

EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RIQUEZA MINERAL

Alejandro Vergara Blanco*

RESUMEN: A partir del principio básico de la disciplina del derecho de minería (la eliminación del poder de disposición de los propietarios del suelo sobre determinadas sustancias minerales), analiza el autor los dos sistemas de “dominio” minero que básicamente han existido en el derecho histórico y comparado: el *de regalía*, en que los minerales se los apropia *in rerum natura* el Estado; y el *de libertad minera*, en que no hay apropiación estatal. En este trabajo se intenta probar que la evolución de uno a otro sistema es evidente en Chile, en que formalmente, como cáscara literal, pareciera que rige el sistema de regalía, pero que en realidad implica solo la existencia de una prohibición general previa a explotar, bajo la reserva de obtener una “concesión”, la que también solo formalmente es un título discrecional (como pareciera ser toda acción de “conceder”), sino que en realidad es una autorización, con una discrecionalidad reducidísima, y en defensa del principio de prioridad y de juridicidad, los solicitantes tienen un real y efectivo derecho subjetivo a ser titulares de la habilitación para explorar o explotar la riqueza mineral.

Palabras clave: Derecho de minería, dominio estatal minero, actividad minera, concesiones mineras, bienes públicos.

ABSTRACT: From the basic mining law principle (eliminating the power of disposition granted to owners of those lands that contain specific mineral substances), the author analyzes the two systems of laws governing exploration of minerals on public domain land which have existed in history and comparative law. On the one hand, there is the royalty system (*regalía*), in which the minerals are owned *in rerum natura* by the State. On the other hand, the system provides free access to discover and develop the mines and State ownership is unknown. In this work, we try to prove that the evolution from one system to another can clearly be observed in Chile since the royalty system, which indeed appears to rule, is no more than a literal shell and does no more than implying a general prohibition previous to the development of the mines. The underlying condition is to be granted a “mining concession”. A “concession” is also, formally speaking, a discretionary document (as all concessions seem to be), even though, this is really a permit, where very little discretion can be used, if any. According to the principles of priority and legality, the claimants have a real and effective right (in civil law systems, a so-called “subjective right”) to be granted the authorization to discover and develop the minerals.

Key words: Mining law, mining activity, state-owned mines, mining concessions, state-owned goods.

* Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Contexto histórico del orden jurídico vigente.* La historia de la idea jurídica de riqueza mineral como patrimonio del cuerpo político (en su difusa expresión actual: el Estado, como supuesta persona jurídica) no se origina en Roma, sino en la Edad Media y se mantiene durante todo el Antiguo Régimen en Europa; de ahí se aplica al Derecho Indiano, como una expresión clara del absolutismo. Luego la tomará el Derecho chileno en los siglos XIX y XX.

En el derecho romano tardío, del teodosiano (época en que ya ha nacido la disciplina jurídica del derecho de minería: pues ya no se entiende que las minas son del propietario fundiario), considerábase a las minas claramente vinculadas a un destino público: a su explotación por concesionarios mineros, garantizada por la organización política y administrativa, pero nunca hubo una declaración “fiscal” o “estatal” de apropiación global o en bloque, *a priori, in rerum natura*, de tales minas.

Es con posterioridad que se abre un paréntesis histórico de “apropiación”; en efecto, desde el comienzo del derecho medieval hasta el final de las monarquías, tanto en la península ibérica como en las Indias (desde su conquista y colonización), las minas constituyeron una regalía de la Corona, un *iura regalia*, por lo cual esta riqueza se consideró parte del “Patrimonio Real”, originándose a partir de entonces un vínculo “patrimonial” de las minas con el soberano, inexistente en el derecho romano. A partir del siglo XIX, e incluso posteriormente, a pesar de la difusión de las ideas del individualismo liberal, las minas se siguieron considerando jurídicamente vinculadas al naciente “Estado”, como patrimonio suyo, como si estas fuesen objeto de una “propiedad” similar a la civil, pero de titularidad estatal.

La explicación jurídica de este vínculo “patrimonial” del Estado con las minas ha pasado por diversas épocas, que fluyen del mismo carácter en que estos bienes se vincularon a quien detenta el poder y, también, del avance de la dogmática jurídica: así, sin considerar la antigüedad romana (en que no hay una vinculación “estatal” de las minas, como tales), antaño se decía que las minas eran bienes “de la Corona” (*iura regalia*); luego, desde el final del Antiguo Régimen, y hasta hoy bienes “del Estado”. Los textos jurídicos vigentes no solo continúan con esta tradición histórica que podemos calificar como “patrimonialista”, que hoy se traduce en una suerte de apropiación estatal, sino que la acentúan constantemente, en orden a afirmar y reafirmar que las minas formarían parte del “dominio” del Estado, confirmándose la continua vinculación que históricamente el titular de la organización social –hoy el Estado– se ha procurado con las minas.

La historia de los textos legales que han regulado la minería en Chile demuestra que desde el origen de nuestra tradición jurídica el secular ente titular de la organización social (esta supuesta persona jurídica global: el Estado¹), se ha considerado vinculado jurídica, directa y patrimonialmente a las minas o, de manera más general, a la riqueza minera. La reafirmación de un “dominio” estatal de las minas, al menos formalmente, se ha producido en 1980 en el art. 19 N° 24 inc. 6° CP (que expresa de manera enfática:

¹ Sobre la polisémica expresión “Estado”, véase *infra*.

"El Estado tiene el dominio (...) de todas las minas"). En un contexto claramente liberal, que en materia de bienes y actividades económicas restringe la titularidad estatal y somete la actividad de sus órganos al principio de la subsidiariedad, para perplejidad de los intérpretes, en materia minera se ha infiltrado en su texto una "partícula" extraña, rara: el "dominio" estatal *a priori* de toda la riqueza minera.

2. *Las teorías tradicionales del "dominio estatal" minero.* Para explicar este vínculo que los textos legales, desde el siglo XIX, y aún más el texto constitucional vigente, establecen entre el Estado y las minas *in rerum natura*, la doctrina jurídica chilena ha debatido intensamente; discusión que siempre ha girado en torno a la naturaleza del supuesto "dominio" que el "Estado" tendría sobre las minas, existiendo hasta ahora básicamente dos posiciones:

i) una teoría, originada en el singular *ingenio chilensis*, a través de la cual amplios sectores de la doctrina jurídica nacional, para enfrentar los textos legales, creyeron ver al Estado si bien titular de un "dominio" sobre las minas, lo de calificaron "*eminente*" (propugnando, en seguida, que la propiedad de las minas correspondería en realidad al descubridor de las mismas, una vez denunciadas);

ii) la otra teoría, tan tradicional como la anterior, que podemos llamar "*patrimonialista*", propugna y justifica plenamente que las normas consideren al Estado jurídicamente "dueño" de las minas, esto es, titular de un dominio "radical" o propiedad "plena" sobre ellas, como riqueza minera.

Ambas teorizaciones son expuestas críticamente *infra*, 3 y 4.

3. LA TEORÍA DEL "DOMINIO EMINENTE" DEL ESTADO SOBRE LAS MINAS

a) *El "dominio eminente" como mito jurídico.* Una antigua doctrina chilena quiso explicar el vínculo jurídico del Estado con las minas sobre la base del aún más viejo concepto del "dominio eminente". Sostener hoy esta tesis resulta anacrónico; pero cabe revisar sus fundamentos y defensores².

² Un desarrollo crítico más amplio ofrezco en VERGARA (1988); (1989b) y (1992a) pp. 207-236. Las obras de los autores citados en el texto, en especial civilistas y memoristas chilenos, pueden verse en (1992a) pp. 207 ss. Sobre el concepto del dominio eminente, *vid.* referencias, más o menos detalladas, y algunos desarrollos relativamente breves en enciclopedias jurídicas; entre estos, *vid.*: SAMPER (1911) p. 550-551; CURIS (1983) p. 185-187; MOR (1960) p. 210-213; y, SANDULLI (1964) p. 928-930. Valiosos antecedentes sobre el tema es posible encontrar en: NICOLINI (1940) pp. 126-134; y, ahora, en el aporte de: BARRIENTOS (2000) pp. 41-53.

En cuanto a la doctrina internacionalista, *vid.*, por ejemplo, FIORE (1894) p. 362 y ss.; JIMÉNEZ (1961) p. 372, estima que "lo que el Estado tiene con respecto a su territorio es un derecho eminente, que planea por encima de los múltiples derechos de propiedad particulares", rebatiendo la tesis patrimonialista, y vinculando el concepto nada más que a la soberanía; PLAZA (1954) p. CXX, señala que la doctrina del dominio eminente (que acoge Bello siguiendo a Vattel), "se considera errada a la luz de las ideas actuales,

No obstante que en toda la historia legislativa propiamente chilena siempre se realizó una formal declaración en cuanto a que el “Estado” tiene el “dominio” de todas las minas cuya primera declaración nacional en tal sentido proviene del Código Civil, en 1857, declaración que continuó efectuándose en la posterior codificación minera hasta el día de hoy, inclusive en la propia CP de 1980, una persistente doctrina chilena, desde fines del siglo XIX, y con posterioridad, hasta las postrimerías del siglo XX, interpretó esta declaración, como la atribución al Estado de un “dominio eminente”, no patrimonial.

De este modo, esta teoría ofrece una contrapartida o respuesta de sus autores a la contemporánea consideración legal de las minas como bienes “del” Estado, y plantean la idea de que las minas, una vez descubiertas por o concedidas a los particulares, pasan a constituir una “propiedad privada” de ellos; una forma especial de propiedad privada, regida por el derecho civil. El particular adquiriría así “propiedad minera”, quedando el Estado como titular de un “dominio eminente”. Al predicamento anterior, es verdad, daba lugar la aparente ambigüedad del artículo 591 del Código Civil que, por un lado, calificaba al Estado como “dueño” de las minas, pero que, en seguida, a los particulares les daba la facultad de “disponer de ellas como dueños”; ambigüedad acrecentada en los códigos de minería del siglo XIX y XX, los que calificaban al concesionario minero como titular de una “propiedad minera”.

El concepto de “dominio eminente” llegó a constituir, hasta hace pocos años, un tópico de la materia, un lugar común; hasta el punto que los autores que sustentaron tal tesis ni siquiera se preocupaban de ofrecer un fundamento o desarrollo del concepto, ni estimaban prudente discutirlo; era propiamente, como cabe calificar estas situaciones, un mito jurídico.

Por la honda repercusión que ha tenido en Chile esta doctrina que considera a las minas como “dominio eminente” del Estado, siempre es útil un análisis de su significado, como el que ofrecemos *infra*, y de su principal consecuencia: la exacerbación de los argumentos contrarios (esto es, de la doctrina “patrimonialista”).

b) *Las aporías del “dominio eminente”*. Una precisión previa sobre el origen del concepto de “dominio eminente” es necesario realizar, pues hoy constituye este “dominio eminente” una figura ambigua; una pervivencia histórica que la doctrina ha vaciado del contenido original o que ha llenado de los más diversos contenidos a su amaño, y que la doctrina chilena ha intentado enquistar en esta materia minera, sin parar mientes de que se trata de una concepción ya arrumbada por la historia. El dominio eminente pasó a ser en Chile, durante muchos años, un residuo histórico que operaba por sí mismo, sin conciencia final de la función que cumplía: un mito jurídico, sin sustento dogmático en la realidad vigente.

porque ella condiciona y limita en forma inaceptable el derecho de propiedad”. Vale la pena tener en cuenta, que al *dominium eminens* se lo consideró como la clave legitimadora de las intervenciones autoritarias en el absolutismo; *cf.*: CARRO (1981) p. 296 y ss., con amplia bibliografía.

La configuración primigenia del "dominio eminente", como concepto jurídico, nace de la obra de Grocio³, como una facultad perteneciente al soberano; para él la *facultas eminens* es relativa a la soberanía, y no un derecho de propiedad o dominio. En el mismo sentido que le dio Grocio fue entendido el concepto de dominio eminente por toda la doctrina *ius* naturalista moderna.

No obstante la claridad de esta formulación original, y de la amplia gama de juristas que mantuvieron el concepto restringido a su contenido primitivo con un significado puramente público de poder soberano, más tarde fue reformulado por la doctrina con un sentido claramente privatista, variando el viejo concepto de *facultas eminens*, a lo que pasaría a concebirse, en definitiva, como un "dominio" eminente, hasta el día de hoy. A partir de esta intervención moderna la formulación se ha tornado imprecisa y contradictoria.

La reformulación privatística concibe el dominio eminente como aquella posibilidad que tiene el soberano (y, por lo tanto, el Estado) de disponer de los bienes de los súbditos en base a un *supuesto derecho de propiedad del Estado sobre todo el territorio*; así, de acuerdo a esta formulación no se podría admitir la existencia de un pleno derecho de propiedad privada, pues antes que este está otro derecho de propiedad, que es el del soberano, como detentador del dominio eminente, el que sería, entonces, un derecho realmente pleno, pasando a constituir la propiedad privada un derecho semipleno.

c) *Deformación del concepto de dominio eminente por la doctrina chilena.* En nuestra historia legislativa, es el Código Civil de 1857 el que por vez primera, en su artículo 591, consagra un vínculo estatal con las minas; tal artículo, según los autores nacionales que propugnan esta teoría, consagraría un "dominio eminente" del Estado sobre las minas.

Cabe precisar que, la concepción de dominio eminente que conoció y compartió Andrés Bello, el principal redactor del Código Civil chileno, fue diferente. Él conoció la doctrina primitiva de Grocio; además, el pensamiento de Bello en cuanto al concepto de dominio eminente no se encuentra alejado de su fuente doctrinal declarada: Vattel, quien, a su vez, en este punto, siguió a Grocio. Para Bello este dominio eminente sería una categoría superior que dice relación más que nada con la soberanía, distinta al vínculo patrimonial que se tiene, en su concepto, sobre bienes públicos y privados. Trátase para Bello el dominio eminente de una facultad de que está compuesta la soberanía; y que, más que un derecho de dominio sobre las propiedades privadas, origina un deber de respeto para su integridad⁴.

No obstante, la gran mayoría de los juristas chilenos, de una forma insólita y de difícil explicación, adoptó hasta hace pocos años la concepción del dominio eminente para explicar el vínculo del Estado con las minas. La adopción de esta posición doctrinal se realizó en forma acrítica, pues no se compadece con el contenido jurídico que rigurosamente tiene esta *facultas eminens*.

³ GROCIO, *De iure belli ac pacis*, I, 2, VI.

⁴ Vid. un más amplio desarrollo en nuestros trabajos citados en n. 3.

Para uno de los más célebres comentaristas del Código Civil chileno, Luis Claro Solar, la “propiedad de las minas es una propiedad *sui generis*, especial”, y agrega: “la declaración del art. 591 CC consagra más bien una especie de dominio eminente del Estado que se atribuye dicha propiedad como una forma de expropiación del dominio”. De este modo, su tesis del dominio eminente significaba que, en principio, simplemente se “radicaba” en forma transitoria un dominio “especial” y “*sui generis*” del Estado sobre las minas, para que luego el particular, con el solo hecho de descubrirlas, adquiriese el derecho de propiedad sobre dichas minas. Esta teoría del “dominio eminente”, como explicación del vínculo del Estado con las minas, es la que seguirá sosteniendo casi unánimemente la doctrina chilena hasta fines del siglo XX. Así, los autores de derecho civil sustentan dicha opinión, sin más explicación que su afirmación (Pescio, Alessandri y Somarriva). Los autores de derecho minero opinaron igual. Así, Julio Ruiz Bourgeois pensaba en 1949 que el Estado tiene sobre las minas “una propiedad eminente, virtual que solo lo faculta para otorgar los más amplios derechos a aquellos que han cumplido con requisitos legales especiales”. Esta aceptación especializada de la aplicación de la teoría del dominio eminente a las minas, será seguida casi sin excepciones por la doctrina posterior. En 1962, Escala Baltra sigue utilizando este concepto del dominio eminente aunque, en un intento crítico, lo califica como una potestad vinculada a la soberanía. En 1966, Uribe Herrera seguía opinando en forma similar, pero señalando al Estado como titular de un “dominio originario o radical”, pero con una novedad: de este dominio jamás se desprende el Estado, aunque le entregue a los particulares el “dominio patrimonial” sobre las minas; en el fondo, sigue latente la misma concepción anterior del dominio eminente. En 1971, Bruna Vargas, en un declarado intento de desentrañar el contenido histórico del dominio del Estado en materia minera, intenta una crítica en contra de la concepción del dominio eminente, y propugna la adquisición de un derecho de propiedad privada a favor del particular descubridor de las minas⁵.

d) *Últimos estertores de la doctrina del “dominio eminente de las minas”*. La tesis del dominio eminente inundó la doctrina chilena, como hemos dicho, desde finales del siglo XIX hasta la década de los sesenta del siglo XX, hasta que en 1971, en virtud de la ley N° 17.450, de reforma constitucional, se clarificó la regulación. A partir de tal ley, la normativa se define enfáticamente por la concepción “patrimonialista” del vínculo del Estado con las minas y, de paso, borra de un plumazo toda pretensión de “dominio eminente” estatal y de “propiedad minera” particular. Pero este texto normativo de 1971, que se repite en la Constitución de 1980, no solo es el resultado de un cambio político, sino que de la doctrina de relevantes autores del derecho minero⁶.

No obstante, bajo la influencia de profesores de la disciplina que seguían en las postrimerías del siglo XX sustentando esta tesis, en el anteproyecto de CP de 1980,

⁵ Véase las referencias de las obras de los autores citados en VERGARA (1992a) pp. 207-236.

⁶ Es el caso de RUIZ BOURGEOIS, Julio (1962) pp. 3-30 (quien cambió su opinión anterior de (1942), pp. 175-195.) y de URIBE (1966) pp. 11-50. El texto de la CP de 1980 fue redactado por Carlos Ruiz Bourgeois. Para mayores detalles, y citas bibliográficas, véase nuestro VERGARA (1992a) pp. 207-236.

aprobado por la Comisión Ortúzar e informado favorablemente por el Consejo de Estado, se realizó el último intento por desenterrar esta doctrina del "dominio eminente", lo que en definitiva no prosperó, consagrándose en la CP un texto pretendidamente "patrimonialista" (cuya coherencia analizamos *infra*, IV).

4. LA TEORÍA DEL "DOMINIO PATRIMONIAL" DEL ESTADO SOBRE LAS MINAS

a) *Una tesis basada en la literalidad normativa.* Para los autores que sostienen la teoría "patrimonialista", sobre las minas existiría una titularidad dominical del Estado; una propiedad, todo lo "especial" que se desee, pero igualmente propiedad, que se distingue de la privada por ser esta "del Estado". Esta teoría se ha visto enormemente facilitada por la literalidad que se ha infiltrado en nuestros textos legales y constitucionales desde 1857 (art. 591 del Código Civil: "*El Estado es dueño de todas las minas...*"), y hasta hoy, en la CP (art. 19 N° 24 inc. 6°: "*El Estado tiene el (...) dominio de todas las minas...*"). Ya veremos si esta "lectura" de la pura letra de la normativa (de la *lex*) es sostenible desde el punto de vista teórico⁷.

En efecto, desde el punto de vista del desnudo texto vigente en Chile las minas constituyen "dominio [del] Estado"⁸; pero esta base normativa tenía alguna coherencia en 1971, y pudo considerarse "correcta" (coherente, más bien), con toda la historia legislativa nacional y con esa época, en que la regulación le permitió al Estado un amplio margen de acción; inclusive ser "propietario" (en la CP de 1971) de esta riqueza; aunque cabía considerarla más bien nacional⁹. Pero la mera repetición literal de la declaración de 1971, según la cual "*el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable o imprescriptible de todas las minas*" en el art. 19 n° 24 inc. 6° de la CP de 1980, no puede considerarse por sí sola; para ser comprendida cabalmente ante la realidad de las cosas y ante el contexto regulatorio operado por esa misma CP de 1980, cabe una observación sistemática. En efecto, a pesar de esa aislada declaración tan vigorosa, se han operado en el contexto normativo cambios de fondo, como intentamos demostrar *infra*.

Hoy no podemos seguir diciendo, sin más, que "no ha habido ninguna modificación de fondo en cuanto al dominio del Estado sobre las minas (en relación a la CP de 1971)"; o que "en nada ha variado este dominio del Estado"; o que "el dominio de las minas ni un ápice ha cambiado"¹⁰. Eso es válido solo en cuanto a la textualidad.

⁷ Sobre el "dominio patrimonial" del Estado sobre las minas, véase las consideraciones de: GÓMEZ (1990) pp. 5-58; y RUIZ BOURGEOIS, Carlos (1990) pp. 76-77.

⁸ Art. 19 n° 24 inc. 6 CP.

⁹ En tal sentido, véase la constatación del autor en VERGARA (1992a) p. 236.

¹⁰ Como lo digo en VERGARA (1992a) p. 238, sin una explicación de contexto que ahora incorporo. Sin perjuicio de que lo citado de p. 238 es una constatación relativa al texto de la CP, para percibir mejor nuestro pensamiento cabe cotejarla con otras páginas de dicha obra, en las cuales se sustenta que el Estado, aunque se arroge el "dominio" de las minas, es en realidad titular de "potestades" (p. 203), y se consigna que, a pesar de los textos, "el Estado no tiene una "propiedad" sobre las minas" (p. 250).

b) *La persistente idea doctrinaria de una “propiedad” estatal*. Como hemos señalado, no rinde frutos el análisis solo literalista, peligroso método en general, y en especial en esta materia; pero, un sector de la doctrina chilena, al referirse a este tema del “dominio” minero, de modo acrítico considera coherente el texto constitucional (como si en la mera letra de una norma aislada terminara el fenómeno jurídico) en cuanto declara que las minas son del “dominio del Estado” (art. 19 n° 24 CP). A partir de ello, considera que este dominio estatal de las minas es un “dominio” como el privado, integrando a las minas en la categoría de “bienes del Estado” (a los que el art. 589 inc. 3° CC hace sinónimos los bienes fiscales), subclase de la categoría “bienes nacionales” (del artículo 589 inc. 1° CC)¹¹. Estas consideraciones, a nuestro juicio, no guardan coherencia ni con lo señalado en el vecino art. 19 n° 23 CP, ni con el contexto normativo de la CP, como lo desarrollamos *infra*.

c) *Últimos estertores de la doctrina del “dominio patrimonial” de las minas*. La tesis que postula el “dominio patrimonial” del “Estado” sobre las minas falla tanto en la teoría como en la praxis.

Decir que habría un “dominio” estatal, sobre las minas en estado natural, *in rerum natura*, antes de ser descubiertas siquiera tales minas, es algo que teóricamente, desde una perspectiva fenomenológica, cabe calificar como apriorística y de difícil comprensión. Pero aún ante la evidencia de la ausencia de una explicación teórica aceptable de parte de sus exponentes, se podría llegar a aducir que en definitiva se trataría de una “propiedad” *sui generis*; o incluso de una “ficción” dirigida más bien a considerar a las minas como “patrimonio de la Nación”; pero ni los textos ni los defensores de la tesis postulan algo similar, y se opera del mismo modo que los antiguos defensores de la tesis, también hoy arrumbada, del “dominio eminente”: a través del “mito”, de repetir la fórmula normativa, sin más; o de hacer sinónimos al Estado, con la Nación, desfigurando la fórmula.

La ambigüedad actual de esta tesis del dominio patrimonial del “Estado” sobre las minas se hace más patente al introducirnos en el análisis del supuesto “titular” de tal dominio: el Estado. La expresión “Estado” en Derecho resulta polisémica: puede estar dirigida a significar al menos dos realidades: i) el *compositum* sicológico estructural, el cuerpo político en su conjunto; y, ii) o cada uno de los “órganos del Estado” a los cuales el soberano delega su poder.

Sin poder detenernos en una disquisición terminológica estricta, de lo que se derivan consecuencias dogmáticas ineludibles, solo cabe recordar que en el derecho interno lo que existen son organizaciones políticas, que ejercen poderes específicos, a los que la CP se refiere como “órganos del Estado”: con poder de administrar (el Estado/ Administración); poder de legislar o regular (el Estado /Legislador); poder de juzgar (el Estado/Jurisdicción). Una doctrina demasiado asentada, aceptada acriticamente hasta ahora, postula la personalidad jurídica para el “Estado”, esto es, el cuerpo político en su

¹¹ Tesis que incluso se sigue sustentando hasta ahora; es el caso de: GUZMÁN (2001) p. 274. Vid. nuestro trabajo crítico a tal obra: VERGARA (2004) p. 273.

conjunto; pero ello no explica la realidad del derecho interno, sino es una forma de evitar la titularidad del pueblo como poder soberano (es la comunidad la que se autorregula a través del Legislador) y como autor del Derecho (que se aplica a través del poder jurisdiccional, que más que órgano del Estado es órgano del Derecho). El "Estado" es un *compositum* estructural, con relevancia en las Relaciones Internacionales (donde cabría quizás personificarlo), pero ante el Derecho interno es esencialmente: Legislador (delegado del pueblo); Juez y Administración.

En donde sí que existe una persona jurídica es en la Administración, la cual se sujeta al Derecho. Así se construye el derecho público chileno.

El sustento patrimonial del ejercicio práctico de estos poderes, no obstante, origina una persona jurídica: el fisco (el Estado/fisco), y tal persona jurídica, a pesar de su conexión con todos los órganos potestativos, actúa en tal esfera (la patrimonial) bajo el mismo régimen de base de un particular: su vínculo con el dinero y los bienes es idéntico al de un particular; lo cual no debe confundirse con la "finalidad" de su utilización; o de las "capacidades" para disponer de ellos; o de la "responsabilidad" de sus agentes, por tratarse de dinero o patrimonios de una persona jurídica (el fisco) manejados por otras personas [los funcionarios fiscales, llamados funcionarios "públicos", pero más bien administrativos].

Y esta ambigüedad es notoria, pues los actuales defensores de esta tesis aducen que el "dominio" sobre los recursos mineros, en realidad, está atribuido a la "Nación o Estado", haciendo sinónimos las expresiones "Nación" y "Estado"¹²; y, en definitiva, postulando que "la naturaleza del dominio que le corresponde a la Nación o Estado (sic) es (...) un atributo y efecto propio esencial del principio y concepción de la soberanía de los Estados y Naciones sobre sus recursos en general (...), dominio este que nunca lo pierde el Estado o Nación"¹³. En suma para los actuales defensores de la tesis del "dominio" estatal sobre las minas, existe una "soberanía permanente e inalienable de las Naciones/Estados sobre sus recursos mineros"¹⁴.

¡Los extremos se tocan! Mientras, por una parte, la tesis antagónica del "dominio eminente", utilizaba ese concepto unido a la soberanía para posibilitar, en definitiva, el otorgamiento *in rerum natura* de las minas, como "propiedad", a los particulares; por otra parte, los defensores de la "tesis patrimonialista" utilizan del mismo modo el concepto de la soberanía sobre los recursos naturales donde surgiría como atributo, para otorgarle en definitiva el "dominio" sobre las minas al "Estado o Nación". Ambas tesis tocando el Cielo jurídico, recurriendo al fin de cuentas a conceptos prejurídicos. En esta tesis "patrimonialista" es más notoria la condición de estertor del recurso *in extremis* de elevación (o soterramiento) a esferas del "más-allá" de lo jurídico; buscando ayuda, ante la falta de elementos propiamente dogmáticos, en la "naturaleza" de la soberanía "estatal" (olvidando incluso que el soberano no es el Estado).

¹² Vid. VILDÓSOLA (1999) pp. 45-130.

¹³ VILDÓSOLA (1999) p. 128.

¹⁴ VILDÓSOLA (1999) p. 161.

En fin, ha fallado también esta tesis “patrimonialista” desde la perspectiva de la praxis, dado que ha quedado en evidencia que el supuesto “dominio” estatal no tiene actualmente otra significación que el otorgamiento ordenado de concesiones a particulares, de acuerdo a lo previsto en el art. 19 n° 24 incisos 6° a 10° de la CP; tanto así, que el intento de aplicar un cobro en dinero a los concesionarios mineros, aduciendo que el “dueño” de las minas podría cobrar una regalía (o *royalty*), basado solo en tal supuesto “dominio”, no fue aceptado como Proyecto de Ley en 2004 en el Congreso.

En otras palabras, el supuesto “dueño” de las minas no puede cobrar sumas de dinero extra a los concesionarios en calidad de tal, precisamente por no ser tal. Y para poder proceder a tales cobros el delegado del soberano: el “Estado” (supuesto “dueño” de las minas) tuvo que recurrir a un camino más clásico, para lo cual no necesita ser dueño de las minas, ni aducirlo: ejercer la potestad tributaria. Y así se realizó mediante la Ley N° 20.026, que establece un impuesto específico a la actividad minera (*Diario Oficial* de 16 de junio de 2005).

Esto es otra demostración de lo artificial de esta declaración de la CP del Estado como “dueño” de las minas, y el inútil intento doctrinario de darle un sentido patrimonial. En el fondo, el texto del artículo 19 N° 24 inciso 6° CP en cuanto declara que “el Estado tiene dominio de las minas”, no es nada más que un exceso retórico del constituyente, cuyo espíritu está dirigido a evitar la apropiación de las minas, *in rerum natura*, por los particulares: “*¡La letra mata; el espíritu vivifica!*”

Es la artificial tesis patrimonialista consagrada en una norma constitucional, por prudencia política, para evitar que en la década de los 70 cundiera la artificial tesis adversa del “dominio eminente”, que propugnaba “propiedad” para el particular. Un exceso contestado con otro exceso: un empate de excesos.

II. LAS MINAS COMO RECURSO NATURAL PUBLICADO: TEORÍA DE LA PUBLICATIO MINERA

A. CRÍTICA A LA INFILTRACIÓN DE LA PROPIEDAD

1. *Contexto dogmático*: publicatio versus proprietas (dominium). El primer problema jurídico que plantea la minería, como se ve al estudiar la historia de la legislación minera (vid. § 2 de nuestras *Instituciones de Derecho de Minería*), es la naturaleza jurídica de la riqueza minera.

Hasta ahora tal riqueza ha sido ligada de un modo patrimonial al Estado; o ha sido negado tal vínculo para otorgárselo al particular.

La respuesta que cabe hoy es la siguiente: tal riqueza ha sido sustraída jurídicamente *ab initio* tanto de la esfera estatal como de la esfera privada: ha sido *publicada*, esto es, ha operado un acto regulatorio: la *publicatio*; de ahí que la explicación jurídica de lo que sea la riqueza mineral provenga del manejo de conceptos de índole pública. Por tales razones es en el sector del derecho público de la ciencia jurídica en donde entronca el derecho minero; las instituciones y principios del derecho privado o civil no

es posible aplicarlos en esta materia, pues están contruidos para explicar las relaciones *inter privados*, de sectores no publicados.

Gran parte de la actual indefinición de las instituciones que integran el núcleo dogmático del derecho de minería se debe a la permanente actitud de la doctrina, de las leyes y de la jurisprudencia, desde el siglo XIX, de introducir en su explicación principios civiles, de derecho privado; principios estos que son claramente inadecuados para tal fin. El derecho civil, de los bienes privados, está configurado como un derecho *inter privados*, lo que le impide ofrecer desde su perspectiva una explicación de las funciones o potestades que la legislación establece y la realidad impone para los órganos del Estado en relación a algunos bienes, como la riqueza mineral.

Es a partir de la amplia difusión del concepto de propiedad, y en especial en relación con la riqueza minera, que debemos preguntarnos: *¿Es posible utilizar el concepto de "propiedad" para explicar la naturaleza jurídica de la riqueza minera?* No se trata esta de una toma de posición política de rechazo o aceptación de la propiedad en las relaciones sociales; sino un problema estrictamente dogmático-jurídico, relativo al análisis que desde la ciencia jurídica cabe realizar a partir de los textos vigentes. Tampoco se trata de poner en duda la gran importancia individual y social de la propiedad en las relaciones entre privados, y del respeto que le presta el Derecho a la misma. Se trata de justificar, dogmáticamente, si es coherente la explicación de la parte nuclear del derecho de minería a través de esa preciosa y crítica institución privatística. Es un problema de precisión de análisis dogmático desde la perspectiva del derecho público.

a) *La juridicidad de lo público*. Esta extraña criatura llamada Estado, o más bien, los "órganos del Estado", que cubren con su actividad casi todo el espectro de la vida social, produce perplejidad a los juristas. Si bien el derecho privado ha configurado valiosas instituciones –y su primer aprendizaje es la savia de que se nutre todo jurista–, la relación con el "Estado", y la explosiva introducción de sus regulaciones en todo orden de relaciones, ha significado una crisis institucional para el derecho privado, pues desde esa perspectiva no es posible comprender las instituciones que forman parte del derecho minero, y, antes, del derecho administrativo¹⁵. Frente a esto, desde los campos privatistas se ha optado incluso por negar el carácter jurídico del derecho público, y, en especial, derecho administrativo¹⁶; pero creo que ese camino no es el correcto, pues en el derecho público hay importantes principios e instituciones que precisamente son de índole jurídica.

b) *La exclusión de un instituto: la propiedad*. ¿Cómo utilizar en una reconstrucción de las instituciones del derecho minero un concepto de tan ambigua definición actual,

¹⁵ Cuando la doctrina civilística pretende desentrañar la naturaleza jurídica de instituciones de derecho público, puede formular conclusiones de dudosa confiabilidad. Una demostración de ello es el libro de ALVAREZ-CAPEROCHIPI (1983), que es el intento de un civilista por desentrañar la naturaleza de categorías administrativas desde una perspectiva dudosa: desde la propiedad.

¹⁶ Cfr. D'ORS (1987) p. 106.

como es la propiedad? ¿Es necesario?¹⁷. El impedimento primario de la pretensión de aplicar la propiedad a los bienes públicos, como la riqueza minera, es la pérdida de la visión objetiva: de destino o fin de las cosas, visualizado por los romanos¹⁸, pero que la moderna concepción de la propiedad privada, por la confusión inyectada desde su visión meramente individualista, ha olvidado. Quizás ya no debe interesar tanto la titularidad sobre las cosas, sino su finalidad; ya no interesa tanto esa titularidad, pues además ha de enfrentarse el tema a las potestades de la Administración, que es el aspecto que debe necesariamente aclarar previamente la ciencia jurídica para poder comprender y limitar la innegable intervención de la Administración en los bienes, no por ser tales (he aquí la insuficiencia de la cosificación civilista), sino por su habilidad para cumplir los fines del interés público.

Es este el punto central de la discusión, y a partir del cual dudamos del carácter de principio ontológico del derecho que se le pretende atribuir a la propiedad¹⁹; en una concepción objetiva, por lo demás, no interesa el titular de los bienes, sino la finalidad que cumplen; debe buscarse su estatus a partir de la afectación –mero instrumento– a una finalidad, y si es pública le otorgará al bien tal carácter.

No siempre se necesita del derecho de propiedad para explicar las instituciones donde hay contacto con los bienes; el error del derecho civil es su cosificación: partir de los bienes, otorgándosele a su vínculo más pleno, según hemos visto, la categoría de principio ontológico; para el derecho público se debe operar exactamente al revés, no partir desde los bienes, sino partir desde la potestad. Por estas razones podemos afirmar, desde ya, que la institución de la propiedad (no obstante su riquísimo contenido ante el derecho civil) no tiene aquí –en el derecho minero– ninguna operatividad para definir la situación de los minerales.

d) *La respuesta jurídica*. Debemos fijar nuestra atención no solo en la posición del “Estado”, sino en la de los particulares, individualmente considerados y en su conjunto. El derecho administrativo debe mirar no solo hacia el “Estado”, sino también hacia los particulares, como “administrados”, como ciudadanos, como personas, en defensa de su libertad, pues, al fin de cuentas el derecho administrativo es “un derecho del poder para la libertad”²⁰.

En esta materia, los juristas han venido prestando atención solo al aspecto estatal o individual de la riqueza minera. En esta materia si bien se debe mirar principalmente al individuo, al particular, al administrado, pues se trata de verificar, en el fondo, su libertad,

¹⁷ A propósito del libro de GROSSI (1986), recensión en *Revista de Derecho Público* (Madrid), 110 (1988), pp. 256-258, nos preguntábamos si el derecho de propiedad es, como se pretende, el principio ontológico del derecho, pues es notorio el deseo de su aplicación a todo orden de cosas, no solo dentro del mismo derecho privado, sino, como vemos, aun dentro del derecho público. Ya vislumbrábamos que ese no es el camino más fecundo, sino, como vemos *infra*, uno menos difundido: el de las potestades públicas.

¹⁸ Ulpiano, se refiere en D. 50, 16, 17, a las cosas “*quae publico usui destinata sunt*”, esto es, a los bienes que están destinados al uso público.

¹⁹ Cfr. ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ (1985) p. 46.

²⁰ Cfr. GONZÁLEZ (1987) p. 123.

sus derechos; ello es ante unos bienes que son *públicos*, no del Estado, ni de un individuo, sino del público; en fin, del *populus*²¹, del pueblo; si se quiere, de todos. Pues es claro que estos bienes son administrados por órganos del Estado, con las facultades o potestades que se quiera, pero su principal función es entregar su aprovechamiento al *populus*.

Es esta preocupación la que nos induce a verificar el contenido de las instituciones jurídico-mineras, no solo desde la perspectiva del Estado, sino principalmente desde el individuo, pues bien sabemos que la base, ya no solo del derecho administrativo y de su desgajamiento, el derecho minero, sino de todo derecho, es el Hombre.

Siempre ha existido la pretensión de aplicar la "propiedad" (por la seguridad y poder que a ella se le reconoce socialmente), tanto a los posibles vínculos del "Estado" como de las personas particulares con las minas; y ello ha llegado a consagrarse en textos legislativos, históricos y vigentes, según se ha revisado en la historia de los siglos XIX y XX.

La doctrina ha llegado a propiciar que, tanto para el Estado (doctrina "patrimonialista") como para los particulares (doctrina del "dominio eminente"), "de algún modo" las fuentes afinan un "tipo" de propiedad; o más bien de pseudopropiedad. ¿Cómo explicar desde la perspectiva dogmática esta situación? Pues, si observamos atentamente la realidad, las actuales potestades del Estado (como regulador [legislador] o como Administración), en virtud de las cuales interviene en la industria minera y, por consiguiente, en el aprovechamiento de los minerales, hoy solo posibilitan el establecimiento de una normativa o de una regulación. Es notorio además que estas reglas no están dirigidas a posibilitar que el "Estado" se "apropie" de la riqueza mineral en bloque, sino con el evidente fin de interés público de regular el acceso de los particulares a tal riqueza, para su mejor aprovechamiento. Así, la intervención estatal, está esencialmente dirigida a regular la "actividad" que desarrollan prioritariamente los particulares al rededor de la riqueza minera. Solo de manera muy limitada, pero ya no como Estado/regulador (legislador) o como Estado/Administración, sino como "fisco" (y, por lo tanto en un mismo nivel que un particular), el "Estado" podrá actuar en materia minera (es el caso del Estado/fisco, como empresario); pero, obsérvese, que en este caso actúa como un concesionario minero más; y nunca como un pretendido "propietario" de toda la riqueza mineral. Es este el punto central de la discusión actual: al acceso "público", de todos, al acceso igualitario a aprovechar la riqueza minera, las fuentes le han querido llamar "propiedad" estatal.

2. *La disputa: "propiedad" estatal o privada de las minas.* Los pretendidos vínculos de "propiedad" pueden graficarse así:

(i) Siguiendo la pretensión de quienes sustentan la tesis "patrimonialista", ¿existe una "propiedad estatal" sobre toda la riqueza mineral *in rerum natura*?; esto es, de las minas en bloque (o las "menas", más bien); o,

²¹ Cfr., como dato anexo: D'ORS (1979): pp. 61 y 72, en que señala cómo, para la formación del adjetivo *publicus*, han confluído *populus* y *pubes*, esto es, pueblo y púberes, aspecto que no siempre parece tenerse presente al analizar las cuestiones "públicas", y en especial de las cosas o bienes "públicos".

(ii) Siguiendo la pretensión de quienes sustentan la tesis del “dominio eminente”, ¿existe una “propiedad privada”, sobre el yacimiento una vez descubierto u otorgado un derecho a explotar mediante una concesión? (la ya arcaica o anacrónica “propiedad minera”).

Ambas respuestas en realidad, son claramente negativas, pues tales vínculos son irreales y jurídicamente inexistentes. Jurídicamente, no existe ni la “propiedad estatal” ni la “propiedad privada” sobre las minas; las instituciones jurídicas que cabe aplicar, como se comprobará, son otras: la *publicatio* (respecto de la acción regulativa) y los derechos mineros (respecto de las titularidades privadas).

Para comprender cabalmente lo anterior, debemos considerar que no siempre es necesaria la institución de la propiedad para explicar las realidades humanas donde hay contacto con los bienes. Debemos razonar jurídicamente para conocer el contenido de la potestad posible del Estado mirando la realidad (y así comprobar la razonabilidad de los textos legales [o, aún constitucionales] vigentes): en este caso resulta evidente que *no es sobre las minas o menas* (como bienes que se desea apropiar) *que el Estado tiene potestad de regulación, sino más bien sobre la actividad que es posible desarrollar en torno a tales bienes*; esto es, la actividad minera. La institución de la propiedad (no obstante su rico contenido ante el derecho civil) no tiene aquí –en el derecho de minería– ninguna operatividad para definir vínculos con la riqueza minera en bloque, *in rerum natura*, con las menas²². Sencillamente, ante el derecho minero, desde la perspectiva dogmática (esto es, desde la ciencia del derecho) y a pesar de toda la tradición legislativa histórica y de los propios términos de la *lex* vigente, y de la coloquialidad común, más o menos especializada, más o menos periodística, ninguna de sus instituciones centrales se conecta con la propiedad. Y como veremos, ello no implicará más o menos seguridad, certeza o justicia en las instituciones que contiene el derecho vigente. Esto es, la segregación dogmática de la “propiedad” del derecho de minería es un intento de precisión conceptual. Y solo dice relación con las titularidades o vínculos “internos” del derecho de minería. Distinta es la situación garantística, derivada del art. 19 n° 24 inc. 9° CP, según el cual sobre el “derecho (concesión) minero” se tiene, a su vez, propiedad; es un aspecto distinto, “externo” (de la protección constitucional).

Afirmar que “sobre las minas no hay, pues libertad de adquisición para otro que no sea el Estado”²⁴ no es sino la utilización del vocabulario del derecho privado a un fenómeno público, de lo que se deriva, en seguida, una incoherencia en nuestro esquema dogmático, pues respecto de las minas, o de la riqueza mineral, no existe una “adquisición” por parte del Estado, sino que una *publicatio*: esto es, una declaración en virtud de la cual las minas son sustraídas precisamente de toda posibilidad de adquisición como tales, quedando sujetas a un estatuto de aprovechamiento por los particulares (o por el Estado/fisco, que debe actuar como un particular más, para estos efectos), por la vía de los derechos que estos pueden obtener en virtud de los actos concesionales. La perspecti-

²² En este sentido debe entenderse mi enfática afirmación en VERGARA (1992a) p. 247 nota 499.

²³ GUZMÁN (2001) p. 274.

va privatística con que se desea observar una realidad publicística origina incoherencias; es que no es posible explicarse la fenomenología jurídica de lo público a través del instrumental técnico o teórico del derecho privado.

3. *El zigzaguo histórico de unas tesis extremas.* No parece real la existencia de una "propiedad estatal" de la riqueza minera; tan irreal como una "propiedad minera" del descubridor o concesionario, como lo sustentan, respectivamente, las tesis "patrimonialista" y del "dominio eminente".

En cuanto al pretendido vínculo "patrimonial" del Estado sobre las minas, gran parte de los analistas que sostienen esta teoría repiten el texto constitucional, como intentando convencerse, por repetición, simplemente, sin analizar de fondo el tema. ¿El Estado puede en realidad ser un "propietario"? Para eso hay que reconducirse a los orígenes del actual texto constitucional para comprender por qué esta cuestión quedó plasmada en la Constitución Política.

i) La "propiedad estatal" de las minas es artificial; se la ha catalogado incluso de "figura literaria casi metafórica". Cabe calificarla de una necesidad política momentánea para evitar que los particulares se apropiaran, como propios, como propiedad, de los yacimientos mineros.

ii) En cuanto al vínculo "patrimonial/propietario" de los particulares sobre las minas, una vez descubiertas, que propugna la tesis del "dominio eminente".

Para rebatirla existe un excelente ejemplo histórico: la "*Nacionalización del Cobre*" de 1971. En Chile se sustentó durante muchos años esta tesis absolutamente irreal de que el dominio estatal era "eminente".

a) *Del dominio "eminente" al "estatal"*. Durante la época de la Nacionalización (1971) se debió evitar la aplicación de la figura del "dominio eminente" a las minas, pues dado que tal tesis postulaba que una vez "descubierto" o denunciado un yacimiento, era "propiedad" particular, hubiésemos tenido que pagar como país a las empresas concesionarias extranjeras unas indemnizaciones inmensas.

Durante el Estudio de la actual Constitución, también, se intentó introducir esta fórmula, lo que fue propuesto por la comisión Ortúzar en su anteproyecto constitucional; pero ello fue modificado por la Junta de Gobierno en el texto plebiscitado (1980), principalmente por el equipo de militares, que consideró que eso atentaba contra aspectos centrales de la seguridad nacional.

En realidad, la tesis del dominio eminente, que fue sustentada por toda la doctrina nacional, sin excepción, hasta el año 1966 (*vid. supra*), era tan excesiva que de haberse aplicado no se habría podido llevar adelante la Nacionalización en 1971. O sea, en esa tesis del dominio eminente (tan irreal y extrema como la del dominio patrimonial del Estado), si bien se seguía utilizando la palabra "dominio" a favor del Estado, lo que se pretendía era entregarle en dominio a los particulares estos yacimientos. La Nación, a través del Parlamento, reaccionó manifestando lo excesivo de esa tesis y proclamó otro

exceso: el dominio “estatal” sobre los yacimientos mineros; como hemos dicho *supra*: ¡los extremos se tocan!

b) *Dominio minero y “engaño” a la conciencia popular*. Ahora bien, esta situación, al mismo tiempo, descubrió un “engaño” a la conciencia popular, a la conciencia nacional. El problema del “engaño”, proveniente de los sectores jurisdiccional, legislativo y académico que propiciaban una u otra teoría, que se produjo en Chile desde fines del siglo XIX y hasta la Ley de Nacionalización del Cobre (1971), radicó en lo siguiente: a pesar de que en textos vigentes (art. 591 del Código de Civil, y sendos artículos 1° de los Códigos de Minería de 1888 y 1932) se establecía que el Estado era dueño de las minas, al mismo tiempo, y en virtud de otras disposiciones legales contemporáneas, se estableció “propiedad minera” del particular concesionario, registros idénticos a los inmobiliarios, denominados de “propiedad minera”. Así, en la opinión jurídica experta, y a partir de ahí traspasada a la conciencia popular, todo empezó a cambiar, y todos comenzaron a hablar y a escribir desde el siglo pasado y hasta ahora de una “propiedad minera” de los particulares. Todos se sintieron “propietarios mineros”, y todas las empresas abrieron departamentos de “propiedad minera”, paralelo a que los Conservadores de Minas tenían y tienen registros de “propiedad minera”.

Con lo anterior, quiero graficar cómo quienes profesamos una ciencia jurídica, para qué decir la voz del Parlamento o de los jueces, traspasamos a la conciencia popular la sabiduría jurídica, la divulgamos: en este caso, se les dijo a los mineros, a todos los chilenos, durante un siglo, que ellos eran o podían ser “propietarios mineros”, y ellos se sintieron “propietarios mineros”. Pero el 16 de julio del año 1971 se dictó la Ley n° 17.450, de Nacionalización del Cobre, aprobada por la unanimidad del Parlamento Pleno, y todo cambió: ¡esos “propietarios mineros”, por una magia jurídico-legal dejaron de serlo, y ahora pasaban a ser meros “concesionarios mineros”! En una alegoría podemos decir que los mineros se durmieron la noche anterior a la publicación de esa ley con la conciencia de que eran “propietarios mineros”, pero al otro día ellos despertaron constitucionalmente declarados como meros “concesionarios mineros”.

¿“Traición” a la conciencia popular? Esta es una lección histórica. De ahí que debemos aquilatar la responsabilidad que tenemos los juristas al producir y divulgar conceptos jurídicos, ya que nosotros diseminamos estos conceptos jurídicos a la sociedad y la sociedad los toma y los cree. ¿Cómo no, si provienen de los supuestos “expertos”?

4. *La disolución de los vínculos propietarios estatales: la depuración del fumus regaliano*. ¿Es realmente el Estado “propietario” de las minas como lo dice el desnudo texto normativo chileno?²⁵ Por cierto no obtenemos ningún resultado dogmáticamente útil si simplemente decimos que es una posición *sui generis*; cláusula esta más bien utilizada por la doctrina para esquivar el pronunciamiento; es como decir: “¡es algo raro, pero no sé explicarlo!”

²⁴ Vid. arts. 19 n° 24 inc. 6°CP y 2 CM.

En efecto, si observamos la realidad con detención, ese acto normativo primordialmente desea impedir la *appropriatio* directa de la riqueza minera de parte de los privados, de los particulares.

Este lenguaje normativo está dirigido a manifestar el deseo regulatorio del Estado regulador de impedir que las minas sean consideradas parte del comercio humano; y de colocarlas en la posición de *res extra commercium*, lo que no es sino el resultado de la operatividad normal de la institución denominada *publicatio* o publicación. Observando profundamente la realidad podemos descubrir que lo que ha operado sobre el sector minero (a pesar del lenguaje artificial de la norma constitucional de intentar hacer "dueño" a quien no puede serlo) es la *publicatio*: la exclusión de la riqueza minera, como cosas o como bienes (y en seguida, de la minería como actividad) de la esfera del derecho de las cosas privadas: del derecho civil. Eso es todo; y a eso se le ha llamado con mucha artificialidad "propiedad" estatal. Una mirada a la realidad nos abre los ojos de inmediato: la acción del Estado regulador no puede estar dirigida a ser propietario, aunque ciegamente los observadores jurídicos se confundan y nos hayan confundido durante tantos años. Intentaré justificar esta crítica en apariencia tan aguda; pero en verdad simple.

Si bien históricamente el vínculo del Estado con las minas ha sido siempre muy cercano, incluso dogmáticamente, casi equiparable en su cercanía a esta figura actual del "dominio" público (con otros nombres: regalía), hoy su condición jurídica es diferente, sobre todo por haber variado fundamentalmente la entidad (el Estado) a quien las normas le arrojan un "dominio" de las minas. El Estado, como tal, más que ser titular de derechos, y por lo tanto de "propiedades" o "dominios", es titular de potestades; es el particular el que puede ser titular de derechos y propiedades, y es él que buscará, frente a las potestades estatales, espacios para sus libertades y titularidades, cuando quiera procurarse el goce de los bienes, estén o no sustraídos a su apropiación directa (los bienes del dominio público, recuérdese, son de aquellos que están sustraídos de la apropiación, como tales, por los particulares).

La confusión entre el *dominium* y la *potestas* respecto de los vínculos estatales es tradicional. No obstante, debe recordarse que el derecho público agrupa todas sus instituciones en torno a dos conceptos que son a la vez antagónicos y complementarios: la potestad estatal y la garantía del particular, dentro de la cual se engloba la libertad y la titularidad. Esta vía de las potestades pareciera ser la más correcta para comprender el vínculo del Estado con las minas (esto es, el llamado "dominio" público minero).

La relación que hoy es posible propugnar entre el Estado y los bienes relativos a actividades publicadas (llamada relación de "dominio" público), debe ser sometida a análisis, aunque la doctrina, y la legislación incluso, patrimonialicen la relación (y usualmente se refieran a "propiedad" o "dominio" del Estado). En primer lugar, el papel que hoy, en el contexto de la regulación normativa, le corresponde al Estado es distinto a su papel en el s. XIX, en que fueron recepcionados estos conceptos patrimonialistas, lo que hizo crisis en Chile a partir de la década del 70. En segundo lugar, hay que distinguir ciertas categorías de bienes, entre los que se encuentran las minas, en que su vinculación jurídica con el Estado no es, ni podría ser, como el estatuto de los propietarios que

regula el derecho civil. Debe recordarse que el Estado es un ente finalístico que usa de ciertas potestades frente a los bienes, con el fin de publicar toda la actividad privada que se origina en su derredor; aplicando para ello un título de intervención que llamamos –por insuficiencia dogmática– “dominio”, aunque de “dominio” o “propiedad” (en el sentido civil) no tenga ninguna cualidad.

Lo que en realidad se busca en la regulación constitucional, interpretada en su contexto, al declarar a las minas como de su “dominio”, es que la riqueza minera cumpla con la finalidad pública que justifica su publicación, y que el Estado/regulador (legislador) la excluya de la apropiación privada directa por los medios regulares del derecho civil (ocupación más un plazo, lo que posibilita la prescripción adquisitiva); tales finalidades, se logran precisamente a través del otorgamiento de derechos a favor de los particulares, por la vía concesional. Léase atentamente el art. 19 n° 24 incs. 6° y 7° CP, y en medio de su terminología de derecho privado (“dominio”; que no resulta natural y por ende incorrecta para describir realidades publicísticas, relativas a las funciones del Estado) se podrá comprender (en clave de derecho público) esta realidad evidente: lo que opera no es una “patrimonialización” estatal de las minas a favor del Estado; lo que opera en verdad es la publicación (esto es, exclusión de la esfera de aplicación de las instituciones del derecho privado o civil a su respecto) de la actividad minera: la *publicatio* minera²⁵.

Es por lo anterior que nos parece necesaria la revisión jurídica de la supuesta “propiedad” estatal de las minas (para unos “eminente”, para otros “radical”). Es irreal que en las fuentes vigentes se diga que el vínculo que el Estado tiene sobre las minas es “propiedad”, porque la propiedad según el artículo 582 del Código Civil es otra; entonces, a lo menos, esta “propiedad” del Estado es una propiedad tan rara y con tantas especialidades que al final no es propiedad y, por ello, hay que apellidarla, “suigenerizarla”, especializarla, y a partir de ahí es que nos damos cuenta que ya no hay conceptualmente “propiedad”. ¿Qué es entonces jurídicamente el vínculo Estado-minas? Es nuestro actual desafío dogmático en la materia, y al que aportamos con las líneas que siguen.

B. PUBLICATIO MINERA Y FUNCIONES ESTATALES

1. *Las minas y las “funciones” del Estado*. No se sustentan ni la teoría del “dominio eminente” ni la teoría “patrimonialista”, pues si se observa bien la realidad de las cosas, la explicación jurídica del “vínculo” del Estado con las minas (sin perjuicio del curioso lenguaje del derecho vigente) la encontraremos solo si analizamos adecuadamente las actuales funciones o potestades estatales. La teoría que propugnamos para explicar el papel del Estado respecto de las minas, a partir de una teorización que podemos denominar “funcionalista”, se aleja del concepto civilístico de “propiedad”, y se deriva de la

²⁵ Este mismo fenómeno de disolución de las viejas estructuras reglianas, preservadas durante la vigencia del “Estado del Bienestar”, hoy inexistentes o vaciadas de su contenido anterior, se ha producido en el ámbito del “servicio público”, del cual el Estado se sintió “propietario” o “titular”, hasta que la vigencia actual del principio de subsidiariedad alteró radicalmente sus funciones y papel. Véase nuestro VERGARA (2004b).

técnica jurídica denominada *publicatio* que ha operado en el sector: tal *publicatio* explica el papel del Estado en las minas.

Para obtener una respuesta coherente de lo que ha querido decir el derecho vigente al utilizar la expresión "dueño", es necesario preguntarse por las funciones o potestades que real y efectivamente, en relación a las minas, puede legítimamente llevar adelante el "Estado".

En efecto, frente a las concepciones anteriores que ven en el "vínculo" del Estado y las minas un "dominio eminente" o una forma de "propiedad", ya no privada sino estatal, y con el objeto de ofrecer una teorización atinente a nuestra realidad, previamente, vale la pena observar la cuestión desde el punto de vista de las "funciones" del Estado; es por eso que es posible llamar a esta teoría "funcionalista". A partir de ahí, podremos desprender algunas conclusiones sobre la realidad de la riqueza minera en Chile, y lo que significa jurídicamente su especial estatuto normativo.

Lo que las leyes llaman bienes públicos, antes que un conjunto de bienes, lo que representa es un soporte jurídico de potestades; un título jurídico de intervención que lo que permite es que el Estado/Administración esté en posición jurídica hábil para disciplinar las conductas de quienes utilicen los bienes calificados como "públicos", ordenándolos de acuerdo con las exigencias de los intereses generales.

En efecto, los "bienes públicos" (como las minas), por sus especiales características de uso y aprovechamiento se resisten a ser configurados en base al concepto de propiedad, que supone la plena disposición estatal sobre el objeto; estos bienes públicos son más bien unas cosas destinadas a un determinado fin, al alcance pleno de los particulares, quienes podrán usarlos en forma común o exclusiva, según los casos, bajo la administración y gestión de los poderes públicos.

La construcción dogmática de esta teoría funcionalista es lo que intento a continuación en relación con las minas.

2. *Los papeles estatales en la industria minera.* Existe hoy y antaño una *publicatio* previa y total de la riqueza minera; a partir de ello, ha operado la tradicional exigencia de una concesión previa para el acceso de los particulares a la explotación de los minerales; de la que surgen los derechos propiamente mineros. Este mismo esquema se ha mantenido en toda la historia del derecho minero, hasta nuestros días, sin solución de continuidad.

Las fuentes históricas confirman que la amplia y sostenida intervención que el Estado a través de su Administración (o su símil de antaño) han realizado en el sector minero es una realidad permanente. En Roma, la intervención en materia minera deviene intensa desde un primer momento, especialmente desde la vigencia de los regímenes mineros provinciales. Antes de tal época, esto es, en la etapa del derecho romano clásico, por la alta acentuación del contenido de la propiedad propugnado en aquella época, no cabe ni siquiera sospechar una intervención como la que hoy efectúa el Estado en tales materias. En la época medieval, desde sus inicios, con la infiltración de la idea de las minas como regalía, el vínculo adopta por vez primera un tinte "patrimonial"; característica que mantendrá el Estado chileno desde su nacimiento, y que solo en los últimos años del s. XX

tiende globalmente a adoptar un carácter distinto, a raíz de la crítica doctrinaria: de regulación normativa, no patrimonialista. Solo la publicación operada durante la época romana teodosiana tiene características similares a la que podríamos propugnar hoy, pues en ambos casos se visualiza más que una propiedad, una potestad regulatoria estatal.

La explicación sobre la intervención administrativa, en general, es una materia tradicionalmente reservada al derecho público; la que, por su naturaleza, no ha tenido infiltraciones privatísticas. Sin entrar en otras materias colaterales, y para explicar la intervención como un fenómeno jurídico, es posible comprobar *a priori*, que la *publicatio* dice relación con el trasvase al ámbito público de ciertas actividades, que quedan así fuera del ámbito privado; el Estado regula el aprovechamiento de los minerales por medio de una técnica denominada *publicatio* o publicación, que opera sobre todo el sector²⁶.

Desde el punto de vista del derecho administrativo, es la *publicatio* la técnica que utiliza el Estado para intervenir; es un título, un instrumento que se ha diseñado para realizar esta intervención. Es el título de las potestades administrativas que la Administración se arroga sobre determinados sectores, entre ellos, como se verá, el minero.

La explicación dogmática de la intervención de la Administración en el sector de la minería, como en otros, es la utilización normativa, legal, de la técnica jurídica de la *publicatio*; es la declaración previa y global de la publicación de todo el sector lo que constituye el título de todas las facultades que se arroga la Administración, originando así un estatuto jurídico especial. Lo que la doctrina ha venido llamando “dominio público” es en realidad una forma de *publicatio* y fuente de potestades regulatorias. Así, toda declaración normativa de unos bienes como integrantes del “dominio público” o aún como “propiedad estatal” (como es el caso de las minas en la libertad del derecho vigente chileno), es un instrumento de intervención, una forma de *publicatio*.

De este modo surgen teóricamente las minas como “bienes públicos” (terminología que es la más precisa) (antigua *iura regalia*): de la afectación a la *publicatio*, técnica y resultado. Pero cabe preguntarnos: ¿qué significa que las minas estén publicadas?

3. *La publicatio minera*. La intervención administrativa en materia minera está emparentada con los orígenes de la disciplina y, a partir de su actual consagración legal como bienes públicos es posible la explicación dogmática de varias instituciones del derecho minero:

- desde la misma *publicatio*, de la riqueza minera, que la transforma, cual vara mágica, en bienes públicos, que el Estado regula de un modo especial;
- la *publicatio* sujeta a los particulares que quieran aprovechar los minerales a seguir los procedimientos especiales que la ley consagra, llamados aquí procedimientos concesionales mineros, cuyo instrumento tradicional es la concesión minera; y es solo a partir de este acto de donde surgen a favor de los particulares derechos *ex novo*, para explorar o explotar minerales.

²⁶ Vid. del autor, VERGARA (1999, 2000b; 2000c, 2001). Estos trabajos desde el año 2000 marcan una renovación y aclaración de la postura que el autor había desarrollado en VERGARA (1992a).

- en virtud de esa *publicatio* la Administración controla, no solo en aras del interés público, del público, una utilización eficaz de esta riqueza, sino también en interés de las arcas fiscales, del erario: suele cobrar tributos.

Actualmente la intervención administrativa en materia minera se manifiesta, globalmente, a través de la *publicatio*, la que ha sido, desde el punto de vista histórico, largamente mantenida y continuamente acogida y acentuada por la legislación minera; y en virtud de la cual la riqueza minera, como tal, no puede ingresar directamente al tráfico jurídico-privado, por constituir una *res extra commercium*, siendo necesaria una previa concesión. Así se evita que operen los principios propios del derecho privado: esto es, la ocupación, la prescripción, como modos originarios de adquirir. A tal tráfico jurídico-privado, no obstante, en definitiva, podrán llegar los minerales y los títulos mineros por dos vías ulteriores: primero, una vez extraídos, ellos se convierten en un producto, en una mercancía más del tráfico jurídico-privado, pero ya no como riqueza pública; y, segundo, las titularidades mineras, los derechos mineros y como tales, como titularidades (las "concesiones mineras", en la terminología legal chilena), pueden ser libremente transferidos (contratos o asociaciones mineras); o, además, pueden tales derechos (en su calidad de reales, igualados a un "predio" en la terminología civilista), pueden obtener "accesorios", como son los derechos reales de servidumbre.

El sistema jurídico minero, entonces, opera así: el Estado/regulador le entrega al Estado/Administración la potestad de emitir el título que les permite a los particulares acceder a la explotación: la concesión minera. Y es a través de la concesión minera que nacen los derechos mineros; el Estado/Administración (formalmente representado en Chile por Tribunales ordinarios de Justicia) crea tales derechos *ex novo*, pues no existían antes, ni podían existir en un sector económico que, como consecuencia de la *publicatio*, había quedado excluido del tráfico jurídico privado.

Cabe hacer notar que toda esta exposición la he basado en la consideración clásica de referirse la *publicatio* a unos bienes (las minas) y no (como pareciera ser más natural) de referirse a una actividad (la industria económica minera). Esto último parece lo más adecuado, pero implica un replanteamiento dogmático más profundo, pues de partida sería necesario alterar incluso la terminología legal, que siempre está referida a los bienes (las minas) y no a la actividad (la minera).

4. *Publicatio versus apropiatio*. Sigamos observando la realidad y veremos que se conjugan, así, armoniosamente dos realidades jurídicas: *publicatio* y *appropriatio*²⁷:

a) por un lado, la *publicatio* es el resultado de la potestad del Estado/regulador (legislador) de excluir a las minas, como recurso natural, como relevante riqueza nacional, de la apropiación libre y espontánea por los particulares como cualquier bien o cosa no publicada [para lo cual, los textos declaran artificialmente a las minas como bien o

²⁷ Vid. VERGARA (2000a)

cosa del “dominio” estatal; como diciendo: no toquen lo que es mío]; y tiene como objetivo lograr el aprovechamiento de las minas. En el fondo, por esta vía lo que se declara publicado es la actividad (minera, en este caso), a partir de lo cual surgen al menos las siguientes dos potestades permanentes para el Estado/Administración: a través de la institución de la concesión minera se encarga de otorgar derechos mineros a favor de los particulares (función entregada actualmente a los Tribunales: vid. Art. 19 n° 24 inc. 7° CP.), o, a través de la intervención en aspectos técnicos y de seguridad minera cumple fines administrativos (función entregada a un servicio público especializado: el Servicio Nacional de geología y Minería); y,

b) por otro lado, la natural posibilidad del particular a aprovechar las minas, en el fondo, forma parte de su libertad, porque el Estado/fisco, en virtud del principio de la subsidiariedad, no podrá arrogarse el aprovechamiento de las minas, sino limitada y subsidiariamente; pues este recurso natural como riqueza, o patrimonio, más que del Estado, en último caso, es público, del público; en fin, del *populus*. Las minas, entonces, están más bien publicados para posibilitar el acceso a los particulares a su explotación (vid. art. 19 n° 23 CP).

c) En suma, el único vínculo naturalmente posible de toda la riqueza mineral situada en las entrañas del territorio de Chile con el Estado es la posibilidad de que este a través de su potestad regulatoria (normativa/legislativa) la someta a un régimen jurídico de acceso, sujeto al principio de subsidiariedad; y, a partir del lenguaje normativo descubrimos que las minas están sometidas a una condición especial de no poder ser apropiadas libre y espontáneamente por los particulares, y esa situación, esa realidad se explica a través de la institución jurídica denominada *publicatio*. Institución esta que podría ser considerada el contrario de *appropriatio* (de *ad* y *proprio*).

Appropriatio y *publicatio* nos permiten separar conceptualmente los bienes que, por un lado, son directamente apropiables por los particulares, como los que están dentro del comercio (regidos por el derecho civil o privado); de los que, por otro lado, no son directamente apropiables por los particulares, y están publicados (regidos por el derecho público).

Así, la actividad de los particulares que se realiza en torno de la riqueza mineral, surge legítimamente desde la *publicatio*; y la actividad que los particulares realizan en torno a los bienes privados (los bienes raíces y muebles en general, que están dentro del comercio humano), surge desde la *appropriatio*.

Esta situación jurídica, explicada a través de la institución de la *publicatio*, conforma el primer gran aspecto del núcleo dogmático de la disciplina del derecho minero. La *publicatio* es la clave jurídica, real, a partir de la cual podemos explicar el “vínculo” “dominical” del Estado con las minas que artificiosamente contiene la desnuda letra de la *lex* vigente (art. 19n°24inc.6 CP), y que acriticamente sigue la doctrina; y a través de tal institución podremos realizar toda una primera agrupación de problemas; en otras palabras, es la primera fase de la sistematización dogmática del derecho minero.

5. *Análisis dogmático de la publicatio minera.* Existe en nuestra actual realidad jurídica un sector de bienes que han sido publicados, esto es, el sector de la "*publicatio*"²⁸. El sector al que han quedado relegadas las demás cosas no susceptibles de ser apropiadas por los particulares es el que llamamos *publicatio*: es un sector jurídico en el que se sitúan las cosas y bienes publicados, que no son susceptibles de propiedad. Usualmente son recursos naturales y bienes abiertos al uso público, de especial significación social. La doctrina y las legislaciones a estos últimos bienes les llaman de diversos modos: dominio público, bienes públicos, o (como es el caso chileno desde el Código Civil de 1857), bienes nacionales de uso público²⁹. Pero, en todo caso, todos percibimos la existencia de esta dualidad de regímenes, en especial de estos bienes o cosas publicadas. A estos bienes publicados se le suele asignar características de la propiedad, previos algunos "retoques"; así, se dice, por ejemplo, que constituirían unas "propiedades especiales"; o se predica de tales cosas, para distinguirlas por oposición, de la propiedad, su (in)alienabilidad, su (in)embargabilidad, su (im)prescriptibilidad.

Esta bipolaridad está incorporada a nuestro derecho desde sus inicios del siglo XIX, pero hoy a partir de la Constitución de 1980 ha adquirido una nueva estructuración, en especial en cuanto a la regulación estatal y a las posibilidades de que tal ente pueda ostentar titularidades especiales. A ello se refiere el esquema que ofrezco a continuación.

a) *Reserva de bienes públicos y acceso al dominio de los bienes.* Estos dos ámbitos jurídicos que llamo *apropriatio* y *publicatio*, en cuanto a su contenido, deben ser establecidos por las leyes, de acuerdo a un mandato constitucional hoy existente. En palabras breves, veremos que de acuerdo al actual texto del art. 19 n° 23 CP, podemos decir que "todas las personas" tienen garantizado por la CP que el legislador no impedirá la adquisición de "toda clase" de bienes o cosas, salvo que, en casos calificados, hayan sido declaradas *res communis omnium* o *res publicae* (esto es, en este segundo caso, pertenezcan a la Nación toda). Así, se ha establecido por la CP una "reserva nacional" de cosas o bienes; una efectiva posibilidad de que el legislador (actuando con un quórum calificado) pueda reservar ciertas categorías de bienes (o, masas de bienes) a la "Nación toda", esto es, establecer bienes públicos. Al mismo tiempo, se ha dejado en esa misma condición de reserva o inapropiabilidad privada, a los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres.

Cabe identificar claramente el ámbito de esa garantía, que surge de la explicación de esta *summa divisio* establecida en la CP.

²⁸ Sobre la *publicatio* y la *summa divisio* de bienes en general, vid. VERGARA (2000c), de donde baso este desarrollo. Un mayor análisis de la teoría del "dominio público" en general no parece procedente incluirla en un artículo dedicado al derecho de minería; no obstante su indudable aplicación al vínculo del Estado con las minas, como una clase más de "dominio público" (más correctamente: "bien público"). El desarrollo ofrecido me parece suficiente para comprender la aplicación de la teoría al rubro minero. Para saber más sobre tal teoría, véase VERGARA (1992a) pp. 177-207, del mismo modo nuestro: VERGARA (1990); en tales sitios puede consultarse una amplia bibliografía. Véase, además, el excelente trabajo de MORILLO-VELARDE (1992), en donde existe un completo desarrollo de la teoría, y de su actual debate en España. Ahora, en Chile, puede consultarse: MONTT (2002).

²⁹ Antes, el art. 118 de la ley de municipalidades de 1854 les llamó "*bienes de uso común de los habitantes*".

b) *La summa divisio de bienes públicos y privados*. Esta *summa divisio* está incorporada en una disposición constitucional que limita el régimen legal a que pueden ser sometidas las cosas o los bienes (es la novedosa disposición del art. 19 n° 23 CP de 1980), que reconfigura el ordenamiento jurídico chileno a este respecto.

A partir de los términos del art. 19 n° 23 CP se precisa una antigua clasificación, describiendo ahora el texto constitucional las posibilidades de acceso de los particulares al dominio de los bienes y, de paso, dejando claramente eliminadas las posibilidades de que el Estado pueda llegar a ostentar un papel de titular de los bienes no privados. Así, según veremos (dejando de lado los bienes comunes a todos los hombres) las cosas: o son públicas (nunca estatales, a raíz de la clara contraposición Estado/Nación que articula la CP en esta materia) o son privadas.

A la dualidad público/privado (*publicatio/apropriatio*), que hemos reseñado antes (y que es la que tiene una real operatividad práctica), la CP ha antepuesto las *res communis omnium*; por lo que la *summa divisio* de las cosas que resulta de la CP es la siguiente: los bienes comunes a todos los hombres, los públicos y, en fin, los privados. Desarrollaré algunas ideas básicas sobre el estatuto jurídico que resulta de la CP solo en relación a los bienes públicos, única en verdad en que podemos situar a las minas³⁰.

c) *Los bienes públicos o nacionales*. En una situación claramente definida han quedado los bienes públicos o nacionales de uso público (como los identifica el art. 589 CC) o “que deban pertenecer a la Nación toda” (en los términos del 19 n° 23 CP), concepto este cercano a “pueblo”, en quien reside la soberanía (art. 5° inc. 1° CP), y que por eso mismo los aleja de cualquier titularidad estatal. Por lo tanto, estos bienes que deban pertenecer a la “Nación toda” no corresponden ni pertenecen al Estado, ni a alguno de sus órganos. Debe recordarse que el Estado es un concepto al que la propia CP le da expresamente un contenido diferente a “Nación” (vid. arts. 6° y 7° CP); aclaración esta que podrá parecer trivial desde el punto de vista de la ciencia política, en que estos conceptos son claramente distinguibles, pero que en el habla común suele confundirse o teñirse de confusiones, lo que hacen al tema algo ambiguo; así, se suele decir que existirían bienes “nacionales del Estado”, como si decir que un bien “es” de la Nación fuese lo mismo que decir que un bien “es” del Estado.

Son bienes públicos los que la legislación denomina “*bienes nacionales de uso público*”, como las “*calles, plazas, puentes y caminos*”, según los ejemplos que da el artículo 589 inciso 2° del Código Civil; o las aguas (artículo 6° CAg.); o los álveos o lechos de ríos o lagos (artículo 30 CAg.), el mar adyacente (art. 593 CC), entre otros. La propia CP menciona algunos ejemplos de esta clase de bienes, reconociendo su existencia y aspectos de su régimen; así, al referirse el art. 19 n° 13 i. 2° CP a las “*plazas, calles, y demás lugares de uso público*”.

Algunos rasgos del régimen de estos bienes emanan de varias menciones de la propia CP:

³⁰ Vid. el desarrollo de las tres categorías en: VERGARA (2000a).

i) Por ejemplo el art. 19 n° 13 inc. 2° CP al referirse a "*plazas, calles y demás lugares de uso público*" está remarcando no solo su condición de bienes abiertos al "uso público", sino, además, al mismo tiempo, que este uso "público" implica falta de apropiación, de dominio.

ii) De acuerdo al art. 19 n° 23 inc. 1° CP los bienes que deban pertenecer a la Nación toda (en los casos en que "la ley lo declare así": esto es, quede afecta toda una clase o categoría de bienes a tal *publicatio*) no pueden ser adquiridos en dominio por las personas (naturales o jurídicas, de derecho privado o Público); ley esta que debe ser de quórum calificado (inc. 2°), y solo respecto de "algunos" bienes, pues la regla general para "toda clase de bienes" es la libertad de adquirir, como fluye de esta disposición constitucional. Por lo tanto, este de los bienes nacionales o públicos es un régimen de "excepción", para "algunos bienes", como dice la propia CP, y la regla general es la libertad para adquirir "toda clase de bienes"³¹.

Y esta inapropiabilidad o impedimento general para adquirir rige no solo para todo tipo de personas, naturales o jurídicas (particulares) y otras personas de derecho público (como el Estado/fisco, los Gobiernos regionales y las municipalidades, que actúan en materia de bienes igual que los "particulares"), sino que también para el propio Estado, en ese sentido genérico que los anteriores textos constitucionales lo han entendido. Por lo que, a partir de la vigencia de la CP de 1980, el Estado (sin más, como aparece en el art. 19 n° 24 inc. 6° CP en el caso de las minas) no es una "entidad" habilitada para ser titular, en bloque, de bienes o categorías de bienes de alto interés social; solo la "Nación toda" podrá serlo.

iii) La inenajenabilidad, o inalienabilidad, de los bienes públicos surge del propio hecho de que no hay libertad para adquirirlos (19 n° 23 CP), por lo que las disposiciones civiles no podrían, por ejemplo, amparar su legado, venta o prescripción (como de hecho ocurre: vid. arts. 1.105, 1.464 n° 1 y 2.498 inc. 1° CC, respectivamente), ni tampoco en virtud de las leyes podría disponerse su "enajenación", palabra esta última desajustada para este tipo de bienes en que no opera el comercio jurídico-privado, al que se aplica tal concepto. En materia de bienes públicos, no cabe hablar de enajenación, pues es un supuesto imposible, dado que para que la enajenación operara previamente los bienes tendrían que ser desafectados, acto este último por el cual comienzan a ser apropiables. La desafectación es, en los hechos, un traslado de bienes específicos desde la *publicatio* a la *appropriatio*³².

³¹ Por lo tanto, cada vez que las leyes deseen declarar como nacionales de uso público o públicos toda una clase, toda una categoría de bienes, tendrán que hacerlo mediante una ley de quórum calificado. Al mismo tiempo, se entiende que cumplen ese requisito aquellas leyes anteriores a la CP que declararon publicadas algunas categorías de bienes, en virtud a lo señalado por la Disposición 5ª. transitoria CP. Es el caso del Código de Aguas, que declara "bienes nacionales de uso público" a todas las aguas, en bloque, el que debió aprobarse con tal quórum en su momento (pero que no se hizo; fue peor: ¡se hizo a través de un Decreto con Fuerza de Ley!); vid. el DFL N° 1.122, de 1981, que "fija texto del Código de Aguas" (*Diario Oficial* de 29 de octubre de 1981).

³² Por eso el art. 60 n° 10 CP al referirse a la enajenación de los bienes fiscales y municipales no cubre los bienes públicos, pues no son susceptibles de tal figura jurídico-privada; los bienes públicos solo son susceptibles de uso público o de concesión para su aprovechamiento; nunca de enajenación.

d) *El caso singular de las minas*. Y, en este caso, la única excepción válida es la contenida en la propia CP (lo que prueba la regla), en el caso de las minas. En efecto el art. 19 n° 23 inc. 1° *in fine*, anuncia que esta regla de la inadquiribilidad puede tener excepciones, pero en la propia CP, al señalar que “[l]o anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución”; en otras palabras, en el propio texto de la CP se “reconoce” que existe una clase de bienes que si bien en estricto rigor, siguiendo la sistemática global de la CP, debieron haber sido considerados “pertenecer a la Nación toda”, la propia CP quiebra esta clasificación, y declara a las minas como de “dominio” del Estado: art. 19 n° 24 inc. 6° CP. ¿Por qué lo hizo así, quebrando la lógica de la clasificación, que impide al “Estado” ser titular de bienes que han de ser de la Nación toda?

Podemos responder (solo después de recalcar que las minas son unos bienes que por lógica o racionalidad sistemática de la CP “deben pertenecer a la Nación toda”) que ello se debe a razones de arrastre histórico³³, y como mera cuestión semántica (para aquietar una pugna patrimonialista/estratégico-militar contra el dominio eminente/liberal³⁴), las minas quedaron entregadas en el texto de la Constitución al “dominio” del Estado, lo que es del todo raro y excepcional en el esquema de la CP. La prueba más rotunda de lo que decimos es que la propia CP somete a las minas a un régimen idéntico a un bien nacional o público, y los particulares podrán tener acceso a su exploración o explotación por la vía concesional, con amplia libertad, muy similar a otros esquemas concesionales, como el de las aguas.

En suma, esta declaración de las minas como del “dominio” del Estado (del artículo 19 n° 24 inciso 6° CP) es una situación excepcional al art. 19 n° 23, como lo anuncia el inc. 1° *in fine* de esta misma disposición³⁵.

Pero en verdad, el artículo 19 n° 24 incisos 6° a 10 (que establece un sistema concesional que asegura el libre acceso a las titularidades mineras), establece una hipótesis que en los hechos es idéntica a los bienes públicos, según demostramos *supra*; lo cual implica, entonces, que respecto de las minas en realidad no hay un verdadero “dominio” estatal ni de nadie, a pesar de ese texto constitucional, sino que lo que se ha querido decir, mediante el uso abusivo y equívoco de esta palabra “dominio”, es que existe una potestad regulatoria y enseguida administrativa respecto de la extracción de los minerales. Desde la perspectiva metodológica, este es un típico caso en que el dato meramente normativo, analizado dogmáticamente, no muestra un primer resultado coherente; sino que tal resultado coherente se logra a través de la aplicación de un análisis más complejo: de los hechos jurídicos, e interpretando el sistema jurídico en su conjunto, en

³³ Es el lastre de las regalías medievales y modernas, y su posterior configuración en “propiedad”, como fruto de la Revolución Francesa; esta “propiedad” a su vez introdujo una visión “patrimonialista” sobre las funciones estatales de frente a los bienes de interés social. Vid. VERGARA (1992a): así nace la idea de que las cosas públicas deben ser de alguien; lo que en definitiva tendió a originar titularidades estatales, predicándose nacionales. Este fenómeno se extendió en Hispanoamérica, desde comienzos del siglo XIX, hasta hoy. Vid., en cuanto a las minas, VERGARA (2000b); VERGARA (2001c).

³⁴ Vid. VERGARA (1992a).

³⁵ El artículo 19 n° 23 inciso 1° CP establece la dicotomía bienes públicos/privados, excluyendo así las reservas estatales; pero la CP precisa que “[l]o anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución”, referencia inconfundible al caso de las minas.

búsqueda de una unidad y coherencia que no es posible percibir por un solo salto de la vista a una partícula aislada del derecho legal: como es el caso de la mirada aislada a ese solo texto que dice "dominio", donde con mayor iluminación podremos descubrir que la relación jurídica "estatal" con la riqueza minera *in rerum natura* de "dominio" no tiene nada, salvo el uso abusivo del concepto.

CONCLUSIONES

1º. Lo esencial y principio básico de todo el Derecho Minero es la eliminación del poder de disposición de los propietarios del suelo sobre determinadas sustancias minerales, y de ahí se han derivado los dos sistemas que básicamente han existido en el derecho histórico y comparado:

(i) *de regalía*, en que lo excluido de la propiedad privada se lo apropia como titular el Estado (existencia de propiedad estatal); y

(ii) *de libertad minera*, en que si bien hay exclusión de la propiedad privada, no hay apropiación estatal.

2º. La evolución de (i) a (ii) es evidente en Chile, en que formalmente, como cáscara literal, pareciera que rige el sistema de regalía (vid. art. 19 n° 24 CP: "*el Estado es dueño de las minas*"), pero que en realidad implica solo la existencia de una prohibición general previa a explotar, bajo la reserva de obtener una "concesión judicial", que también solo formalmente es un título discrecional (como pareciera ser toda acción de "conceder"), sino que en realidad es una autorización, con una discrecionalidad reducidísima, y en defensa del principio de prioridad y de juridicidad, los solicitantes tienen un real y efectivo derecho subjetivo a ser titulares de la habilitación para explorar o explotar.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALVAREZ-CAPEROCHEPI, José (1983): *La propiedad en la formación del Derecho Administrativo (Ensayo sobre la concepción liberal de la propiedad privada como origen y fundamento del Derecho Público)*, (Pamplona, ed. Priv.) 277p.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier (2000): "Notas históricas sobre la noción de dominio eminente", *Ius publicum*, n° 4 (Santiago) pp. 41-53.
- BRUNA VARGAS, Augusto (1971): *Evolución histórica del dominio del Estado en materia minera* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 75 pp.
- CARRO, José Luis (1981): "Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional" *Revista Española de Derecho Administrativo*, p. 287-307.
- CURIS, Giovanni (1983): voz "dominio eminente", *Nuovo Digesto Italiano* (Turín, Utet) Tomo 5.
- D'ORS, Alvaro (1979): "Sobre el no estatismo de Roma", en *Ensayos de teoría política* (Pamplona, Eunsa) 306 p.
- D'ORS, Alvaro (1987): *Una introducción al estudio del derecho* (Madrid, Rialp) 176 pp.

- FIGLIORE, Pasquale (1894): *Tratado de Derecho Internacional Público* (trad. cast., T. I, Madrid, Centro Editorial de Góngora).
- GÓMEZ NÚÑEZ, Sergio (1990): "Principios generales que informan la legislación minera", *Revista de Derecho de Minas y Aguas*, vol. I: pp. 5-58.
- GÓMEZ NÚÑEZ, Sergio (1979): "El anteproyecto de reforma constitucional y sus efectos en materia minera", *Revista de Derecho Económico*, N° 46-47: pp. 93-120.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (1987): *Derecho Administrativo Español* (Pamplona, Eunsa), Tomo I.
- GROCIO, *De iure belli ac pacis*.
- GROS, Manuel (1992) : "L'affectation, critère central de la domanialité publique", *Revue de Droit Public* (París) N° 3: pp. 749-784.
- GROSSI, Paolo (1986): *Historia del derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea* (Barcelona, Editorial Ariel) 188 p.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2001): *El derecho privado constitucional de Chile* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso [de la Universidad Católica de Valparaíso]) 302 pp.
- JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo (1961): *Curso de Derecho Internacional Público* (Montevideo, Centro de Estudiantes de Derecho), Tomo 2.
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2002): *El dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización* (Santiago, Cono Sur-Lexis Nexis) 421 pp.
- MOR, Carlo Guido (1960): voz "dominio eminente", *Novissimo Digesto Italiano* (Turín, Utet) Tomo 6.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio (1992): *Dominio Público* (Madrid, Editorial Trivium) 156 pp.
- NICOLINI, Ugo (1952): *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia* (Milán, Giuffrè Editore) 302 pp.
- PLAZA, Eduardo (1954): "Introducción al derecho Internacional de Andrés Bello", en: Bello, *Obras Completas* Caracas, 10, p. CXX
- PRECHT PIZARRO, Jorge (1989): "Crítica de las interpretaciones de la Constitución de 1980 en lo referente al dominio del Estado sobre las minas y la concesión minera", *Gaceta Jurídica*, diciembre: pp. 1-28.
- ___ (1983): "Dominio del Estado sobre las minas y concesión minera", *Gaceta Jurídica* n° 41: pp. 9-15.
- ___ (1983): "Naturaleza jurídica del dominio del Estado sobre las minas y de la concesión minera en la Constitución de 1980", *Revista Chilena de Derecho* vol. 10: pp. 727-779.
- RUIZ BOURGEOIS, Julio y DÍAZ MIERES, Luis (1940): *Orígenes y Jurisprudencia del Código de Minería de 1932* (Santiago) 248 pp.
- RUIZ BOURGEOIS, Julio (1942): "La transformación del derecho minero en relación con las modernas tendencias político-económicas", en: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (dir.), *Las actuales orientaciones del Derecho* (Santiago, Editorial Nascimento) pp. 175-195.
- ___ (1962): "Reflexiones sobre la propiedad minera", *Revista de Derecho* (Concepción)

- XXX n° 119: pp. 3-30 [también publicado en España: (1956), *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, n° 12: pp. 333-353].
- RUIZ BOURGEOIS, Carlos (1990): (según apuntes tomados por Hipólito Zañartu Rossetot) "Fundamentos constitucionales de Derecho de Minería", *Revista de Derecho de Minas y Aguas*, vol. I, pp. 75-83.
- SAMPER, Alberto (1911): voz "dominio eminente", *Enciclopedia Jurídica Española* (Barcelona, Francisco Seix Editor) Tomo 12, 974 pp.
- SANDULLI, Aldo M. (1964): voz "dominio eminente", *Enciclopedia del Diritto* (Milán, Giuffré Editore) Tomo 13.
- SILVA, Juan Enrique, (1984): "Dos aspectos polémicos de la nueva legislación minera", *Revista de Derecho Económico* N° 66-67: pp. 85-122.
- STERN, Samuel (1972): "The judicial and administrative procedures involved in the chilean cooper expropriations", *American Journal of International Law*, N° 66: p. 205-213.
- URIBE ARCE, Armando (1966): "Dominio Minero", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LXIII N° I: pp. 11-50.
- URIBE HERRERA, Armando (1966): *Reforma de la legislación minera chilena* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 125 pp.
- URIBE HERRERA, Eduardo (1981): "La minería, el Código y sus leyes", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LXXXVIII: pp. 49-54.
- VV. AA. (1972): *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno* (Santiago, Editorial Andrés Bello) vol. I: 756 pp., cuyo vol. II lamentablemente nunca vio la luz, por alguna razón desconocida.
- VERA, Robustiano (1897): "Propiedad Minera. Sistemas en que se basa i cual de ellos ha seguido la legislación chilena en su comienzo i al presente", *IV Congreso Científico General Chileno*, celebrado en la ciudad de Talca, en los días 17, 18, 19, 20 y 21 de abril de 1897 (Santiago, Imprenta, Encuadernación Barcelona): pp. 447-457.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1988): "El dominio eminente y su aplicación en materia de minas", *Revista Chilena de Derecho*, vol. XV: pp. 87-110.
- ___ (1989a): "Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras" *Revista Chilena de Derecho* vol. 16, n° 1: pp. 777-796.
- ___ (1989b): "Sobre Grocio, aquel gran inventor de conceptos jurídicos, y las aporías del dominio eminente", *Revista de Estudios Políticos* (Madrid) n° 64: pp. 337-346.
- ___ (1990): "Teoría del dominio público y afectación minera", *Revista Chilena de Derecho* vol. 17, n° 1: pp. 135-159; en tal sitio puede consultarse una amplia bibliografía. Publicado en España como: (1989): "La teoría del dominio público: el estado de la cuestión" *Revista de Derecho Público* (Madrid) n° 114: pp. 27-58.
- ___ (1992a): *Principios y sistema del derecho minero. Estudio histórico-dogmático* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 433 pp.
- ___ (1992b): "Antecedentes sobre la historia fidedigna de las leyes mineras (1966-1983)", *Revista de Derecho de Minas y Aguas* vol. III: pp. 197-200.
- ___ (1996): "Presupuestos histórico-dogmáticos del estudio del derecho minero vigente", *Revista de Derecho de Minas* vol. VII: pp. 113-152.

- ___ (1999): recensión (a Julio Vildósola, *El dominio minero*, 1999), *Revista de Derecho Administrativo Económico*, II, n° 2: pp. 561 a 562
- ___ (2000a): “La summa divisio de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980”, en: *20 años de la Constitución Política, 1980-2000* (Santiago, Editorial Cono-Sur-Universidad Finis Terrae) pp. 369-389 [y ahora en: (2004): *Ius Publicum*, n°12: pp. 105-126.].
- ___ (2000b): “La *publicatio* minera: estructura básica del derecho minero”, en: [*Actas*] *III Jornadas de Derecho de Minería* serie seminarios n° 13: pp. 21-38.
- ___ (2000c): Recensión a: Vildósola Fuenzalida, Julio (1999): *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe* (Caracas, Editorial Latina): 429 pp., en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. V n° 2: pp. 558-562.
- ___ (2001): “Sobre la irreal “propiedad minera””, [*Actas*] *III Jornadas de Derecho de Minería* serie seminarios n° 13: pp. 213-216.
- ___ (2003): Recensión a: Montt Oyarzún, Santiago (2002): *El dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización* (Santiago, ConoSur-Lexis Nexis) 421 pp., *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30: pp. 413-415.
- ___ (2004a): “Público y privado ante la dogmática y la teoría del derecho. En especial, las disciplinas de bienes públicos, minas y aguas (a propósito de un reciente libro sobre la “constitucionalización del derecho”)”, *Revista de Derecho Público* (Santiago, Universidad de Chile), n° 66: pp. 495-524
- ___ (2004b): “El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la *publicatio* al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 12, pp. 33-49.
- ___ (2007): *Instituciones de derecho de minería* (Santiago, LexisNexis): en prensas. En su capítulo 5 se analiza la materia abordada en este trabajo.
- VILDÓSOLA FUENZALIDA, Julio (1971): “El Derecho de las minas analizado por la aplicación que él tiene en la realidad nacional y por las necesidades actuales”. *Orientaciones del Derecho Chileno* (Santiago, Universidad Católica de Chile-Editorial Jurídica de Chile): pp. 413-478.
- ___ (1999): *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe* (Caracas, Editorial Latina): 429 pp.