

EL ANTEPROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL Y SUS EFECTOS EN

MATERIA MINERA

Por: SERGIO GOMEZ NUNEZ (*)
Abogado.

I.- INTRODUCCION.-

El significado de la Minería para Chile.

II.- EL ANTEPROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL.-

- a) El Dominio Minero.
- b) Derechos del descubridor.
- c) Constitución del Dominio y otros derechos.
- d) Reserva del Estado.
- e) Función social de la propiedad.
- f) Causales de caducidad y extinción del dominio.
- g) Situación transitoria.

III.- CONCLUSIONES.-

(*).- Este trabajo fue sugerido al autor por el Profesor Carlos Ruiz Bourgeois y realizado bajo su dirección.

I.- INTRODUCCION:

EL SIGNIFICADO DE LA MINERIA PARA CHILE.-

En el vasto conjunto de recursos naturales de que dispone el país, sin lugar a dudas que la minería ocupa un lugar preferente tanto por la importancia de sus reservas como por la variedad de éstas.

Con una larga tradición minera que arranca de épocas anteriores a la llegada de los españoles y que se pierde en la bruma de la historia, Chile llegó a ser un país de importancia preeminente como productor de salitre primero y de cobre después. Hoy continúa siéndolo y existen fundadas consideraciones para pensar que el país tiene amplias y promisorias expectativas en este campo, tanto por sus reservas como por la importancia de sus nuevos yacimientos de hierro, cobre, molibdeno, litio, etc.

Los últimos cien años de nuestra historia han estado tan estrechamente vinculados a la minería que es imposible concebir el desarrollo y vicisitudes del país sin ésta. En efecto, en una época y por largos decenios el país vivió práctica mente de los ingresos que proporcionó la explotación del salitre, luego, dicha responsabilidad recayó sobre el cobre y, aún hoy, éste sigue proporcionando más del cincuenta por ciento de los ingresos en moneda extranjera al Estado.

De lo expresado, es fácil concluir que la actividad minera tiene una fuerte incidencia en el campo económico que se extiende a lo social, en cuanto proporciona ingresos, trabajo, bienestar y desarrollo a importantes sectores del país.

Pero esta incalculable riqueza requiere también de una alta tecnología y de capitales excepcionalmente altos. De aquí que los grandes yacimientos hayan atraído el interés de importantes grupos económicos que han querido apropiárselos y que, si de alguna manera trajeron la posibilidad de su explotación, en definitiva resultaron de triste memoria para los chilenos. Tal es el legendario caso de North en el salitre y de los inescrupulosos manejos de los grandes consorcios extranjeros en el cobre.

El poner dichas riquezas en manos foráneas sin un adecuado control y participación del Estado trajo aparejado el abuso y la explotación. Situación que fue haciendo conciencia en visionarios y patrióticos grupos en el país que lucharon por recuperar estas riquezas y ponerlas bajo el control estatal. Paulatinamente el consenso fue cada vez más amplio hasta hacerse eco en la casi mayoría absoluta del país.

Surgieron al punto diversas limitaciones legales a las actividades de las compañías, primero con la ley del Nuevo Trato, luego con la denominada "nacionalización pactada" o "chilenización" del cobre, importante paso que dió lugar, finalmente, a la nacionalización de la Gran Minería del Cobre y la Compañía Minera Andina.

Julio de 1971 marca un hito importante no sólo en la historia de la minería sino en la historia de Chile. La certeza absoluta de que la recuperación de las riquezas mineras para el país era la mejor tarea que podían emprender los legisladores hizo que el Congreso Pleno Chileno, en que estaban representadas todas las corrientes políticas del país, por la unanimidad de sus miembros aprobara la ley que nacionalizara la Gran Minería y con

firmó definitivamente al Estado Chileno como dueño absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas.

Para aquellos que, a la fecha, aún dudaban de lo acertado de tal medida, considerada demasiado extrema, el transcurso de pocos años les demostró lo equivocado de sus temores y aprehensiones. Las empresas ya nacionalizadas y en poder de Codelco, no sólo continuaron la explotación y producción de cobre en ritmo creciente sino que llevó a ésta a ubicarse entre las empresas que han logrado mayores utilidades en el mundo entero.

Chile había alcanzado su madurez en el manejo de la compleja maquinaria minera.

Sus diversos recursos, los requerimientos del mundo industrial, la vastedad de sus reservas, proyectan a Chile en el concierto mundial con creciente importancia. Corresponde al Estado ser el principal actor en las jornadas que habrán de vivirse, precisamente por tratarse de riquezas que pertenecen a la nación toda, en su calidad de tutelar de dichas riquezas y por mandato histórico en cuanto debe dar cabal cumplimiento a las finalidades que le son inherente.

La reforma de 1971, junto con establecer el dominio del Estado sobre las minas y nacionalizar las empresas de la gran minería del cobre, dejó abierto el campo para la dictación de la nueva legislación minera que habría de regir en el futuro esta actividad.

Puso término a una larga discusión doctrinaria en cuanto al dominio de las minas y llevó, definitivamente, al plano

del derecho público importantes campos del Derecho Minero a los cuales se pretendía aplicar el derecho privado con inciertos resultados.

Sin embargo, lejos de resolver esos problemas, la reforma constitucional no logró concretarse en nuevas normas que dilucidaran definitivamente el campo legal minero, dejando subsistente la legislación vigente creando, de paso, una mayor confusión.

El Anteproyecto de Reforma Constitucional cae nuevamente sobre aquellos aspectos que creíamos solucionados no sólo por el absoluto consenso de los representantes del parlamento que lo acordaron, haciéndose eco de las grandes mayorías del país, sino por la explicitud y claridad de las normas que traducían dicho pensamiento.

Sobre este Anteproyecto de Reforma Constitucional que pretende introducir sustanciales e importantes cambios es a lo que queremos referirnos en los párrafos que siguen.

II.- EL ANTEPROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL ELABORADO POR LA COMISION CONSTITUYENTE DESIGNADA POR LA JUNTA DE GOBIERNO.

La Comisión Constituyente designada por la Junta de Gobierno de Chile, presidida por don Enrique Ortúzar Escobar elaboró el denominado Anteproyecto de la Nueva Constitución Política del Estado que fue entregado al conocimiento del Presidente de la República el 18 de Octubre de 1978, encontrándose en la actualidad para conocimiento del Consejo de Estado.

El citado Anteproyecto contiene, en sus preceptos, diversos puntos que dicen relación con la minería que resultan del

más alto interés por las modificaciones que pretende introducir en aspectos de importancia básica para el desarrollo del país.

A estos puntos pasaremos a referirnos en detalle en cuanto dicen relación con la nueva legislación constitucional que propone esta Comisión, recogiendo las directrices que el Supremo Gobierno le ha entregado, y que eventualmente habrán de regir a la Nación. De allí entonces la capital importancia que reviste lo que dicho proyecto expresa.

a) El Dominio Minero.-

Para determinar los alcances de la legislación minera de cualquier país, es de suma importancia establecer quien detenta el dominio de las minas, la naturaleza de ese dominio y las diversas facultades que tiene el propietario o concesionario de ellas.

Nuestro país, vive al respecto, un cierto grado de incertidumbre. Por mandato constitucional el Estado es el único dueño de todas las minas del país, quien las otorga en concesión a los particulares, aunque lo que dicha concesión es, resulta difícil de determinar hoy en día debido a la falta de un estatuto definitivo que rija el sistema.

En verdad, no podemos decir que en este campo hubo siempre absoluta claridad. Hasta hace unos pocos años, debido a que no existía una disposición de rango constitucional que declarara el dominio del Estado o de los particulares sobre las minas y a que las normas legales dictadas en la materia dejaban lugar a variadas interpretaciones, hubo opiniones encontradas en torno a establecer quien era el titular del dominio mi

nero y la naturaleza de ese dominio.

En efecto, hasta julio de 1971 no existió en la Constitución Política del Estado precepto alguno que se refiriera específicamente a la minería; todavía más, con la sola excepción de la Constitución de 1823 que traía una mención a las minas, no hubo ningún cuerpo constitucional desde nuestra independencia que se ocupara de esta materia.

De lo que se colige, entonces, que el dominio minero en Chile, desde el punto de vista constitucional estabe, necesariamente, regido por el ordenamiento general dado para el derecho de propiedad. Sin embargo, toda esta normativa no era suficiente para establecer fehacientemente si el dominio sobre las minas lo tenían los particulares o el Estado.

La primera declaración que existió al respecto provino de don Andrés Bello al establecer en el artículo 591 del Código Civil, que comenzó a regir en 1857, que "El Estado es dueño de todas las minas...", otorgándole a los particulares la facultad de disponer de ellas como dueños". Este artículo fue tomado íntegra y literalmente por el Código de Minería chileno de 1888 incorporándolo como artículo primero del mismo; y lo propio aconteció con los códigos de 1930 y 1932, este último que, con modificaciones, nos rige hasta la fecha.

Con el propósito de explicar la naturaleza del dominio minero surgieron dos posiciones: aquella que expresaba que el Estado tenía el dominio patrimonial de las minas y que sólo las otorgaba en concesión a los particulares y la otra que, por el contrario, señalaba que el dominio que detentaba el Estado e

ra radical o eminente, simple emanación de la soberanía, y que entregaba a los particulares las minas en dominio patrimonial.

La aplicación práctica de las normas del Código, sin embargo, no provocaron problemas de ninguna especie ya que los particulares terminaban siempre haciéndose dueño de los minerales.

Con la reforma introducida a la Constitución Política del Estado en julio de 1971, Chile, siguiendo el proceso universal de los pueblos subdesarrollados tendiente a la recuperación de sus riquezas naturales, consideró llegado el momento de dejar definitiva y permanentemente establecidos sus derechos respecto de éstas. Reforma que culminó en una declaración categórica establecida en el artículo 10 número 10 inciso 4 que expresa: "El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales". (*)

Al emplear este precepto la del verbo "tener" en el tiempo presente del modo indicativo, el legislador de 1971 quiso significar que el Estado no sólo ostentaba este dominio en la actualidad sino que se proyectaba hacia el pasado y el futuro, es decir, que el Estado siempre había sido dueño y lo sería en el futuro. Y para aquellos que, no obstante esta categórica afirmación de soberanía nacional, hubieren insistido en que, pe

(*).- La norma transcrita se encuentra actualmente vigente por mandato del artículo 4º transitorio del Acta Constitucional N° 3.

se a esta declaración, correspondía indemnizar a los propietarios de los yacimientos mineros -en cuanto dichos bienes habían ingresado al patrimonio de los particulares- el legislador estableció como disposición 17^a transitoria de la Constitución lo siguiente: "En conformidad a lo dispuesto en el inciso cuarto del número 10 del artículo 10 no habrá lugar a indemnización alguna por los de rechos sobre yacimientos mineros. Dichos derechos serán inscritos sin otro trámite a nombre del Estado". Significando con ello que el Estado siempre había sido dueño de los yacimientos mineros y consecuentemente era improcedente pagar a las compañías extranjeras indemnización por éstos.

La Comisión que elaboró el Anteproyecto de Reforma Constitucional propone, en cambio, lo siguiente, en el capítulo Tercero que se refiere a los derechos y deberes constitucionales y sus garantías" artículo 19: "La Constitución asegura a todas las personas: N. 23: El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales", inciso 7: "EL Estado tiene el dominio eminente de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante el dominio de las personas naturales o jurídicas sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situadas".

Este inciso marca, en toda su magnitud, el espíritu que anima a la legislación elaborada en materia minera e innova diametralmente lo establecido.

Si bien la norma propuesta por la Comisión, como puede observarse, es, con una sola e importante diferencia, mate-

rialmente igual a la aprobada por el legislador de 1971, incluso más, hasta aparece mejorada en cuanto es más comprensiva, su gran diferencia estriba en la consideración que hace del dominio del Estado. En efecto, la norma actualmente vigente considera que el dominio del Estado sobre las minas es de carácter patrimonial, para la Comisión de Reforma el dominio del Estado debe ser solo eminente, trasladando el dominio de carácter patrimonial al detentador del yacimiento.

Pero, ¿qué se quiere significar con ello?

Decir que el dominio del Estado es eminente o radical significa que es una emanación de la soberanía que sólo permite al Estado entregar en propiedad los yacimientos a los particulares en quienes, y sólo en ellos, debe radicarse el dominio de las minas.

En cambio, el dominio patrimonial del Estado sobre las minas conocido como sistema regalista da a éste todos los atributos propios del dominio, facultándolo para otorgar la concesión de los yacimientos a los particulares, no el dominio de éstos, o explotarlos directamente por sí o en sociedad.

La nueva norma constitucional propuesta al establecer que el Estado tiene el dominio eminente de todas las minas, rompe de manera categórica con lo que el Congreso Nacional estableció, hace apenas algunos años, por el voto de la unanimidad de sus miembros que interpretaban a la inmensa mayoría del país en la culminación de un proceso histórico que llevó largos decenios en concretarse. Por eso, pretender decir, ahora, que el Estado tiene el dominio eminente es decir que el Estado ya no es dueño de los yaci-

mientos mineros descubiertos y por descubrir, que ya no será más dueño de las minas que conceda a los particulares, que ya no será más dueño de las riquezas minerales, que éstas irán pasando lentamente a manos privadas, de compañías extranjeras y, finalmente, de los grandes consorcios explotadores de las riquezas nacionales de los países subdesarrollados. Esta misma riqueza, por la que la Nación ha luchado denodadamente por recuperar y por rescatar para el patrimonio nacional, la misma que el visionario don Andrés Bello, a mediados del pasado siglo, ubicara como bienes nacionales en su ya mencionado artículo 591, dejarán el patrimonio nacional para radicarse gratuitamente en el de los particulares.

La expresión eminente, producto de lucubraciones es absolutamente ajena a nuestro ordenamiento constitucional y legal. Tanto es así, que el dominio que ostenta el Estado respecto de todos los yacimientos es, dentro de nuestra preceptiva legal, un dominio que podemos denominar patrimonial, es un dominio que se tiene en el patrimonio, es parte del capital del país. La nueva norma crea el concepto de dominio eminente, cuyo contenido es vacío, casi inasible, desprovisto de elementos que permitan configurarlo; sólo será dominio en la medida en que los particulares lo hagan suyo en virtud, precisamente, a la intervención Estatal o de la Administración de Justicia.

La explicación para el cambio operado, a lo menos en cuanto a lo expuesto por la Comisión de Reforma, lo podríamos encontrar en las actas de sesiones de dicha Comisión, lamentablemente estas sesiones fueron absolutamente secretas y sólo conocemos su pensamiento al través del Informe entregado a la luz pública con motivo de la elaboración del Proyecto, particularmente, en el párrafo dedicado a la propiedad minera.

Allí se hace un ligero análisis de los antecedentes legales que rigen la propiedad minera y la actividad minera, su condición aleatoria que no permite la inversión sino bajo ciertos resguardos extremados, y el hecho que el actual minero no es sino concesionario de sus antiguos derechos de propiedad, situación derivada de la Ley 17.450 de Reforma Constitucional, que no se ha dejado sentir pues, en virtud de las normas transitorias, estos siguen regidos por la antigua legislación que tiene por base, precisamente, la existencia de la propiedad minera particular.

Razonando sobre las bases antes señaladas, el Informe de la Comisión de Reforma expresa: "Pero toca, ahora, definir cuál es el régimen jurídico que, resguardando el interés nacional, mejor propenda al desarrollo de la minería", agregando que el actual sistema vigente une al factor aleatorio de la industria minera, un factor de inseguridad jurídica. "Por la razón indicada -dice-, si se quiere realizar una política de fomento minero, debe darse a quienes se dedican a esta actividad la máxima seguridad jurídica para que así les asista la certeza de que podrán hacer suyo el fruto de sus esfuerzos".

Concluye expresando el Informe: "Lo anterior sólo se logrará si el ordenamiento legal minero entrega a quien desarrolla esta actividad, un derecho firme y protegido sobre el yacimiento que es el bien sobre el cual descansa la industria minera. Y este derecho no puede ser el emanado de una concesión para explotar la mina, por cuanto aún cuando se le fortalezca, no otorgará jamás iguales garantías que la de un derecho de propiedad sobre aquella".

Pareciera ser que la Comisión ha partido de bases equivocadas para razonar así; en efecto, se considera que el fomento

to de la minería que se traduzca en desarrollo de la misma es lo más importante, pero pareciera ser que sólo el desarrollo por el desarrollo sin importar para nada la finalidad del mismo. Nada sacaría el país -como ya lo ha conocido su historia- de vanagloriarse con tener y constar con una minería en su mayor desarrollo tecnológico y, aún más, tener al país en un pie de explotación intensivo de sus recursos mineros si estos van a redundar preferentemente en beneficio exclusivo de quienes lo detentan, que bien sabemos serán con seguridad las grandes empresas transnacionales que son las únicas que cuentan con recursos y tecnología que permita generar una explotación masiva. Esta realidad que se perfila ante nuestros ojos con la reforma propuesta es una historia conocida de la que debemos aprender, especialmente, a evitar sus errores.

Aún más, Chile no se encuentra en los albores del desarrollo minero, por el contrario, su territorio ha sido una y mil veces recorrido, se conocen al través de diversas prospecciones e investigaciones llevadas adelante gracias a los múltiples adelantos de la técnica, en que la cooperación aereoespacial no ha estado ausente, cuales son aquellos lugares en que existen yacimientos mineros de importancia.

El fomento minero, hoy en día, debe tener una dirección distinta, un adecuado catastro de las minas permitiría al Estado tener bajo su control toda esta riqueza -que a todos nos pertenece- para explotarla directamente o entregarla en explotación en las mejores condiciones que el interés nacional lo exija y no elaborando una legislación que permita que toda la labor realizada por diversos organismos nacionales en la materia y que la experiencia que ya tiene el país en el rubro llegue gratuitamente a manos privadas. No se trata con esto de evitar que llegue el capital extranjero, muy por el contrario, pero cabe al Estado aprove

chando su valiosa experiencia aceptarlo en un pie de igualdad. Al respecto , la posibilidad de la formación de sociedades mixtas nos parece adecuada; así también la posibilidad de un flujo conveniente de préstamos de instituciones financieras internacionales para el desarrollo de la minería es otra de las múltiples posibilidades que el Estado tiene a su mano, o el desarrollo de contratos de operación pactados convenientemente para que no lesionen el interés nacional.

Todo lo anterior parece aún más claro si consideramos que los minerales son "productos", esto es, se obtienen de una cosa pero no se renuevan como los frutos, lo cual hace que los recursos naturales mineros entren en la categoría de los no renovables y, por ende, esencialmente agotables; lo que hace altamente aconsejable que sea el Estado quien tenga un dominio sobre las minas, dominio de carácter patrimonial y no puramente teórico como lo es el dominio eminente, por cuanto es el Estado quien, en última instancia, puede ser el mejor tutelar de las riquezas del país y no los particulares que pueden no tener ningún vínculo con éste, con sus habitantes o su ecología y que sólo podrían propender a la alta rentabilidad de sus capitales.

Por otra parte, resulta fácil apreciar el significado de la innovación propuesta en el evento siguiente: si el Estado, para el cumplimiento de las finalidades que le son propias, desea recuperar un yacimiento minero deberá expropiarlo, pagando previamente la correspondiente indemnización. Así lo dice el Informe de la Comisión: "Por lo que respecta al yacimiento mismo procederá la indemnización a justa tasación".

De esa manera, se produce la paradoja que el Estado

do otorga gratuitamente a los particulares los yacimientos mineros, pero, cuando desea recuperarlos, debe pagar por ellos; lo cual podría dar pie a un cierto grado de especulación mediante el simple expediente de adelantarse a los deseos del gobierno mediante la obtención de la propiedad sobre yacimientos factibles de expropiación en un futuro cercano, obteniendo con ello cuantiosos ingresos.

Consideramos que el cambio de legislación significa un retroceso en lo que el país acordó por abrumador consenso nacional -del que casi no hay parangón en nuestra historia- al reformar la Constitución el año 1971 reafirmando, en sus derechos soberanos, al Estado chileno como único y legítimo detentador de los recursos minerales y naturales que constituyen su rico patrimonio.

Los grandes yacimientos de cobre se radicaron de esa manera en el seno del Estado y lo mismo aconteció con las grandes empresas nacionalizadas que, desde entonces, han ido alcanzando cada vez mejores niveles de producción, explotación y venta ubicándose, de esta manera, entre las empresas estatales más importantes del mundo.

Aún más, bajo el actual régimen que rige a la minería en que el Estado es el único y exclusivo dueño de todos los yacimientos no ha desalentado a la inversión extranjera y así lo han expresado altas autoridades del gobierno lo cual resultaría una razón más para no innovar en este campo que ya ha ido mostrando sus mejores frutos.

Creemos, a este respecto, que a todos y cada uno de nosotros nos asiste la obligación de resguardar las riquezas naturales del país, patrimonio de todos y para todos, y que no te

nemos, de manera alguna, el derecho a obsequiarla gratuitamente; riqueza esta que perteneció a generaciones pasadas que tanto hizo por acrecentarlas y conservarla, que hoy nos pertenece y que mañana le pertenecerán a nuestros hijos. Es un valioso legado de nuestros antepasados que no nos es dado desperdiciar.

Lo expuesto nos hace concluir que, el dominio patrimonial del Estado tal cual se encuentra vigente a la fecha según hemos establecido en las normas transcritas, debe continuar de la misma forma como está establecido, facultándolo para otorgar a los particulares una concesión, sobre la cual, obviamente, éstos tendrán un derecho de dominio plenamente amparado por la Constitución. El propósito que pretende seguir la Comisión al sugerir el dominio de los particulares sobre los yacimientos creemos que se consigue cumplidamente bajo el régimen actual, puesto que el concesionario se hace dueño de los minerales que arranca, situación que de mantenerse hasta el total agotamiento del mineral le permitirá hacer suyo la totalidad del mineral que contenía el yacimiento.

b) Derechos del Descubridor:

Sobre esta materia la reforma constitucional de 1971, actualmente vigente, establece: "La ley deberá contemplar los derechos preferentes que deban corresponder al descubridor de un yacimiento, para optar al otorgamiento de la concesión sobre el mismo yacimiento". En este aspecto existe una innovación de la mayor importancia, ya que la reforma constitucional propuesta plantea una norma mucho más drástica en cuanto ya no se trata de otorgar al descubridor "derechos preferentes" sino que el dominio de lo que descubra.

En efecto, el Anteproyecto de Reforma Constitucio

nal propone: "Toda persona puede catar, cavar y explorar en tierras de cualquier dominio para buscar las minas a que se refiere el inciso precedente y hacerse dueña de lo que descubra...", precepto que se ha establecido, en opinión de la Comisión, "en el afán de fomentar el desarrollo de la minería".

Históricamente fue así, ya la corona Española en las Ordenanzas de la Nueva España dictadas en 1785 y que ríjieron en Chile en los albores de la República y por más de sesenta años hasta la dictación del primer Código de Minería en 1874, veía la conveniencia de dar derechos al descubridor: "Porque es muy justo y conveniente premiar con especialidad y distinción a los que se dedican a los descubrimientos de nuevos minerales y venas metálicas que en ellos se crían, a proporción del mérito, importancia y utilidad de tal descubrimiento, ordeno y mando que los Descubridores de uno y muchos Cerros Minerales absolutamente nuevos en que no haya ninguna mina ni cata abierta, puedan adquirir en la veta principal que más le agradare hasta tres pertenencias continuas, o interrumpidas, con las medidas que después se dirán; y que, si hubieren descubierto más vetas, puedan tener una pertenencia en cada veta, determinando y señalando dichas pertenencias dentro del término de diez días". (*) De la misma manera dejaba claramente establecido quién debía ser considerado o no descubridor: "El que pidiere Mina nueva en Veta conocida y en otros trechos labrada, no se deberá tener por descubridor." (**) Normas, como puede observarse, largamente menos liberales que las propuestas.

Hoy, el esfuerzo es distinto, el conocimiento es otro, las formas de desarrollo diferentes. Como ya señalábamos,

(*).- Ordenanza de la Nueva España. Título VI art. 1.

(**).- Ordenanzas de la Nueva España. Título VI art. 2.

existe un conocimiento general sobre las riquezas minerales de un determinado lugar, aproximadamente su valor, clase, ley y condiciones; el terreno es más o menos conocido, el aporte de la tecnología moderna ha permitido, al través de la investigación por satélite detectar las fallas geológicas que permiten, con una mayor o menor precisión, determinar la presencia de sustancias minerales en atención a la clase de corteza terrestre de que se trate. En fin, pocos son los países que no hayan elaborado catastros mineros que le permitan determinar los lugares en que existan o sean favorables para que en sus entrañas haya un determinado tipo de yacimiento. De aquí la explicación del por qué la exploración del petróleo se hace en la zona sur, lo propio ocurre con el carbón, etc.

De allí entonces, pretender dar al descubridor -que por las razones expuestas no será tal- el dominio de las minas por él "descubiertas", no es sino entregarle el fruto del trabajo realizado por otros -principalmente organismos estatales- y que, en definitiva, pertenecen a la Nación.

c) Constitución del Dominio y otros Derechos.-

Propone el Anteproyecto en comento, a renglón seguido que: "El derecho de exploración y la propiedad minera se constituirán por resolución judicial, a menos que la ley, por razones de seguridad nacional, establezca otro procedimiento".

Se pretende con dicha disposición evitar inseguridades en la constitución del derecho a efectuar exploraciones mineras y en la obtención definitiva del título de dominio (o concesión, si se quiere). Lo anterior no hace sino recoger la experiencia acumulada y que ha dado buenos resultados hasta ahora.

Limitar el procedimiento por razones especiales nos parece conveniente, aún cuando por las diferencias entre "interés nacional", empleada en la Constitución vigente para establecer limitaciones al dominio, y "seguridad nacional" propuesta en la reforma pareciera ser que el sentido cambia sustancialmente, puesto que son términos distintos que no pueden, necesariamente, yuxtaponerse. Creemos al respecto que la expresión "interés nacional" es más comprensiva que la de "seguridad nacional" que tiene una connotación ideológica muy marcada que la hace distinta y limitada; en tal sentido propugnamos por la primera que, en caso alguno es excluyente de ésta, que permitiría, además, conciliar en forma más adecuada el cambio de procedimiento, por ejemplo, en el caso que establece en la actualidad el otorgamiento de concesiones en las arenas auríferas, estañíferas y platiníferas que se encuentren en el mar patrimonial.

d) Reserva del Estado.-

El inciso siguiente del Anteproyecto en esta materia expresa: "La ley podrá reservar al Estado, cuando el interés nacional lo exija por ser de importancia preeminente para el desarrollo económico del país, el derecho exclusivo de explorar y explotar las sustancias minerales que señale". Norma que resulta como corolario al hecho que la reforma Constitucional propende a otorgar el dominio de los yacimientos a los particulares. Al respecto, la Comisión consideró que la reserva que la ley establecía no operaba si existían derechos mineros constituidos con anterioridad sobre ellas.

Surge en este punto un aspecto de la mayor importancia. Es opinión de la Comisión al establecer este precepto que

"existiendo constituidos tales derechos, si el Estado requiere para sí una determinada propiedad minera tendrá abierto el camino de la expropiación, siendo aplicables en tal caso las reglas generales, de modo que deberá indemnización al propietario por el daño patrimonial efectivamente causado". De esta manera, la reserva que el Estado pretenda hacer de una determinada sustancia deberá ir aparejada, en algunos casos, de la correspondiente ley de expropiación, y cuya indemnización, de acuerdo a lo preceptuado en este mismo Anteproyecto, debe ser pagada por regla general de contado y excepcionalmente, en un plazo no mayor de cinco años; lo dicho dice relación con la indemnización por la expropiación de los derechos otorgados por el Estado. En cuanto a los yacimientos, la Comisión consideró que procederá la indemnización a justa tasación, equilibrio difícil de lograr más aún considerando que el estado debe comprar, adquirir, compensar al particular por la riqueza que cedió gratuitamente precisamente a estos.

Lo anterior nos parece extramadamente grave y perjudicial para el país, el Estado podrá indemnizar el perjuicio que en virtud de una expropiación o nacionalización pudiera causar a los particulares, pero llevar la indemnización al valor del yacimiento rompe no sólo con la armonía de la legislación minera, en cuanto consideramos que los minerales son productos que sólo tienen valor para el hombre cuando han sido extraídos de la mina, en otras palabras, cuando se les aplica trabajo, y no antes, sino que también con las más elementales normas de Justicia. Sería como expropiar un barco de pesca y pagar por la riqueza marítima. En este sentido, es obvio que lo que se expropia no puede ser el yacimiento sino que la actividad de las empresas mineras.

e) Función Social de la Propiedad.-

Expresa el Anteproyecto en el penúltimo inciso dedicado a esta materia: "La propiedad minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer la función social del dominio. El régimen de amparo de la propiedad minera será establecido por la ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y podrá contemplar causales de caducidad y de simple extinción del dominio. En todo caso, dichas causales y sus efectos deben estar establecidos el momento de constituirse el título."

Siguiendo la tendencia universalmente aceptada que la propiedad obliga, y obliga a cumplir una función social, el Anteproyecto también lo consulta. De esta manera, es obvio que si se considera al particular como propietario del yacimiento con mayor razón se le debe exigir el cumplimiento de esa función social que la comunidad reclama.

El dominio minero estará amparado por un régimen que lo obligue al cumplimiento de esa función social que le es inherente. Y pareciera ser que el régimen de amparo propuesto es el trabajo, pero seguidamente el precepto transcrito deja abierta la posibilidad que se tienda directa o indirectamente a ese objetivo, lo que permitiría fijar el amparo nuevamente en un pago de patente, sistema que, de no ser adecuadamente instrumentalizado, acarrea serias y perniciosas consecuencias en el desarrollo de la actividad minera.

Sin embargo, el propósito que busca la legislación propuesta basada principalmente en el dominio del particular so-

bre el yacimiento, se cumple igualmente con el actual régimen que sólo otorga una concesión al particular, reservándole el dominio al Estado; en efecto, en la actualidad la función social recae en el concesionario en cuanto propietario de la concesión que lo obliga a desarrollar una actividad en interés de la colectividad para merecer amparo y garantías legales, según lo expresa la norma constitucional en actual vigencia. Lo dicho, es un elemento más que reafirma la convicción que la reforma propuesta en torno a desplazar al Estado como dueño patrimonial de los yacimientos mineros no sería lo más conveniente.

f) Causales de caducidad y extinción del dominio.-

De la norma transcrita anteriormente vemos, que de la misma manera, se deja en libertad al legislador para establecer causales de caducidad y de simple extinción del dominio minero que, como veremos a continuación, con el propósito de evitar una legislación retroactiva al respecto, deben estar establecidos al momento de constituirse el título.

Es conveniente considerar que las causales de caducidad establecidas en este Anteproyecto están referidas al incumplimiento de los requisitos o condiciones de amparo. Sin embargo, la expresión "simple extinción del dominio" resulta un tanto vaga, que hace pensar que se estaría refiriendo a los modos de extinguir el dominio que el titular tiene sobre el yacimiento, y por tanto, distintas a la caducidad. Pero es menester reconocer que no es una expresión clara ni su sentido se deduce tampoco del Informe de la Comisión y que, en todo caso, sería menester clarificar.

La circunstancia que tanto las causales de caduci-

dad como las de simple extinción del dominio se encuentren establecidas al momento de constituirse el título tiene por finalidad, según el Informe, que el propietario minero quede advertido "de cuáles son las obligaciones de amparo que pesan sobre su propiedad y, además, debidamente resguardado frente al grave riesgo del cambio de legislación en tan delicado aspecto".

Si bien es loable la protección que pretende alcanzarse con esta disposición su aplicación práctica puede dar lugar a confusiones. En efecto, si el legislador, deseoso de buscar una fórmula que más se adecúe a nuestra realidad, decide introducir en un lapso relativamente breve varios cambios al sistema de amparo, debe entenderse que el dominio constituido bajo cada uno de los sistemas vigentes entonces se mantienen, con lo cual nos llevaría a la existencia de una multiplicidad de sistemas de amparo que estén rigiendo para el propietario minero dependiendo de la fecha en que hayan obtenido el título de su pertenencia, dando lugar al consiguiente desconcierto entre los mineros. Sistemas que se perpetuarán en el tiempo, lo cual, obviamente, trae aparejado la distinta aplicación de una norma legal para un mismo hecho.

El último inciso dedicado al punto en el Anteproyecto dice: "Las controversias que se produzcan respecto de la extinción del dominio serán resueltas por la justicia ordinaria; y en caso de caducidad, el afectado podrá requerir de aquélla la declaración de subsistencia de su dominio".

De esta manera, la Administración, por medio de los tribunales de Justicia, en algunos casos, y otras directamente, otorga el dominio de las minas (hoy de la concesión), pero

las controversias, por mandato constitucional queda entregado a los Tribunales ordinarios de justicia. Y distinguiendo nuevamente entre extinción y caducidad, establece que, en este último caso, el afectado podrá requerir de la Justicia ordinaria la declaración de subsistencia de su dominio; esto, pese a que se haya producido la caducidad por el solo ministerio de la ley. Norma que aparece concordante con la legislación vigente, como ocurre por ejemplo, si se han dejado de pagar dos patentes consecutiva al tenor de lo establecido en el art. 127 del Código de Minería en relación a lo preceptuado en el art. 6 del D.L. 1759 de 1977 que tiene por objeto que si nadie ha constituido nueva pertenencia sobre el yacimiento vacante o franco, después de la caducidad, se evite tener que incurrir en el gasto de constitución de otra pertenencia.

g) Situación Transitoria.-

La situación transitoria que establece el documento en estudio se encuentra reglada por un solo artículo particularmente referido a las sustancias que por ley sean reservadas al Estado.

El Anteproyecto señala, en el artículo 5 transitorio: "Mientras la ley no disponga otra cosa, continuarán vigentes las disposiciones legales que establecen la reserva para el Estado de determinadas sustancias minerales". Disposición que se explica por sí misma.

Agrega el inciso segundo y último de esta disposición: "En igual caso, el derecho de exploración y la propiedad minera sobre el carbón o placeres metalíferos continuarán constituyéndose mediante procedimiento administrativo."

Cabe en este punto hacer una reflexión en relación con los placeres metalíferos que, de acuerdo a las normas vigentes establecidas en el art. 9 del Código de Minería por el D.L. 1090 de 1975 que establece que "Corresponderá exclusivamente al Presidente de la República hacer concesiones en la forma y por el tiempo que estime convenientes, para explorar o explotar las arenas auríferas, estañíferas u otras que contengan sustancias minerales denunciadas, que se encuentren en el mar patrimonial...". Echamos de menos una expresión del Anteproyecto Constitucional similar a la transcrita de "mar patrimonial" que, si bien figura en un texto legal, es una denominación doctrinaria exenta de contenido que permita establecer adecuadamente el ámbito en donde el Presidente de la República puede ejercitar sus facultades y a los particulares hacer valer sus derechos en torno a solicitar concesiones.

Finalmente, es menester hacer incapié en que las situaciones transitorias, cualquiera que sean, deben reducirse al máximo con el propósito de evitar desconcierto e incertidumbre. En este sentido, es altamente conveniente que una norma constitucional transitoria establezca un plazo prudencial que obligue al legislador a dictar un código o estatuto que sea el encargado de regular definitivamente la actividad minera.

III.- CONCLUSIONES.-

El Anteproyecto Constitucional que hemos comentado acentúa una tendencia de hace algunos años que es la de dar rango constitucional a la actividad minera, en cuanto es uno de los rubros más importantes de la actividad económica del país y que, por ende, no puede dejársele fuera del enmarcamiento consti

tucional sustrayéndola así de las vicisitudes de la dictación de una simple ley.

Sin embargo, y es conveniente hacerlo presente, significa un verdadero retroceso en aspectos sustanciales y determinantes en relación a las normas vigentes y, particularmente, con la reforma constitucional de 1971. A saber, el Estado, de propietario de grandes riquezas mineras de su territorio, abre las arcas de su patrimonio y comienza a obsequiar gratuitamente a los particulares estas riquezas con el propósito que éstos las hagan suyas y las exploten. Obviamente que, en estas condiciones, los únicos particulares que estarán en condiciones de hacer una explotación verdaderamente rentable serán los grandes consorcios extranjeros, que podrán hacer frente a los fuertes requerimientos técnicos y económicos que significa una explotación en gran escala y, eventualmente, al pago de patentes por grandes extensiones de terreno. Y cuando el Estado pretenda recuperar parte de esas riquezas por así exigirlo el interés nacional o por razones de seguridad nacional, deberá pagar por los yacimientos que un tiempo antes ha regalado.

Creemos que si el Estado desea fomentar la explotación minera subsiste el expedito camino de la constitución de sociedades mixtas, en la que el país tiene una vasta experiencia que le permitirían obtener adecuadas ventajas evitando los errores del pasado, o mediante la vía de los contratos de operación.

La finalidad que lleva implícita el Anteproyecto en esta materia se lleva a efecto cumplidamente bajo el sistema regalista en que el Estado es el único titular del dominio sobre los yacimientos, ya que en la medida en que la concesión se pro-

longue en el tiempo, el particular terminará haciéndose dueño de la totalidad de los minerales que contenía el yacimiento.

Dejar al Estado en la posición de detentar un dominio eminente, mera declaración programática de soberanía, es ponerlo a completa merced de los particulares en un rubro de la más alta importancia, más aún si consideramos la calidad de estratégico de ciertos minerales.

Por lo expuesto discrepamos del proyecto propuesto y pensamos que la nueva legislación minera debiera consultar:

- a) El dominio patrimonial del Estado con caracteres similares a lo preceptuado por el constituyente de 1971, es decir: un dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles con excepción de las arcillas superficiales. En la que también se incluyeran los materiales atómicos naturales según determinación que haga la ley.
- b) Limitar los derechos del descubridor a derechos preferentes a una concesión.
- c) Otorgar concesión sobre el yacimiento. De esta manera el particular tendrá un derecho de dominio constitucionalmente protegido sobre su concesión.
- d) Intervención de la Justicia Ordinaria en el otorgamiento de la concesión, excepto en aquellos casos en que por razones de interés nacional, se radique en la autoridad Administrativa.

e) Disponer de un plazo para que el legislador dicte las normas legales que habrán de regir en materia minera, limitando así las situaciones transitorias.

En verdad, las anteriores son algunas de las proposiciones y estamos ciertos que existen muchas más. Pensamos que, al hacer el análisis de las modificaciones al régimen minero que propone el Anteproyecto, no hemos agotado, ni mucho menos, el tema, de tan vasta e importante trascendencia.

Sólo hemos aspirado a entregar algunos elementos de juicio para considerar esta materia en la firme convicción que a la generación presente no le asiste sino la obligación de resguardar estas riquezas para las futuras generaciones que habrán de poblar esta rica y prometedora tierra.