noveno del número 24 del artículo 19, haya dicho que, sobre esta cosa incorporal que es el derecho de concesión, el particular ejerce dominio, estando amparado este mismo dominio por la garantía del número 24.

8.- En cuanto a las especies que comportan una y otra categoría de concesiones mineras; la concesión minera judicial, reconoce dos especies solamente, siendo ellas: a) la concesión minera de exploración, y b) la concesión minera de explotación. La concesión minera administrativa, siempre en el terreno de las suposiciones con respecto a ésta, probablemente tendrá tantas especies como lo requiera la oportunidad y conveniencia, en cada situación particular que se presente. Ello se colige de que con respecto a las sustancias concesibles, el Estado "podrá" o conceder la exploración, la explotación o el beneficio de ellas o, si lo prefiere, dado el caso, sólo parte de alguna faena mencionada o todas ellas. En definitiva, las situaciones jurídicas creadas podrán ser múltiples y variadas, dependiendo de las necesidades y la oportunidad y conveniencia, a juicio discrecional de la autoridad concedente.

La otra participativa del Estado estará dada por la celebración de contratos especiales de operación, contratos que se adjetivarán según fuere la sustancia mineral objeto jurídico del acto. (*)

Los contratos de operación, o de riesgo como también se le conoce, representan el mecanismo jurídico de respuesta de parte de los países que exhiben un menor grado de desarrollo relativo, en resguardo de sus intereses económicos y ante las motivaciones, intereses y actividad económica desarrollada fundamentalmente en el seno de las economías de estos países, por los inversionistas cuyo capital es de origen externo.

El contrato de operación es un género que tiene variadas especies, dependiendo ellas de cada mineral y situación particular. Lo mismo ocurrirá con los derechos y obligaciones que en cada especie de contrato asuman las partes. Este carácter queda de manifiesto en la legislación peruana de la especialidad, Decretos Leyes números 22.774 y 22.775 de 7 de Diciembre de 1979, por medio de los cuales se altera fundamentalmente el régimen y variedad de celebración de estos contratos en materia petrolífera, y ante la rigidez manifestada por la legislación anterior, de principios de la década.

(*).- Un tratamiento sistemático, relativo a una especie de estos contratos legislado en Chile, puede verse en: "El Contrato de Operación sobre Materiales Atómicos Naturales" de Pablo Sáenz de Santa María M. Memoria de Prueba: U. De Chile, no publicada, 1979.

En nuestro derecho, al menos por ahora, se conocen dos tipos de contratos, siendo ellos, los que se refieren a los hidrocarburos -decreto ley número 1.089 de 1975- y a los materiales atómicos naturales -decreto ley número 1.557 de 1976-. Ambos cuerpos legales constituyen la legislación básica en vigencia en nuestro país.

El contrato de operación o de riesgo puede decirse que es una convención entre el Estado y un particular, por medio de la cual el segundo se obliga a realizar labores de exploración (principalmente), explotación o beneficio de una determinada sustancia mineral y, si obtuviere resultados positivos (exploración particularmente), el primero retribuirá en dinero o en especie (según la satisfacción de las necesidades internas del Estado-parte), la labor realizada por el segundo, soportando éste las pérdidas en el evento de un resultado negativo de las faenas u operaciones contratadas.

El objeto fundamental de estos convenios, son las faenas de exploración de nuevos yacimientos, pudiendo pasar a las etapas posteriores de "aprovechamiento" o "explotación", en la medida de que obtengan resultados positivos, y lo acuerden, según la conveniencia de las condiciones, las partes contratantes. Cabe hacer presente que la etapa posterior, de explotación, se encuentra prevista, normalmente, en el instrumento mediante el cual se ha celebrado el contrato especial de operación de "exploración".

En cuanto al contenido del convenio, se puede decir que las obligaciones asumidas por el Estado contratante, básicamente, se refieren a los siguientes puntos: la invariabilidad de la legislación, especialmente la tributaria, arancelaria, aduanera, etc. En este aspecto se considera generalmente la mantención del tipo de cambio; franquicias en la internación y repatriación de capitales, etc.; la obligación de respetar el derecho prioritario, en el evento de que obtenga resultados positivos en las faenas de exploración, para vincularse preferentemente a las posteriores de explotación y beneficio de la sustancia de que se trate; de pagar en dinero o en especie -la sustancia mineral descubierta- la labor de resultados positivos realizada por el otro contratante, etc. Por otro lado, la empresa particular, asumirá las obligaciones de contratar personal o mano de obra perteneciente al país de las operaciones; capacitar a este personal en el manejo de tecnología, sistemas y procedimientos administrativos y también, si fuere del caso, en el conocimiento, operación y estrategias de comercialización de la sustancia mineral de que se trate; a hacer transferencia de tecnología; también se obliga a desarrollar de una manera efectiva y completa las faenas mineras a las cuales se comprometió por su cuen

ta y riesgo, sin que los resultados negativos afecten al Estado contratante; el sometimiento a los tribunales -especiales u ordinarios- de la jurisdicción del país contratante para los efectos de la solución de las controversias a que de origen el contrato, etc.

Los derechos de cada contratante, resultan de las obligaciones que haya contraído la contraparte.

En cuanto al régimen de constitución, es bien explícita la Carta al señalar, al igual que para las concesiones administrativas mineras, que se requiere de un decreto supremo, expedido para cada caso, -en esta situación, para cada contrato- por el Presidente de la República, decreto supremo en el cual se deberá contener los requisitos y condiciones del contrato de operación de que se trate.

En síntesis, el inciso décimo trata de los mecanismos de que está provisto el Estado para los efectos del ejercicio y aprovechamiento de su derecho de dominio sobre las minas. De la misma manera, establece las faenas básicas a las cuales podrán referirse los mecanismos que el Estado considere oportuno implementar, y se extiende el ejercicio del derecho de dominio en forma considerable, al señalar que el mismo régimen se observará respecto de los yacimientos que se encuentren en aguas marítimas sometidas a jurisdicción nacional y a aquellos yacimientos ubicados, en todo o en parte, en zonas que en conformidad a la ley se determinen como de importancia para la seguridad nacional.

Cabe indicar que con la dictación de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, el legislador de la especialidad ha recabado un requisito que se encuentra mucho más allá del texto y espíritu de la norma constitucional que prescribe el inciso décimo del número 24 del artículo 19 de la Carta. Este se refiere a que la ley que fije o declare la o las zonas de importancia para la seguridad nacional, deberá tener la calificación expresa de ser "con efectos mineros". La exigencia a que se alude está de más y no se justifica, ya que resulta natural que si una ley declara tales o cuales zonas como de importancia para la seguridad nacional, implícita en tal declaración estarán comprendidos, ciertamente, factores como la soberanía nacional y otros y, dada su magnitud, es que el constituyente no ha considerado necesario establecer calificación alguna, para que los derechos que se ejerzan en esas zonas se guíen por las prescripciones que ha estimado fijar en el referido inciso.

De esta manera, se confirma la excepcionalidad que en el conjunto de instituciones económicas, presenta el sistema de organización minera elegido por el constituyente en nuestro país. Pero, por otra parte, la amplitud del espacio marítimo, dentro de cuyos límites la vinculación dominical del Estado desplegará toda su extensión e intensidad (territorio nacional que excede en proporciones al continental), no resulta ser tan excepcional el dominio pleno del Estado, mirada la situación desde una perspectiva territorial.

Queda por realizar un último comentario relacionado directamente con el tema que se analiza y referido a la posibilidad de que el Estado, cuando le interesen determinadas sustancias de las calificadas como concesibles por la ley respectiva, pueda obtener "concesión minera" -de la que tratan o se refieren los incisos 7, 8 y 9 del número 24 del artículo 19 -sobre aquellas sustancias; al igual y en la misma condición que los sujetos particulares. El interés surge por el hecho de que se ha mencionado esta posibilidad, en el evento de que el Estado se encuentre interesado en "adquirir derechos más específicos aún (se supone del dominio pleno que tiene en su patrimonio), más cercanos al objeto."
(*)

Por de pronto, en el plano de los principios jurídicos desarrollados en materia minera por el constituyente, resultaría ciertamente contradictoria tal posibilidad. Ello se explica, si se tiene presente que el Estado tiene un derecho de dominio pleno -que implica tanto la existencia de las facultades de uso y goce como el ejercicio de tales facultades sobre la mina misma, como sobre los elementos que ella contiene -y mal podría, recurriendo a la legislación complementaria, en calidad de sujeto privado, recabar para sí, lo que en esencia es un derecho en cosa ajena -la concesión minera-, siendo que ya posee en su activo patrimonial, a título de dominio, las facultades y prerrogativas que tal su puesta nueva investidura es susceptible de proporcionarle.

El problema resulta clarísimo, respecto de los yacimientos de cualquier especie y forma que se encuentren en las aguas marítimas sometidas a jurisdicción nacional y, también, respecto de aquellos yacimientos cuya ubicación, de alguna manera, se encuentre en zonas declaradas como de importancia para la seguridad nacional. Lo mismo cabe decir respecto de las sustancias que se consideren no concesibles.

(*).- José Piñera E., ob. cit., en cuanto al problema del acercamiento del Estado al objeto minero, acercamiento que sólo podría realizarse por una de las tres vías que se mencionan, siendo una de ellas: "la obtención de concesión minera sobre sustancia concesible".

Se pierde la diafanidad en relación a las sustancias que se estiman concesibles por la ley respectiva. Antes de la interpretación constitucional de 1971 -reiterada en la nueva manifestación constitucional de 1980-, tal situación no presentaba problemas de orden fundamental aún cuando sí accesorios (*), debido a que se entendía, por la interpretación de los artículos 591 y 1° del Código Civil y de Minería, respectivamente, que el Estado, por la tenencia del dominio eminente o radical, no era capaz, por la sola circunstancia mencionada, de desplegar una facultad patrimonial; cosa que al contrario ocurría con la pertenencia definida en el artículo 2° del Código especial del ramo. El Estado requería bajo la vigencia de tal interpretación, de otras instituciones del derecho de minería, como eran la reserva de ciertas sustancias -mencionadas en el artículo 4°-, la no inclusión de alguna de ellas en la nómina de sustancias denunciables y la adquisición de derechos mineros por propia concesión, entre otras (compra, donaciones, etc.).

Ante el cambio radical del sentido de la interpretación que se daba a los artículos mencionados, resulta ciertamente riesgoso aventurar el mismo mecanismo de vinculación para el Estado, sobre todo cuando los principios sobre los cuales se asentaba han variado en forma tan manifiesta.

La solución ante tal interés que posiblemente manifieste el Estado y siempre en el orden de los principios, pareciera dilucidarse al verificar con toda exactitud la naturaleza y función que cumple la norma que fija la denunciabilidad de las sustancias mineras frente al dominio que detenta el Estado. La búsqueda podría centrarse en el aspecto de si tal nómina de sustancias implica un requisito adicional para el ejercicio del dominio del Estado con respecto a estas sustancias "denunciables" o, más propiamente "concesibles". Así, por vía de consecuencia, podría determinarse de qué naturaleza es la "renuncia a la concesión", que consagra la legislación vigente (**). Si tal acto de renuncia fuera "abdicativo", quedaría el bien como "res nullius", pero, siendo un inmueble, tal situación no podría darse -artículo 590 del Código Civil- y siempre este bien se encontraría en el patrimonio del

(*) .- Al respecto, puede verse un ilustrativo y riguroso análisis en "El dominio del Estado sobre las minas" de Enrique Escala Baltra, en que se analiza el problema a la luz del principio de la "especialidad" y de "la capacidad" del Estado. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 1965.

(**) .- Decreto Ley Número 1.759, artículo 7.

Estado. De este modo, detrás de cada acto de renuncia existiría en una forma implícita, una reversión de derechos al Estado, de acuerdo a la legislación en vigor. Por lo anterior, resulta difícil deducir, en el plano indicado, que pueda darse la posibilidad de que el Estado sea dueño de un derecho real de goce o aprovechamiento -la concesión minera- por propia autoconcesión y sobre bienes del mismo Estado.

II.- DURACION, DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA CONCESION MINERA.

El elemento duración de la concesión minera, particularmente el referido a la de explotación, es uno de los puntos que ha causado dudas en orden a determinar su extensión en el trámite de aprobación y discusión de la ley 18.097.

Las posiciones sobre el punto se resumen en dos ideas básicas: la primera, se fundamenta en la circunstancia de que cuando la Constitución otorga competencia a la ley orgánica respectiva para que, entre varias otras cosas, determine la "duración" de la concesión minera, en forma implícita, se está refiriendo a la fijación de un plazo o "término". Ello, se estima, es consecuencia del sistema que positivamente ha indicado el constituyente para la organización del régimen de derechos mineros, ya que teniendo el Estado un dominio perpetuo sobre todas las minas, necesariamente los derechos en cosa ajena -el derecho de concesión minera es uno de ellos- deberán ser temporales, de acuerdo con los principios que informan tales derechos. De esta manera, la exacta competencia que tendría el legislador de la especialidad, se circunscribiría a fijar la "unidad de tiempo" -plazo o término-, que durará la concesión minera como derecho y sea que la especie lo fuere de exploración o de explotación.

De otra parte, y concordante con lo anterior, se ha estimado que teniendo el Estado sobre todas las minas un dominio absoluto, imprescriptible y, especialmente, si ese dominio es, además, "exclusivo e inalienable", mal pudiera constituirse un derecho en favor de terceros que tuviera un carácter indefinido o bien perpetuo, sobre el mismo objeto o las utilidades materiales que sea capaz de producir. Y así resulta ser -se agrega- en relación con las minas, ya que el otorgamiento de un derecho con el carácter de indefinido, como lo hace el artículo 17 del proyecto de ley respectivo (conserva la misma ubicación en la norma actualmente publicada), significa la extensión de ese derecho, en el tiempo, hasta la extinción o agotamiento de la mina misma, lo que equivale, en buenas cuentas, a la enajenación o transferencia del dominio,

acto que de ningún modo está permitido. Análoga situación, en el aspecto jurídico, podría presentarse en una administración en que se estimara que no existe deber de rendir cuentas o en el contrato de arrendamiento cuya duración sea indefinida y sin obligación de restituir por parte del arrendatario.

La segunda corriente de opinión, cuyas ideas el Tribunal Constitucional aceptó en definitiva, estima que si bien la Constitución confiere al derecho del Estado tales caracteres, no es menos cierto que ese derecho se encuentra limitado acto seguido en la misma Carta, al establecerse "la concesión minera". Se agrega que si se ha otorgado competencia para fijar la "duración", ello faculta al legislador para hacer el derecho de concesión minera de tiempo indefinido, pues el concepto de "duración" es de mayor amplitud que el de "plazo".

Las consideraciones que el Tribunal Constitucional tuvo en vista para decidir el sentido del fallo en el punto que se comenta, esto es, declarar que la "duración indefinida" de la concesión minera de explotación no infringe la Constitución Política del Estado, parecieran ser confusas y contradictorias y, además, opuestas al texto y espíritu del régimen sobre concesiones mineras dispuesto por la normativa. Esta consideración se colige de los siguientes hechos:

1.- Cuando el Tribunal Constitucional fija el sentido de la expresión "duración" (en el considerando octavo del fallo), infiere, previo recorrido por el Diccionario de la Lengua, que esta expresión puede ser "a término cierto o incierto" y, agrega, que al expresar la ley que la concesión tendrá una duración indefinida, estableció que su permanencia en el tiempo (la del derecho de concesión), "no queda determinada." Respecto de las deducciones anteriores cabe señalar y puntualizar lo siguiente: cuando por el Tribunal Constitucional se ha inferido que la duración puede ser "a término cierto o incierto", debe entenderse en forma natural, de acuerdo a una estricta apreciación jurídica, que lo que se ha querido indicar por el órgano, es que ella puede ser a "plazo" (no otra cosa se deduce de la utilización de la expresión "término"), plazo que puede ser "cierto o incierto" como se encarga de puntualizar la misma fuente (lo que caracteriza al plazo, entre otras cosas, es el factor certidumbre y éste es el elemento que lo diferencia de las condiciones, que es otra de las modalidades que pueden modificar los efectos de un acto jurídico).

Pero, es bien claro que un plazo "incierto" (que no se sabe si realmente ocurrirá) sólo tiene de "plazo" el nombre, puesto que, siendo hasta un día incierto e indeter

minado, según los artículo 1083 y 1086 (*) del Código Civil, se califica de "condición" y se sujeta, como corresponde, a las reglas que gobiernan ésta .

Se afirma que un plazo de "duración indefinida" tiene de plazo tan solo el nombre, porque en derecho: "las cosas son lo que son y no lo que se dice que son" y, aún más, el mismo Código Civil, en los citados artículos, observando la naturaleza de las cosas, determina que tales plazos son "condiciones" y, por tanto, deben guiarse por las reglas aplicables a éstas.

Al estimar el Tribunal Constitucional que "duración" significa "término" (plazo), se entiende que sobre esta particular modalidad deberá proceder a discurrir. Pero, dentro del concepto de "plazo" debe desecharse, por no corresponder a la naturaleza del requerimiento constitucional, la consideración de un plazo cuyo carácter sea "incierto", y debe desarrollarse o desenvolverse el razonamiento en el plano de un término "cierto" (es decir: "hasta un día cierto, determinado o indeterminado"), ya que de lo contrario, al aceptarse que pueda ser un plazo "incierto", que es condición (hasta un día incierto e indeterminado), no se estaría cumpliendo por la ley respectiva, en la parte comentada, con el mandato expreso de la Constitución y lo más grave, no se estaría siendo consecuente con las bases en que se está asentando el discurso que tiende a determinar el sentido de la expresión "duración".

Por otra parte, la Constitución no podría requerir de un "plazo" con estas características, ya que expresamente ha estimado necesario fijar una condición, cuyo acaecimiento, determina "la caducidad" del derecho de concesión, en el caso de incumplimiento de los requisitos de amparo. Resulta, por consiguiente, inverosímil pensar o suponer que el constituyente haya estimado la expresión "duración" en el sentido de "condición", tal como aparece del razonamiento del Tribunal Constitucional.

2.- El Tribunal Constitucional al establecer la idea anterior en el primer considerando relativo al punto controvertido, los siguientes los desarrolla en términos igualmente confusos, como es el caso del considerando número 9, en que se estima: "que si el constituyente hubiere querido limi-

(*).- El Art. 1083 citado determina: "El día incierto e indeterminado es siempre una verdadera condición y se sujeta a las reglas de las condiciones." Por su parte, el Art. 1086, establece: "La asignación desde un día incierto, sea determinado o no, es siempre condicional....."

tar la concesión en el tiempo (*), imponiéndole un plazo, lo habría dicho. Nótese que el mismo Tribunal Constitucional había determinado en el considerando 8, que "duración" significa "término", lo cual constituye un plazo.

3.- En el considerando 9 se indica, que se debe tener presente que hasta la época de "dictación" (seguramente se refiere a la vigencia de la Carta), de la actual Constitución, el derecho a explotar minerales gozaba de "duración indefinida". Al respecto, basta recordar que "el derecho a explotar minerales" a que se alude, está reglamentado en el Código de Minería de 1932 ("la pertenencia minera") y sigue vigente hasta la fecha de publicación del nuevo Código de Minería. Por otra parte, la interpretación (sentido mayoritario) de los artículos 1° del Código de Minería y 591 del Código Civil, que fijaban el sistema de organización minera, era de un sentido diametralmente opuesto al fijado por la interpretación constitucional de 1971 y reiterada, en los mismos términos, por la Carta de 1980. En consecuencia, no corresponde considerar lo dispuesto en dicho cuerpo legal (Código de Minería de 1932) como elemento de juicio para fijar el alcance de la "duración" de este derecho, sin que se incurra en un gravísimo desconocimiento de la evolución de nuestro derecho tanto desde un punto de vista constitucional como desde la especialidad de la materia. Confirma lo anterior, la circunstancia de que una vez fijadas nuevas normas básicas por la ley 17.450 de Julio de 1971, se haya considerado conveniente dictar un nuevo cuerpo legal (Disposición Transitoria Decimosexta), en reemplazo del Código de Minería de 1932, para los efectos de desarrollar los principios y reglas que se desprenden de la nueva normativa constitucional y que se espera hace ya más de una década. Lo dicho vale, en igual forma e intensidad, respecto de la Constitución Política vigente (Disposición Transitoria Segunda).

De este modo, la frase final de este considerando 9, que infiere: "si se hubiese querido innovar, se habría usado vocablos precisos...." carece de base jurídica tanto desde un punto de vista sistemático como contextual, ya que no corresponde estar requiriendo detalles de una norma, cuya técnica básica de construcción indica que sus prescripciones deben ser, precisamente, reglamentadas en una ley con el carácter de "orgánica constitucional", que, por algo, tiene aquella denominación. Esto se comprende porque la Carta, atendida su especial naturaleza, solamente está llamada a fijar las bases

(*).- El Tribunal Constitucional se refiere a la concesión en forma genérica, por lo que es de suponer que sus razonamientos son plenamente aplicables tanto para la concesión de explotación como para la concesión de exploración. Esta deducción está de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1° de la ley número 18.097.

de las instituciones y, en este caso, el de la especialidad minera.

4.- En lo que respecta al considerando décimo, en el sentido de que el dominio del Estado no cambia por el hecho de que la concesión sea a plazo o de duración indefinida, resta por hacer presente que se debe tener especial consideración respecto de la concesión misma, y ésta, siendo un derecho real en cosa ajena, se caracteriza por la temporalidad en el sistema de nuestro derecho y, ciertamente, en el derecho universal. Así, puede citarse el derecho real de usufructo, que con la concesión minera tiene una fundada semejanza (artículos 764 y 806 número 1, del Código Civil); el de uso y habitación (artículos 811 y 812 del mismo cuerpo legal). Además, al respecto, debe tenerse presente lo que disponía el Anteproyecto del Código de Minería (documento inédito), en su artículo 73, correspondiente al Título VI, denominado: "De la condición jurídica de las concesiones de explotación", al prescribirse: "La concesión de explotación, se entenderá otorgada por el plazo de treinta años, contados desde la fecha de la inscripción del acta de mensura y prorrogable por iguales periodos hasta un máximo de noventa años.", (inciso primero).

5.- La misma objeción corresponde formular respecto de los siguientes considerandos:

a) Número 11.- En que se confunde la "condicionalidad" de la concesión (régimen de amparo), con la "duración" de ésta (*) que por propia interpretación realizada en el considerando número 8, implica un "plazo o término".

b) Número 12.- En que se vuelven a confundir las dos entidades, ya que las causales indicadas para la terminación, como ser, la caducidad (que es expresión del régimen de amparo, por propia mención del inciso séptimo de la Carta) y la expropiación (que es una de las expresiones de la soberanía del Estado sobre todos los bienes que se encuentren en su territorio; y con respecto a los cuales puede utilizar la expropiación como medio jurídico, para los efectos de incorporar los a la categoría de aquellos bienes sobre los cuales puede ejercerse un dominio efectivo, medio que al efecto permite emplear la Carta en los incisos 3, 4, 5 y 6 del número 24 del artículo 19), nada tienen que ver con la "duración", que como elemento esencial de la concesión prescribe la Carta.

(*).- La "duración" a que alude la Carta también extingue la concesión minera, sea ésta de exploración o de explotación, pero ello ocurre a consecuencia de que ha llegado o se ha cumplido un plazo, a diferencia de la "caducidad" que aun cuando también extingue la concesión,

6.- El Tribunal Constitucional, en otra parte de su fallo (números 3 y 4 del voto de prevención de los ministros señores Correa y Ortúzar), vuelve a incurrir en las mismas confusiones y en que, además, se declara que la ley respectiva "cumple" con el mandato constitucional de fijar la duración de las concesiones (número 3).

7.- Como último comentario relativo al punto, es necesario hacer presente que las mismas consideraciones hechas en relación a la "duración" de la concesión minera de explotación, también son aplicables en toda su extensión e intensidad a la concesión minera de exploración, por cuanto, en lo que se refiere al texto constitucional, en el inciso séptimo no se ha hecho diferenciación alguna relativa a la materia, por lo que, al intérprete no le corresponde distinguir (cualquiera que éste sea, incluido el legislador que intervino en la dictación de la Ley Orgánica de referencia y el mismo Tribunal Constitucional) el tratamiento dado a una y a otra. En esta parte, resulta inexplicable el criterio del Tribunal Constitucional, al no haber hecho observación alguna en lo relativo a la "duración" de la concesión minera de exploración, tratada en lo que a este aspecto se refiere, en el artículo 17, primera oración, de la Ley, en que se determina que la concesión de exploración "...no podrá tener una duración superior a cuatro años; ..." Cabe estimar que: "donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición", que resuelva el problema de la especie. Ello, en definitiva, no ha ocurrido así, lo cual es desde todo punto de vista lamentable.

En síntesis, la ley competente respectiva ha fijado la duración de la concesión minera de explotación, bajo la forma de un plazo de carácter incierto, de tiempo indefinido, con lo cual, habida cuenta de las observaciones jurídico-técnicas anteriores, realmente no ha cumplido con el mandato expreso de señalar "la duración" que impone al legislador el inciso séptimo.

() .- sin embargo, ello ocurre por el hecho de que ha operado una condición resolutoria, esto es, por el hecho de haberse dejado de cumplir la condición de amparo, antes de que se produzca la terminación por la llegada o cumplimiento del plazo.